

Libertad sindical, negociación colectiva y huelga

Homenaje al profesor Juan García Blasco

José Luis Monereo Pérez
Ángel Luis de Val Tena

(dirección y coordinación)



Derecho del Trabajo
y Seguridad Social

LIBERTAD SINDICAL, NEGOCIACIÓN COLECTIVA
Y HUELGA

COLECCIÓN DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

Director

Antonio V. Sempere Navarro

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad
Rey Juan Carlos (s.e.) y Magistrado de la Sala IV del Tribunal Supremo

Consejo Asesor

Yolanda Cano Galán, Profesora Titular de la Universidad Rey Juan Carlos.

María Emilia Casas Baamonde, Catedrática de la Universidad Complutense, presidenta de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y expresidenta del Tribunal Constitucional.

Susana Rodríguez Escanciano, Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de León.

Joaquín García Murcia, Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid.

Antonio Ojeda Avilés, Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Sevilla.

Lourdes López Cumbre, Catedrática de la Universidad de Cantabria.

Eduardo Rojo Torrecilla, Catedrático de la Universidad Autónoma de Barcelona.

Carmen Sánchez Trigueros, Catedrática de la Universidad de Murcia.

LIBERTAD SINDICAL, NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y HUELGA

**ESTUDIOS SOBRE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA
EN HOMENAJE AL PROFESOR JUAN GARCÍA BLASCO
CON MOTIVO DE SU JUBILACIÓN**

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ Y ÁNGEL LUIS DE VAL TENA
(dirección y coordinación)

31

COLECCIÓN DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

Primera edición: noviembre de 2024.

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

- © De los contenidos, sus autores.
- © Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons-Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional-CC BY-NC-ND 4.0

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO: 144-24-224-6 (edición en papel)
144-24-225-1 (edición en línea, PDF)
144-24-226-7 (edición en línea, ePUB)

ISBN: 978-84-340-3014-5

Depósito legal: M-25277-2024

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

A Juan García Blasco, catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Zaragoza, por su magisterio excelente, su generosidad y su compromiso permanente con la universidad, desde la amistad y con el reconocimiento de sus discípulos y compañeros.



«Nuestra aportación presente al Derecho del Trabajo, pienso, no consiste en vivir al día y lamentar la fragmentación del patrimonio común del trabajo dependiente, que con tanto esfuerzo se conquistó, sino, mejor, en llegar a conocer el signo de estos nuevos tiempos y en defender los valores personales y los medios jurídicos que garantizan la libertad y dignidad de los trabajadores en la sociedad civil y en la economía, para intentar, así, que las normas conjuguen la lógica de la racionalidad económica con la protección de aquellos, sin aceptar un compromiso incuestionado con la ideología de la técnica y de la competencia empresarial como los valores supremos.»

Juan RIVERO LAMAS, «Poderes, libertades y derechos en el contrato de trabajo», Civitas, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 80, 1996, pp. 969-970.

ÍNDICE

| | <u>Páginas</u> |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------|
| TRES SEMBLANZAS | 21 |
| I. Juan García Blasco, un universitario ejemplar. <i>Manuel González Labrada y Ángel Luis de Val Tena</i> | 23 |
| II. Juan García Blasco, semblanza personal y académica. <i>Javier Gárate Castro, Joaquín García Murcia, Salvador del Rey Guanter y Antonio V. Sempere Navarro</i> | 30 |
| III. Juan García Blasco, semblanza intelectual y científica. <i>José Luis Monereo Pérez</i> | 41 |
| LIBERTAD SINDICAL..... | 55 |
| 1. Libertad sindical y prohibición general de la huelga de los funcionarios públicos. Comentario a la STEDH de 14 de diciembre de 2023, Humpert y otros c. Alemania. <i>Antonio Martín Valverde</i> | 57 |
| 2. La representatividad como criterio para diferenciar entre las organizaciones sindicales. Comentario a la STC 63/2024, de 10 de abril (BOE de 15 de mayo de 2024). <i>Carlos L. Alfonso Mellado y Gemma Fabregat Monfort</i> | 71 |
| 3. Manifestaciones sindicales prohibidas en el confinamiento de la covid para preservar la salud pública. ¿Y el derecho de libertad sindical? Comentario de la STC 88/2023, de 18 de julio (BOE de 28 de agosto de 2023). <i>María Emilia Casas Baamonde</i> | 79 |

| | Páginas |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| 4. Represalia empresarial desmedida contra libertad de expresión sindical en defensa de los trabajadores. Comentario a la STC 22/2023, de 27 de marzo (BOE 25 de abril de 2023). <i>José Ignacio García Ninet ..</i> | 89 |
| 5. Listas sindicales incompletas y tutela de la libertad sindical. Comentario a la STC 142/2022, de 14 de noviembre (BOE de 24 de diciembre). <i>Carmen Sáez Lara</i> | 97 |
| 6. La libertad de expresión como garantía multinivel de efectividad de la libertad sindical ¿O viceversa? Comentario a la STC 120/1990, de 15 de diciembre (BOE de 26 de enero de 2021). <i>Cristóbal Molina Navarrete</i> | 103 |
| 7. La libertad sindical como garantía para la acción judicial. Comentario a la STC 89/2020, de 20 de julio (BOE de 15 de agosto de 2020). <i>Gregorio Hervás Castro</i> | 109 |
| 8. La protección frente a injerencias empresariales de la libertad de expresión, en cuanto que manifestación del ejercicio de la libertad sindical. Comentario a la STC 126/2018, de 26 de noviembre (BOE de 24 de diciembre de 2018). <i>Jesús Martínez Girón.....</i> | 115 |
| 9. Contenido adicional de la libertad sindical: la prioridad de permanencia en la empresa como garantía mejorada por convenio. Comentario a la STC 123/2018, de 12 de noviembre (BOE de 14 diciembre de 2018). <i>Juan José Fernández Domínguez.....</i> | 119 |
| 10. Ponderando la libertad de expresión: la inmunidad de su ejercicio por los representantes de los trabajadores frente a personas que ejercen funciones públicas. Comentario a la STC 89/2018, de 6 de septiembre (BOE de 12 de octubre de 2018). <i>Jesús R. Mercader Uguina</i> | 125 |
| 11. ¿Un paso atrás en la jurisprudencia del TC sobre la protección del derecho constitucional de libertad sindical en su vertiente funcional? Comentario a la STC 64/2016, de 11 de abril (BOE de 20 de mayo de 2016). <i>Eduardo Rojo Torrecilla</i> | 133 |
| 12. Despido por violación del derecho a la libertad sindical: la configuración jurisdiccional del llamado despido radicalmente nulo y de la carga de la prueba para su determinación. Comentario a la STC 38/1981, de 23 de noviembre de 1981 (BOE de 22 de diciembre de 1981). <i>Miguel Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer</i> | 139 |
| 13. Cabos sueltos en el régimen de la mayor representatividad sindical. Comentario a la STS (C-A) 679/2024 de 22 de abril de 2024 (Rec. 740/2023). <i>Sofía Olarte Encabo.....</i> | 145 |

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 14. ¿Vulneración del derecho de libertad sindical por no reconocer a una representante de la sección sindical como delegada sindical? Comentario a la STS 534/2024 de 9 de abril de 2024 (Rec. 2862/2021). <i>Cristina Sánchez-Rodas Navarro</i> | 151 |
| 15. Libertad sindical y subrogación empresarial. Comentario a la STS 477/2024 de 14 de marzo de 2024 (Rec. 81/2022). <i>Virginia García Yebra y Germán García Yebra</i> | 157 |
| 16. ¿Vulnera el derecho a la libertad sindical la tramitación de las elecciones a representantes de los trabajadores ante la oficina pública de forma electrónica? Comentario a la STS 476/2024 de 14 de marzo de 2024 (Rec. 62/2022). <i>Alejandro Muros Polo</i> | 161 |
| 17. La protección de la libertad sindical y la negociación colectiva en la jurisprudencia reciente. Comentario a la STS 475/2024 de 13 de marzo de 2024 (Rec. 166/2022). <i>Farah Amaadachou Kaddur</i> | 167 |
| 18. Nueva aportación jurisprudencial de la Sala Cuarta sobre las secciones sindicales conjuntas de personal laboral y funcionario y las prerrogativas que derivan de esa facultad organizativa. Comentario a la STS 462/2024 de 13 de marzo de 2024 (Rec. 240/2021). <i>María José Hernández Vitoria</i> | 173 |
| 19. La libertad sindical se abre paso en el fútbol profesional a golpe de pronunciamientos judiciales. Comentario a la STS 441/2024 de 7 de marzo de 2024 (Rec. 226/2021). <i>Olimpia Molina Hermosilla</i> | 179 |
| 20. El aterrizaje de la libertad sindical en el deporte profesional (una vez más, fútbol es fútbol). Comentario a la STS 441/2024 de 7 de marzo de 2024 (Rec. 226/2021). <i>Miguel Cardenal Carro</i> | 185 |
| 21. ¿Injerencia antisindical o vulneración de la libertad de afiliación? Comentario a la STS 422/2024 de 6 de marzo de 2024 (Rec. 288/2022). <i>Wilfredo Sanguineti Raymond</i> | 191 |
| 22. Exclusión de la comisión de seguimiento de un ERE de los sindicatos no firmantes del acuerdo de finalización de consultas; vulneración del derecho a la libertad sindical. Comentario a la STS 420/2024 de 5 de marzo de 2024 (Rec. 94/2022). <i>Sara Bendito Marqueta</i> | 197 |
| 23. El incremento de la actividad productiva como causa válida de denegación de la realización de asambleas sindicales. Comentario a la STS 340/2024 de 22 de febrero de 2024 (Rec. 324/2021). <i>Carolina Gala Durán</i> | 201 |

| | Páginas |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| 24. La posibilidad de la empresa de establecer el deber de preavisar el disfrute del crédito horario por la trabajadora delegada de personal no vulnera el derecho a la libertad sindical. Comentario a la STS 289/2024 de 14 de febrero de 2024 (Rec. 814/2021). <i>María José Lopera Castillejo</i> | 207 |
| 25. El derecho del delgado sindical no miembro del comité de empresa a recibir información de la empresa. Comentario a la STS 273/2024 de 13 febrero de 2024 (Rec. 159/2021). <i>José Luis Goñi Sein</i> | 213 |
| 26. Sobre concurrencia de conflicto individual con conflicto colectivo. Comentario a la STS 250/2024 de 16 de enero de 2024 (Rec. 423/2023). <i>Antonio Ojeda Avilés</i> | 219 |
| 27. Las aplicaciones informáticas (<i>apps</i>) son una herramienta válida para la transmisión de información sindical, en determinadas condiciones. Comentario a la STS 545/2023 de 12 de septiembre de 2023 (Rec. 100/2021). <i>José María Miranda Boto</i> | 227 |
| 28. Despido de representantes sindicales y funciones representativas. Comentario a la STS 295/2023 de 25 de abril de 2023 (Rec. 4371/2019). <i>Federico Durán López</i> | 233 |
| 29. El derecho a informar a los representados como contenido esencial del derecho de libertad sindical: control de la información y limitación del uso de medios electrónicos disponibles en la empresa. Comentario a la STS 294/2023 de 25 de abril de 2023 (Rec. 334/2021). <i>Ángel Luis de Val Tena</i> | 239 |
| 30. Libertad sindical y utilización de medios telemáticos de la empresa: el papel del convenio colectivo. Comentario a la STS 71/2023 de 25 de enero (Rec. 62/2021). <i>José María Goerlich Peset</i> | 247 |
| 31. Garantías de los miembros designados por la empresa en el comité de seguridad y salud. Comentario a la STS 1244/2021 de 9 de diciembre de 2021 (Rec. 1253/2019). <i>Sonia Isabel Pedrosa Alquézar</i> | 253 |
| 32. Libertad sindical y sindicato de trabajadoras sexuales. Comentario a la STS 584/2021 de 1 de junio de 2021 (Rec. 29/2019). <i>Manuel Carlos Palomeque López</i> | 257 |
| 33. Desencuentro entre el derecho a la libertad sindical y el derecho a la protección de datos. La importancia de justificar las peticiones de información laboral. Comentario STS (C-A) 160/2021 de 9 de febrero de 2021 (Rec. 1229/2020). <i>M. Carmen Aguilar Martín</i> | 261 |

| | | |
|-----|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 34. | La restricción de las comunicaciones sindicales en papel con motivo de la protección de datos personales. Comentario a la STS 1033/2020 de 25 noviembre de 2020 (Rec. 39/2019). <i>Rafael Álvarez Gimeno</i> | 267 |
| 35. | Posibles conductas antisindicales. Importa algo más que el resultado. Comentario a la STS 1097/2021 de 10 de noviembre (Rec. 110/2020). <i>María Dolores García Valverde</i> | 273 |
| 36. | La actuación como abogado o como vocero de un liberado sindical contra la propia administración en la que presta sus servicios. Una dimensión compleja de la libertad sindical sin conflicto de intereses. Comentario a la STS (C-A) 1445/2020 de 4 de noviembre del 2020 (Rec. 3721/2018). <i>J. Jesús de Val Arnal</i> | 279 |
| 37. | Ámbito funcional organizativo de la libertad sindical. Comentario a la STS 200/2020 de 4 de marzo de 2020 (Rec. 222/2018). <i>Jesús Divassón Mendivil</i> | 285 |
| 38. | Libertad sindical negativa y deporte profesional. Comentario a la STS 6/2020 de 8 de enero de 2020 (Rec. 216/2018). <i>Manuel Correa Carrasco</i> | 289 |
| 39. | El derecho a la libertad sindical en las cooperativas de trabajo asociado. Comentario a la STS 347/2019 de 8 de mayo de 2019 (Rec. 42/2018). <i>María Antonia Castro Argüelles</i> | 295 |
| 40. | Libertad de expresión y libertad sindical en un contexto de conflicto: juicio de ponderación y sacrificio de derechos. Comentario a la STS (Civil) 385/2018 de 21 de junio de 2018 (Rec. 5042/2017). <i>Ana de la Puebla Pinilla</i> | 301 |
| 41. | Condena a los sindicatos CCOO y ATP-SAE a reparar la lesión del derecho de libertad sindical del sindicato UTIL impidiendo su integración en los comités interempresas de un grupo empresarial. Comentario a la SAN 12/2024 de 30 de enero de 2024 (Rec. 290/2023). <i>Luis Enrique de la Villa Gil</i> | 307 |
| | NEGOCIACIÓN COLECTIVA..... | 313 |
| 42. | Información y consulta: comisión negociadora y legitimados. Comentario a la STJUE 5 de octubre de 2023 (C-496/22), asunto EI y SC Brink's Cash Solutions SRL. <i>Pompeyo Gabriel Ortega Lozano</i> | 315 |
| 43. | ¿Pueden los presupuestos autonómicos suspender condiciones retributivas del personal del sector público, previamente fijadas a través de la negociación? Comentario a la STC 127/2019, de 31 de octubre de 2019 (BOE de 6 de diciembre de 2019). <i>Ane Vázquez Beltrán</i> | 321 |

| | Páginas |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| 44. La imposibilidad de delimitar la unidad electoral laboral básica por la negociación colectiva. Comentario a la STS 739/2024 de 28 de mayo de 2024 (Rec. 12/2022). <i>Manuel García Muñoz</i> | 329 |
| 45. Plan de igualdad no negociado por «incomparecencia» sindical. Comentario a la STS 545/2024 de 11 de abril (Rec. 123/2023). <i>Ignacio García-Perrote Escartín</i> | 335 |
| 46. Legitimación para impugnar la modificación de un convenio colectivo negociado por una comisión tras un periodo largo de inactividad desde su constitución. Comentario a la STS 511/2024 de 20 de marzo de 2024 (Rec. 102/2022). <i>Manuel González Labrada</i> | 341 |
| 47. Primacía del convenio colectivo sectorial sobre los pactos individuales. Comentario a la STS 509/2024 de 20 de marzo de 2024 (Rec. 98/2022). <i>Arturo Acebal Martín</i> | 347 |
| 48. Conflicto colectivo: interpretación permisos retribuidos. Comentario a la STS 496/2024 de 20 de marzo de 2024 (Rec. 79/2022). <i>Miguel Marzo Ramo</i> | 353 |
| 49. La legitimación «sindical» para negociar en la empresa: entre la ley y la jurisprudencia. Comentario a la STS 472/2024 de 13 marzo de 2024 (Rec. 56/2022). <i>Gloria P. Rojas Rivero</i> | 359 |
| 50. Representatividad de los firmantes del convenio colectivo: una gran laguna legal, difícil de cubrir. Comentario a la STS 454/2024 de 12 de marzo de 2024 (Rec. 328/2021). <i>Antonio Márquez Prieto</i> | 365 |
| 51. Legitimación negocial en los planes de igualdad de grupo de empresas. Comentario a la STS 448/2024 de 7 marzo de 2024 (Rec. 83/2022). <i>Iñigo Sagardoy de Simón</i> | 371 |
| 52. Respeto a previos acuerdos colectivos al organizar el registro de jornada. Comentario a la STS 410/2024 de 5 de marzo de 2024 (Rec. 143/2021). <i>Carmen Sánchez Trigueros</i> | 377 |
| 53. Dinámica de la legitimación negocial colectiva. Comentario a la STS 342/2024 de 22 febrero (Rec. 23/2022). <i>Antonio V. Sempere Navarro</i> | 383 |
| 54. La inadmisibles exclusión del ámbito personal del convenio colectivo fundada en el encuadramiento profesional ajeno a este. Comentario a la STS 14/2024 de 8 de enero de 2024 (Rec. 1325/2022). <i>Javier Gárate Castro</i> | 389 |

| | | |
|-----|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 55. | Negociación de convenio colectivo y medición de la representatividad sindical: límites del anclaje temporal de la medición cuando se lesiona el derecho de libertad sindical. Comentario a la STS 1053/2023 de 30 de noviembre de 2023 (Rec. 98/2021). <i>María Nieves Moreno Vida</i> | 395 |
| 56. | Una vez más sobre la doble escala salarial, en este caso a propósito del complemento de antigüedad. Comentario a la STS 1000/2023 de 28 de noviembre (Rec. 164/2021). <i>Joaquín García Murcia</i> | 401 |
| 57. | El convenio colectivo aplicable en caso de sucesión de contratas cuando una de ellas es un centro especial de empleo: una vieja cuestión abierta a nuevos interrogantes. Comentario a la STS 459/2023 de 28 de junio de 2023 (Rec. 4205/2020). <i>Yolanda Maneiro Vázquez</i> | 409 |
| 58. | Legitimación sindical inicial para la negociación de convenios de empresa. Comentario a la STS 267/2023 de 12 de abril de 2023 (Rec. 4/2021). <i>Jesús Cruz Villalón</i> | 415 |
| 59. | Ámbito funcional del convenio colectivo y falta de legitimación de la comisión negociadora para limitar la actividad de las empresas de trabajo temporal en cuanto excluidas de ese ámbito. Comentario a la STS 255/2023 de 11 de abril de 2023 (Rec. 86/2021). <i>Salvador del Rey Guanter</i> | 421 |
| 60. | Los premios por jubilación previstos en la negociación colectiva de los empleados públicos. Comentario a la STS (C-A) 250/2023 de 28 de febrero de 2024 (Rec. 3554/2021). <i>Juan Antonio Maldonado Molina</i> ... | 427 |
| 61. | Funciones de la comisión paritaria y vulneración del derecho a la libertad sindical. Comentario a la STS 946/2022 de 30 de noviembre de 2022 (Rec. 29/2020). <i>Sara Rico Letosa</i> | 433 |
| 62. | Legitimación para impugnar convenios colectivos por ilegalidad y/o lesividad. Comentario a la STS 664/2022 de 13 de julio de 2022 (Rec. 161/2020). <i>Faustino Cavas Martínez</i> | 439 |
| 63. | Negociación colectiva en la empresa y ausencia de representación legal de las personas trabajadoras. Comentario a la STS 383/2022 de 28 de marzo de 2022 (Rec. 359/2020). <i>Ruth Vallejo Da Costa</i> | 445 |
| 64. | La negociación de los planes de igualdad en las administraciones públicas. Comentario a la STS (C-A) 222/2022 de 22 de febrero de 2022 (Rec. 20/2021). <i>Remedios Roqueta Buj</i> | 451 |
| 65. | La concurrencia de convenios colectivos durante la vigencia ultraactiva del convenio precedente. Comentario a la STS 958/2021 de 5 de octubre de 2021 (Rec. 4815/2018). <i>Tomás Sala Franco</i> | 457 |

| | Páginas |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| 66. Negociación de los planes de igualdad <i>versus</i> negociación colectiva: las comisiones <i>ad hoc</i> a debate. Comentario a la STS 95/2021 de 26 de enero de 2021 (Rec. 50/2020). <i>Belén del Mar López Insua</i> | 461 |
| 67. Concurrencia de convenios en casos de extensión de su vigencia temporal inicial. Comentario a la STS 26/2021 de 13 de enero de 2021 (Rec. 191/2019). <i>Juan Bonilla Blasco</i> | 467 |
| 68. Calendario de vacaciones, descuelgue del convenio y pactos individuales en masa. Comentario a la STS 15/2021 de 13 de enero de 2021 (Rec. 104/2019). <i>Vicente Pedro Lafuente Pastor</i> | 471 |
| 69. Análisis de legalidad de la doble escala salarial. Comentario a la STS 1045/2020 de 1 de diciembre de 2020 (Rec. 52/2019). <i>José-Ramón Til Aisa</i> | 477 |
| 70. Presunción de representatividad empresarial. Comentario a la STS 801/2018 de 19 de julio de 2018 (Rec. 169/2017). <i>Jesús Lahera Forteza</i> | 483 |
| 71. Aplicación del convenio colectivo de ámbito superior tras la desaparición de un convenio por el transcurso del (desaparecido) plazo máximo de ultraactividad. Comentario a la STS 588/2018 de 5 de junio de 2018 (Rec. 427/2017). <i>Camino Ortiz de Solórzano Aurusa</i> .. | 489 |
| 72. Reglas sobre estructura de la negociación, estrategias sindicales y libertad sindical (antes de la irrupción nacionalista con el RDL 2/2024). Comentario a la STS 269/2018 de 13 marzo de 2018 (Rec. 54/2017). <i>Federico Navarro Nieto</i> | 495 |
| 73. Legitimación para denunciar convenios colectivos. Comentario a la STS 1035/2016 de 2 de diciembre de 2016 (Rec. 14/2016). <i>Juan Gorelli Hernández</i> | 501 |
| 74. Renegociación y replanteamiento de una modificación de convenio ante la CCNCC. Comentario a la STS de 15 de septiembre de 2015 (Rec. 218/2014). <i>Ignacio González del Rey Rodríguez</i> | 507 |
| 75. Aplicación del principio de correspondencia a la negociación colectiva de empresa o nivel inferior. Comentario a la STS de 20 de mayo de 2015 (Rec. 6/2014). <i>Magdalena Nogueira Guastavino</i> | 513 |
| 76. A vueltas con la determinación del convenio colectivo aplicable a empresas multiservicios: entre la unidad de empresa y la especificidad. Comentario a la STS de 17 de marzo de 2015 (Rec. 1464/2014). <i>María de los Reyes Martínez Barroso</i> | 519 |

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 77. ¿No se pueden pactar complementos para reducir el absentismo en las empresas por medio de negociación colectiva? Comentario a la SAN 18/2024 de 13 de febrero de 2024 (Rec. 306/2023). <i>Jordi García Viña</i> | 525 |
| HUELGA | 531 |
| 78. Derecho de huelga en los servicios esenciales y servicios mínimos exorbitantes. Comentario a la STC 2/2022, de 24 de enero (BOE de 23 febrero 2023). <i>Antonio Baylos Grau</i> | 533 |
| 79. Límites a la convocatoria de huelgas simultáneas en una misma empresa. Comentario a la STC 130/2021, de 21 de junio de 2021 (BOE de 31 de julio de 2021). <i>María Pilar Callau Dalmau</i> | 539 |
| 80. Esquirolaje empresarial y derecho de huelga: límites al poder de dirección en la empresa. Comentario a la STC 17/2017, de 2 de febrero de 2017 (BOE de 10 de marzo de 2017). <i>Margarita Isabel Ramos Quintana</i> | 545 |
| 81. La controvertida exigencia de responsabilidad civil extracontractual por la actuación de piquetes coactivos de huelga. Comentario a la STC 69/2016, de 14 de abril de 2016 (BOE de 20 de mayo de 2016). <i>Alberto Arufe Varela</i> | 551 |
| 82. La posibilidad del ejercicio del derecho de huelga de las personas trabajadoras no huelguistas: inconcreción temporal necesitada de protección. Comentario a la STC 45/2016, de 14 de marzo (BOE de 22 de abril de 2016). <i>Francisco Javier Hierro Hierro</i> | 557 |
| 83. Sobrevenida pérdida de vigencia de un pacto sobre servicios de seguridad y mantenimiento en caso de huelga: <i>Rebus sic stantibus versus pacta sunt servanda</i> . Comentario a la STS 940/2024 de 25 de junio de 2024 (Rec. 209/2022). <i>José Luján Alcaraz</i> | 563 |
| 84. La naturaleza ilegal o abusiva de la huelga. Comentario a la STS 444/2024 de 7 de marzo (Rec. 16/2022). <i>Santiago González Ortega</i> | 569 |
| 85. Alcance y eficacia de los acuerdos de fin de huelga. Comentario a la STS 1186/2023 de 19 de diciembre de 2023 (Rec. 300/2021). <i>Francisco Vila Tierno</i> | 575 |
| 86. Derecho de huelga y modalidades de esquirolaje: indemnización por vulneración de derechos fundamentales. Comentario a la STS 962/2023 de 8 de noviembre (Rec. 204/2021). <i>José Luis Monereo Pérez</i> | 581 |

| | Páginas |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| 87. Acerca de un supuesto tangente entre servicios esenciales y de mantenimiento. Comentario a la STS (C-A) 1264/2023 de 16 de octubre de 2013 (Rec. 953/2023). <i>Jaime Cabeza Pereiro</i> | 595 |
| 88. Servicios mínimos <i>versus</i> servicios de mantenimiento y seguridad. Comentario a la STS (C-A) 1264/2023 de 16 de octubre de 2023 (Rec. 953/2023). <i>Raquel Yolanda Quintanilla Navarro</i> | 601 |
| 89. Huelga en medios de comunicación informativos durante la pandemia. Comentario a la STS 537/2023 de 19 de julio de 2023 (Rec. 225/2021). <i>Susana Torrente Gari</i> | 607 |
| 90. Doctrina del Tribunal Supremo sobre la huelga novatoria. Comentario a la STS 468/2023 de 4 de julio de 2023 (Rec. 224/2021). <i>Juan Molins García-Atance</i> | 613 |
| 91. Derecho de huelga y servicios mínimos en el sector sanitario. Comentario a la STS 417/2023 de 9 de junio de 2023 (Rec. 263/2021). <i>Natalia Tomás Jiménez</i> | 617 |
| 92. Sobre el uso abusivo de la potestad organizativa empresarial para minimizar los efectos de la huelga: obstrucción del derecho, esquirolaje interno e indemnización por daños. Comentario a la STS 273/2023 de 13 de abril de 2023 (Rec. 217/2021). <i>Sara Alcázar Ortiz</i> | 625 |
| 93. Premios de asistencia, negociación colectiva y ejercicio del derecho de huelga. Comentario a la STS 128/2023 de 9 de febrero de 2023 (Rec. 2354/2020). <i>Yolanda Sánchez-Urán Azaña</i> | 631 |
| 94. Huelga ilícita por abusiva y fraudulenta. Comentario a la STS 953/2022 de 13 de diciembre de 2022 (Rec. 13/2021). <i>Ángel Blasco Pellicer</i> | 637 |
| 95. No hay derecho de huelga si no se tutela al trabajador que lo ejercita. Comentario a la STS 498/2022 de 31 de mayo de 2022 (Rec. 601/2021). <i>Miguel Rodríguez-Piñero Royo</i> | 643 |
| 96. Delimitación conceptual y prueba en la huelga estratégica o «de tapón». Comentario a la STS 304/2022 de 5 de abril de 2022 (Rec. 108/2020). <i>Helena Santor Salcedo</i> | 649 |
| 97. Conculcación del derecho a la libertad sindical ante un pacto fin de huelga en el que no participan los sindicatos legitimados. Comentario a la STS 1085/2021 de 3 de noviembre de 2021 (Rec. 22/2020). <i>Susana Rodríguez Escanciano</i> | 655 |

| | | |
|-----------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 98. | Los directivos se remangan. Un nuevo caso de esquirolaje interno. Comentario a la STS 990/2021 de 6 de octubre de 2021 (Rec. 4983/2018). <i>Carolina Martínez Moreno</i> | 661 |
| 99. | Sobre la interpretación del pacto de fin de huelga. Comentario a la STS 762/2021 de 7 de julio de 2021 (Rec. 179/2019). <i>Ana Aguas Blasco</i> | 667 |
| 100. | El deber empresarial de prevenir el esquirolaje interno. Comentario a la STS 499/2021 de 6 de mayo de 2021 (Rec. 4975/2018). <i>Iciar Alzaga Ruiz</i> | 673 |
| 101. | La vulneración del derecho de huelga a través del esquirolaje interno en el grupo de empresas. Comentario a la STS 153/2021 de 3 de febrero de 2021 (Rec. 36/2019). <i>Jorge Serraller Manzorro</i> | 679 |
| 102. | Convocatoria de huelga y objetivos de la huelga. Comentario a la STS 787/2020 de 22 de septiembre de 2020 (Rec. 185/2018). <i>Miguel Ángel Almendros González</i> | 685 |
| 103. | Limitaciones en el <i>ius variandi</i> por el derecho fundamental de huelga. Comentario a la STS 13/2020 de 13 de enero de 2020 (Rec. 138/2018). <i>Pablo José Castillo Morales</i> | 691 |
| 104. | Huelga y esquirolaje tecnológico: recursos productivos o sistemas de redistribución de tareas. Comentario a la STS 624/2017 de 13 de julio de 2017 (Rec. 25/2017). <i>Sara Guindo Morales</i> | 695 |
| 105. | Huelga ilegal y composición del comité de huelga. Comentario de la STS 328/2019 de 25 abril de 2019 (Rec. 236/2017). <i>Elisa Sierra Hernaiz</i> | 701 |
| 106. | Revisión judicial de una plétora de conductas empresariales frente a una huelga y de la indemnización procedente. Comentario a la SAN 142/2023 de 22 de diciembre de 2023 (Rec. 159/2023). <i>Ferran Camas Roda</i> | 707 |
| DERECHO ITALIANO..... | | 715 |
| 107. | Il principio costituzionale di libertà contrattuale applicato al lavoro nelle pubbliche amministrazioni: la corte costituzionale bacchetta il legislatore. Comentario a la sentencia de la Corte Costituzionale 178/2015, de 23 de julio (<i>Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana</i> n. 30 de 29 de julio de 2015). <i>Cinzia De Marco y Alessandro Garilli</i> ... | 717 |
| 108. | La lunga marcia verso i diritti collettivi nel mondo militare. Comentario a la sentencia de la Corte Costituzionale 120/2018, de 13 de junio (<i>Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana</i> n. 25 de 20 de junio de 2018). <i>Silvio Bologna</i> | 723 |

| | Páginas |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| 109. Part-time e rifiuto della formazione obbligatoria. Comentario a la Cassazione Civile, Sez. Lav., 14 de julio de 2023, n. 20259, en https://www.italgiure.giustizia.it/ , <i>Marina Brollo</i> | 729 |
| 110. Permessi sindacali e controlli: regole e funzioni. Comentario a la Cassazione Civile, Sez. Lav., de 23 de febrero de 2022, n. 8051, en https://www.italgiure.giustizia.it/ , <i>Anna Zilli</i> | 735 |
| RELACIÓN DE SENTENCIAS COMENTADAS | 741 |
| — Libertad sindical..... | 743 |
| — Negociación colectiva. | 746 |
| — Huelga..... | 749 |
| BREVE RESUMEN DEL CURRÍCULUM VITAE DE JUAN GARCÍA BLASCO | 753 |

TRES SEMBLANZAS

I. JUAN GARCÍA BLASCO, UN UNIVERSITARIO EJEMPLAR

MANUEL GONZÁLEZ LABRADA
ÁNGEL LUIS DE VAL TENA

1. EN LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA (PRIMERA ETAPA) Y EN LA UNIVERSIDAD PÚBLICA DE NAVARRA (MANUEL GONZÁLEZ LABRADA)

En la década de los años ochenta del siglo pasado se incorporó un grupo de profesorado joven que daba savia nueva a la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza y entre ese nutrido grupo estaba el profesor García Blasco. Recuerdo sus clases de la asignatura de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y a aquel joven profesor, de barba y melena pobladas y rizadas, que las vivía con pasión y la trasladaba a su alumnado, así como el rigor y contundencia de sus exposiciones, que contrastaba con su bonhomía, y nos iniciaba en las clases prácticas a través de la utilización del método del caso y en la elaboración de dictámenes, metodología que, en parte, nos resultaba novedosa. Singulares eran sus exámenes finales, además del examen escrito, nos sometía a un examen oral con preguntas aleatorias por elección ciega previamente insaculadas, sistema de evaluación riguroso que nos exigía exponer en público, no sin una cierta desazón.

La cercanía del profesor García Blasco con su alumnado me permitió trabar una buena relación y conocer su faceta más personal. De las múltiples conversaciones que tuvimos en aquella época y de mi interés por el derecho laboral –conocedor de mi aspiración al ejercicio de la abogacía especializada en este ámbito–, me propuso iniciar la carrera docente y fue su persuasión la que me llevó a comenzar los estudios de doctorado, pero este es un ejemplo de otros muchos en los que el profesor García Blasco ha influido y contribuido a

la formación e incorporación de profesorado en la Universidad de Zaragoza y en la Universidad Pública de Navarra.

Sin embargo, las miras académicas y profesionales del profesor García Blasco le llevaron al Tribunal Constitucional como Letrado de esta institución al finalizar el curso en 1988 y hasta su reincorporación a la Universidad de Zaragoza en el curso 1990-1991. Durante este periodo tuvo la ocasión de visitarle un par de veces en su despacho del singular edificio del Tribunal Constitucional y tuvo la fundada impresión de la exigente capacidad de trabajo y el conocimiento jurídico requerido a los Letrados para el desempeño de sus tareas.

Su reincorporación a su plaza de Zaragoza en septiembre de 1990 me permitió iniciar una estrecha relación profesional que se ha mantenido hasta su jubilación y que en lo personal continúa. Pero su retorno venía acompañado de un bagaje de conocimientos, un acendrado saber y una adquirida experiencia jurídica que le facultaban para acceder al cuerpo de Catedráticos de Universidad en un tiempo de «sequía» de cátedras. No obstante, convocada la plaza de Catedrático de Universidad en la, entonces, recién creada Universidad Pública de Navarra, por resolución de diciembre de 1990 y publicada en el *BOE* del mes siguiente, el profesor García Blasco optó por firmarla. Durante el segundo y tercer trimestre del curso 1990-1991 recuerdo al profesor García Blasco desplegando su capacidad de trabajo para preparar la cátedra y atender a sus obligaciones académicas. Curiosa coincidencia fue la celebración del concurso en plenos «sanfermines» de 1991, mientras la ciudad bullía embebida de las fiestas, se produjo la defensa de su proyecto docente y del trabajo de investigación ante la comisión presidida por el Catedrático Juan Rivero Lamas. Como anécdota, recuerdo al profesor de la Villa atento al desarrollo de la exposición y a la vez se le veía realizar trazos y más trazos, como esbozando algún dibujo y, efectivamente, al final del concurso le entregó al profesor García Blasco un dibujo fruto de las dotes artísticas –y literarias– que caracterizan al profesor de la Villa.

Durante su etapa en la Universidad Pública de Navarra, el compromiso máximo con la institución universitaria quedó patente cuando el profesor García Blasco se presentó y ganó las elecciones en 1992 y fue el primer Rector electo de esa Universidad. En su mandato se aprobaron los primeros Estatutos y llevó a cabo una difícil tarea que pudo acometer por su singular personalidad: su talante dialogante y conciliador, en un entorno polarizado y en un contexto político complejo y de violencia con grupos radicales moviéndose por el campus, dificultades a las que se añadían las propias de la gestión universitaria en el nivel máximo de responsabilidad. Hacía falta mucha firmeza y templanza, que también demostró. Durante su estancia en Pamplona lo fre-

cuenté a menudo por distintas razones, primero en el despacho del Rectorado de la Avenida del Ejército, cuya última planta tenía una visión panorámica de la Cuenca de Pamplona que atrapaba a todo visitante y, posteriormente, en el nuevo edificio de rectorado en el Campus Arrosadia junto al río Sadar. Me di cuenta de su capacidad como buen gestor liderando a sus equipos, percepción que se confirmó durante mi paso por la Universidad Pública de Navarra por el recuerdo que se tenía de él. De ese periodo no puedo dejar de reseñar la organización del V Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad Pública de Navarra y coordinado por el profesor García Blasco, congreso que se celebró en Pamplona en el mes mayo de 1994 y a la altura científica, propia de estos congresos, a algunos nos trae también a la memoria el «banquete pantagruélico» con el que nos obsequiaron en el restaurante Túbal de Tafalla.

En 1995 tras dejar la Universidad Pública de Navarra accedió a una plaza de Catedrático en la Universidad de Zaragoza, que ha desempeñado de forma magistral hasta su jubilación en 2024 y simultaneado con otros cargos en los que ha hecho patente ese talante dialogante y conciliador: en la presidencia de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, en su pase como experto por el Consejo Económico y Social de España y, así lo sigue manifestando, en su actual condición de presidente del Consejo Económico y Social de Aragón y en su vida diaria, por ser un rasgo indeleble de su personalidad.

Han sido muchos años de colaboración, que ha sido diaria en los últimos ocho años por razón de la gestión universitaria, tiempo que me ha permitido conocer a Juan García Blasco y hacer, desde mi convicción más íntima, esta semblanza y poder afirmar que estamos ante un universitario excelente e íntegro que ha dedicado intensamente a la universidad todas sus energías y ha hecho de su oficio universitario algo extraordinario. Ser merecedor de su amistad es todo un honor.

2. EN LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA, DE NUEVO (ÁNGEL L. DE VAL TENA)

Tuve ocasión de conocer al profesor García Blasco a los pocos meses de su acceso a la plaza de Catedrático en la Universidad Pública de Navarra. Propició la ocasión, curiosamente, la impartición de un curso de doctorado sobre «Jurisprudencia constitucional y procesos laborales» en el Programa de Doctorado de Derecho de la Empresa de la Universidad de Zaragoza, pues mantuvo inicialmente esta actividad en la que había sido su casa. Cuando yo estaba

comenzando mi andadura en la universidad como profesor ayudante (curso 1991-1992), la necesidad iniciar el doctorado hizo que, tras seleccionar algunos cursos, sabiamente aconsejado por –nuestro común y recordado maestro– Juan Rivero Lamas, formara parte de la nómina de alumnos del profesor García Blasco. Fue un primer encuentro que tengo guardado en la memoria, pues pronto puede advertir algunos rasgos de su personalidad académica: cercanía con el estudiantado, disponibilidad para superar las dificultades, entusiasmo por el trabajo y generosidad sin límites. Pese a que durante ese curso fue elegido Rector de la Universidad Pública de Navarra, no canceló su compromiso e impartió el curso de doctorado, en la modalidad semipresencial, aunque entonces no estuviera reconocida, facilitándonos la posibilidad de obtener los imperiosos créditos para seguir nuestra naciente trayectoria académica.

Unos años más tarde, desde la secretaría del Departamento de Derecho de la Empresa y con Juan Rivero Lamas como director, pude ayudar –lo mejor que supe– al profesor García Blasco a realizar cuantos –no pocos, por cierto– trámites requería la solicitud y posterior convocatoria de una plaza de Catedrático de Universidad, vinculada a la excelencia en la investigación. La decidida apuesta por regresar a su universidad, nos dio la oportunidad, a los que conformábamos el área de Derecho del Trabajo en la Universidad de Zaragoza, de contar con el apoyo y el estímulo permanente de Juan desde ese momento. Colaboró con quienes estábamos realizando la tesis doctoral con Juan Rivero Lamas, animando e impulsando nuestro trabajo, y fue ampliando, de seguido, las incorporaciones de otras personas que son hoy sus discípulos directos, destacados profesores e investigadores, como ya había promovido anteriormente. Si la conformación de la «escuela zaragozana de Derecho del Trabajo» no hubiera sido posible sin la presencia y dedicación de Juan Rivero Lamas, la consolidación de la misma y el reconocimiento actual no lo sería en idénticos términos de excelencia sin el buen hacer de Juan García Blasco. Así lo reconocen quienes han formado parte de esa escuela y lo manifestamos con orgullo los que continuamos acogidos por la Universidad de Zaragoza. Bien puede afirmarse, desde la gratitud, que hemos contado con la sabia y recta mano de dos maestros; ha sido uno y es otro ejemplo para todos nosotros.

Del profesor García Blasco, ahora que accede a la condición de Profesor Emérito, son muchas y buenas las palabras que pueden definir su servicio universitario. Tomando como referencia los «tres saberes», que se manifiestan en saber ser, saber estar y saber hacer, podemos advertir la presencia expansiva, al tiempo que muy reconocida y admirada, de Juan en la universidad y fuera de ella.

Juan ha sabido ser profesor e investigador universitario. Muchas generaciones de estudiantes han conocido directamente sus cualidades como docente, su pasión por enseñar y por facilitar el estudio de la disciplina, desde la motivación y no desde la mera exigencia. Transmitir conocimientos más allá de su exposición conlleva, como hace él, la conexión y la complicidad con los destinatarios, reclamando su atención, sin ninguna imposición o apremio.

También otras muchas personas han podido formarse y obtener una especialización con sus enseñanzas en estudios de postgrado. A destacar, sin duda, el Máster en Prevención de Riesgos Laborales de la Universidad de Zaragoza, que implantó y coordinó desde sus inicios en el ya lejano año 1997, así como las innumerables jornadas de actualización, dentro y fuera de la universidad, en las que ha sido ponente invitado. Incluirlo en el cuadro de profesores o de ponentes siempre es un reclamo y una garantía de éxito en la actividad programada. Su participación ininterrumpida en las más de veinte ediciones del Foro Aranzadi Social de Zaragoza, impartiendo la ponencia inaugural en cada curso, dan insustituible testimonio de ello.

En el ámbito de la investigación jurídica, Juan ha sido pionero en el estudio del derecho de huelga, con su extraordinaria memoria de tesis doctoral, y en otros muchos e innumerables temas derecho individual y colectivo del trabajo; también en el campo del derecho administrativo laboral y en el terreno de la seguridad y salud en el trabajo. La acribia, sin duda, es una virtud en sus exposiciones investigadoras. En lugar de enumerar ahora todas sus aportaciones, resulta más apropiado destacar su habilidad para precisar los puntos relevantes de cada institución estudiada y, sobre todo, su intuición para descubrir nuevas vías de análisis con el objeto de profundizar en la investigación. En Juan se hacen realidad las palabras del Premio Nobel D. Santiago Ramón y Cajal, estudiante de Medicina que fue de la Universidad de Zaragoza: «En general, puede afirmarse que no hay cuestiones agotadas, sino hombres agotados en las cuestiones. Esquilmo para un sabio el terreno, muéstrase fecundo para otro» (*Reglas y consejo sobre investigación científica*, 20.^a ed., Espasa Calpe, Madrid, 2007, p. 38).

Juan ha sabido estar en la universidad. Siempre ha destacado su compromiso con la institución a la que ha servido y, sobre todo, con las personas que la integran, independientemente de su posición o condición. Además de Rector en la Universidad Pública de Navarra, en la Universidad de Zaragoza ha sido casi todo lo que podía ser: primero estudiante (1973-1978) y después profesor, ocupando y desempeñando con esmero e indudable acierto los puestos, más que cargos, de Director del Departamento de Derecho de la Empresa en dos periodos (1998-2000 y 2007-2010), Decano de la Facultad de Derecho (2010-2014),

Secretario General (2016-2021) y Adjunto al Rector para la Reforma Estatutaria, Coordinación Normativa y Desarrollo de la Negociación Colectiva, con categoría equivalente a Vicerrector. Ciertamente le ha faltado ser Rector. Solo se entiende que no haya dado el paso para alcanzar esa meta –que hubiera logrado, sin duda– desde su reconocimiento hacia otros compañeros, muestra de grandeza, de ahí que a varios de ellos les haya prestado su apoyo y conocimientos para el mejor desempeño de su labor rectora.

A la gestión directiva se une su participación en numerosos órganos colectivos, por elección en unos y por designación en otros.

Estar en la universidad le ha llevado a proyectar su función social y a transferir conocimientos a la sociedad. Así, ha participado en múltiples iniciativas que han partido de las administraciones públicas, de los sindicatos, de las empresas y de las entidades sociales. Ha realizado informes y dictámenes, como jurista de reconocido prestigio, incluso –como se recuerda en la ciudad– actuó como mediador en el sonado conflicto del transporte urbano de viajeros de Zaragoza (2016), cuya prolongada huelga, con su asesoría e intermediación, logró desconvocar con un acuerdo entre las partes, empresa y trabajadores, facilitando un largo periodo de paz social. Ha formado parte de órganos consultivos, como el Consejo Económico y Social de España, en calidad de experto, y presidido otros como la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos y, actualmente, el Consejo Económico y Social de Aragón.

Juan ha sabido hacer universidad. Lo demuestra el amplio equipo de profesoras y profesores que nos hemos formado con su magisterio en la Universidad de Zaragoza, la mayoría, y en la Universidad Pública de Navarra. Pertener a la que hemos denominado «escuela zaragozana de Derecho del Trabajo», formal o administrativamente al grupo de investigación de referencia «Derecho del Trabajo-Universidad de Zaragoza», máxima categoría reconocida por el Gobierno de Aragón, solo puede ser un motivo de orgullo y de satisfacción permanente. Para todas las personas que han formado parte de este grupo de laboristas y para todas las personas que hoy seguimos integrando ese colectivo, reconocer a Juan su ayuda y estímulo, su compromiso y su buen hacer es una mínima parte de lo que realmente merece. Para mi, compartir tantos momentos, desde mis inicios como profesor ayudante y doctorando hasta el presente, la gran mayoría muy felices, es algo que no puedo olvidar y que siempre pregonaré, destacando las muchas virtudes que acompañan a Juan.

De Juan hemos aprendido el oficio universitario, su grandeza y su servidumbre. Con palabras de Álvaro D'Ors, se encuentra «la grandeza de la vida universitaria precisamente en esa servidumbre del quehacer cotidiano, del paciente y gozoso aprovechamiento de toda ocasión, por pequeña que sea, para

servir lo mejor posible» (*Papeles del oficio universitario*, Ediciones Rialp, Madrid, 1961, p. 15). En la docencia, en la investigación y en la gestión, Juan refleja el servicio a la universidad y la grandeza del oficio universitario.

Contamos con la fortuna de seguir teniendo muy cerca a Juan, desde el 1 de septiembre de 2024 como Profesor Emérito de la Universidad de Zaragoza. Por eso, escribir estas líneas en las páginas iniciales del libro que sus compañeros y amigos –así como también sus hijos, Virginia y Germán– le dedicamos con motivo de su jubilación, supone una gran satisfacción y gozo, al mismo tiempo que conlleva –si nos lo permite– saldar una mínima parte de la deuda adquirida por cuanto nos ha dado, sin esperar recibir nada a cambio.

Nuestro agradecimiento, Juan, por todo y por tanto; antes, ahora y siempre. Con la fortuna de ser tus discípulos, compañeros y amigos, te dedicamos este libro con nuestras aportaciones, en forma de comentario de sentencia, sobre temas muy presentes en tu trayectoria investigadora: libertad sindical, negociación colectiva y huelga.

II. JUAN GARCÍA BLASCO, SEMBLANZA PERSONAL Y ACADÉMICA

JAVIER GÁRATE CASTRO
JOAQUÍN GARCÍA MURCIA
SALVADOR DEL REY GUANTER
ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO

Sin más pretensión que la de testimoniar, de manera breve e informal, nuestra amistad y cercanía con el homenajeado, los cuatro firmantes queremos aportar una perspectiva personal sobre el Profesor y amigo Juan García Blasco.

1. JAVIER GÁRATE CASTRO

En el año 1983 tuve noticia de la publicación, por la editorial Bosch, del libro *El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos*, del que era autor Juan García Blasco, un joven profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Zaragoza. Joven era él y joven era yo. No podía sospechar entonces que el destino nos brindaría la oportunidad de encontrarnos poco tiempo después; tampoco que nos haría compartir muchos y muy buenos momentos relacionados con el desarrollo de nuestras respectivas actividades universitarias. Muchos y tan buenos momentos como los que también hemos podido disfrutar, en otro plano, junto a Virginia y Conchi, nuestras respectivas esposas, a las que nunca nos cansaremos de agradecer su apoyo incondicional y el tiempo robado para atender los compromisos académicos. Los cuatro nos conocimos durante un viaje a Coimbra, en abril de 1986, con ocasión de participar Juan y yo en las *IV Jornadas Luso-Hispano-Brasileiras de Direito do Trabalho*.

Generosidad, sencillez, moderación, naturalidad, honestidad y bonhomía forman parte de las cualidades de Juan García Blasco. Están presentes en todas sus actuaciones privadas y profesionales.

La mutua estima y amistad iniciada con ocasión de aquel viaje a Coimbra no ha dejado de aumentar con el paso de los años; de treinta y ocho años ya. Quedó bien asentada en 1987, a raíz de nuestra participación en la edición del *Seminario Internazionale di Diritto del Lavoro Comparato «Pontignano V»* celebrado en Navacerrada, entre el 31 de agosto y el 4 de septiembre, en el que tuvimos ocasión de conocer a prestigiosos profesores de Derecho del Trabajo de Francia, Alemania, Reino Unido, España e Italia, aprender de ellos valiosas cosas sobre los factores del encuadramiento y la clasificación de los trabajadores y disfrutar, junto con otros profesores con los que coincidimos, agradables vivencias, tanto durante las sesiones de trabajo en grupo del Seminario como al término de cada una de estas. No tengo duda que Juan está de acuerdo conmigo en calificar de sobresalientes las horas pasadas, entre otros que ahora recuerdo, con Lorenzo Gaeta, Bruno Caruso, Antonio Baylos, Ricardo Escudero y Massimo D'Antona. Por lo que respecta a las ocupadas por nuestras bajadas y permanencias vespertinas en el pueblo, al acabar las sesiones del Seminario, no dejo de envidiar a Juan y a los demás que acabo de mencionar por haber disfrutado de unas pocas horas más que yo, pues me tocó el «regalo» de preparar en la habitación de la residencia que compartía con él la relación sobre la distinción entre el trabajo autónomo y el trabajo subordinado, en la que hube de invertir una buena parte de la tarde y noche del 3 de septiembre. Concluido dicho Seminario, nos desplazamos sin solución de continuidad, junto con algunos de esos colegas y ya nuevos amigos, a Jaca, para tomar parte en el IV Coloquio sobre relaciones laborales organizado por la Universidad de Zaragoza y dirigido por el profesor Rivero Lamas, el maestro de Juan. Y así una larga serie de cosas que llega hasta la actualidad. Una larga serie de cosas de la que forman parte las visitas periódicas de Juan a la Facultad de Derecho de Santiago de Compostela y las mías a la Facultad de Derecho de Zaragoza para pronunciar conferencias y participar en seminarios, jornadas y másteres. Denominador común de todas las intervenciones suyas a las que he asistido, incluidas sus ponencias en congresos, es la claridad y contundencia en la exposición y la capacidad de persuasión acerca del acierto de sus ideas sobre la materia objeto de cada intervención.

Tengo sobrados motivos para concluir que me siento afortunado por haber conocido al profesor Juan García Blasco y tenerlo como amigo. Haciendo el balance del producto de mis encuentros académicos con él en Zaragoza, Santiago de Compostela y otros lugares, del conocimiento de los resultados de

sus actividades universitarias y profesionales, entre ellas las que ahora se denominan de transferencia del conocimiento, y de lo que he aprendido a través de aquellos encuentros y de la lectura de sus publicaciones, incluyo al profesor Juan García Blasco en la lista de los mejores «iuslaboralistas» españoles. Sus méritos universitarios son máximos. Lo son en los campos de la docencia y de la investigación; también en los de la gestión y participación en tribunales encargados de juzgar tesis doctorales y tribunales de oposiciones y comisiones de concursos de acceso a plazas de los distintos cuerpos de profesores universitarios. De su currículum forman parte más de cuarenta y cinco años de docencia, principalmente en la Universidad de Zaragoza, en materias del área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, su formación postdoctoral en universidades italianas, la dirección de numerosas tesis doctorales, del Master en Prevención de Riesgos Laborales de la Universidad de Zaragoza y de proyectos de investigación obtenidos en convocatorias competitivas nacionales y autonómicas, una larga lista de relevantes y propositivas publicaciones correspondientes a todas las áreas temáticas del Derecho del Trabajo y a todos los géneros de la literatura jurídica (monografías, manuales, capítulos de libros, artículos y ensayos en revistas de la especialidad, comentarios de textos legales y de jurisprudencia y doctrina judicial) y el desempeño de cargos universitarios de gobierno y gestión de la mayor responsabilidad. Fue Rector de la Universidad Pública de Navarra entre los años 1991 y 1996, Secretario General y Vicerrector de la Universidad de Zaragoza, Decano de su Facultad de Derecho y Director de su Departamento de Derecho de la Empresa.

Volviendo sobre sus publicaciones, me he referido ya a su libro *El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos*, el cual ha sido y es mi guía para el estudio de cuanto concierne a dicho derecho, como también lo son, en los asuntos que tratan, sus libros *Infracciones y sanciones en materia laboral. Un comentario a la Ley 8/1988, de 7 de abril (1989)* y *Aplicación del Derecho del Trabajo y nuevo proceso de oficio (1993)*. Lo mismo digo de sus muchas publicaciones sobre negociación colectiva y también de aquellas en las que ha tenido oportunidad de abordar cuestiones de la subcontratación. Sobre *El derecho de huelga en España*, lo califico de forma expresa como excelente aportación de la doctrina jurídica y añado (en mi *Derecho Sindical*, vol. III, Bomarzo, 2023, p. 295) que, «a pesar de su lejanía en el tiempo», gran parte de aquel «conserva un muy importante grado de actualidad», algo a lo que «no resulta ajeno la sólida formación jurídica de su autor en el momento de la redacción del libro».

De su gran capacidad de trabajo da cabal cuenta el haber sabido combinar y enriquecer, como pocos, sus actividades universitarias con la elaboración de

numerosos informes y dictámenes, sus actuaciones como árbitro de conflictos colectivos de trabajo y el desempeño de los puestos de Letrado del Tribunal Constitucional (1989-1991), Presidente de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (1996-2004), vocal del Consejo Económico y Social de España, miembro del Consejo Consultivo de Aragón y Presidente del Consejo Económico y Social de igual Comunidad Autónoma.

Mi deuda con el profesor Juan García Blasco por su intensa y fructífera colaboración en las actividades organizadas por el área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Santiago de Compostela es elevada. Tal colaboración, iniciada en la década de los ochenta, continúa hasta hoy y comprende, además de la ya apuntada participación en seminarios y jornadas, la docencia en muchas de las veintinueve ediciones del Curso Superior de Relaciones Laborales organizado en virtud del convenio celebrado entre la referida Universidad y el Consello Galego de Relación Laborais.

2. JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

Hablar de Juan García Blasco es hacerlo de Juan Rivero Lamas, su gran y afectuoso maestro. Para mí, es hablar también del estupendo grupo de laboristas de la que bien podríamos llamar «escuela de Zaragoza», con los significativos nombres de Álvarez Alcolea, Ortiz Lallana y Lopera Castillejo entre los compañeros de expectativas, proyectos y realizaciones de Juan García Blasco en esa primera etapa de su carrera universitaria. Luego vendrían las generaciones más jóvenes, con las incorporaciones de los profesores de Val Tena, González Labrada, Pedrosa Alquézar, Torrente Gari, Álvarez Gimeno, Vallejo Da Costa, de Val Arnal y seguramente algunos más que pueden haber quedado olvidados en los rincones más oscuros de mi menguante memoria. Las cosas han cambiado mucho desde aquellos tiempos proteicos del fundador de la estirpe, pero se ha logrado mantener a lo largo de los años el singular espíritu de los orígenes, en el que responsabilidad y jovialidad, cordialidad y respeto, se combinaban de manera inmejorable. También tuvo que cambiar en su momento el portador de la batuta, que pasó a manos del segundo de los Juanes, sin que ello supusiera merma alguna para el irrevocable compromiso académico adquirido en los viejos tiempos.

Conocí a Juan García Blasco en los legendarios coloquios de Jaca. Más concretamente, en las ediciones de los primeros años ochenta del siglo pasado, donde conversamos sobre nuestras pioneras experiencias y donde desde el primer momento encontramos numerosos puntos de convergencia y compenetra-

ción. Pudimos hacer buenas migas, quizá nunca mejor dicho si nos atenemos al hábitat en el que más de una vez nos movimos por aquellas fechas. Al poco tiempo de aquellos primeros contactos volvimos a coincidir en las exitosas Jornadas Hispano-Lusas-Brasileñas de Coimbra, y a partir de entonces fuimos reafirmando nuestra entusiasta amistad aprovechando las posibilidades de encuentro que propiciaba la notable multiplicación de jornadas, seminarios y congresos que por aquellos años registró nuestra disciplina. Además de ir confirmando nuestra vocación por la vida universitaria y de ir fraguando nuestras respectivas carreras académicas, lo pasábamos razonablemente bien en los alejados de nuestra dedicación profesional. Entre otras razones, por los muchos ratos de feliz convivencia entre las familias de uno y otro, con Virginia e Isabel como insustituibles nutrientes de esa buena relación. No sólo éramos doctores recientes con las previsibles dosis de ilusión y pujanza respecto de nuestro futuro, sino también jóvenes que despertaban a la vida madura con todo el activismo que ello conlleva. Pocos años después, en un proceso prácticamente paralelo, pasamos a ser profesores titulares en nuestras respectivas Universidades, Juan en la de Zaragoza y en mi caso en la de Sevilla.

Transcurrían mientras tanto los años ochenta del siglo pasado, en los que de forma un tanto atropellada se mezclaban los deseos de normalización de nuestro reestrenado sistema democrático con un cambio cultural y social de proporciones que eran inimaginables unos pocos lustros atrás. En el tramo final de esa extraña y subyugante década tuvimos la ventura de reencontrarnos en el seno del Tribunal Constitucional, donde ambos ejercimos como letrados por aquel tiempo. El hecho de unir a la condición de colegas la nueva circunstancia de la vecindad nos permitió ampliar nuestras experiencias comunes más allá de la pura relación profesional, con excursiones de fin de semana, comidas o cenas, visitas culturales y otras muchas ocasiones de recreo compartidas por nuestras respectivas familias. La de Juan se iba agrandando, con dos criaturas que, cada una a su manera, animaban sin descanso esos tiempos de esparcimiento. En nuestro caso, fue también la ocasión de conocer un poco mejor las raíces patronímicas y gentilicias de Juan, con pequeñas estancias en Cutanda y su interesante comarca, tan querida y probablemente tan añorada por Juan. Con el paso de los años, la trayectoria personal y familiar de cada uno de nosotros fue tomando su propio camino, pero no dejamos de acompañar a Juan y su familia –ya con nuestra hija Rocío– en momentos vitales de especial trascendencia, como la boda de Virginia junior, en la que Juan se nos reveló como un consumado maestro de ceremonias. Afortunadamente, la pudimos vivir en directo, a diferencia de la de Germán, que sólo pudimos seguirla a distancia, aunque con igual adhesión y afecto.

Eran años de relativa estabilidad profesional, en los que ya quedaban bastante alejadas nuestras respectivas aventuras de acceso a la cátedra universitaria, que, una vez más, se desarrollaron con inusitada proximidad temporal. Él marchó a Pamplona, mientras que yo tomé el camino de Oviedo. Con esas vicisitudes volvieron también los cambios de escenario, pero, lejos de provocar distancia, lo cierto es que se nos abrió de forma casi imperceptible un nuevo periodo de honda y muy fructífera colaboración, que, por fortuna para mí, pudo tener continuidad cuando Juan retornó a la Universidad de Zaragoza, su casa madre, y yo me incorporé a la Complutense de Madrid. Las invitaciones de Juan para que yo participara en actos académicos de Pamplona o Zaragoza (tesis, jornadas, cursos o seminarios de departamento) se reiteraban con inusual cadencia, y yo trataba de hacer lo propio, particularmente desde mis brumosos lares asturianos, muy bien valorados por Juan, todo sea dicho. Del mismo modo, en nuestra programación de publicaciones y en nuestros proyectos de investigación siempre teníamos presente la contrastada utilidad de nuestros ya veteranos intercambios. En obras colectivas, procurábamos contar el uno con el otro.

Que Juan García Blasco es un gran profesional universitario es algo sabido por todos. Que es una buena persona, seguramente de las mejores, tal vez lo sepa mucha gente, pero sobre todo lo podemos atestiguar quienes hemos tenido la suerte de acompañarlo de cerca en todas esas facetas de la vida. Es divertido, dialogante y respetuoso. Compañero leal, vive con la pasión de los buenos todo lo que tiene que ver con su trabajo, sus amistades o sus círculos más estrechos de convivencia. Poco a poco hemos podido apreciar, además, que se ha convertido en persona carismática, que de modo natural despierta complicidades y apoyos, y que sabe tratar y guiar con criterio a quienes se le acercan con ánimo de aprender o de obtener consejo para sus propias iniciativas. Es sumamente servicial, aunque no le disgusta ni mucho menos el mando, que por otra parte ejerce con su proverbial grado de implicación y con su gentil campechanería. Acertó Juan Rivero Lamas, su recordado maestro, al colocarlo a su lado. Tampoco nos equivocamos quienes, primero por intuición y luego por convicción, apostamos por brindarle nuestra amistad. Muy pronto pudimos gozar de la suya.

3. SALVADOR DEL REY GUANTER

De los múltiples perfiles positivos que pueden resaltarse del Profesor García Blasco, elijo el de conferenciante –«persona que diserta en público sobre algún punto doctrinal», nos dice la RAE– porque es, en mi memoria mediata e inmediata, el que tengo más vivo de mi entrañable colega y amigo.

El poder transmitir públicamente con convicción y clarividencia opiniones doctrinales, fruto de largas investigaciones y estudios, es un complemento imprescindible en la labor de un profesor universitario, y en ello, como en los otros perfiles que pudieran destacarse de él, estas virtudes sobresalen con brillantez y excelencia. Pero enseguida he de subrayar que las mismas no las posee nuestro profesor de forma reciente.

En efecto, aún recuerdo de forma indeleble las primeras veces que tuve ocasión de oírlo disertar doctrinalmente en público. Fue hace ya unas décadas con ocasión de las denominadas «Jornadas de Jaca», que el profesor Juan Rivero, con la generosidad que le caracterizaba en su maestría y que ahora quiero aprovechar para resaltar, organizaba cada verano y en las que convocaba a profesores que entonces iniciábamos nuestras carreras académicas, entre los cuales tuve la fortuna de encontrarme.

Fue en esas Jornadas donde, entre otros insignes miembros de la denominada «escuela zaragozana», tuve ocasión no sólo de entablar amistad con Juan, sino de quedar impresionado por sus ya entonces evidentes dotes de oratoria. No es frecuente encontrar a un profesor tan joven pero ya poseedor de una evidente claridad expositiva de ideas, a lo que unía una forma entusiasta de transmitirla, reflejo de un convencimiento ciertamente contagioso.

En múltiples conferencias posteriores a lo largo de nuestra vida académica a las que afortunadamente he tenido ocasión de asistir, he podido confirmar estas virtudes de excelencia y apasionamiento como conferenciante, las cuales, con el paso del tiempo, lejos de diluirse por mera rutina, se han ido incluso potenciando. De hecho, lo anterior lo he podido comprobar en la última ocasión que he tenido la oportunidad de escucharle, hace apenas unas semanas de cuando escribo estas líneas, en las que, aceptando generosamente mi invitación y ante un cualificado auditorio de responsables de recursos humanos, esclarecía magistralmente la compleja reforma de este año 2024 del artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores respecto a la preferencia del nivel autonómico –e incluso provincial– en nuestra sufrida estructura de la negociación colectiva.

Con el profundo conocimiento que le da sus múltiples investigaciones sobre nuestro sistema de negociación colectiva, así como la perspectiva que le ofrece el desempeño de cargos como el de la Presidencia de la Comisión Consultiva de Convenios Colectivos o el actual de Presidente del Consejo Económico y Social de Aragón, pudo hacer llegar con claridad y fuerza de convicción que caracteriza sus exposiciones los complejos entresijos y las posibles consecuencias operativas que pueden deducirse de ese trascendental cambio normativo.

A lo largo de muchos años, por tanto, he podido comprobar en persona que mi colega y amigo no es sólo que domine la articulación del discurso jurídico, partiendo de unas claras premisas iniciales y finalizando con unas aleccionadoras conclusiones, pasando entre unas y otras por un desarrollo muy adecuado y consistente de las (hipo)tesis que avalan tales conclusiones. Es que también posee un excelente dominio de la forma y maneras expositivas, destacando su energía y empatía con el oyente para hacerles más fácil ver y comparar la fundamentación y lógica de su razonamiento.

Decía Willian Bryan que el buen orador es aquél que «dice lo que piensa y siente lo que dice.» Está demostrado que los oyentes de una conferencia o un discurso tienden a olvidar normalmente la mayor parte de lo que escuchan –no creo, por cierto, que sea el caso de los «escuchantes» de Juan–, pero que lo que sí retienen mucho tiempo después es la impresión vital –la «experiencia» se diría ahora– que le ha provocado el conferenciante, las emociones que ha logrado originar en su auditorio a través de cómo «han sentido lo que dijo», y en ello mi colega y amigo es ejemplar.

Dado que el Ordenamiento laboral se está viendo sometido a un fenómeno de continua hiperregulación a través de múltiples normas laborales y paralaborales, que para más *inri* en muchas ocasiones se caracterizan por su opacidad y deficiente técnica jurídica, sólo es de esperar que sigamos contando por mucho tiempo con las clarificadoras explicaciones de este muy ilustre conferenciante que es el Profesor García Blasco.

4. ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO

La generosidad de mis colegas ha querido que disponga de sus contribuciones a este perfil antes de pergeñar la propia. Asumo de principio a fin, *mutatis mutandis*, cuanto han expuesto y procuraré no repetirme.

En este pórtico del libro es lógico que aparezcan las vivencias y valoraciones de tipo personal, más que las aportaciones de carácter jurídico. Así ha de ser, aunque en profesiones como la universitaria no siempre resulta fácil el deslinde. En todo caso, quiero referirme a cinco aspectos complementarios de los precedentes.

Desde luego, comienzo agradeciendo al profesor Ángel Luis de Val Tena, excelente Catedrático y amigo, sus desvelos para que esta obra vea la luz en la Editorial de la AEBOE, así como su invitación para comparecer en esta pequeña galería de semblanzas. Junto con José Luis Monereo Pérez, gran compañe-

ro e infatigable publicista, han organizado un homenaje tan merecido como interesante desde el punto de vista de los contenidos.

El tema de «las Escuelas». Tiempo atrás nuestra disciplina estaba claramente organizada en media docena de *escuelas* o agrupaciones constituidas alrededor de un *Maestro*. No digo que ese modelo ya sea inexistente, pero sí que lo considero superado. La generación a que pertenecemos ha procurado mantener la lealtad a sus orígenes y, al tiempo, tender puentes que relativicen aquella originaria ordenación. La cronología (desembocamos profesionalmente en el iuslaboralismo cuando el régimen constitucional emergía), la cercanía en el trato (facilitada por los numerosos Congresos, Jornadas, Seminarios, Cursos, siempre en formato presencial), los cambios en el sistema de promoción (eliminando las antiguas *trincas*), el enorme crecimiento de nuestro espacio académico (especialmente en titulaciones ajenas a la de Derecho) y otros muchos factores ayudaron a que así fuese.

En ese terreno creo que Juan García Blasco es paradigma de buenas relaciones, de colaboración leal y de colaboraciones con personas de diversa procedencia. Tales aspectos son trasladables al plano ideológico, personal, religioso o, sin más, al vital. Descartar la acepción de personas por las múltiples razones que cabe la discriminación es lo que siempre ha practicado. Sin esconder las propias ideas, escuchar a quienes profesan otras diversas aparece en él como algo natural.

La fidelidad y el compañerismo. Quiero referirme con esta pequeña rúbrica a las relaciones verticales ascendentes (en especial, hacia *D. Juan*; ahora volveré) o descendentes (Manolo, Ruth, Susana, Alberto, Sonia, J. Jesús, Rafael, Sara, etc.), pero también a las horizontales (Manolo, Carmen, María José, Ángel, etc.). En todas ellas él ha destacado por su transparencia, amabilidad y disponibilidad para ayudar o progresar conjuntamente.

Las casualidades me llevaron a presenciar en primer plano la emancipación de Juan García Blasco respecto de su *alma mater* zaragozana. El modo en que gestionó esa etapa, dando el salto a la Universidad Pública de Navarra me pareció ejemplar desde el principio. Respeto, en todos los sentidos, hacia su querido Maestro, el llorado Juan Rivero Lamas. Preocupación, académica y personal, por la situación en que quedaban las personas que venían dependiendo de su impulso directo. Implicación, directa e institucional, con las nuevas responsabilidades asumidas. Elegancia, profesional y humana, con los compromisos adquiridos y a los que debía renunciar. Sin perjuicio de permitir su crecimiento en libertad, tengo la convicción de que ha sido un excelente jefe de filas para quienes se han enrolado en su nave.

La generosidad. Una gran capacidad de trabajo y elevadas dotes intelectuales quizá deban presumirse a quien alcanza las cumbres académicas. Así es, desde luego, en nuestro caso. Pero otras cualidades (auténticas virtudes) ya deben acreditarse caso por caso. La ayuda a terceras personas, la búsqueda de soluciones consensuadas o incluso la cesión de algún privilegio aparecen aquí, configurando este aspecto de la personalidad de Juan.

De ese rasgo se han beneficiado personas e instituciones. La Universidad de Zaragoza (aceptando en todo momento el desempeño de cargos y la asunción de encargos), la Universidad Pública de Navarra (tomando su timón en momentos fundacionales) o incluso la Universidad de Navarra (impartiendo accidentalmente una necesaria docencia). El CES estatal y el CES Autonómico. Las obras colectivas y las individuales. Los Congresos, Seminarios y Jornadas. Las Tesis dirigidas o enjuiciadas. Los múltiples tribunales presididos o completados. Las Comisiones de toda índole. Los compañeros de Departamento con problemas para impartir algunas clases. Los sindicatos y patronales. Los innumerables Másteres o Programas de Doctorado. Las Escuelas de Práctica profesional. Los Colegios de Abogados o de Graduados Sociales. Las Editoriales. Los medios de comunicación. La lista sería, en verdad, casi interminable.

La vitalidad. Característica de Juan García Blasco es también su entusiasmo, derrochando vitalidad y contagiando a quienes le han rodeado en cada momento. No hay más que recordar el modo en que, agachando la cabeza y luego ladeándola levemente al tiempo que se erguía, manifestaba cualquier opinión. Ese contagioso ímpetu le ha acompañado en todas las empresas que le conozco.

No me refiero solo a las propiamente técnicas (estudio, investigación, transmisión, gestión) sino también a las complementarias (organización, difusión, obtención de recursos). Migas de pastor en Santa Cruz de la Serós, excursiones jacetanas, festivales universitarios en Pamplona, actividades lúdicas en innumerables lugares a lo largo y ancho de su querido Aragón, pero también en tierras ibéricas o de países amigos. Incluso su pasión futbolera (compartida con sus entrañables compañeros de Departamento). Por supuesto, gobernar el insuperable Congreso Nacional de la AEDTSS (Pamplona-Tudela, 1994).

La amistad. En todos estos terrenos Juan ha sabido propiciar relaciones de amistad. Construir un *Derecho de la Seguridad y Salud en el trabajo* (Civitas, 1996). Participar en los Foros Aranzadi Social (desde hace veinticinco años). Compartir veladas con parejas y compañeros. Una relación que perdura ya más de cuatro décadas y que se ha asentado sobre la amistad difícilmente

puede reconducirse al contenido de unas pocas páginas. Tiempo ha habido para el debate, para el aprendizaje, para compartir angustias y alegrías.

Para lanzar y relanzar el estudio de *La subcontratación en el sector de la construcción* (Aranzadi, 2007); colaborar en el *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes* (Comares, 2005); evocar a Juan Rivero (Aranzadi Social, 2008). Para compartir confidencias, planes, cultura o gastronomía.

Lógicamente, mi deseo sincero es que la jubilación administrativa sea la puerta que franquea el paso hacia una dilatada y fructífera etapa en cuantos ámbitos él mismo desee.

III. JUAN GARCÍA BLASCO, SEMBLANZA INTELECTUAL Y CIENTÍFICA

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

Catedrático y Director del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

1. BREVE SEMBLANZA INTELECTUAL Y UNIVERSITARIA

«Pensar al “hombre” en el Derecho como un ser colectivo significa en definitiva introducir en ese pensamiento una porción del *Ethos* colectivo. Se cumple así una nueva eticización del Derecho dotándolo de un contenido ético de deber: “propiedad obliga” se dice, y “derecho a votar es deber de votar”, y ya Ihering elevó de modo impresionante la lucha por el derecho a la condición de un deber moral. Con esta impregnación del Derecho por el deber, retorna de nuevo la era social del Derecho [...]»

Gustav RADBRUCH¹

Como en toda persona, en el profesor Juan García Blasco, se puede distinguir la «persona en sí» y la «actividad profesional» desplegada por ella.

¿Qué decir aquí que no sea comúnmente conocido respecto a Juan García Blasco? Creo, sinceramente y desde el conocimiento directo que tengo tras décadas de estrecha amistad y colaboración, que Juan es ante todo un hombre bueno en el sentido que Antonio Machado decía para sí mismo («... soy, en el

¹ RADBRUCH, G.: *El Hombre en el Derecho. Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del Derecho*, edición y estudio preliminar, «Gustav Radbruch; un modelo de jurista crítico en el constitucionalismo democrático social» (pp. IX-LXIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2020, p. 8.

buen sentido de la palabra, bueno»)². Es una persona que siempre ha ayudado a los demás con generosidad y que ha honrado siempre la memoria de su gran Maestro, Juan Rivero Lamas. He visto cómo se ha comportado en tribunales de cátedra «conflictos» (por no decir, «antagonistas») y su disposición a resolver las situaciones con justicia y diálogo entre los miembros que los componen. He comprobado cómo se ha comportado con sus jóvenes discípulos, y cómo lo ha hecho con otros jóvenes investigadores (incluidos discípulos míos) en ese momento tan central en la trayectoria universitaria como es el enjuiciamiento de la Tesis Doctoral, que es sin duda la fase académica más determinante para el joven (de ordinario) investigador que inicia su vida universitaria. El cuidado, el esmero, con el que sugiere ideas y articula las críticas constructivas. Pero también su dedicación en los periodos de estancia de jóvenes de otras universidades bajo su tutela. De todo esto se podría hablar mucho más y bien.

Pero eso no contradice, sino que más bien realza el «ser aragonés» de Juan García Blasco, pues, en efecto, en el espíritu de independencia personal, pronto siempre a ensanchar el ámbito de la decisión individual, sin interferencias ajenas, donde el razonamiento crítico-reflexivo va unido al sentimiento y a la intuición. Allí dónde el ejercicio de la libertad en la responsabilidad se une a la razón de ser frecuente en los aragoneses más comprometidos: la libertad en el Derecho justo y pulsión de independencia [*in fine* Lison Tolosana, C.: «Análisis de los rasgos definitorios del ser aragonés desde la perspectiva antropológica», en *El ser aragonés (Actas del Simposio-Jornadas-Congreso celebrado del 18 al 21 de diciembre de 1991, con ocasión del 400 Aniversario de la muerte de D. Juan de Lanuza (Justicia de Aragón)*, A. Ubieto Arteta (Dir.), Zaragoza, El Justicia de Aragón e Ibercaja, 1992, pp. 37-57]. Pero no desde el individualismo radical, sino desde el compromiso con una sociedad democrática que garantiza constitucional y legalmente el disfrute de las libertades y derechos fundamentales de todos los ciudadanos; y, asimismo, en el convencimiento de que los derechos (civiles y políticos, económicos, sociales y culturales) y la igualdad vienen de donde vienen, es decir, de la construcción por la ciudadanía de un Estado Social y Democrático de Derecho garante de tales derechos y de los principios de dignidad humana y de igualdad para todos

² Poema (Auto) *Retrato* de Antonio Machado:

«Hay en mis venas gotas de sangre jacobina, pero mi verso brota de manantial sereno; y, más que un hombre al uso que sabe su doctrina, soy, en el buen sentido de la palabra, bueno [...]»

Cfr. MACHADO, A.: *Campos de Castilla*, Madrid, Renacimiento, 1912. Disponible en Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/campos-de-castilla-983795/html/53182a83-438f-4e63-8093-1a1e1ffb0861_2.html#I_1_

(artículos 1, 9.2, 10 y concordantes del grupo normativo regulador de la Constitución Española como Norma Fundamental de nuestro ordenamiento jurídico) [*in fine* Forcadell Álvarez, C.: en *El ser aragonés (Actas del Simposio-Jornadas-Congreso celebrado del 18 al 21 de diciembre de 1991, con ocasión del 400 Aniversario de la muerte de D. Juan de Lanuza (Justicia de Aragón)*, A. Ubieto Arteta (Dir.), Zaragoza, El Justicia de Aragón e Ibercaja, 1992, pp. 63-71]. Y Juan García Blasco se comprometió efectivamente cuando era momento necesario para hacerlo: en la época crucial de la lucha por el desarrollo garantista de las previsiones constitucionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales (que la doctrina solemos sintetizar con la expresión técnica de «derecho sociales»).

Quiero destacar también en Juan García Blasco dos cualidades importantísimas para un jurista crítico y capaz de autorreflexibilidad y de construcción de doctrina científica. Por un lado, Juan es un hombre de «cultura», y no sólo de «cultura jurídica», que no es poca cosa con los vientos fríos que corren al respecto. La «cultura jurídica» nos remite a un conjunto de presupuestos, teóricos y prácticos, conceptuales y simbólicos a través de los cuales se comprenden, explican, interpretan y en su caso, se interviene en las relaciones sociales desde el Derecho, adoptando un determinado tipo de cosmovisión del fenómeno jurídico en el contexto histórico en que se halla la sociedad. Ello tiene relevancia para la comprensión y explicación del fenómeno jurídico y en particular respecto a ese sector del ordenamiento jurídico que denominamos Derecho Social del Trabajo. Si el razonamiento práctico en general trata de decidir cómo actuar en el contexto de una elección práctica, el tipo especial de razón práctica asociado con el ordenamiento jurídico concierne a las preguntas más profundas y de mayor repercusión práctica sobre cómo decidir y cómo actuar correctamente. Y esta es precisamente una cualidad innata de Juan García Blasco.

Por otro lado, en Derecho existe algo que se puede constatar en la experiencia jurídica, a saber: se tiene o no se tiene «sentido común jurídico», como un saber sobre qué es «lo jurídico» y dónde puede buscarse la solución adecuada de los conflictos –que pueden materializarse en «controversias» en sentido propiamente jurídico. Pues bien, esa cualidad innata se percibe en el quehacer de Juan García Blasco. Se localiza en su tarea científica muchas manifestaciones, pero sin duda alguna una expresión harto significativa es la capacidad de «intuir» dónde reside el lado correcto de la solución de los problemas a resolver. Ese «sentido común jurídico», como nos dice Santi Romano [Romano, S.: «Fragmentos de un Diccionario Jurídico», trad. S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redín, edición al cuidado de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares, Colec-

ción Crítica del Derecho, 2002], suele ser «innato» y difícil de aprender sin más a través de la experiencia jurídica del jurista. No sólo en Jornadas y Congresos, sino también en actos de defensa de la tesis –ya aludidos–, Juan tiene el atributo de identificar la cuestión central de una temática o el hilo conductor de una determinada investigación. Lo que podría llamarse el elemento condicionante del «lado constructivo» de la teoría del conocimiento jurídico.

Todo ello se enmarca en algo que no siempre sucede en los profesores universitarios, como es la vocación real que Juan García Blasco tiene respecto al quehacer universitario en los aspectos –íntimamente vinculados– de la docencia y la investigación. La suya, es una vida dedicada a la Universidad Pública, lo cual ha determinado, entre otras cosas, que rechazara ciertas propuestas relevantes que habrían supuesto apartarse institucionalmente de ella. Pero también ese compromiso con la Universidad se aprecia fuertemente en el aspecto «institucional», pues no otra es lo que supone haber sido Rector y Secretario General de la Universidad durante numerosos años, aparte de llevar, en sucesivos momentos, la condición de Director del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad de la Universidad de Zaragoza. Además, actualmente preside la Comisión de Reforma de los Estatutos de la Universidad de Zaragoza, y precisamente en un «momento constituyente», de innegable refundación de nuestras prestigiosas Universidades Públicas (entre las que se encuentra, como es bien conocido, dicha Universidad).

Pero si todo esto no fuera poco, y sin perder nunca su condición de personal en activo en la Universidad Pública de Zaragoza, Juan García Blasco ha tenido un inequívoco compromiso institucional de política del Derecho del Trabajo y del Sistema de Relaciones Laborales. Ha sido Presidente destacadísimo de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, realizando una labor magnífica impulsando encargos de estudios empíricos de nuestro sistema de negociación colectiva y Jornadas; y cabe destacar que esos encargos se hicieron desde una fidelidad absoluta con el pluralismo ideológico que es connatural a nuestra disciplina científico-jurídica. Ello permitió conocer el estado de situación real de nuestra negociación colectiva en una coyuntura clave de necesaria renovación cuando los interlocutores sociales acometían la ardua tarea de asumir la función atribuida por nuestra Constitución de promover la autodeterminación social de los grupos sociales, y de concretar creativamente la regulación legal de las relaciones individuales y colectivas/sindicales de trabajo (reténgase, al respecto, el grupo normativo de constitucionalidad integrado, entre otros, por los artículos 7, 28, 37, 103 y 131 de la Norma Fundamental).

También debe merecer ser destacada su labor como experto gubernamental en el Consejo Económico y Social de España, durante muchos años. Siempre estuvo en la lista de Presidirlo, pero sólo los avatares de los cambios legítimos de Gobierno de nuestro país impidieron que asumiera dicho cargo. Aun así se puede decir, sin exceso alguno, que su contribución ha sido extraordinaria en todas las actividades desplegadas por este organismo de concertación social institucionalizada de carácter permanente. En esa dimensión institucional, es relevante hacer notar igualmente que el Profesor Juan García Blasco ha sido Letrado del Tribunal Constitucional, realizando una excelente labor al respecto.

Otras intervenciones de mis queridos colegas en este Libro Homenaje abundarán en esa dimensión institucional, lo cual excusa aquí que se abunde en ello.

A todos nos hubiera gustado que hubiera estado en este momento, con nosotros, el también querido e ilustre *Juan Rivero Lamas*, Maestro de Maestro, y Maestro directo de los profesores Juan García Blasco y de Ángel Luis de Val Tena, entre otros muchos reconocidos discípulos; y, desde luego, un referente determinante para mí por su Magisterio y su talla humana e intelectual. La estrecha amistad de mi querido Maestro José Vida Soria y Juan Rivero Lamas contribuyó, desde hace muchísimos años, a reforzar el hermanamiento permanente entre las dos «Escuelas de pensamiento» que ambos fundaron y que tuvieron continuidad con todos nosotros. Vaya por delante un recuerdo muy emotivo y entrañable para él. [Ese reconocimiento del Magisterio compartido se hace explícito, por ejemplo, en «Rememorando al profesor Juan Rivero Lamas (1937-2007)», Á. L. de Val Tena, J. García Blasco, A. V. Sempere Navarro, en *Aranzadi social*, n.º 5, 2007; «El Trabajo», L. E. de la Villa (Coord.), Ramón Areces, Madrid, 2011, en particular, J. García Blasco, pp. 483-499, y Á. L. de Val Tena, «La obra del profesor Juan Rivero Lamas. Anexo», pp. 501-528; Rivero Lamas, J.: «La democracia en la empresa», edición y estudio preliminar, a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Col. Crítica del Derecho, 2010; Monereo Pérez, J. L.: «Juan Bautista Rivero Lamas (1937-2007): La comprensión del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social desde el enfoque de los Derechos Humanos», en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, 36, (2023) 293-318].

2. PRODUCCIÓN CIENTÍFICA

No es infrecuente leer semblanzas investigadoras de pensadores relevantes de nuestra disciplina y de otras disciplinas de la ciencias sociales y jurídi-

cas que desconocen –o simplemente la desatienden– que la actividad científica no sólo abarca principalmente las investigaciones directas y personalmente realizadas («producción científica»), sino también la dirección de Tesis Doctorales y la Dirección y/o coordinación de obras colectivas, mostrando con ello la capacidad investigadora y la capacidad de liderazgo en la Universidad Pública. En el caso de Juan García Blasco, cabe destacar que ha dirigido (y, en algún caso, codirigido) once Tesis Doctorales, y ha coordinado o dirigido numerosas obras colectivas, aparte de organizar y dirigir innumerables Jornadas y Congresos sobre nuestra rama de conocimiento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Su obra científica escrita comprende prácticamente todos los ámbitos del Derecho Social del Trabajo y de las Relaciones Laborales, con singular atención al Derecho Colectivo/Sindical. Esta literatura científica es extensa, y es, sobre todo, intensa, rigurosa, crítica, aguda y sugerente. Algunas de sus obras son referentes nacionales e incluso internacionales y ponen de relieve, no sólo a un acreditado especialista en materia laboral y sindical, sino también a un verdadero jurista, a un jurista integral, preocupado por comprender y explicar el Derecho pero atendiendo también a una especial preocupación por llevar a cabo un enfoque interdisciplinar. El reconocimiento general de los méritos científicos del profesor García Blasco y su propia vocación de compromiso activo se ha traducido en el desempeño de numerosas actividades de carácter institucional y técnico-jurídico.

En esa producción científica, que incide en todos los ámbitos fundamentales de la literatura especializada en materia de Derecho Social del Trabajo, se aprecian distintos bloques de materias, de los cuales interesa destacar, con carácter no exhaustivo, los siguientes:

1) *Producción científica en materia de «teoría general del Derecho del Trabajo»* en el sentido más amplio de esta expresión, donde destacan trabajos como «El supuesto de hecho del ordenamiento laboral y la extensión del Derecho del Trabajo», en *Proyecto social: Revista de relaciones laborales*, n.º 3, 1995, pp. 7-22; *Prontuario de doctrina social del Tribunal Constitucional*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2005; «Derecho del Trabajo, diálogo social y crisis económica», en *Derechos económicos y sociales* (Dir. Embid Irujo), Iustel, Madrid, 2009; «El Derecho social del trabajo clásico», en *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Comares, Granada, 2010; «Crisis económica y modernización del Derecho del Trabajo clásico», en *Crisis económica y Derecho del Trabajo*, CARL, Sevilla, 2010; «La crisis económica y las relaciones laborales», en *La nueva economía tras la crisis: la*

economía, mercado de trabajo y desarrollo sostenible. Consejo Económico y Social de Extremadura, 2010): «Trabajo y Seguridad Social», en VVAA., Bermejo Vera, López Ramón (Coord.): *Tratado de Derecho Público Aragonés*, Madrid, Cívitas, 2010; «El convenio núm. 150 de la OIT sobre la Administración del Trabajo y la Experiencia Española», en VVAA, Monereo Pérez, J.L. (Coord.): *A treinta años de la adopción del Convenio núm. 150 de la OIT sobre la Administración del Trabajo. Un diálogo entre Europa y América Latina*, Comares, Granada, 2010; «Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social», en VVAA, Embid Irujo A. (Coord.) *Introducción al Derecho español*, Iustel, Madrid, 2010. Este trabajo ha sido traducido al idioma japonés, Tokio 2010; «Las medidas laborales y la crisis económica. Valoración, problemas aplicativos y soluciones», en VVAA: *El impacto de la gran crisis mundial sobre el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Su incidencia en España, Europa y Brasil*, Atelier, 2014; *Comentario Sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social* (Codirección con J.L. Monereo Pérez), Comares, Granada, 2006; «Crisis económica y trabajo en las administraciones públicas: Algunos aspectos de su dimensión colectiva», en *Proyecto social: Revista de relaciones laborales*, n.º 14, 2010; «Libertad de trabajo y competencia», en *Revista española de derecho del trabajo*, n.º 184, 2016; «Los efectos de la flexibilidad sobre la actividad y el empleo», en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, n.º Extra 119, 2015; «El nuevo marco organizativo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social: la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social», en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, n.º Extra 119, 2015.

2) *Producción científica en materia de Derecho Colectivo/Sindical*, donde la aportación científica de Juan García Blasco es particularmente relevante. Así, en lo relativo a los conflictos y a la huelga: *El derecho de huelga en España: Calificación y efectos jurídicos* (Bosch, Barcelona, 1 septiembre 1983. Es su Tesis doctoral revisada para su publicación, dirigida por el Profesor Juan Rivero Lamas); «Participación en huelga y despido en el Derecho comparado y en el Derecho Español» (Comunicación en el «I Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social», tomo II, Málaga, 23-28 de septiembre de 1980); «De la eficacia normativa del convenio colectivo y los efectos de su nulidad: a propósito de la S. Audiencia Nacional 58/2008, de 21 de octubre», en *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, n.º 1, 2009; «La dimensión constitucional del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo», en VVAA, García Murcia, Coord., *Legislación histórica*

sobre huelga y conflicto colectivo de trabajo, Aranzadi, Pamplona, 2011; «El Consejo de Relaciones Laborales y de Negociación Colectiva: ¿un nuevo escenario también, para el diálogo social?», en *Relaciones Laborales*, n.º 23-24, 2012; «La negociación colectiva», en *Estudios en homenaje al profesor Antonio Ojeda Avilés*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2013; «*Negociación Colectiva y Comisión consultiva de Convenios*», Comares, Granada, 2013; «La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos: un escenario para revitalizar la negociación colectiva en el escenario de la crisis económica», en VVAA., *El Sistema de Negociación colectiva en España*, Monereo Pérez, J. L. y Moreno Vida, M.N. (Dirs.), Thomson/Aranzadi, 2013; «La negociación colectiva en materia de prevención de riesgos laborales», en colaboración con De Val Tena, A.L., en VVAA, *Tratado de prevención de riesgos laborales. Teoría y práctica*, J. L. Monereo Pérez (Dir.), Tecnos, Madrid, 2014; «Crisis económica, Reforma Laboral y reordenación del contrato de trabajo: entre el fomento de la contratación indefinida y la preocupación por el empleo», en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, n.º 100, 2012; «Marco Legal de la Negociación Colectiva», en VVAA.: *The Actors of Collective Bargaining. A world Report*. XVII Congress of Labour Law and Social Security, Montevideo, September 2003. World Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands, 2004; «Convenios y negociación colectiva tras el RD-Ley 7/2011, de 10 de junio», en *Aranzadi Social*, Vol. 4, n.º 5, Sep., 2011).

Una obra colectiva especialmente destacable por su importante aportación científica es *La negociación Colectiva en el Sector Público*, J. García Blasco (Dirección) y F. Vila Tierno (Coordinación) (Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019, 782 páginas). Se puede afirmar, con la mejor tradición de pensamiento del Derecho del Trabajo garantista, que viene a asumir y poner en práctica que el Derecho del Trabajo, a través de la ley y de la negociación colectiva, tiene la finalidad de constituir un contrapeso que equilibre la desigualdad de poder negociador que es consustancialmente inherente a las relaciones individuales de trabajo [Kahn-Freund, O., «Trabajo y Derecho», traducción y «Nota preliminar» de Jesús M.^a Galiana Moreno, «In Memoriam» por F. Cavas Martínez y J. Luján Alcaraz, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Comares, Granada, Colección Crítica del Derecho, 2019, pp. 45 y ss., y 275 y ss.].

Específicamente, en materia de libertad sindical en *ius strictum*, interesa llamar la atención sobre las siguientes aportaciones: «Representación, acción sindical y conflicto en el empleo público: de la continuidad reguladora a la

nueva autotutela colectiva», en *El nuevo Estatuto del Empleado público*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 2008; «Libertad sindical en el marco del Estatuto del empleado público: puntos críticos», en *Anuario de Conferencias del CARL*, Sevilla, 2009; «Tercer Sector. Colegios Profesionales», en VVAA., *El modelo social en la Constitución española de 1978: 1978-2003*, A. V. Sempe-re Navarro (Dir.), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003; «La libertad sindical de los empleados públicos», en *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario Sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril*, J.L. Monereo Pérez y C. Molina Navarrete (Dirs., y Coords.), Comares, Granada, 2008). En esta materia relativa a al derecho fundamental de libertad sindical, Juan García Blasco podría coincidir con la mejor tradición de la cultura jurídica iuslaboralista en el sentido de que los sindicatos son detentadores del poder y necesitan ese poder en libertad para desempeñar su papel central en una sociedad democrática y pluralista.

3) *Relaciones individuales de trabajo: contrato de trabajo y régimen jurídico de los empleados públicos*. Nos encontramos también con aportaciones significativa: «Comentario al artículo 21 del Estatuto de los Trabajadores: Pactos de no concurrencia y de permanencia en la empresa», en *Estatuto de los Trabajadores en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estudios dedicados al Catedrático y Magistrado Don Antonio Martín Valverde*, J. García Murcia (Coord.), Madrid, Tecnos, 2015; «El estado actual de la Prevención de Riesgos Laborales» (Ponencia Congreso: Primer Congreso Nacional de Prevencionistas AEPSAL, Madrid, 2006); «Relevancia de la representación y acción sindical» (Ponencia Congreso: El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo legislativo. Zaragoza, 2007); «La vigilancia de la salud de los trabajadores, en VV.AA.: *Estudios en homenaje al Dr. Calatayud Maldonado*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2004; «Algunos aspectos laborales del concurso», en VV.AA.: *Las claves de la Ley Concursal*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2005; *La subcontratación en el sector de la Construcción*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007; «Los Servicios de Prevención en las Administraciones Públicas», en *Revista Científico Técnica de Seguridad y Salud Laborales*, n.º 9, junio 2007; «La subcontratación en la construcción: a propósito del Reglamento de 24 de agosto de 2007». En colaboración con Carmen Aguilar, en *Aranzadi Social*, n.º 17, 2009; «Comentario al artículo 13 de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social». En colaboración con Jesús de Val, en *Comentarios a la Ley Orgánica 4/2000*, J.L. Monereo Pérez (Dir.), Comares, Granada, 2010; «Alta dirección y prevención de riesgos laborales», en Monereo Pérez, J.L., y De Val Tena, Á.L. (Dirs.): *El régi-*

men jurídico del personal de alta dirección: Aspectos Laborales y de Seguridad Social, Comares, Granada, 2010; «Algunos aspectos de la tutela de los trabajadores en el concurso. Tercer Congreso español de derecho de la insolvencia», en VVAA.: Beltrán-García Cruces-Prendes (Coord.), Cívitas, Pamplona, 2011; «El trabajo en las Administraciones Públicas. Algunos aspectos de su dimensión colectiva», en *El Trabajo*, L. E. De la Villa (Coord.), Ramón Areces, Madrid, 2011; «La reordenación de la contratación laboral en la Reforma de 2012», en *Documentación Laboral*, n.º 2, 2012): «La reforma de la contratación laboral», en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* núm. 100, 2012; «La extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba», en colaboración con Pedrosa Alquézar, S, en VV.AA.: *Modalidades de extinción del contrato de trabajo*, J. L. Monereo Pérez (Dir.), Comares, Granada, 2014; «Empleo público, competencia estatal y tiempo de trabajo. Comentario al Voto Particular (STC 158/2016, de 22 de septiembre y STC 99/2016, de 25 de mayo)», en *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*, n.º 3 (Especial), 2023; «Tutela de la seguridad y salud y tiempo de trabajo: a propósito de la STJUE de 14 de mayo de 2019», en *Revista Galega de Dereito Social – 2.ª etapa: (RGDS)*, n.º 10, 2020; «Modificación sustancial de condiciones de trabajo y poderes empresariales: a propósito de la STS (Sala de lo Social) 03/04/2018», en *Derecho de las relaciones laborales*, n.º 10, 2019; «Hacia un mercado de trabajo más flexible y seguro», en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, n.º Extra 135, 2018; «El nuevo marco organizativo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social: la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social», en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, n.º Extra 119, 2015, pp. 141-148; «La protección social de los trabajadores de cooperativas de trabajo social: entre la crisis económica y las nuevas reglas ¿mayor protección?», en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 37, 2014; «La contratación laboral en la reforma legal de 2012: Entre el estímulo de la contratación indefinida y la preocupación por el empleo», en *Documentación Laboral*, n.º 95-96, 2012.

4) *En materia de Derecho procesal* conviene destacar las siguientes contribuciones: «El nuevo proceso laboral», en *Estudio técnico jurídico de la Ley de procedimiento laboral*, J.L. Monereo Pérez (Dir.), Comares, Granada, 2010; y antes *Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral*, J. Monereo Pérez, M. N. Moreno Vida y Á. L. Gallego Morales (Dirs.), Comares, Granada, 2001. Aportación singularmente relevante es el libro *Aplicación del Dere-*

cho del Trabajo y Nuevo Proceso de Oficio, Prólogo de Juan Rivero Lamas, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1993. Este libro lleva una dedicatoria harto significativa de sus señas de identidad universitaria, del siguiente tenor: «A mi Maestro, Juan Rivero Lamas, de quien aprendí el oficio universitario».

5) *La materia de Seguridad Social* ha merecido una particular atención en su quehacer investigador. Así, «Los órganos de gobierno de las Mutuas» colaborados con la Seguridad Social», en VV.AA.: *Perfiles de las Mutuas de Accidentes de Trabajo*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2005; *El accidente de trabajo in itinere en Aragón: análisis y prevención del riesgo*. Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2007; «Seguridad Social en la Carta Social Europea», en *La Seguridad Social: Estudios en Homenaje a Vida Soria*, Monereo Perez, J. L. (Dir.), Comares, Granada, 2007; *El accidente in itinere. Un enfoque esencialmente preventivo*, Comares, Granada, 2009; «Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social», en VVAA.: Embid Irujo A. (Coord.) *Introducción al Derecho español*, Iustel, Madrid, 2010. Este trabajo ha sido traducido al idioma japonés. Tokio 2010; «Sobre algunos aspectos de la Seguridad Social: las consideraciones del Consejo Económico y Social», en *Cuestiones actuales en materia de Seguridad Social: Libro homenaje al profesor Tortuero Plaza*, J. L. Monereo Pérez y F. Moreno Romero (Dirs.), Vol. 2, Murcia, Laborum, 2024.

3. PENSAMIENTO JURÍDICO Y SOCIAL

Si se analiza en el conjunto de su obra, desde el principio hasta la última producción científica hasta el momento, se aprecia en el Profesor Juan García Blasco un inequívoco rechazo del «positivismo legalista». Su visión metodológica responde fundamentalmente al realismo normativista, que anuda necesariamente las dimensiones técnico-jurídicas y de política del Derecho. Su actividad de investigación jurídica y su actividad docente han estado presididas por el análisis del Derecho en su complejidad y la referencia continua a la realidad social en la que el fenómeno jurídico sociolaboral aparece y se inserta, a partir de los esquemas básicos del normativismo esencial a la ciencia jurídica y, en partir, a la ciencia del Derecho Social.

Su entronque es el propio de la amplia y plural «Corriente de pensamiento Humanista y Garantista del Derecho Social del Trabajo». Dirección Humanista –protección de la persona que trabaja y civilización y equilibrios de poder en el sistema de relaciones laborales– a la cual también pertenecían Maestros como Juan Rivero Lamas y José Vida Soria, a los que, es de subra-

yar, les ligaba una estrecha amistad cultivada desde décadas, más allá de puntuales y razonables diferencias analíticas; y en la doctrina comparada, pensadores fundacionales como Anton Menger, Otto von Gierke, Hugo Sinzheimer y su más brillante discípulo, Otto Kahn-Freund, George Gurvitch, entre otros posteriores. Con ambos, Juan García Blasco podría afirmar, sin la menor duda, que el Derecho del Trabajo está en gran medida conectado con el básico fenómeno del poder social; y que el objetivo principal del Derecho del Trabajo es, ante todo, regular, reforzar y limitar el poder de los empresarios y el poder de las organizaciones sindicales de los trabajadores. Igualmente, que la relación de trabajo es una relación de poder y que el Derecho positivo evidencia –aunque se tiende a ocultar tras una máscara que la encubre– la realidad socio-jurídica de la subordinación o dependencia tras la pantalla conceptual y técnico-jurídica del contrato de trabajo. Por ello mismo, el Derecho del Trabajo tiene que defender del poder privado del empleador el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos y libertades fundamentales del trabajador en el marco de la relación de trabajo [Menger, A.: «El Derecho Civil y los Pobres», trad. A. Posada, revisión, edición crítica y estudio preliminar, a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares, Col. Crítica del Derecho, 1998; Menger, A.: *El Derecho al producto íntegro del trabajo/El Estado democrático del trabajo*, edición y estudio preliminar a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares, Col. Crítica del Derecho, 2004; Gierke, O. von: «La función social del Derecho Privado y otros estudios», trad. J. M. Navarro de Palencia, revisión, edición y estudio preliminar, a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares, Col. Crítica del Derecho, 2015; *Ibíd.*, *La raíces del contrato de servicios*, traducción y comentario crítico de G. Barreiro González, Madrid, Civitas, 1982; Sinzheimer, H.: *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, trad. y Estudio Preliminar de F. Vázquez Mateo, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1984; Gurvitch, G.: *La idea del Derecho social*, edición, traducción y estudio preliminar, «La idea del “Derecho social” en la teoría general de los derechos: El pensamiento de Gurvitch», a cargo de J.L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Granada, Comares, Col. Crítica del Derecho, 2005; *Ibíd.*, *Elementos de sociología jurídica*, edición y estudio preliminar, a cargo de J. L. Monereo Pérez, Comares, Granada, Colección Crítica del Derecho, 2001; Kahn-Freund, O.: *Trabajo y Derecho*, traducción y «Nota preliminar» de Jesús M.^a Galiana Moreno, «In Memoriam» por Faustino Cavas Martínez y José Luján Alcaraz, edición al cuidado de J. L. Monereo Pérez, Comares, Granada, Colección Crítica del Derecho, 2019]. En uno de sus trabajos Juan García Blas-

co señala, de manera harto significativa, que la libertad en el trabajo, en la relación laboral, comprende también el respeto de los derechos fundamentales del trabajador. De manera que la libertad del trabajador, que ha recibido además la consagración constitucional (art. 35.1 de la Constitución Española), es garantía esencial para la persona que trabaja. Y hace la suya la doctrina clásica de nuestro Tribunal Constitucional, en el sentido garantista de concebir que «las manifestaciones de feudalismo industrial consistente en privar o despojar transitoriamente en el seno de la relación los derechos que al trabajador corresponde como ciudadano es algo que no viene amparado en el artículo 38 CE, ni por la naturaleza de las organizaciones empresariales como mundos separados y estancos de la sociedad» democrática (STC 88/1985, de 19 de julio) [cfr. García Blasco, J.: «El supuesto de hecho del ordenamiento laboral y la extensión del Derecho del Trabajo», en *Proyecto social: Revista de relaciones laborales*, n.º 3, 1995, pp. 7-22] Con ello, el Alto Tribunal atiende a un criterio material de la subordinación que incide en el desequilibrio de poder que es inherente a la relación laboral como tipo legal configurado explícitamente en el grupo normativo integrado, principalmente, por los artículos 1 y 8.1, y Disposición Adicional Primera del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores) y artículos 2 y 3.3 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo.

En su Cátedra de la Universidad Pública de Zaragoza (y, antes, en la de la Universidad Pública de Navarra), su labor ha estado presidida por su espíritu abierto y pluralista, por su afán permanente de compartir saberes e inquietudes y, sobre todo, por el compromiso en distintos ámbitos. Señaladamente, en el plano de la enseñanza, destaca su compromiso con sus alumnos y discípulos, con su empeño en «educar a personas» y no en fabricar profesionales situados y provistos tan solo de conocimientos técnicos «especializados», por decirlo con palabras de Francisco Giner de los Ríos, y desde la perspectiva humanista de que «la educación del hombre es condición previa para la realización de la justicia» y la participación efectiva en la sociedad creando las condiciones de apropiadas para establecer una esfera pública comunicativa [Giner de los Ríos, F.: *La persona social. Estudios y fragmentos* (1924), ed., y estudio preliminar a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares, Col. Crítica del Derecho, 2008; al respecto, Monereo Pérez, J. L.: «El pensamiento sociopolítico y pedagógico de Francisco Giner de los Ríos», Atelier, Barcelona, 2023].

■ LIBERTAD SINDICAL, NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y HUELGA

Con este modo de pensar y con su actitud coherente (incluida, como resulta obvio de lo anteriormente expuesto, tanto su trayectoria personal como su discurso científico-jurídico) y comprometida en la Universidad, Juan García Blasco ha contribuido decisivamente a iluminar el camino de sus discípulos y, en general, de todas las personas que le han conocido, y, desde luego, de toda la doctrina iuslaboralista más rigurosa y solvente.

LIBERTAD SINDICAL

1. LIBERTAD SINDICAL Y PROHIBICIÓN GENERAL DE LA HUELGA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

**Comentario a la STEDH de 14 de diciembre de 2023,
*Humpert y otros c. Alemania***

ANTONIO MARTÍN VALVERDE
Magistrado (jubilado) del Tribunal Supremo

1. TEMAS DE DECISIÓN EN LA SENTENCIA TEDH *HUMPERT Y OTROS C. ALEMANIA*

La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 14 de diciembre de 2023 (*Humpert y otros c. Alemania*) merece ser destacada por varias razones, que constituyen otros tantos temas relevantes de decisión:

1.^a) Resuelve una cuestión de interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), de alcance general, relativa al contenido y a los límites del derecho de libertad sindical (art. 11); cuestión suscitada por la norma y la práctica de un país (Alemania) que prohíbe la huelga a todos los funcionarios públicos, y no sólo a los que ejercen las funciones propias y específicas del poder público.

2.^a) La formulación de la norma nacional en cuestión no deriva del enunciado de una regla de contornos más o menos nítidos, sino que resulta de una compleja operación interpretativa llevada a cabo a lo largo de varias décadas por la jurisprudencia alemana, constitucional y ordinaria.

3.^a) Dicha norma nacional, contenida en el artículo 33.5 de la Ley Fundamental de Bonn y concordantes, invoca expresamente en abstracto, sin proceder a su indicación o enumeración, los principios generales del derecho en

el sector del empleo público; literalmente: «El Derecho de la función pública [*Beamtenrecht*] debe ser regulado y desarrollado de acuerdo con los principios tradicionales [*hergebrachte Grundsätze*] de la función pública».

4.^a) En la resolución del asunto, la sentencia *Humpert y otros c. Alemania* ha considerado conveniente recurrir al contenido esencial de los distintos derechos o instituciones que integran el Derecho colectivo del Trabajo: la libertad sindical, la negociación colectiva, la huelga y la participación de los trabajadores o empleados en las decisiones que les afectan.

5.^a) TEDH *Humpert* constituye, me parece claro, la culminación de una dinámica jurisprudencial del propio Tribunal sobre el alcance y contenido del derecho de libertad sindical en la función pública, tal como ha sido reconocido en el artículo 11 CEDH; en esta evolución jurisprudencial destacan en los últimos años las sentencias *Demir et Baykara c. Turquía* (2008), *Enerji Yapı-Yol Sen c. Turquía* (2009) y *Junta Rectora de la Ertzaina* (2015).

6.^a) La exposición de TEDH *Humpert* ofrece, tras el relato de los hechos del caso, un panorama bastante completo en primer lugar del derecho internacional en la materia (Pactos de la ONU, Convenios OIT, Carta Social Europea, Carta de derechos fundamentales de la UE); en segundo lugar de la norma y de la práctica interpretativa oficial del TEDH sobre estas disposiciones; en tercer lugar del derecho alemán aplicable y efectivamente aplicado para su resolución: normas constitucionales, legislación ordinaria, decisiones de jurisprudencia desde los años cincuenta hasta 2018; y, además, algunos valiosos apuntes de derecho comparado sobre la huelga en la función pública en otros países.

7.^a) Por último, desde la perspectiva del derecho español, dicha sentencia del TEDH tiene especial interés comparativo y de contraste, en cuanto que los «principios tradicionales» de nuestra función pública vienen a ser sustancialmente los mismos que los del ordenamiento alemán, si bien ni la Constitución de 1978 los ha invocado expresamente como guía de la legislación, ni tampoco nuestra legislación del empleo público ha extraído de ellos las mismas consecuencias en lo que concierne a las instituciones del Derecho colectivo del Trabajo.

El propósito del presente estudio es procurar una explicación y comentario de la referida sentencia europea. La explicación será lo suficientemente detallada como para que el lector, y en particular el profesional del derecho en España, puedan hacerse cargo de lo que significa la doctrina jurisprudencial del TEDH en ella afirmada. El comentario, ya desde la perspectiva particular del derecho español, será forzosamente más escueto y ocasional, dadas las lógicas limitaciones de espacio establecidas por los promotores de este libro-homenaje al profesor Juan García Blasco, en el que me ha sido concedido el

honor de participar. El hilo conductor de nuestra exposición seguirá *grosso modo* la lista de los puntos o temas de decisión que acabamos de apuntar.

2. HECHOS DEL CASO

Los cuatro recurrentes (Sra. Humpert, Sra. Wienrank, Sr. Grabs y Sra. Dahl) eran docentes, con la condición de funcionarios públicos, en distintos centros de enseñanza no universitaria; la primera en una escuela elemental, la segunda en una escuela de formación profesional, el tercero y la cuarta en institutos de enseñanza media. En el curso de los años 2009 y 2010, los mencionados profesores participaron en diversas actividades reivindicativas o huelgas, promovidas y convocadas por los sindicatos del sector, con pérdida de un número limitado de clases: dos en el caso de la Sra. Humpert, cinco en el caso la Sra. Wienrank y del Sr. Grabs, diez en el caso de la Sra. Dahl.

La reacción de las respectivas Administraciones educativas a tales conductas de ausencia al trabajo fue la imposición de sanciones que, traducidas a términos del ordenamiento español, podríamos calificar de leves (o de grave en grado mínimo): reprensión a la Sra. Humpert, multa de 100 euros a la Sra. Wienrank y al Sr. Grabs, multa inicial de 1.500 euros a la Sra. Dahl, rebajada luego a 300 euros por decisión jurisdiccional (apartado 143). Tras diversos recorridos procesales en los que no es necesario detenerse aquí, las reclamaciones de los docentes sancionados ante las distintas instancias del ordenamiento interno alemán fueron desestimadas con base en la jurisprudencia consolidada de los tribunales contencioso-administrativos y del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania. TEDH *Humpert* dedica especial atención a la exposición de esta jurisprudencia germánica, cuya expresión más reciente es la sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de junio de 2018, dictada precisamente en el proceso en que se enjuiciaron conjuntamente las reclamaciones de los propios demandantes y recurrentes en el caso *Humpert*.

3. DERECHO ALEMÁN SOBRE PROHIBICIÓN DE LA HUELGA DE FUNCIONARIOS: LOS «PRINCIPIOS TRADICIONALES» DE LA FUNCIÓN PÚBLICA (ALEMANIA Y ESPAÑA)

Con apoyo en el citado artículo 33.5 de la Ley Fundamental de Bonn y concordantes de la legislación federal y de la legislación territorial de los Estados federados, la doctrina jurisprudencial germánica afirma la ilegalidad o

prohibición absoluta de la huelga en el conjunto de la función pública; es decir, tanto para los funcionarios a los que se asigna el ejercicio del poder público *sensu stricto* –actos de legislación, jurisdicción, milicia, diplomacia, aplicación administrativa del derecho, imposición de la autoridad o de la fuerza legítima del Estado– como a los funcionarios (caso de los docentes) que desempeñan tareas ciertamente de alto interés público (concernientes en el caso al derecho fundamental a la educación), pero que no comportan tal despliegue de la autoridad pública. En consecuencia, vinieron a declarar los tribunales de jurisprudencia alemanes, infringida la prohibición general de la huelga en la función pública, las sanciones impuestas a los reclamantes eran conformes a derecho. La disconformidad de los docentes sancionados con el mantenimiento de las referidas sanciones ha sido, como era de esperar, el objeto de la reclamación ante el TEDH.

La doctrina de la ilegalidad de la huelga de todos los funcionarios públicos deriva, en el razonamiento de los tribunales alemanes, del reconocimiento de cinco principios «tradicionales» de la función pública: 1.º el principio de garantía de empleo vitalicio; 2.º el principio de régimen estatutario, en el sentido de regulación legal uniforme, no dependiente de pactos o acuerdos individuales, para los funcionarios de la misma categoría; 3.º el principio de garantía de remuneración suficiente, y proporcionada a su rango, del funcionario y de su familia; 4.ª) el principio de protección asimismo suficiente del funcionario en situaciones de necesidad (enfermedad, incapacidad temporal, «clases pasivas»); y 5.º el principio de «lealtad» o fidelidad en el desempeño del trabajo, que, en conexión con los anteriores, otorga prioridad, en el cumplimiento de la relación funcionarial, al mantenimiento del servicio público sobre el interés particular del empleado.

Como hemos apuntado, estos rasgos del estatuto jurídico de la función pública son reconocibles también, con determinados matices, en nuestro ordenamiento. Pues bien, a pesar de este punto de partida común, los caminos respectivos de la práctica jurídica en Alemania y en España se han bifurcado de manera notoria. Según la legislación y la jurisprudencia germánicas, tales principios justifican la privación de un derecho, como la huelga, que conlleva por definición la interrupción o suspensión del ejercicio del poder público, o cuando menos la cesación temporal de un servicio público. Esta «injerencia» o límite «externo» en la libertad sindical de los funcionarios –afirman los tribunales de la República Federal de Alemania –, es lícita a pesar del reconocimiento en la Ley Fundamental de Bonn (art. 9.3), a los trabajadores y a sus representantes sindicales, del derecho de «coalición» (= libertad sindical) y del derecho a la negociación colectiva de trabajo.

En el ordenamiento español, en cambio, el «derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses» (art. 28.2 CE) se ha reconocido no sólo a funcionarios que desempeñan servicios públicos que no comportan ejercicio de la autoridad del Estado, sino incluso a funcionarios que ejercen su oficio en el mismo núcleo del poder público (la Administración de Justicia, sin ir más lejos). Se podrá argumentar, y es cierto, que los principios tradicionales del derecho de la función pública no han sido invocados en la Constitución de 1978. Pero no es menos verdad que el artículo 103.1 de nuestra Carta Magna ha optado por un enunciado enumerativo de los principios de la función pública («eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho»), caracterizado por un elevado grado de abstracción, pero que puede resultar no sólo compatible sino totalmente acorde con la mencionada tradición normativa. Para ser más concretos, la mención de los principios de «eficacia» y «jerarquía» y de «sometimiento pleno a la ley y al derecho» hubiera podido, y a mi juicio puede, conducir entre nosotros tanto a una legislación restrictiva como a una legislación permisiva de la huelga en la función pública; ha sido el legislador, y siguiendo su estela los tribunales españoles, los que han optado por esta segunda vía.

4. SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL EN MATERIA DE LIBERTAD SINDICAL, NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y HUELGA (ONU, OIT, CONSEJO DE EUROPA, UNIÓN EUROPEA)

El derecho o el recurso a la huelga, como instituto conexo a la libertad sindical y a la negociación colectiva de trabajo, ha sido reconocido, de manera más o menos explícita, en numerosos tratados y convenios internacionales. Como corresponde a estos instrumentos de derecho internacional, y con la señalada excepción de los Convenios OIT 87 y 98, el enunciado de las disposiciones en la materia suele ser escueto, consistiendo normalmente en una declaración o afirmación general, acompañada de una referencia también genérica a las limitaciones o restricciones que pueden imponerse en su regulación. Han sido los organismos oficiales predispuestos en las respectivas instituciones internacionales para la interpretación y aplicación de dichos textos normativos, los que se han encargado de ofrecer indicaciones de mayor concreción sobre su contenido y sobre su significado en supuestos controvertidos. Como veremos en seguida, casi todos ellos se han referido, en tono de censura, a la prohibición absoluta de la huelga en el Derecho alemán de funcionarios públi-

cos. Seguiremos en su exposición resumida el mismo orden que ha adoptado TEDH *Humpert y otros c. Alemania* (apartados 53-61).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (PIDESC) reconoce en su artículo 8.1 d) «el derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país»; derecho que, de acuerdo con el artículo 8.2, puede ser sometido a «restricciones legales» para «los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado». El comité establecido por la ONU para la interpretación y aplicación de este Pacto (CDESC) ha declarado reiteradamente, como se aprecia en la sentencia *Humpert*, que las referidas restricciones legales de la huelga no son aplicables a toda la función pública, sino de manera restringida a los servicios públicos «esenciales», entre los que no cabe incluir la educación pública. En particular, la norma y la práctica alemanas en la materia sobre la huelga de funcionarios han sido mencionadas en un reciente informe de este comité (octubre de 2018) como una restricción o impedimento que va más allá de lo que permite el PIDESC.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (PIDCP) reconoce a «toda persona», en su artículo 22.1, el «derecho a asociarse libremente»; y, dentro del mismo, «el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses». El Comité de Derechos Humanos (CDH) de la ONU considera, a la vista de este enunciado, que el recurso a la huelga, aunque no mencionado textualmente, es un ingrediente de la libertad sindical. En lo que concierne a la huelga de funcionarios, el CDH reitera la doctrina del CDESC: a) sobre la necesidad de distinguir entre funcionarios que desempeñan «servicios esenciales» *sensu stricto* y los que no; b) sobre la inclusión de los docentes en este segundo grupo; y c) sobre la consiguiente recomendación a Alemania (efectuada en noviembre de 2021) de reconsiderar la norma y la práctica de prohibición absoluta de la huelga de funcionarios.

Los Convenios OIT 87 y 98 sobre libertad sindical y derecho a la negociación colectiva se han erigido, tanto por razones cronológicas como por el detalle de su regulación, en la principal referencia de derecho internacional sobre el Derecho colectivo del Trabajo; ambos han sido ratificados tanto por Alemania (en la década de los cincuenta), como por España (en la década de los setenta). Los organismos de interpretación y aplicación de estos Convenios, que son el Comité de Libertad Sindical (CLS) y la Comisión de Expertos para la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), han establecido una abundante doctrina sobre su contenido y alcance, tanto en lo que concierne al derecho de huelga, que también se ha entendido implícito en los

derechos de libertad sindical y negociación colectiva, como en lo relativo a las limitaciones del recurso a la huelga en la función pública.

En líneas generales, el CLS y la CEACR han adoptado el mismo enfoque sobre la materia que el de los organismos de la ONU sobre la interpretación del PIDESC y del PIDCP. La diferencia entre unos y otros estriba en que, acorde con la especialidad laboral de la OIT y con el detalle de la regulación de los Convenios 87 y 98, la doctrina del CLS y del CEAPR ha adquirido un mayor desarrollo. Varios puntos de esta doctrina merecen ser tenidos en cuenta para una cabal comprensión de la jurisprudencia establecida en TEDH *Humpert y otros c. Alemania*; a saber: 1.º) la prohibición del recurso a la huelga está justificada respecto de los funcionarios y cargos públicos que desempeñan competencias propias de la «autoridad del Estado» o de la «autoridad soberana»; 2.º) la prohibición o la restricción del recurso a la huelga está justificada también en los servicios públicos «esenciales», entendiendo por tales los que, con independencia del estatus de los servidores, comprometen «la vida, la seguridad y la salud de las personas»; 3.º) la enseñanza pública no debe ser considerada «servicio esencial» a tal efecto de prohibición de la huelga, si bien cabe restringir su ejercicio mediante la imposición de trabajos o «servicios mínimos»; 4.º) por todo lo anterior, el CLS y la CEACR consideran, en el caso particular de la norma y la práctica alemanas de prohibición absoluta de la huelga en la función pública, que nos encontramos ante una infracción de los Convenios OIT 87 y 98; 5.º) no obstante, los referidos organismos de aplicación se han abstenido de un pronunciamiento tajante de condena por incumplimiento, manteniéndose más bien en el terreno de la recomendación y de la invitación a las autoridades de Alemania a reconsiderar su posición; y 6.º) esta contención del CLS y de la CEACR está motivada expresamente, entre otras razones, por la pendencia de una resolución del TEDH sobre la cuestión controvertida; alusión que apuntaba con toda seguridad al caso (y a la sentencia) *Humpert* de la que nos estamos ocupando.

El reconocimiento del derecho de huelga como instituto complementario o derivado del derecho de negociación colectiva figura en el artículo 6.4 de la Carta Social Europea de 1961, donde se declara el «derecho de los trabajadores y de los empleadores a acciones colectivas en caso de conflicto de intereses, incluido el derecho de huelga, sin perjuicio de las obligaciones que pudieran resultar de los convenios colectivos en vigor». De acuerdo con el artículo 31 de la propia Carta Social Europea (CSE), las limitaciones o restricciones a tales derechos colectivos son, en fórmula virtualmente idéntica a la del artículo 11 CEDH (precedente en el tiempo), las que resulten «necesarias en una sociedad democrática para garantizar el respeto a los derechos de los demás, o

para proteger el orden público, la seguridad nacional, la salud pública y las buenas costumbres».

El Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), organismo encargado de la aplicación de la CSE, se ha manifestado también reiteradamente: a) sobre la función instrumental del derecho de huelga en la negociación colectiva, b) sobre el alcance de las restricciones al mismo en la función pública, y c) en particular sobre la norma germánica de prohibición absoluta de la huelga de funcionarios. Dejando a un lado, por no relevantes a nuestro propósito, las consideraciones de la sentencia *Humpert* sobre una eventual reserva de aplicación del artículo 6.4 CSE alegada por Alemania, los aspectos de la doctrina del CEDS que nos interesa destacar aquí son los siguientes: 1.º la huelga es un instrumento o «medio esencial» del derecho a la negociación colectiva; 2.º la prohibición del derecho de huelga puede ser aceptable respecto de los funcionarios que ejercen las prerrogativas propias y exclusivas del poder público («miembros de la policía y de las fuerzas armadas», «jueces», «altos funcionarios» del Estado); 3.º en cambio, los funcionarios que no desempeñan tales prerrogativas pueden defender sus intereses mediante el recurso a la huelga, que puede ser restringida pero no totalmente prohibida; y 4.º en consecuencia, la interdicción absoluta de la huelga de funcionarios en Alemania no respeta el artículo 6.4 CSE.

Aparte el artículo 11 CEDH, que analizaremos en el apartado siguiente, la última disposición internacional sobre el Derecho colectivo del Trabajo que conviene tener en cuenta en este comentario es el artículo 28 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en el año 2000 y adoptada con valor normativo en el año 2007. El enunciado de este precepto sigue de cerca el texto de la CSE que se acaba de analizar, sobre el «derecho de trabajadores y empresarios y de sus organizaciones respectivas» a negociar y concluir «convenios colectivos», y también sobre el recurso a «acciones» o medidas de conflicto, incluida la huelga, para la defensa de sus intereses.

Como era de esperar, la mención de las limitaciones de las actividades de negociación y de conflicto de trabajadores y empresarios también aparece en el texto del precepto de la citada Carta de la Unión Europea. Pero su enunciado incorpora un matiz diferencial significativo, que es la exigencia en abstracto de conformidad del ejercicio de tales derechos tanto con el «derecho comunitario» como con las «legislaciones y prácticas nacionales» de los países miembros. Una resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2007, la sentencia *Viking*, que TEDH *Humpert* se encarga oportunamente de citar (apartado 61), ha precisado que la conformidad al «derecho comunitario» implica el obligado respeto en el recurso a la huelga de las libertades económicas

(libertad de establecimiento, libertad de circulación de trabajadores, libre prestación de servicios) que estructuran el mercado interior europeo. A la sentencia *Viking* han seguido otras en la misma línea, como la sentencia *Laval* dictada también en el año 2007.

5. EL ARTÍCULO 11 DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA LIBERTAD SINDICAL Y LAS RESTRICCIONES DE SU CONTENIDO EN LA FUNCIÓN PÚBLICA

El artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, cuya infracción ha sido en definitiva el objeto de la denuncia de los recurrentes de la sentencia *Humpert*, incluye dos apartados que nos resultarán bastante familiares después del panorama de derecho internacional presentado en el epígrafe anterior. En el primero encontramos, al modo del posterior Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, un reconocimiento de la libertad sindical como modalidad del derecho de asociación («Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos para la defensa de sus intereses»). En el apartado segundo figura, al modo de la también posterior Carta Social Europea de 1961, una indicación genérica de las razones que pueden justificar «restricciones» del «ejercicio de estos derechos» («aquellas que, previstas en la ley, constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y de la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos o libertades ajenos»).

La última frase de este apartado 2 del artículo 11 del CEDH aporta una aclaración, aparentemente reiterativa, respecto de las disposiciones del propio precepto: «El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos a los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado». Si bien se mira, esta aclaración del artículo 11.2 es un rasgo singular del CEDH, que no figura en ningún otro texto normativo internacional, aunque sí aparecería luego, como resultará fácil de comprobar al lector, en las consideraciones interpretativas del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) previsto para la aplicación de la CSE.

Una vez descritas las distintas piezas normativas del panorama de derecho internacional sobre la huelga de funcionarios, quizás sea el momento de intentar una presentación más ordenada o estructurada de este complejo *puzzle* normativo. Para ello vamos a adoptar una perspectiva de análisis histórico, que

nos permitirá apreciar secuencialmente el reconocimiento progresivo de los distintos derechos laborales colectivos: primero la libertad sindical; inmediatamente a continuación la negociación colectiva de trabajo que es su manifestación más característica; y bastante más adelante, con restricciones no enteramente especificadas en los textos normativos, la huelga como «instituto conexo» a una y otra.

6. APARICIÓN TARDÍA, CONSOLIDACIÓN Y FUNCIÓN DEL DERECHO DE HUELGA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Como es bien sabido, los años inmediatos a la terminación de la II Guerra Mundial han sido decisivos en la configuración *grosso modo* del mundo político y económico que conocemos en la actualidad. También ha ocurrido así respecto de los ordenamientos de trabajo. Ciñéndonos a las instituciones de derecho colectivo, los Convenios OIT 87 y 98, aprobados respectivamente en 1948 y 1949, han determinado el marco normativo de los sistemas de relaciones laborales imperantes hasta la actualidad, que se caracterizan por el reconocimiento de la libertad sindical en el primero, y del derecho de negociación colectiva de trabajo en el segundo. Ahora bien, en el texto de estos Convenios internacionales, no se menciona para nada el derecho de huelga; y, además, las referencias a los funcionarios públicos o bien son de exclusión expresa, o bien son de exclusión potencial implícita, por remisión a los derechos nacionales de los Estados miembros.

Esto último ocurre en el artículo 9.1 del Convenio OIT 87 sobre la libertad sindical («la legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y a la policía las garantías previstas por el presente Convenio») y en el artículo 5 del Convenio OIT 98 sobre la negociación colectiva de trabajo («La legislación nacional deberá determinar el alcance de las garantías previstas en el presente Convenio en lo que se refiere a su aplicación a las fuerzas armadas y a la policía»). En lo concerniente a esta última, el propio Convenio OIT 98 da un paso más, en el artículo 6, al excluir expresamente de su campo de aplicación a los funcionarios públicos sin distinción («El presente Convenio no trata de la situación de los funcionarios públicos en la Administración del Estado»).

En la evolución del derecho internacional del trabajo el episodio cronológico siguiente a los Convenios 87 y 98 OIT ha sido precisamente el artículo 11 del CEDH de 1950. Respecto de la huelga, el CEDH no ha sido en verdad más explícito, al mantener el silencio de los antecedentes Convenios sobre el recur-

so a esta medida de conflicto. En cambio, respecto de los funcionarios, su aportación es novedosa, al especificar y aclarar, como hemos expuesto hace un momento, las razones de carácter general que pueden justificar la restricción de los derechos colectivos de libertad sindical y de negociación colectiva expresamente reconocidos a trabajadores y empresarios.

La más importante novedad de la Carta Social Europea de 1961 estriba precisamente en la inclusión *expressis verbis* del recurso a la huelga dentro del concierto de los derechos colectivos laborales. A partir de este momento, se producen en el derecho internacional del trabajo varios fenómenos concomitantes: 1.º) los textos sucesivos sobre derechos económicos y sociales incorporan ya una mención de la huelga como elemento de la libertad sindical y del derecho de negociación colectiva; 2.º) la labor interpretativa en tal sentido de los organismos de aplicación de dichos diversos textos (Convenios, Pactos, Cartas), sea cual sea su naturaleza y campo de aplicación, resulta netamente reforzada; y 3.º) el alcance de las restricciones a los referidos derechos colectivos adquiere una mayor dimensión y trascendencia, en particular pero no sólo en la función pública, teniendo en cuenta las inevitables consecuencias perturbadoras que las huelgas pueden producir en el ejercicio o en la defensa de otros derechos o intereses legítimos de los ciudadanos.

A la altura del año 2023, en el momento en que TEDH ha deliberado y aprobado la sentencia *Humpert y otros c. Alemania*, las cuestiones de interpretación apuntadas pero no definitivamente resueltas en la práctica anterior podían reducirse a tres. La primera consistía en determinar si el recurso a la huelga constituye un elemento esencial (requisito *sine qua non*) o sólo un elemento o ingrediente natural (componente normal, pero no siempre imprescindible) de la libertad sindical y del derecho de huelga. La segunda cuestión radicaba en precisar o delimitar los derechos e intereses relevantes, que pueden justificar la restricción o incluso la prohibición del recurso a la huelga. La tercera cuestión era la identificación de las regulaciones y de los instrumentos de acción colectiva compensatorios que podrían (y que, según la jurisprudencia *Humpert*, pueden) justificar la prohibición total decretada en República Federal de Alemania respecto de la huelga de funcionarios públicos.

A estas tres cuestiones ofrece respuesta la sentencia comentada, por lo que parece posible afirmar que esta resolución culmina o cierra, seguramente de un modo que no parecía el más probable a la vista de los antecedentes, una línea de evolución de la jurisprudencia internacional sobre la función y los límites del derecho de huelga iniciada a mediados del siglo pasado.

7. APORTACIÓN DOCTRINAL DE LA SENTENCIA HUMPURT: LAS CONDICIONES DE LICITUD DE LA PROHIBICIÓN GENERAL DE LA HUELGA EN LA FUNCIÓN PÚBLICA

A la cuestión de si el derecho o el recurso a la huelga es un «elemento esencial» de la libertad sindical la sentencia *Humpert* ofrece una respuesta claramente negativa (apartado 146). Son varios los pasajes en los que se razona esta posición, que constituye en verdad la *ratio decidendi* de proyección más general de la resolución comentada. Citaremos textualmente el apartado 144, que concluye el razonamiento del TEDH sobre este punto: «el derecho de huelga es un elemento importante de la libertad sindical», si bien «la huelga no constituye para los sindicatos y sus miembros el único medio por el cual pueden proteger los intereses profesionales en juego»; de ahí que los Estados que han suscrito el CEDH «tienen en principio libertad para decidir las medidas de garantía a adoptar para el cumplimiento del artículo 11 CEDH, siempre que la libertad sindical no resulte vaciada de su sustancia como consecuencia de las restricciones impuestas».

El anverso de la declaración anterior es la afirmación, también reiterada en varios pasajes de la sentencia *Humpert*, de que la huelga es un instrumento o «herramienta o importante» (por ejemplo, apartados 104 y 128) –un «elemento natural» aunque no «esencial», podríamos decir– de la libertad sindical de todos los trabajadores titulares de este derecho, incluidos los funcionarios públicos. Lo que, a juicio del TEDH, explica la «fuerte tendencia» de los mencionados organismos internacionales (de la OIT, de la ONU, del Consejo de Europa) a evitar la prohibición general de la misma en la función pública (apartado 125). Y lo que da cuenta también de la querencia de estos organismos hacia una aplicación de las restricciones a los derechos laborales colectivos, y en particular al derecho de huelga, que solamente las considera justificadas o bien respecto de determinados sujetos (los que ejercen autoridad pública), o bien respecto de determinadas actividades (los servicios «esenciales» de la comunidad).

A la hora de señalar el alcance de las restricciones al derecho de huelga como ingrediente natural de la libertad sindical, la sentencia comentada se desenvuelve, como era de esperar, en el mismo terreno de juego de los antecedentes reseñados y de los precedentes (bastante numerosos, por cierto) de la jurisprudencia en la materia del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Pero, como ya hemos apuntado, la sentencia *Humpert* aporta precisiones o indicaciones doctrinales de sumo interés que permiten apreciar la culmina-

ción o estación final de una evolución, que en la dinámica jurisprudencial anterior no se apreciaba, ni mucho menos, con la misma claridad.

Estas precisiones corresponden a dos planos o niveles de abstracción-concreción. En un primer nivel, de mayor generalidad, la sentencia *Humpert* incluye las siguientes indicaciones: 1.^a) las restricciones de la libertad sindical «necesarias en una sociedad democrática» en atención a otros derechos o intereses relevantes pueden y deben ser objeto de graduación, según la naturaleza y la intensidad de la afectación de los derechos e intereses en juego (apartados 119 y siguientes); 2.^a) la interdicción o prohibición de la huelga es una de las restricciones a considerar, si bien exige para su licitud la concurrencia de requisitos especialmente estrictos (apartado 124); 3.^a) el «buen funcionamiento del sistema educativo» puede ser uno de los intereses públicos que justifican la restricción del derecho de huelga (apartado 118); y 4.^a) la graduación de las medidas restrictivas del recurso a la huelga requiere, en definitiva, una valoración de conjunto de los medios alternativos a la huelga que proporcionan la legislación y la práctica nacionales (apartados 109 y siguientes).

Partiendo de las premisas anteriores, la conclusión de la sentencia comentada declara la licitud de la prohibición general de la huelga de funcionarios públicos en Alemania, sobre la base de que la legislación y la práctica germánicas en la materia superan el test de proporcionalidad o valoración conjunta de factores o circunstancias impuesto por el Tribunal para una medida tan drástica. La superación de este test estriba, según TEDH *Humpert* de 14 de diciembre de 2023, en las siguientes consideraciones, que, en aras a la brevedad, exponemos también mediante una enumeración: 1.^a) los principios tradicionales de la función pública en Alemania han dado lugar a una situación de los funcionarios docentes que resulta ventajosa respecto de los empleados públicos o privados del propio sector educativo (apartado 138); 2.^a) tal posición de ventaja comparativa queda acreditada por una preferencia marcada de los interesados por el estatus funcional (apartado 140); 3.^a) la libertad sindical de los funcionarios públicos docentes no sólo está reconocida en la ley, sino que resulta acreditada por una tasa de sindicación netamente superior a la de los docentes no funcionarios (apartado 129); 4.^a) uno de estos principios tradicionales de la función pública en Alemania –la garantía de remuneración suficiente y proporcionada– no es una mera indicación o guía programática para el legislador, sino que se ha formalizado como un derecho subjetivo del funcionario accionable ante los tribunales (apartados 133 y 134); 4.^a) en la aplicación de este derecho subjetivo la jurisprudencia alemana ha elaborado una serie de criterios o indicadores normativos que han posibilitado la efectividad y concreción del mismo (apartado 45); 5.^a) entre los medios de acción colectiva

alternativos al recurso a la huelga figuran en el Derecho alemán de la función pública por una parte los derechos de información y consulta (y de negociación colectiva, si bien limitada) reconocidos a los representantes de los funcionarios (apartado 50), y por otra una «legislación negociada» con las organizaciones sindicales más representativas, que ha dado frutos efectivos tangibles en la práctica de la regulación de sus condiciones de trabajo y empleo (apartado 128); y 6.^a) en conclusión, no cabe considerar, a la vista de todos los factores y circunstancias anteriores, que la libertad sindical de los funcionarios públicos se encuentre en el Derecho alemán «vacuada» de contenido, es decir, privada de medios efectivos de defensa.

2. LA REPRESENTATIVIDAD COMO CRITERIO PARA DIFERENCIAR ENTRE LAS ORGANIZACIONES SINDICALES

Comentario a la STC 63/2024, de 10 de abril (BOE de 15 de mayo de 2024)

CARLOS L. ALFONSO MELLADO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social jubilado
y profesor honorario. Universidad de Valencia. ORCID: 0000-0001-6096-0212

GEMMA FABREGAT MONFORT

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de
Valencia. ORCID: 0000-0001-8367-6492

Palabras claves: Libertad sindical, sindicatos, representatividad, igualdad, formación profesional.

1. ANTECEDENTES

El sindicato Unión Sindical Obrera presentó recurso contencioso-administrativo especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona contra el Real Decreto 694/2017, de 3 de julio, que desarrolla la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral y, para el supuesto de que no prosperasen sus argumentos, solicitaba el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad en relación con la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral, en lo que se refiere a los incisos «organizaciones sindicales

más representativas» o «representativas», de los artículos 1.2; 5.1, párrafo segundo; 10.2 a), b) y c); 11.1; 13 (en concordancia con el artículo 10.2); 21.1; 25.1; 26.1; disposición adicional primera; disposición final cuarta, y disposición final quinta, apartados primero y segundo.

Ante ese recurso, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo promovió cuestión de inconstitucionalidad en relación con los artículos citados, al entender que las menciones que efectuaban a organizaciones sindicales «más representativas» o «representativas en el correspondiente ámbito de actuación», podrían implicar una vulneración de los artículos 14 y 28 CE. Esa es la cuestión central que debe resolver el Pleno del Tribunal Constitucional y efectivamente lo hace en la sentencia comentada que solucionó la cuestión de inconstitucionalidad núm. 3512-2020.

2. CUESTIONES PLANTEADAS

Se plantea ante el TC la posible inconstitucionalidad de los preceptos citados que atribuyen a las organizaciones sindicales funciones de naturaleza esencialmente consultiva en materia de formación profesional, pero limitando su atribución a las organizaciones más representativas y a las simplemente representativas en el ámbito correspondiente. Se cuestiona si funciones como la planificación estratégica de la formación profesional para el empleo, la detección de necesidades, el análisis prospectivo y las demás cuestiones previstas en los artículos mencionados, se integran o no en el ámbito de la representación institucional y, por tanto, si es admisible el criterio de atribución limitada en atención a la representatividad para evitar que una atribución generalizada e indiferenciada, como consecuencia de la atomización sindical, pueda perjudicar el objetivo pretendido y la eficaz defensa de los intereses de los trabajadores, criterio en el que se sustenta la doctrina constitucional para justificar la institución de la mayor representatividad, pues si no fuera así se vulnerarían los artículos 14 y 28 CE, que garantizan el principio de igualdad y la pluralidad sindical.

En definitiva, se someten a debate, una vez más, los límites al criterio de la representatividad como elemento diferenciador entre las organizaciones sindicales, en este caso concreto en relación con funciones en materia de formación profesional.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

EL TC en primer lugar va a limitar el ámbito de su decisión, pues entiende que ha de inadmitirse parcialmente la cuestión de inconstitucionalidad, en concreto en cuanto a lo planteado en relación con la disposición adicional primera –que se refiere al apoyo que las organizaciones sindicales más representativas pueden prestar a las pequeñas y medianas empresas para que estas accedan a la formación de sus trabajadores–, y con la disposición final quinta de la Ley 30/2015 –relativa a cuestiones del trabajo autónomo y que en los apartados cuestionados no se refiere específicamente a la formación profesional para el empleo–. El TC no aprecia que exista en lo suscitado en relación con ambas disposiciones una conexión directa con el asunto que motiva la cuestión de inconstitucionalidad –el trato diferente a las organizaciones sindicales– y por ello, al no estar suficientemente justificados, en relación con dichos preceptos, los juicios de aplicabilidad y relevancia, se entiende que procede la inadmisión de la cuestión en relación con ellos.

Por otro lado, debe indicarse que se contempla otro problema de admisibilidad, pues la indicada ley sometida a cuestionamiento parcial, fue modificada por la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, pero el TC entiende que pervive el objeto del proceso constitucional, porque ninguno de los restantes preceptos legales afectados por la cuestión de inconstitucionalidad planteada podían entenderse, pese a las dudas que en algún caso pudieran suscitarse, manifiestamente derogados por la citada ley orgánica.

Solventados así los problemas de admisibilidad, el Tribunal pasa a resolver el fondo de la cuestión y, en ese sentido, recuerda que el artículo 7 CE atribuye a los sindicatos la «defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios», y les confiere, como elemento indispensable, la libertad para su creación y su actividad «dentro del respeto a la Constitución y a la ley», reiterando una vez más que el precepto aparece en el título preliminar del texto constitucional, lo que convierte a los sindicatos en uno de los pilares básicos del sistema político, y les otorga una función institucional que va más allá de la que deriva de la propia afiliación y del peso efectivo de cada organización sindical, en las tareas de defensa y gestión de los derechos e intereses colectivos de los trabajadores.

Partiendo de esa premisa, el TC, con cita de su propia doctrina, considera que es esencial respetar la libertad sindical, que comprende tanto el derecho a la no injerencia o intromisión de los poderes públicos en la actividad de las organizaciones sindicales, como el derecho a no ser discriminadas entre sí por parte de tales poderes públicos de modo arbitrario o irrazonable. Lo contrario

vulneraría los artículos 28.1 y 14 CE que, según la doctrina del TC, a estos efectos deben analizarse conjuntamente. Pero, siendo cierto todo ello, el Tribunal también recuerda que un tratamiento plenamente igualitario de los sindicatos podría comprometer el ejercicio efectivo de las funciones de relevancia constitucional que el artículo 7 CE encomienda a estas organizaciones como soportes institucionales básicos de la sociedad para la defensa, protección y promoción de los intereses colectivos de las personas trabajadoras.

Para el TC existe, así, dentro del propio texto constitucional, una tensión entre la exigencia de igualdad de trato y el principio de promoción del hecho sindical; tensión que solo puede solventarse en atención a criterios objetivos como la diferenciación fundada en criterios de representatividad y cuando sea necesario.

La noción de mayor representatividad trasciende así la noción de representación voluntaria ligada al hecho asociativo, para asumir un rol institucional, como representación colectiva del conjunto de trabajadores de todas las ramas y territorios, sobre la base del dato objetivo de la audiencia electoral, que garantiza el consenso mayoritario sobre determinadas opciones sindicales que certifica el voto de los trabajadores, afiliados o no a estas centrales sindicales.

Es por ello por lo que, según el TC, la promoción de un cierto modelo sindical en el que se potencie la existencia de sindicatos fuertes, en contraposición a un sistema de atomización, puede ser una finalidad legítima desde el punto de vista del artículo 14 CE, así como desde el punto de vista del artículo 7 CE, por garantizar una más incisiva acción de los sindicatos para el cumplimiento de sus fines. Puede, pues, ser legítimo introducir diferencias de trato 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. Diferenciación que, según reitera el TC, se produce, además, en atención a un criterio que arranca de un dato objetivo, como es la voluntad de los trabajadores y funcionarios expresada en las elecciones a sus órganos de representación. A lo que debe añadirse que la voluntad legislativa es clara al respecto pues es la propia LOLS la que remite a esa diferenciación a efectos de la función de participación institucional, aunque esta no sea sino una más de las funciones sindicales en las que ese criterio puede servir como elemento legítimo de diferenciación.

Es interesante tener en cuenta igualmente, que el TC señala que el concepto de mayor representatividad ha sido abordado en sede constitucional para resolver dos problemas de orden distinto. Uno es su utilización como criterio válido para establecer diferencias de tratamiento legal entre los sin-

dicatos, concediendo determinadas ventajas o prerrogativas a los que tengan la cualidad de la mayor representatividad. Otro distinto es el enjuiciamiento de los mecanismos legales que han sido previstos para concretar y apreciar esa representatividad superior. En estos dos tipos de supuestos el TC apunta que el objeto del juicio es diferente: en el relativo a las funciones, lo que interesa no es conocer la constitucionalidad de su atribución a unos determinados sujetos, sino la exclusión de otros; mientras que en materia de reconocimiento de la condición es la objetividad del criterio que permite una posición singular lo que debe valorarse. En cuanto a la participación institucional, como ámbito más genuino de desenvolvimiento del criterio de la mayor representatividad, trasciende para el TC el mero hecho de ostentar la representación institucional de los trabajadores ante las Administraciones Públicas y abarca cualquier otra forma de intervención de los sindicatos en las funciones desarrolladas por un organismo público que el legislador decida conferir a las organizaciones sindicales; para el TC este es el caso en el supuesto concreto sometido a su conocimiento, pues el sistema de formación para el empleo constituye «una actividad administrativa dirigida a acreditar que la experiencia laboral o la formación adquirida capacitan para el desarrollo de determinadas tareas en el mercado de trabajo» (STC 39/2021, de 18 de febrero, FJ 3). Por ello, al tratarse de un supuesto de participación institucional, el margen de decisión del que goza el legislador es especialmente amplio en dicho ámbito, pero este elemento no puede decantar por sí solo el juicio de constitucionalidad porque es necesario el examen adicional de la razonabilidad o adecuación del criterio diferenciador utilizado en el ámbito de una regulación concreta y en este supuesto específico el TC considera que el criterio puede considerarse objetivo y razonable, pues se produce en un plano, como es la participación institucional, que forma parte del contenido adicional de la libertad sindical y que en nuestra doctrina y en la propia LOLS (art. 6.3) se considera idóneo para evitar la atomización o dispersión sindical; además se limita a aspectos concretos de los escalones superiores del sistema, en concreto la planificación general y la programación anual y plurianual de la oferta formativa, donde es razonable pensar que la dispersión puede afectar a un eficaz funcionamiento, e incluso en el ámbito de la programación el trato diferencial únicamente se produce en las modalidades de oferta formativa de carácter complementario que requieren una consideración global de las necesidades del mercado laboral por trascender el ámbito de la empresa y, además, la diferencia de trato no alcanza a la gestión económica de los fondos de formación, que se sujetan a un régimen de competencia competitiva.

Concluye, pues, el TC que la cuestión de inconstitucionalidad planteada ha de ser, por ello, desestimada.

4. CONCLUSIONES

Puede verse que la sentencia viene a consolidar la doctrina constitucional en materia de diferenciación sindical e igualdad. Se entiende que en un régimen de amplia pluralidad sindical (atomización en palabras del propio TC), la diferenciación entre las organizaciones sindicales en orden a la atribución de ciertas funciones puede ser necesaria, precisamente en aras a la propia eficacia de la actuación sindical; en esos casos, el criterio lógico de distinción puede ser el de audiencia electoral, que conduce a una diferenciación en atención a la representación medida en términos de resultados electorales, criterio objetivo, claro y transparente que permite, por ello, que esas diferencias puedan considerarse como razonables y no discriminatorias y coherentes con la especial posición constitucional que la propia CE confiere a las organizaciones sindicales.

Uno de los ámbitos más claros donde esa diferenciación puede operar, aunque no es el único, es el de la participación institucional entendida en sentido amplio como considera el TC en este supuesto concreto. Es más, cuando se concreta en la presencia de uno o un número escaso de representantes de las personas trabajadoras en órganos de participación, la selección de las organizaciones que deben designar a esos representantes parece esencial y necesaria y el criterio de representatividad, como en nuestro ordenamiento se establece, parece que es el más objetivo. En esos términos, sin duda, puede compartirse plenamente la solución de la doctrina del TC pero, sin que ello suponga cuestionarla pues es la única razonable en el actual estado legislativo, no podemos finalizar sin mencionar también que ese criterio de representatividad, utilizado como elemento objetivo de diferenciación, presenta algunas disfunciones de las que nos limitaremos a señalar las que consideramos más importantes:

1.^a) El criterio de representatividad utiliza el resultado de unas elecciones que no son propiamente sindicales, sino que se realizan a efectos de designar representantes en el centro de trabajo y que además no son claramente proporcionales entre el número de representantes y el de representados (baste un ejemplo, un centro de 1000 personas elige 21 representantes, pero si esas personas estuviesen repartidas en 20 centros de 50, elegirían 100 representantes).

2.^a) El uso de ese criterio electoral, unido a que los representantes con mandato prorrogado no computan a efectos de representatividad (DA 4.^a LOLS) fuerza periódicamente a una contienda electoral sindical, que tensa las relaciones, obliga a un esfuerzo y gasto exagerado e introduce en algunos centros una conflictividad que les es ajena, obligando incluso a reiterar procesos electorales innecesarios que no hacen sino reproducir resultados precedentes.

3.^a) Los derechos reconocidos a ciertos sindicatos en atención a su representatividad conllevan también cargas y esfuerzos difícilmente asumibles (es claro el ejemplo de la negociación de planes de igualdad) o que se sufragan injustamente solo por sus afiliados cuando repercuten sobre todos los trabajadores (por ejemplo, negociación de convenios).

Podríamos apuntar alguna cuestión más, pero las expuestas son suficientes para inducir a pensar si cabe establecer algún elemento corrector que evite esas disfunciones de ese criterio de representatividad que, desde luego, funciona como un elemento consolidado y objetivo de diferenciación y que no tiene una alternativa clara.

3. MANIFESTACIONES SINDICALES PROHIBIDAS EN EL CONFINAMIENTO DE LA COVID PARA PRESERVAR LA SALUD PÚBLICA. ¿Y EL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL?

Comentario de la STC 88/2023, de 18 de julio (BOE de 28 de agosto de 2023)

MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad Complutense de Madrid

Presidenta emérita del Tribunal Constitucional

ORCID: 0000-0002-0781-7166

1. ANTECEDENTES

El 20 de abril de 2020, vigente el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el covid-19, prorrogado por los Reales Decretos 467/2020, de 27 de marzo, 487/2020, de 10 de abril, y Real Decreto 492/2020, de 24 de abril, Alternativa Sindical de Trabajadores, y otros tres sindicatos, comunicaron a la Delegación del Gobierno en Madrid su intención de celebrar una manifestación para conmemorar el 1 de mayo, que se realizaría con la distancia debida de seguridad entre las personas, en la que participarían entre 50 y 70 personas, contando los organizadores con un servicio de orden y solicitando de la autoridad gubernativa la adopción de las medidas de seguridad oportunas. La Delegación del Gobierno prohibió la citada manifestación por resolución de 27 de abril de 2020, en razón de la magnitud, sin precedentes, de la crisis sanitaria, y, aunque el RD 463/2020, de alarma, no había suspendido derechos fundamentales (art. 55 CE), la protección de la salud, la necesidad de evitar contagios y muertes a través de contactos interpersonales, podía limitar el ejercicio del dere-

cho fundamental de reunión (art. 11.2 CEDH y STEDH de 9 de abril de 2002, caso *Cisse c. Francia*, r. n.º 51346/1999 § 51 y § 53). Alternativa Sindical de Trabajadores formalizó recurso contencioso-administrativo contra la prohibición gubernamental ante el TSJ de Madrid por la vía del procedimiento especial previsto en la LJCA para la protección de derechos fundamentales por vulneración del derecho de reunión del artículo 21 CE. La sentencia 198/2020, de 30 de abril, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid, Sección 10.ª, desestimó el recurso, consideró que el acto administrativo estaba debidamente motivado al vincularse la denegación de la manifestación a la protección de la salud pública y de la vida de las personas para evitar la difusión de la pandemia, y que la decisión prohibitiva era proporcional a la gravedad de la crisis sanitaria.

El recurso de amparo se interpuso, el 26 de mayo de 2020, transcurrida la fecha de la manifestación prohibida, contra la resolución administrativa prohibitiva de la manifestación y contra la sentencia 198/2020, de 30 de abril, que desestimó el recurso interpuesto por el sindicato contra la anterior resolución. Denunció el sindicato recurrente la vulneración de sus derechos fundamentales de reunión, en su dimensión de derecho de manifestación (art. 21 CE), y de libertad sindical (art. 28 CE), en la vertiente colectiva de la acción sindical fuera de la empresa en la defensa de los intereses económicos y sociales que le son propios. La sentencia contencioso-administrativa había suplido los juicios de ponderación constitucional y de motivación suficiente de la restricción del derecho fundamental del sindicato que la resolución administrativa no había efectuado, la cual había incumplido en su dictado el plazo de 72 horas desde la recepción de la preceptiva comunicación de la manifestación proyectada previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión (LODR).

El Tribunal Constitucional decide el recurso de amparo, desprovisto de urgencia, según el criterio cronológico de entrada y según sus tiempos ordinarios de respuesta, más de tres años después de la interposición del recurso de amparo.

El atribulado ATC 40/2020, de 30 de abril, fallado de urgencia en el plazo de un día por el voto de calidad de su presidente –según informa el voto particular del magistrado Ollero Tassara a la STC 148/2021, de 14 de julio–, bajo la presión del pronunciamiento futuro del Tribunal sobre la interposición, dos días antes, por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados, del recurso de inconstitucionalidad contra, entre otras normas, diversos preceptos del Real Decreto 463/2020, de declaración del estado de alarma, precisó de numerosísimas páginas para expresar su juicio

liminar de proporcionalidad de la medida gubernativa prohibitiva de la manifestación rodada convocada por la Central Unitaria de Trabajadores/as en Vigo para conmemorar la efeméride el 1 de mayo, y de inverosimilitud de la denunciada lesión del artículo 21 CE.

La sentencia que aquí se comenta tiene en cuenta ya, en su cuerpo argumental, la STC 148/2021, que declaró la inconstitucionalidad de los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 del RD 463/2020 en los términos de su fallo –tan controvertido, como su argumentación– e interpretó el citado artículo 7.1 comprendiendo en la libertad de circulación «por las vías o espacios de uso público» la conducente a la asistencia a reuniones orgánicas de los sindicatos, excluidas de la Ley Orgánica 9/1983, reguladora del derecho de reunión [art. 2.c)].

La sentencia forma parte de la serie integrada por las SSTC 61/2023, de 24 de mayo, y 84/2023, de 5 de julio, todas del Pleno del Tribunal, precedidas del citado ATC 40/2020 de su Sala Primera. A nuestros efectos, ésta, junto con el ATC 40/2020, son las que presentan objetivamente mayor interés, pues quien demanda amparo constitucional es un sindicato, vinculando su derecho fundamental de manifestación a su derecho fundamental de libertad sindical. También fueron sindicatos los demandantes de amparo en las SSTC 164/2023, de 21 de noviembre, y 188/2023, de 12 de diciembre. Pero si en estas últimas fueron los sindicatos recurrentes los que ni siquiera alegaron la vulneración de su derecho fundamental de libertad sindical, en las anteriores es el Tribunal quien impide el análisis del contenido de ese derecho fundamental y su relación con el de manifestación por falta de invocación temporánea de su vulneración en la vía judicial previa.

2. CUESTIONES PLANTEADAS

La cuestión que aquí importa, entre otras planteadas, es la relativa a la denunciada vulneración del derecho de libertad sindical del sindicato recurrente (art. 38.1), en su vertiente de dimensión funcional o de actividad, de representación de los intereses económicos y sociales que le son propios (art.7 CE). La abogacía del Estado y la Fiscalía interesaron la inadmisión del recurso de amparo en esta queja –y la desestimación de la relativa a la violación del derecho fundamental de reunión– por falta de invocación en la vía judicial previa y en garantía de la subsidiariedad del recurso de amparo constitucional.

Importa también, como es obvio, la lesión de su derecho de manifestación imputada por el sindicato demandante de amparo a la resolución adminis-

trativa inmediatamente, y mediata e indirectamente a la decisión judicial que presuntamente no la reparó, confirmando la legalidad de aquélla. El recurso de amparo es aquí «administrativo», y no judicial, acogido, en su interposición al artículo 43 LOTC, con las consecuencias que ello comporta: la principal, en lo que ahora interesa, es que la decisión gubernativa prohibitiva es la que ha de confrontarse con las lesiones denunciadas de los derechos fundamentales a la luz de los preceptos constitucionales que los reconocen. Ni que decir tiene que la falta de motivación de la decisión gubernativa restrictiva del derecho fundamental de manifestación no es enjuiciable con el artículo 24.1 CE, sino con el contenido del derecho fundamental sustantivo del artículo 21 CE y sus límites, y que el agotamiento de la vía judicial previa no sigue el camino de aquel precepto constitucional, sino el de éste.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

El Tribunal hace gala de su doctrina espiritualista acerca del requisito de invocación formal en el proceso, si hubo oportunidad, de la vulneración del derecho fundamental «tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello» [art. 44.1.c) LOTC], pues lo importante es que, con invocación o sin ella, la jurisdicción ordinaria haya podido pronunciarse sobre la vulneración denunciada antes que el TC. Pero, con independencia de la inaplicación a este recurso de amparo del artículo 44 LOTC, el criterio del Tribunal produce especial insatisfacción, pues, en el caso, comienza restando toda importancia a la falta de invocación ante la jurisdicción contencioso-administrativa del derecho del sindicato recurrente a su libertad de acción sindical. Para acabar argumentando que la vulneración alegada por el sindicato de su derecho de libertad sindical «carece de autonomía y sustantividad propia y debe entenderse como un apéndice, accesorio o complementario, de la vulneración del derecho de reunión en su vertiente del derecho de manifestación (art. 21 CE) que se denuncia con carácter principal en la demanda», con la consecuencia de que queja de infracción específica del derecho de libertad sindical «ha de entenderse subsumida en la queja referida en la lesión del derecho de reunión». Sin la menor mención a la importancia de las manifestaciones políticas y sindicales en las sociedades democráticas.

De manera aún mas insatisfactoria el ATC 40/2020 inadmitió la queja relativa al derecho de libertad sindical por falta de invocación previa, ¿de quién es un sindicato? La STC 183/2021, de 18 de julio, que también declaró la inconstitucionalidad parcial del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el

que el Gobierno declaró el segundo estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, del acuerdo del Pleno del Congreso de los Diputados que autorizó su prórroga hasta el 9 de mayo de 2021, y del Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, que lo prorrogó, destacó, en cambio, la singularidad constitucional del derecho de reunión pública o manifestación, entre otros sujetos colectivos, de los sindicatos para sus fines propios (art. 7 CE), excluidos, en aquel caso, de las limitaciones de reuniones de grupos de más de 6 personas [FJ 6.B).ii)].

En la sentencia comentada, nada añade la personalidad jurídica sindical del demandante de amparo, ni que el objeto de la manifestación fuese la conmemoración del 1 de mayo, día internacional de los trabajadores. La sentencia se sitúa por igual en su «familia», al lado de las precedentes SSTC 61 y 84/2023, en que los recurrentes fueron un particular y, también sin diferenciación, una organización política (art. 6 CE), La Falange.

Imputa el Tribunal al demandante la tacha de no haber invocado previamente, ante el TSJ de Madrid, la vulneración de su derecho de reunión por la falta de contestación de la autoridad gubernamental a la comunicación de la manifestación en el plazo legalmente establecido en el artículo 10 LODR, declarando de oficio su inadmisibilidad.

Ya, en cuanto al fondo de la vulneración del derecho de reunión/manifestación, tiene interés el Tribunal en separar su enjuiciamiento de la norma que declaró el primer estado de alarma, que, precisa la sentencia, «no se invoca como fundamento de la prohibición gubernativa, sino como elemento de contexto que acredita la realidad de una crisis sanitaria que debe tenerse presente para ponderar si la prohibición del ejercicio del derecho de reunión vulneró el art. 21 CE» [FJ 2.b)]. Recurre a la STC 148/2021, FJ 7, para reiterar que las restricciones a la libertad de circulación, impuestas por el RD 463/2020, del estado de alarma, no causaron la vulneración de los derechos previstos en el artículo 21 CE; el derecho de manifestación «permaneció incólume», pese a las graves dificultades de su ejercicio provenientes de la declaración de aquella situación de excepción y de la necesidad de guardar distanciamiento físico personal para la protección de la salud pública (art. 43 CE) y de los derechos de las personas a la vida y a la integridad física (art. 15 CE).

La sentencia expone la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los derechos fundamentales de reunión y manifestación —«el *canon* aplicable»— por remisión al FJ 3 de la STC 61/2023, cabecera de esta miniserie de jurisprudencia constitucional. Los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física, y el principio rector de protección de la salud, son bienes constitucionales que se sitúan junto a las «razones fundadas de alteración del

orden público, con peligro para personas o bienes» (art. 21.2 CE), que excepcionalmente justifican la limitación del ejercicio del derecho fundamental de manifestación, también en su manifestación mas injerente. Fue también el criterio del TEDH, aplicado específicamente a la pandemia de la Covid-19, no obstante la declaración de violación del artículo 11 del CEDH por 4 votos contra 3 por la sentencia de 15 de marzo de 2022, asunto *Communauté genevoise d'action syndicale v. Suiza*, r. n.º 21881/20, § 80; (la posterior sentencia de la Gran Sala, de 27 de noviembre de 2023, declaró la inadmisibilidad de la queja basada en el artículo 11 CEDH «bajo el ángulo de la libertad sindical», en todo caso por extemporaneidad; y del propio Tribunal Constitucional en las SSTC 183/2021, 61 y 84/2023.

La existencia de razones fundadas, la motivación reforzada específica, *ad casum*, de la resolución limitadora de la manifestación sindical, y su proporcionalidad, elementos esenciales de la configuración constitucional del derecho de reunión y manifestación, determinan la corrección constitucional de su restricción gubernativa y judicial, y de su prohibición que supone la afectación máxima de un derecho de libertad, una interferencia de máximo desvalor en ese derecho de libertad a la que ha de corresponder la muy alta satisfacción de la protección de la salud pública e individual. Sabido es que órganos de la jurisdicción ordinaria autorizaron estas manifestaciones sindicales.

4. CONCLUSIONES

La manifestación convocada por el sindicato para el 1 de mayo de 2020 en Madrid entrañaba grave riesgo, desproporcionado, para la salud pública y la sostenibilidad del sistema sanitario y para la salud, integridad y vida de las personas, manifestantes y terceros, ante la posibilidad real de contagio y, con él, de propagación e incremento de la crisis sanitaria, por más que se adoptasen medidas de precaución. El Tribunal acogió las razones de la prohibición gubernativa de la manifestación sindical, explicitadas por la decisión judicial –como había hecho el ATC 40/2020 a través de la inadmisión urgente del recurso de amparo, y reiterando los términos de la precedente STC 84/2023– y las calificó de «incontestables [...] y asentadas en datos no solo objetivos, sino notorios y contrastados, vinculados a las circunstancias presentes al tiempo de la convocatoria, dominadas por la existencia de una pandemia; y, por ende, convincentes como motivación para justificar la restricción impuesta» [FJ 5.A)]. La gravedad de la pandemia global y la necesidad de su contención en evitación de la enfermedad y la muerte, que habían motivado la declaración

del estado de alarma ante una emergencia de dimensiones gravísimas causada por un virus en aquel momento desconocido, hacía que la manifestación que el sindicato pretendía celebrar superase el triple test de proporcionalidad, según se detalla, para el caso, en el FJ 5 de la sentencia.

Las limitaciones del conocimiento científico y de los medios diagnósticos y curativos –los manifestantes ni siquiera podían saber si estaban contagiados–, el radical cuestionamiento de «las decisiones de políticas de salud pública» que en 2020 se consideraban eficaces, basadas en la distancia social y la limitación de contactos interpersonales, el grave riesgo que la manifestación suponía para la salud pública y la de los manifestantes –incrementado por el contacto de los manifestantes en los transportes públicos de ida y vuelta, la posibilidad de contagio en el lugar y de transmisión a terceros, en particular, en sus grupos familiares, de amigos y compañeros de trabajo–, y la falta de medidas concretas y eficaces de seguridad ofrecidas por el sindicato promotor, apuntalaron el fallo desestimatorio.

La sentencia contó con el voto particular del magistrado Arnaldo Alcubilla, al que se adhirió el magistrado Enríquez Sancho y la magistrada Espejel Jorquera, que, sin perjuicio de remitirse al formulado a la STC 84/2023, justificó la estimación del recurso de amparo en que la prohibición de la manifestación se había adoptado «mediante una resolución estereotipada basada en consideraciones genéricas sobre la vigencia del estado de alarma y sobre la incidencia de la pandemia de covid-19, sin proyección de tales consideraciones al caso concreto, tal como exige la consolidada doctrina constitucional».

El Tribunal abrió una nueva línea jurisprudencial, contraria, en la STC 164/2023, de 21 de noviembre, de su Pleno, en la que apreció la vulneración del derecho fundamental de reunión y manifestación del sindicato UGT Madrid por la decisión gubernativa, judicialmente confirmada, prohibitiva de la celebración de una concentración al aire libre de 250 personas, con una duración de tres horas y media y con medidas de seguridad para mantener la distancia personal, que el sindicato había convocado, junto a otro sindicato, para el 8 de marzo de 2021, día laborable, en la Plaza de Cibeles de Madrid, con motivo del día internacional de la mujer. El Tribunal marcó la diferencia entre esta manifestación, durante la vigencia del segundo estado de alarma (del toque de queda), en que las limitaciones a la movilidad solo afectaron al período nocturno, con otras prohibidas en el primer estado de alarma (del confinamiento), y en concreto con la que fue objeto de la STC 88/2023, a través del juicio de proporcionalidad estricto. Ponderó el Tribunal la escasa incidencia en el riesgo de contagio, y en la protección de la salud pública, de la prohibición de la concentración sindical reivindicativa a la vista de las concentraciones de

personas en otras actividades de ocio y esparcimiento permitidas por la Comunidad de Madrid, pese a su máxima situación de riesgo sanitario. Ponderó también el avance del conocimiento científico sobre la pandemia (utilización de mascarillas, respeto de distancias, vacunación, detección del contagio), del que resultaba una realidad muy distinta a la del primer estado de alarma. La sentencia incorpora dos votos particulares, el concurrente de los magistrados Enríquez Sancho, Arnaldo Alcubilla y de la magistrada Espejel Jorquera, y el discrepante de la magistrada Díez Bueso con la adhesión de la magistrada Segoviano Astaburuaga.

Esta línea jurisprudencial prosiguió en las SSTC 173 a 178/2023, de 11 de diciembre, y en la STC 188/2023, de 12 de diciembre, todas ellas sobre recursos de amparo avocados al Pleno. Sólo esta última resuelve el recurso de amparo promovido por un sindicato, por el «otro» sindicato, la Unión Sindical de Madrid Región de Comisiones Obreras, frente a la misma decisión administrativa contra la que demandó amparo constitucional UGT Madrid. Pero, lamentablemente, esos recursos solo denunciaron la vulneración del artículo 21 CE, no, conjuntamente, la del derecho fundamental de libertad sindical de su artículo 28.1

5. BIBLIOGRAFÍA

- M.E. CASAS BAAMONDE y M. ÁNGEL QUIROGA (2020), Derecho de manifestación del sindicato y estado de alarma en la emergencia de la Covid-19, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n.º 5, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2020-00000000968
- M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (2020), «Estado de alarma y derecho de manifestación del sindicato», *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 6, pp. 673-774.

* * * * *

En homenaje al profesor Juan García Blasco, a su excelente trayectoria académica y profesional y a su fecunda obra escrita, que, ocupada en una gran variedad temática iuslaboralista y de seguridad social, ha hecho siempre gala de su capacidad crítica y ha marcado su línea de pensamiento y su inclinación por el estudio de la presencia del Derecho Público y sus técnicas en el Derecho del Trabajo y por el Derecho colectivo y sus herramientas para la resolución de los conflictos, por solo citar dos áreas destacadas. El profesor García Blasco es

para numerosos cultivadores del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, entre los que me cuento, un referente indiscutible y amigo. Me permito señalar su compromiso permanente con la Universidad pública española, en concreto con la Universidad de Zaragoza, a la que ha dedicado su vida de estudio, enseñanza e investigación del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y ha formado una reconocida escuela, y mas allá de su plena dedicación académica e investigadora, ha ejercido distintas responsabilidades, y con la Universidad Pública de Navarra, en la que accedió a catedrático y desempeñó su Rectorado. Ese fuerte compromiso con la excelencia universitaria se ha manifestado también en su continua preocupación por la legislación y los problemas universitarios, jurídicos principalmente, y también de organización y funcionamiento. El profesor García Blasco ha desarrollado una intensa actividad en instituciones del Estado y de la Comunidad Autónoma de Aragón, en las que siempre ha dejado un recuerdo inmejorable. En la actualidad preside el Consejo Económico y Social de Aragón. No menos destacable es su proverbial compañerismo con sus colegas, a los que tanto nos satisface contribuir a este merecido libro en su homenaje.

4. REPRESALIA EMPRESARIAL DESMEDIDA CONTRA LIBERTAD DE EXPRESIÓN SINDICAL EN DEFENSA DE LOS TRABAJADORES

Comentario a la STC 22/2023, de 27 de marzo (BOE 25 de abril de 2023)

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET
Catedrático emérito. Universitat de Barcelona

Palabras clave: Autoridad Portuaria de Cartagena, libertad de expresión, libertad sindical, represalia empresarial, condición más beneficiosa.

1. ANTECEDENTES

1.º En la empresa Autoridad Portuaria de Cartagena (APC) existe la posibilidad de que los trabajadores, previa solicitud, puedan hacer uso de la vivienda sita en el viejo Faro de Mazarrón (de 1861, en desuso), en virtud de una condición más beneficiosa.

2.º El 14 de diciembre de 2018, en la reunión del Comité de Empresa con la APC, los representantes de la Sección Sindical (en lo sucesivo SS) de CCOO preguntaron cuándo se iba a poner a disposición dicha vivienda (en obras) para los trabajadores, y si se podría utilizar en la próximas fechas navideñas de 2018, pues la vivienda estaba pendiente de su adecuación y faltaba mobiliario para ser nuevamente apta para su uso.

3.º Según información de la APC la vivienda no iba a estar lista hasta el 7 de enero de 2019. Ante tal respuesta la SS de CCOO emitió un co-

municado por correo interno a todos los trabajadores donde se decía: «Le preguntamos cuándo pensaban poner a disposición de todos los trabajadores el uso del Faro de Mazarrón y dijeron que el 7/1/2019. Preguntamos que por qué no se abría antes y nos respondieron que: “estaban esperando que llegara la vajilla”. Vosotros os lo creéis? Nosotros no, probablemente sea que en Nochebuena y Nochevieja el Faro va a estar lleno de gaviotas» (referencia implícita al logo o símbolo del Partido Popular, aunque en verdad es un charrán).

4.º) Como respuesta a tal comunicado sindical, el 20 de diciembre de 2018 el Presidente de la APC envió por correo a todo el personal el siguiente comunicado: «En la reunión celebrada al pasado 14 de diciembre de 2018 entre el Comité de Empresa y esta Presidencia y la Dirección se abordó un punto del orden del día respecto a la puesta en servicio de la vivienda del Faro de Mazarrón. Ante la pregunta formulada por CCOO, la Dirección dijo que sería a partir del 7/1/2019, debido a que aun falta el menaje de hogar. Agregó el Presidente de la APC que el Sindicato CCOO remitió un comunicado a algunos trabajadores de la APC donde realizó (a juicio del Presidente de la APC) unas «declaraciones tendenciosas» respecto a la fecha de puesta en servicio de esta vivienda. Estas declaraciones de CCOO son totalmente falsas (según el Presidente de la PAC), es una insinuación fuera de lugar, absolutamente tendenciosa y malintencionada, considerando que se dan a entender como causas motivos espúreos, que además se han divulgado por escrito a buena parte de la plantilla de la APC. Por ello el Presidente de la APC tomó la decisión de reclamar a CCOO, mediante este escrito público, que se retractara íntegramente de tal afirmación por el mismo medio en el que se habían vertido las anteriores falsedades, señalando que hasta que no se produjera dicha retractación, se posponía el uso de la vivienda del Faro de Mazarrón para su utilización.

5.º) El 13 de febrero de 2019 (dos meses después de la reunión desencadenante) el Departamento de RRHH, remitió un nuevo correo a todo el personal en el que se hizo constar que, tras la reunión mantenida entre el Presidente de la APC y el Presidente del Comité de Empresa (de UGT), el 1 de febrero de 2019, y tal y como se acordó, una vez que se han llevado a cabo todas las tareas necesarias para su puesta en funcionamiento, se comunica a todos los trabajadores que ya está disponible la casa del Faro de Mazarrón y que puede solicitarse a partir de hoy, para su uso a partir del día 25 de febrero.

2. CUATRO FASES JUDICIALES

2.1 Breve referencia a la Sentencia 202/2019 del Juzgado de lo Social núm. 3 de Cartagena de 28 de junio de 2019

Contra la inicial decisión empresarial CCOO presentó la correspondiente demanda ante el Juzgado num. 3 de lo Social de Cartagena. La cuestión a debatir fue sobre la vulneración o no del derecho fundamental a la libertad sindical y sus manifestaciones, entre ella las de acción sindical y la libertad de expresión. Lo relevante en este procedimiento era si el comunicado inicial del Presidente de la APC coartó o no la libertad de expresión de CCOO como manifestación inherente y propia al derecho a la libertad sindical, o simplemente fue una actuación desafortunada como defiende la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal, pero careciendo de trascendencia constitucional. El comunicado de la SS de CCOO pudo ser más o menos acertado, más o menos ingenioso, o más o menos ofensivo; en todo caso, forma parte de la libertad de acción sindical, recogido en el artículo 28.1 de la CE, y en la LOLS, la de dirigirse y hacer manifestaciones a los trabajadores afiliados y en general a todos los de la empresa. Los comunicados de las SS pueden o no ser del agrado del empresario, normalmente y en periodos de mayor reivindicación será lógico que no gusten a la Dirección Empresarial. Tales comunicados están amparados en el derecho a la libertad de expresión y en el de libertad sindical, derechos considerados como fundamentales y susceptibles de una especial protección que competen a todos los poderes públicos.

Señala el Magistrado que hacer depender la continuidad de un derecho obtenido por los trabajadores de las manifestaciones vertidas por una SS vulnera gravemente el derecho a expresarse libremente al sindicato en relación a sus reivindicaciones, ya que se lleva a la percepción por parte de los trabajadores de que sus derechos pueden verse afectados negativamente por la acción sindical (de un sindicato más que de otro).

De otra parte, el correo enviado por el Presidente de la APC es más que un exceso verbal, ya que esta hecho por escrito, comunicado a todos los trabajadores y cabe entender que bajo la asistencia y consejo correspondiente (RRHH, asesores etc.).

Por todo ello, el Juzgado de Cartagena estimó la demanda, declarándose vulnerado el derecho a la libertad sindical de la SS de CCOO en el ámbito de la APC. y declaró vulnerados los artículos 28.1 y 20.1 de la CE, la nulidad radical de acción de la empresa en cuanto al comunicado efectuado condi-

cionado el uso de la vivienda del Faro a la retracción del demandante, condenando a la Autoridad Portuaria a difundir íntegramente y de forma inmediata la presente a todos los trabajadores a través del correo corporativo y se le requirió para que en lo sucesivo no condicionara los derechos adquiridos de los trabajadores a las comunicaciones realizadas por la SS de CCOO.

2.2 Breve referencia al Recurso de Suplicación (RS) 1327/2019, ante la Sala de lo Social del TSJ de Murcia, que dictó Sentencia el 6 de abril de 2020, num. 412/2020

Se interpuso Recursos por UGT y por la APC contra la citada Sentencia del Juzgado de Cartagena, cuyos antecedentes nos son conocidos. El TSJ de Murcia acepta el RS y estima que «no está acreditado que se hiciera depender el uso del Faro de la modificación de unas manifestaciones vertidas por CCOO ¿? Por el contrario, la declaración del Presidente, al final, no tuvo consecuencias prácticas, ya que no se limitó el uso del Faro por los trabajadores, como consecuencia de la actuación del sindicato, señalando que una cosa es la inadecuación en su caso, de la conducta del Presidente del organismo demandado y otra cosa la vulneración de un derecho fundamental por ella. O sea, según el TSJ no está probado que la libertad de expresión del sindicato, ni otro derecho constitucional hubieran sido conculcados, pues se acreditó la continuidad de la actividad sindical del demandante (CCOO). Por tanto, no estando probada lesión alguna, ni vulneración de precepto constitucional alguno y por tanto no existiendo daños morales indemnizables, debe estimarse el recurso planteado por la APC, al no ser bastante la existencia de unas declaraciones de su Presidente más o menos acertadas, para que supongan una infracción constitucional. Todo lo cual determina, la estimación del presente recurso de suplicación en su integridad.

2.3 Mención del RC en Unificación de doctrina (RCUD) ante la Sala de lo Social del TS. Auto desestimatorio

El 29 de septiembre de 2020 CCOO de la Región de Murcia formalizó RCUD contra la citada Sentencia del TSJ de Murcia, siendo tal Recurso inadmitido por Auto de la Sala de lo Social del TS, de 22 de junio de 2021, al no

apreciarse la identidad sustancial requerida entre la resolución impugnada y la sentencia ofrecida de contraste.

2.4 Fallo final del Tribunal Constitucional (TC en lo sucesivo)

CCOO presentó Recurso de Amparo (RA en lo sucesivo) ante el TC, contra la Sentencia del TSJ de Murcia núm. 412/2020, de 6 de abril, siendo sus antecedentes los vistos y reiterados. El RA atribuye a la Sentencia del TSJ de Murcia, la vulneración de los derechos fundamentales a la libertad sindical (art. 28.1 CE) y a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE], por lo que se solicita se declare la vulneración de estos derechos, reestablecer a la parte recurrente en ellos, anular la referida resolución y declarar la firmeza de la sentencia de 28/6/2019 del Juzgado de lo Social número 3 de Cartagena.

CCOO fundamenta así su pretensión: 1.º Señalando que el comunicado del Presidente de la APC se remitió a todos los trabajadores por medio del correo corporativo, haciendo creer a los trabajadores que el disfrute del derecho que venían disfrutando hasta la fecha dependía de que CCOO se retractase de sus manifestaciones 2.º Significando que el Presidente de la APC, fue parcial y agresivo contra CCOO, vulnerando los derechos fundamentales de este. 3.º Precizando que la continuidad de la actividad sindical no impide apreciar la existencia efectiva de vulneración de los derechos fundamentales por parte del empresario y 4.º Que, a mayor abundamiento, la demandada vulneró el principio de imparcialidad y no injerencia en las cuestiones sindicales al hacer que UGT apareciera como responsables de la solución del caso.

El Fiscal ante el TC presentó escrito de alegaciones interesando la estimación del recurso, el otorgamiento del amparo a CCOO, que se declarara vulnerado el derecho fundamental a la libertad sindical en relación con el derecho fundamental a la libertad de expresión y restablecerla en su derecho y, en consecuencia, declarar la nulidad de la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Murcia y el Auto de inadmisión del RCUO dictado por el TS, para que el TSJ de Murcia dictara nueva sentencia respetuosa con el derecho fundamental vulnerado. El Fiscal centra el objeto del debate constitucional en determinar «si es suficiente para estimar vulnerada la libertad sindical, el comunicado del PAC, diciendo a los trabajadores que no podrían acceder a la vivienda del faro de Mazarrón, hasta que se retractase el Sindicato que había realizado una crítica amparada por su

libertad sindical, destacando que el comunicado del Presidente de la APC se remite a los trabajadores, quedando claro el mensaje implícito: «Como la SS de CCOO ha insinuado que estoy retrasando indebidamente la puesta a disposición de la vivienda del Faro, hasta que no se retracte, no podréis usar dicha vivienda». O sea, implícitamente se comunica a los trabajadores que, si un Sindicato dice cosas que le incomodan, los trabajadores resultarán perjudicados. Este comunicado es claramente un ataque a la libertad de expresión en materia sindical, pues va dirigido a presionar a CCOO e indirectamente a los demás representantes sindicales, para que limiten sus críticas, pues de lo contrario perjudicarán a los trabajadores cuyos intereses defienden y estos tendrán conocimiento de que el perjuicio se debe a la actuación del sindicato. Además, este comunicado se mantiene durante más de un mes, o sea hasta el mes de febrero, cuando se pone a disposición de los trabajadores la vivienda del Faro.

Según la argumentación del Fiscal «el mensaje implícito en los comunicados de UGT y de RRHH es que a los representantes sindicales que no sean críticos con el Presidente, sino que le pidan por las buenas que no se nieguen sus derechos a los trabajadores, el Presidente se lo concederá. Señala el Fiscal que la STSJ recurrida confunde el derecho de los trabajadores a disfrutar de la vivienda del Faro con el derecho a la libertad sindical de la recurrente, la cual se vulnera desde la emisión del comunicado y tal vulneración se mantiene al menos durante un mes y medio aproximadamente. Acepta el Fiscal que la continuidad de la actividad sindical por parte de CCOO no obsta a la apreciación de la vulneración del derecho a la libertad sindical, al ocasionarle un desprestigio inmediato frente a los trabajadores y mantener una restricción indebida de su libertad de expresión en el desarrollo de su actividad sindical. Subraya, asimismo, el Fiscal que no se dice cuál fue el motivo del retraso en el suministro de menaje de hogar y, en particular, si fue un problema del administrador o si el retraso era achacable a una falta de interés de la empresa de que los trabajadores pudieran disfrutar de la vivienda a partir del inicialmente previsto 7 de enero de 2019, mientras no se retractase el sindicato y hasta la reunión del 1 de febrero de 2019 (49 días después).

La Abogacía del Estado, en representación y defensa de la APC, solicitó que se inadmitiese o subsidiariamente se desestimase el RA, diciendo que este era extemporánea puesto que la vulneración denunciada sería imputable al acto de comunicación del PAP, como Autoridad de la Administración General del Estado y, por tanto, parte del poder ejecutivo. Subsidiariamente, se sostiene que no se había producido vulneración del derecho a la libertad sindical, en

conexión con la libertad de expresión, puesto que la expresión de la Autoridad Pública, si bien constituyó un «exceso» del Presidente, no tuvo efecto lesivo material alguno ¿?

Señala el TC que... «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 TC 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 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. El derecho a la libre actividad sindical comprensiva de todos los medios lícitos prohíbe todo acto de injerencia, impeditivo u obstativo del ejercicio de la libre actividad sindical, por parte de terceros en general y del empleador en particular, que no puede ampararse en sus poderes o facultades empresariales para quebrantar el ámbito de libertad protegido en el art. 28.1 CE».

Fallo final.

Por todo ello el TC otorgó el amparo a CCOO, y en su virtud: estimó la demanda presentada por vulneración de su derecho fundamental a la libertad de expresión, en relación con el derecho a la libertad sindical, restableciendo su derecho fundamental y declarando la nulidad de la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Murcia núm. 412/2020, de 6 de abril en el RS núm. 1327-2019, así como la nulidad del Auto de inadmisión de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 22 de junio de 2021.

3. A MODO DE BREVES CONCLUSIONES COINCIDENTES CON EL TC

1. El comunicado del Presidente de la APC no supone el ejercicio de una potestad pública de imperio y no es un acto administrativo de una entidad de Derecho público, pese a que planea plenamente la referencia a las gaviotas.

■ LIBERTAD SINDICAL, NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y HUELGA

2. El comunicado del Presidente de la APC constituye una injerencia en los derechos fundamentales que se denuncian como vulnerados, pues tiene la entidad suficiente para cercenar la libertad de expresión y al límite la libertad sindical.

3. El comunicado pudo ser interpretado como un intento de control futuro o de limitación de críticas por parte de los sindicatos (mordaza al sindicalismo).

4. El Presidente no puede impedir el disfrute de las condiciones más beneficiosas de origen contractual ni interferir entre sindicatos (UGT versus CCOO), cual si de buenos o malos se tratara, promocionando a un sindicato en detrimento de otro.

5. LISTAS SINDICALES INCOMPLETAS Y TUTELA DE LA LIBERTAD SINDICAL

Comentario a la STC 142/2022, de 14 de noviembre (*BOE* de 24 de diciembre)

CARMEN SÁEZ LARA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Córdoba. ORCID: 0000-0001-6311-1398

Palabras clave: Elecciones sindicales, Administración General del Estado, listas completas, candidaturas sindicales, libertad sindical.

1. ANTECEDENTES

En el proceso de la convocatoria de elecciones a los órganos de representación de los funcionarios públicos en un centro de trabajo hospitalario, determinados sindicatos que habían presentado sus candidaturas impugnan la decisión de la mesa electoral que, tras la renuncia sobrevenida de algunos de los candidatos, acordó, sin requerimiento previo de subsanación, denegar la proclamación definitiva de sus candidaturas, por no contener el número mínimo legal necesario de candidatos. Dicho acuerdo fue anulado por laudo arbitral que estableció la retroacción del procedimiento para que se concediera un plazo de subsanación de las candidaturas.

Interpuesto recurso por determinados sindicatos participantes en el proceso electoral, la Sentencia, objeto de impugnación en amparo ante el Tribunal Constitucional, revocó el laudo y declaró ajustadas a derecho las exclusiones de las candidaturas de, entre otros, el sindicato ahora demandante de

amparo acordada por la mesa electoral. La sentencia impugnada en amparo se fundamentó en que el artículo 16.1 del Real Decreto 1846/1994 (relativo a las elecciones a órganos de representación del personal al servicio de la Administración General del Estado), al señalar que «la mesa, hasta la proclamación definitiva de los candidatos, podrá requerir para la subsanación de los defectos observados», establece una mera facultad y no una obligación y en que el sindicato demandante de amparo no solicitó la posibilidad de subsanación de su candidatura. Interpuesto incidente de nulidad de actuaciones, este fue desestimado por resolución judicial, también impugnada en el recurso de amparo.

2. CUESTIÓN O CUESTIONES PLANTEADAS

El sindicato demandante solicita que se estime el recurso de amparo por vulneración del derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE) y la nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas para que pueda subsanarse la presentación de su candidatura. Se alega que las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado el artículo 28.1 CE por haberse fundamentado en una interpretación del citado artículo 16 del Real Decreto 1846/1994, contraria a la establecida en las SSTC 13/1997, de 27 de enero, y 200/2006, de 3 de julio, en que el Tribunal afirmó que se debe dar la oportunidad de subsanación al sindicato que sufre la situación de renuncias en su candidatura.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

El Tribunal Constitucional desarrolla como punto de partida su doctrina sobre el derecho a la libertad sindical, desde la perspectiva del derecho a la participación en las elecciones sindicales, reiterando que la participación de los sindicatos en estas elecciones, pese a derivar de un reconocimiento legal, constituye una facultad que se integra dentro del contenido adicional del derecho fundamental a la libertad sindical (art. 28.1 CE), por lo que cualquier impedimento u obstaculización al sindicato o a sus miembros de participar en el proceso electoral, al margen de su propio régimen legal o mediante una aplicación arbitraria del mismo, puede ser constitutivo de una violación de dicho derecho (FJ2).

En ese contexto, el Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse en diversas ocasiones respecto de la decisión de denegar la proclamación defini-

tiva de candidaturas en procesos de elecciones sindicales, por la reducción sobrevenida del número de candidatos. A esos efectos, ha establecido que, existiendo la previsión normativa de un número determinado de candidatos para proceder a la proclamación definitiva de una candidatura, pero también la de posibilitar que la mesa electoral, hasta ese momento de proclamación definitiva, requiera la subsanación de los defectos observados, incluido el número de candidatos, resulta obligado, en respeto al derecho a la libertad sindical, que se proceda por la mesa electoral a requerir esa subsanación sin la cual no cabe denegar su proclamación definitiva.

De conformidad con esta doctrina constitucional, no existe vulneración del derecho a la libertad sindical cuando la mesa electoral niega la proclamación definitiva tras la apertura de un plazo para completar la candidatura y no se cumplimenta dicho requerimiento (así, SSTC 51/1988, de 22 de marzo, FJ 6, o 185/1992, de 16 de noviembre, FJ 3); y existe lesión de la libertad sindical cuando se niega la proclamación definitiva sin que exista un requerimiento previo de subsanación (STC 13/1997, FJ 5) o cuando, además de no existir dicho requerimiento, tampoco se posibilita la subsanación instada por la candidatura previo a cumplirse el plazo para la proclamación definitiva de las candidaturas (STC 200/2006, FJ 5).

Aplicando la referida doctrina al presente caso, el Tribunal aprecia que la normativa aplicable es del mismo tenor que la interpretada en los asuntos resueltos en las citadas SSTC 13/1997 y 200/2006, respecto de la subsanación de las candidaturas antes de la proclamación definitiva de candidatos. Y, en efecto, coinciden el contenido del artículo 8.1 y 8.3 del Real Decreto 1844/1994 (relativo a las elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa) y el del artículo 16.1 del citado Real Decreto 1846/1994.

Consecuentemente, el TC se reafirma en la jurisprudencia constitucional que desarrollando una interpretación de esta previsión legal, conforme con las exigencias de respeto al derecho de libertad sindical impone que, en los supuestos en que se produce una reducción sobrevenida del número mínimo de candidatos antes de la proclamación definitiva de las candidaturas, resulte obligado para la mesa electoral requerir de oficio su subsanación, previamente a adoptar una decisión sobre su proclamación definitiva. La normativa reguladora de estos procedimientos electorales es interpretada por la jurisprudencia constitucional, de conformidad con el artículo 28.1 CE, como una obligación de requerimiento de oficio de subsanación, sin que sea exigible que el sindicato inste esa subsanación de la candidatura.

Por tanto, las resoluciones judiciales impugnadas lesionan el artículo 28.1 CE.

4. CONCLUSIÓN

El derecho fundamental a la libertad sindical impone que, en las elecciones a órganos de representación del personal al servicio de la Administración General del Estado si se produce una reducción sobrevenida del número mínimo de candidatos, antes de la proclamación definitiva de las candidaturas, resulte obligado para la mesa electoral requerir de oficio su subsanación previamente a adoptar una decisión sobre su proclamación definitiva, sin que sea exigible al sindicato instar la subsanación de su candidatura. El mismo criterio que rige en las elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa.

Tanto en el ámbito público como en el privado (arts. 16.1 RD 1846/1994, 8.1 y 8.3 RD 1844/1994) se prevé que las candidaturas a miembros de la representación unitaria deberán contener, como mínimo, tantos nombres como puestos a cubrir. No obstante, la renuncia de cualquier candidato presentado en alguna de las listas para las elecciones, antes de la fecha de votación no implicará la suspensión del proceso electoral, ni la anulación de dicha candidatura, aun cuando sea incompleta, siempre y cuando la lista afectada permanezca con un número de candidatos de, al menos, el sesenta por cien de los puestos a cubrir. La mesa, hasta la proclamación definitiva de los candidatos, podrá requerir para la subsanación de los defectos observados; también podrá solicitar la ratificación de los candidatos que deberá efectuarse por los propios interesados.

Una de las cuestiones más controvertidas ha sido la relativa a las candidaturas que, por devenir incompletas tras renuncia sobrevenida de algún candidato, eran excluidas de concurrir al proceso electoral, dada su afectación al derecho de libertad sindical. Las SSTC 51/1988, de 22 de marzo y 185/1992, de 16 de noviembre, determinarían la actual redacción del artículo 71.2 a) LET, que permite, tras la presentación de las candidaturas y hasta la fecha de la votación, listas incompletas, pero con un número de candidatos, al menos, del sesenta por ciento de los puestos a cubrir [en iguales términos, el art. 18.1.a) de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas].

El TC entendió en aquellas sentencias que la necesidad de listas completas «responde a la finalidad válida de exigir una presencia activa mínima en el ámbito de la elección, donde habrá de contarse con un número mínimo de afiliados o simpatizantes dispuestos a la actividad representativa para la que el Sindicato o sus miembros pueden ser llamados y a la que deben atender si son elegidos, supuesto en que el carácter incompleto de las listas podría llevar a que el órgano representativo empezara a funcionar sin el número mínimo, legal y presumiblemente adecuado a la finalidad de defensa colectiva que el órgano debe servir, con merma de su eficacia y en perjuicio, pues, de la colectividad a que debe representar».

El régimen vigente establece pues la distinción de dos momentos en el proceso de elecciones sindicales: el de presentación de la lista y el posterior. La ley exige que, en el primer momento, la lista presentada sea completa (contenga, como mínimo, tantos candidatos como puestos a cubrir). Una lista electoral que no reúne en el momento de su presentación el mínimo de candidatos legales no es una lista completa, siendo respetuosa con el artículo 28.1 CE, en ese caso, la decisión de no proclamarla (por ejemplo, SSTC 51/1988 y 185/1992).

Es en un momento posterior a la presentación de la candidatura, donde tiene su campo de influencia la regla del sesenta por ciento de los puestos a cubrir, así como el derecho del sindicato a subsanar la minoración de miembros producida tras las renunciaciones, con lo que la no proclamación de la lista pese a mantener aquel mínimo, o el no ofrecimiento (o la no aceptación) de un intento de subsanación para completar la candidatura, podrían llegar a suponer lesiones del artículo 28.1 CE.

La regulación se refiere a la renuncia de cualquier candidato presentado en alguna de las listas antes de la fecha de la votación, sin especificar si debe tratarse de uno proclamado provisional, definitivamente o aún sin proclamar. Efectivamente, esta exigencia de interpretación de la normativa favorable a la subsanación y a garantizar la participación sindical, ha sido la aplicada en el caso de que la renuncia de candidatos incluidos en la lista se produzca después de la presentación de ésta, pero antes del acto de la proclamación provisional (en el asunto decidido en la STC 13/1997, la renuncia se produjo el día siguiente al término del plazo de presentación y, en el caso resuelto por la STC 200/2006, la renuncia se produjo el día de finalización del plazo de presentación de candidaturas).

En definitiva, de la interpretación constitucional de la regulación relativa a la regla del sesenta por cien y de la facultad de la mesa de requerir la subsanación de los defectos observados hasta la proclamación definitiva de

■ LIBERTAD SINDICAL, NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y HUELGA

los candidatos (arts. 8.1, 8.3 RD 1844/1994 y 16.1 RD 1846/1994), se desprende abiertamente la obligación de la mesa de requerir de oficio la subsanación antes de la proclamación provisional y definitiva de los candidatos, mientras que no sería exigible al sindicato instar la subsanación de sus candidaturas.

6. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO GARANTÍA MULTINIVEL DE EFECTIVIDAD DE LA LIBERTAD SINDICAL ¿O VICEVERSA?

Comentario a la STC 120/1990, de 15 de diciembre (BOE de 26 de enero de 2021)

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén. ORCID: 0000-0001-8830-6941

Palabras clave: libertad sindical, libertad de expresión, TEDH, garantía multinivel de los derechos humanos, derecho de crítica sindical.

1. ANTECEDENTES

La jurisdicción penal condenó que condenó a un sindicalista como autor de un delito de ultrajes a España (art. 543 CP). Los hechos se concretaron el día 30 de octubre de 2014. En la puerta del dique del arsenal militar de Ferrol, durante la ceremonia solemne de izado de la bandera nacional con interpretación del himno nacional y guardia militar en posición de arma presentada, el sindicalista, que participaba en una concentración de protesta por motivos laborales, valiéndose de un megáfono y, según refiere la sentencia, «con intención de menospreciarla», gritó: «aquí tedes o silencio da puta bandeira» y «hai que prenderlle lume a puta bandeira» («aquí tenéis el silencio de la puta bandera» y «hay que prenderle fuego a la puta bandera»). Ni en la instancia ni en la apelación penal se daría cobertura a tal hecho ni con fundamento en la

libertad sindical (art. 28 CE) ni en la libertad de expresión (art. 20 CE), pues ninguna de esas libertades comunicativas ampararía el derecho al insulto, desbordando el ánimo de crítica sindical sí presentes en otras muchas expresiones proferidas durante la protesta laboral y, por tanto, esas sí legítimas. La multa a la que fue condenado (1.260 euros en total) devino firme, fue abonada y se extinguió, por lo tanto, la responsabilidad penal. El sindicalista recurrió en amparo constitucional.

2. PRINCIPALES CUESTIONES JURÍDICAS

La cuestión jurídica principal de este asunto, de gran trascendencia, es más fácil de plantear que de resolver. Así lo evidencia la intensidad del debate jurídico interno para alcanzar una solución en el plano constitucional, de un lado, y la multiplicidad de niveles de tutela jurisdiccional que han intervenido en la respuesta jurídica, incluyendo el (más determinante) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), como se explicitará al final de este comentario. Al respecto, conviene evidenciar de inmediato que el recurso de amparo no puso el acento en la libertad sindical, sino en el derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE) y en la libertad de expresión (art. 20 CE). Aunque resalta que las expresiones de protesta se hicieron «en su calidad de representante sindical y con ocasión de una más de las ... que se venían sucediendo en el mismo lugar, para reclamar los derechos de los trabajadores del servicio de limpieza de las instalaciones militares», situará el fundamento de esa acción reivindicativa en «una manifestación ... inocua del derecho a la libertad de expresión», conforme a la doctrina del TEDH. Asimismo, pedirá para la acción de contestación sindical el mismo tratamiento legitimador que, según el TEDH, y en contra de la doctrina del TS, hay para la representación política cuando utiliza la quema de banderas como expresión de crítica pluralista.

El Ministerio Fiscal coincidirá con la posición del sindicalista recurrente en amparo (con cita de la doctrina del TEDH y tras cambiar de criterio respecto del sostenido en el proceso penal objeto del recurso de amparo). El TC asume que concurre el criterio de «especial trascendencia constitucional» (STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2). Se trataría de una cuestión hasta ahora no suscitada ante la jurisdicción constitucional, esto es, sobre el eventual conflicto que puede surgir entre la aplicación del delito de ultrajes a España (art. 543 CP) y el derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE], en conexión con el derecho a la libertad ideológica (art. 16.1 CE). Asimismo, nos parece igualmente interesante para la configuración actual de las relaciones sin-

dicales y el derecho a la crítica institucional que le es inherente *ex* artículo 7 CE en relación con el artículo 28 CE, aunque en el debate jurisdiccional previo al de amparo no se tenga en cuenta, la precisión que hace el supremo intérprete de las garantías constitucionales.

En efecto, recuerda que, pese al razonamiento del recurso en amparo, al igual que en el proceso judicial *a quo*, relativo al controvertido del delito de ultrajes a España (art. 543 CP) y a las opiniones doctrinales que postulan su supresión, lo que se discute en el recurso de amparo no es la legitimidad de la norma penal, sino su aplicación judicial al caso concreto, en cuanto se refiere a una conducta relacionada con el ejercicio de los derechos fundamentales invocados. No obstante, el TC no pierde oportunidad de recordarnos que ya ha declarado su legitimidad constitucional y que se trata de un instrumento de garantía del orden político constitucionalmente sancionado, en línea con una garantía de orden público que está establecida en todos los países de la UE incluso, se dice, con más pena.

3. EL CRITERIO DEL TC: EL DEBATE INTERNO ENTRE LA MAYORÍA Y LOS VOTOS PARTICULARES

El criterio mayoritario fue desestimatorio del recurso del dirigente de un sindicato nacionalista gallego y que actuaba como delegado sindical. Justifica el reproche penal frente a la conducta (quemar la bandera cuando se izaba en presencia del personal militar y tras el exabrupto de «puta bandera») por ser proporcionado (una mera multa y en cuantía asequible para el autor, que la pagó). Una vez hecho el repaso selectivo de su doctrina sobre las libertades de expresión e ideológica (FJ 3), en sí mismas y en su conexión, así como traída a colación la doctrina del TEDH, el criterio mayoritario ponderará con preferencia el contexto solemne militar en que se produce la conducta del sindicalista al contexto de conflicto laboral. Y ello en la medida en que, a su juicio, ni la expresión «puta bandera» ni «quemarla» son conductas necesarias para expresar con contundencia, incluso, una reivindicación laboral, por lo que el ánimo de injuriar los símbolos del Estado dominaría sobre el contexto de protesta para reivindicar un derecho o interés legítimo laboral. Otras expresiones proferidas por él y por otras personas trabajadoras del grupo de protesta quedaron fuera del enjuiciamiento penal, lo que evidenciaría, para el criterio mayoritario constitucional, que la conducta que se enjuicia desbordaba los límites del objetivo laboral. En suma, el medio crítico se desconectaría del fin reivindicativo laboral.

Lo profundamente discutible de este criterio se evidencia en el propio seno del TC, La sentencia es contestada fuertemente nada menos que con cuatro votos particulares. En tres (1, 2 y 4) de ellos, un elemento determinante de su discrepancia residiría en poner en valor el contexto de conflicto laboral en que se inserta la conducta y sus derechos de autotutela. De forma especialmente relevante y explícita lo formula el expresado por quien hoy es presidente del TC, trayendo a colación el precedente de la STC 89/2018, de 6 de septiembre.

Se recordará que en este caso (que da lugar a una larga serie de sentencias en el mismo sentido y asunto) el Pleno del TC calificó como inconstitucional el despido disciplinario de un representante sindical por los actos de protesta que interrumpieron el Pleno de una corporación municipal, que había subcontratado los servicios de vigilancia y seguridad con una empresa con la que sus trabajadores mantenían un conflicto laboral que había llevado a convocar una huelga. En aquel caso, el contexto sindical del conflicto sería la clave principal de enjuiciamiento, en la medida en que, cuando se trata de representantes de las personas trabajadoras, expresiones que en otro ámbito pudieran ser ilegítimas no tienen por qué serlo cuando su actuación se concreta en el ejercicio de las facultades que específicamente se asigna a estos cuando actúan en la defensa de los derechos de los trabajadores a quienes representan. En tales casos, la garantía de efectividad de los derechos de las personas trabajadoras en el interior de las organizaciones productivas: «conlleva necesariamente el reconocimiento de un mayor ámbito de libertad y protección en la actuación de los representantes de los trabajadores» [FJ 3 b)].

4. CONCLUSIÓN: ¿REFUERZA LA LIBERTAD SINDICAL LA GARANTÍA MULTINIVEL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN O VICEVERSA?

Son varios los motivos por los que considero que estamos ante una sentencia de cierta transcendencia sindical, más allá del asunto jurídico concreto (mal) resuelto por el TC en este ámbito de las relaciones de conflicto colectivo laboral y de los límites al ejercicio de las libertades comunicativas reconocidas como garantía para su efectividad del principio de autotutela. Y ello tanto por los excesos de lo que afirma, cuanto por los defectos de lo que silencia, el criterio mayoritario. El exceso de protección penal de las banderas como símbolo del orden político constitucional, por más que sea un delito menor en España,

en detrimento de la protección del orden sindical constitucional, carece de toda razonabilidad jurídica y político-social.

No por casualidad el TEDH vuelve a darle un fuerte revés al TC español, con coste para todo el Estado y la ciudadanía española, al desnudar la incorrecta ponderación de las razones jurídicas en juego, con el consiguiente injusto desequilibrio de su decisión a favor de los símbolos institucionales, en cuanto expresión de una suerte de pretendido interés general superior de la nación, por encima de las libertades de crítica ejercidas a través de la representación sindical. La STEDH de 8 de abril de junio de 2023 (*Fragoso Dacosta c. España*, demanda 27926/21) rechaza la afirmación del Gobierno y del TC españoles, según la cual de las declaraciones del delegado sindical no guardaban relación alguna con las protestas laborales cuya «bandera representativa» (permítasenos el juego de palabras) enarbolaría, aún con desprecio de la «bandera nacional». Ajeno por completo el TEDH, a diferencia de la jurisdicción penal y la jurisdicción constitucional españolas, a cualquier «juicio de intenciones», imposible de «adivinar» valora que sus expresiones podrían tener un fundamento razonable, si se enjuician no como ofensas, sino como «crítica ... contra el personal militar en su calidad de empleadores de los trabajadores de la compañía de limpieza» (cita precedentes como *Fuentes Bobo*, § 48, sobre declaraciones ofensivas contra empleadores; y *Genov y Sarbinska c. Bulgaria*, 52358/15, § 82, 30 de noviembre de 2021). Un razonamiento de conexión funcional entre el medio de protesta elegido y el fin perseguido que se reforzaría atendiendo a la condición sindical de quien fue autor de la conducta, tratándose, pues de una «cuestión de interés general laboral» (§ 31)

En este sentido, el TEDH reafirma que las personas delegadas sindicales deben poder expresar con más libertad a su empleador las reivindicaciones (*vid. Straume c. Letonia*, n. 59402/14, § 103, de 2 de junio de 2022). En este contexto sindical específico, el TEDH recuerda que, si bien cualquier individuo que participa en un debate público de interés general, no debe sobrepasar ciertos límites, sí gozaría de «cierto grado de exageración o incluso de provocación; es decir, se permite cierto grado de exceso». Se trata de una construcción análoga a la legitimación del derecho de huelga, en la medida en que es inconcebible un derecho de autotutela colectiva que no se actualice en algún tipo de daño a la contraparte (empleadora), siempre que sea razonable, acotado.

En suma, el TEDH también acepta un plus de daño, de exceso, en estos contextos de conflictividad sindical (o política), si no se va más allá de ciertos límites de «justo equilibrio». Una visión de garantía fuerte del derecho de crítica en el entorno laboral, que exige un plus de permisividad respecto de situaciones comunes, que ha sido reafirmada por la STEDH 20 de febrero de 2024 (asunto *Dede c.*

Turquía, demanda 48340/20). En ella se considera contrario a la libertad de expresión (art. 10 CEDH) el despido de un trabajador por enviar un duro email, a través de su correo de empresa al de servicio de personal de la empresa (banco), donde utilizó un lenguaje muy sarcástico, a veces incluso soez en extremo, criticando a un alto directivo por su método de gestión, pero no por ello, injurioso ni tampoco, por el reducido ámbito personal, creador de mal ambiente laboral.

En realidad, España y el TC se podrían haber ahorrado esta nueva desautorización y revés jurídico-moral, con consecuencias jurídico-prácticas (costará a toda la ciudadanía, además de los 1.260 euros abonados en concepto de multa, más cualquier impuesto exigible, en concepto de daños materiales, 6.000 euros, más cualquier impuesto exigible, en concepto de daños morales, sumándole el interés previsto, si no se cumple en tres meses desde su firmeza), de haber aplicado correctamente sus propios precedentes. En especial el que representó la STC 89/2018, 6 de septiembre. En ellos hace tiempo que el deber de buena fe exigible en el ejercicio de cualquier derecho (aunque siempre estuvo discutido que se pudiese exigir también en el ámbito de los derechos fundamentales) no puede confundirse con el viejo deber de lealtad (tampoco a las banderas, por más que sea el símbolo común de España –aunque se trata de un sindicato nacionalista, también debe atenderse–).

Con todo, echo de menos, en todos los niveles de garantía jurisdiccional que, junto al criterio material contextual laboral, se nominara la libertad sindical (art. 28 CE, art. 11 CEDH) como un fundamento de refuerzo de la legitimidad de la conducta del delegado del sindicato más representativo autonómico (o nacionalista) gallego. Ni la jurisdicción penal, ni la sentencia constitucional ni el TJUE la mencionan, a diferencia de lo acontecido, como se apuntó, en la crítica constitucional interna, de forma muy especial en el voto particular cuarto. A mi juicio, la importancia de esta sentencia está en el reforzamiento que supone, tras el revés del TEDH, del ejercicio efectivo de la libertad sindical, colectiva e individual, en su expresión de derecho de crítica, incluso ácida, a través de la libertad de expresión. O, quizás, lo que subyace es el reforzamiento de este derecho cívico humano por el derecho colectivo laboral, aunque se haya invisibilizado.

Vaya este análisis en justo homenaje al maestro y amigo Juan García Blasco en el momento de su jubilación (aunque estoy convencido de que practicará la jubilación activa), a quien no querría regatear visibilidad alguna de mi permanente admiración.

7. LA LIBERTAD SINDICAL COMO GARANTÍA PARA LA ACCIÓN JUDICIAL

Comentario a la STC 89/2020, de 20 de julio (BOE de 15 de agosto de 2020)

GREGORIO HERVÁS CASTRO

Abogado CCOO. Profesor asociado Derecho del Trabajo
y Seguridad Social. Universidad de Zaragoza

Palabras clave: libertad sindical, tutela judicial efectiva.

1. ANTECEDENTES

El asunto se desarrolla a partir del recurso presentado por una organización sindical contra un acuerdo de mesa sectorial de administración pública sobre criterios de nombramiento de personal interino y contra la correspondiente resolución que mediante instrucción desarrolla los mismos. El citado recurso se fundamenta en entender que los criterios acordados por la administración al establecer como requisito estar en activo cubriendo una vacante al momento de la convocatoria, dejan fuera a diferentes colectivos de personas trabajadoras que, pudiendo tener más méritos y capacidad, se les impide ser nombradas (como el personal temporal de sustitución o aquel personal que estando en bolsas de empleo no prestara servicios en ese momento). El juzgado contencioso administrativo inicialmente estima el recurso y declara la nulidad del acuerdo y de la resolución por vulneración de los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Recurrida por falta de emplazamiento a los posibles afectados, se anula la sentencia y se retrotraen las actuaciones para que se practiquen los mismos. Celebrada nueva vista, el mismo juzgado acordó la inadmisión del recurso por entender que el sindicato no contaba con legitimación activa para impugnar los citados actos administrativos al no concurrir un derecho colectivo. Entiende el juez que al ser un conflicto de intereses entre diferentes colectivos de personas trabajadoras, únicamente estarían legitimados individualmente aquellos funcionarios interesados, no quedando afectadas las condiciones laborales del conjunto de empleados públicos. Recurrida en apelación la sentencia, se invoca por el sindicato la vulneración del artículo 24 de la Constitución sobre la tutela judicial efectiva en relación con la tutela de la libertad sindical del 28.1 del texto constitucional. Ante el nuevo recurso, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia lo estima parcialmente entendiendo que la falta de legitimación *ad causam* apreciada debía determinar no la «inadmisión» del recurso sino la «desestimación» del mismo, en cuanto que la pretensión del sindicato recurrente es la defensa de intereses particulares de una parte de los empleados públicos afectados por la aplicación de los criterios aprobados y no la defensa de un interés colectivo general.

Preparado recurso de casación ante la Sala del Tribunal Supremo, fue inadmitido por falta de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, siendo recurrida la providencia de inadmisión en amparo por posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con la dimensión sindical de la parte recurrente. La Sala del Tribunal Constitucional sí acordó la admisión a trámite del recurso de amparo por afectar a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina constitucional y dado que trasciende al caso concreto al plantear una cuestión jurídica de repercusión general relevante.

2. CUESTIÓN PLANTEADA

La cuestión planteada gira por tanto en torno a la legitimación activa *ad causam* invocada en amparo por el sindicato recurrente, ante la que se presentan alegaciones en un sentido tanto por el abogado del Estado y el letrado de la comunidad autónoma personados, como en otro por el Ministerio Fiscal.

Así, el sindicato recurrente centra la cuestión planteada en la legitimación de las organizaciones sindicales para acceder al proceso cuando existen intereses económicos o profesionales, al estar los mismos ligados a su acción sindical, y, por tanto, al derecho fundamental de la libertad sindical. En este

sentido, se pone en valor la función genérica de representación y defensa de los intereses de las personas trabajadoras que los sindicatos desempeñan y que descansa en la propia naturaleza sindical del grupo, que les legitima para accionar en cualquier proceso donde estén en juego intereses colectivos en los que exista una vinculación entre la organización sindical que acciona y la pretensión del interés profesional o económico ejercitada.

Por otro lado, la dirección letrada de la Comunidad centra la cuestión en que solo quienes tengan un interés directo en el pleito están facultados para accionar. Por ello, desde su criterio, la legitimación *ad causam* la ostentan únicamente los funcionarios afectados, y no consta que éstos hayan impugnado las resoluciones recurridas. Fundamenta sus alegaciones en que este tipo de interés directo es el que debe primar en la jurisdicción contencioso-administrativa, y que este interés lo tienen los sindicatos cuando se corresponde con el derecho propio del sindicato en sí mismo (su derecho a la negociación colectiva, por ejemplo) o a un interés colectivo común. Sin embargo, en este caso no acece este interés colectivo en cuanto la defensa del sindicato no es el interés profesional de todas las personas afectadas, sino la de una parte de ellas, resaltando la ausencia de vínculo afiliativo alguno. En esta línea argumentativa incide el abogado del Estado, negando la legitimación institucional del sindicato al no abarcar todos los intereses de todas las personas empleadas en su ámbito de actuación, ni siquiera los intereses de todos sus afiliados, sino que actúa en el beneficio de unos contra otros lo que impide la legitimación causal. Entienden así que la legitimación *ad causam* del sindicato solo cabría cuando se actúa en beneficio de todo el colectivo representado, habiendo sido respetada la legitimación *ad procesum*, al permitirle al sindicato haber efectuado sus alegaciones lo que cubriría los estándares mínimos del artículo 24 de la Constitución.

Sin embargo, en sentido contrario, para el Ministerio Fiscal en el caso enjuiciado la actuación del sindicato queda enmarcada dentro de la defensa de los intereses de las personas trabajadoras que le es propia, por lo que una interpretación rígida y formalista del requisito de legitimación definido en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa sería contraria al artículo 24 de la Constitución y, por tanto, al 28 de la misma. Entendiendo que el acuerdo y la resolución recurridas conforman un régimen de acceso restringido al empleo público temporal –en las condiciones del empleo, su acceso y cese–, con posible afectación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, entraría dentro de la función genérica de los sindicatos. Existe así, según el Ministerio Fiscal, una relación de vinculación directa del sindicato con el objeto, por lo que su acción sindical se verá reforzada ante las

personas afectadas en relación con los derechos laborales en litigio (más allá de que las interesadas reclamen individualmente, sean o no afiliadas), lo que le legitima de forma activa para la defensa de intereses que le son propios.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

Centrada la cuestión sobre si la falta de legitimación *ad causam* del sindicato recurrente en la jurisdicción contencioso-administrativa vulnera los derechos fundamentales invocados, el Tribunal previamente recuerda que ante una cuestión de legalidad ordinaria como es la legitimación activa, en los supuestos en que pueda quedar afectada la tutela judicial efectiva la doctrina constitucional opta por el principio *pro actione* «exigiendo que los órganos judiciales, al interpretar los requisitos procesales legalmente previstos, tengan presente la ratio de la norma, con el fin de evitar que los meros formalismos o entendimientos no razonables de la misma impidan un enjuiciamiento de fondo del asunto, vulnerando las exigencias del principio de proporcionalidad». Por ello, para el Tribunal Constitucional las normas procesales deben ser interpretadas en un sentido no restrictivo, con interdicción de aquellas decisiones rigoristas, excesivamente formales, o desproporcionadas ante los fines del proceso, que cierran el proceso impidiendo el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva.

Partiendo de este preámbulo general, viene a señalar el alto Tribunal los criterios sobre la legitimación activa sindical en el orden contencioso-administrativo, resaltando tres puntos de su doctrina consolidada que extracta de diferentes sentencias dictadas.

El primero, de conformidad con los artículos 7 y 28 de la Constitución, es el del «reconocimiento abstracto o general de la legitimación de los sindicatos para impugnar ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo decisiones que afecten a los trabajadores, funcionarios públicos y personal estatutario». Esta función genérica de representación expresamente reconocida constitucionalmente, no se basa en el esquema privado del apoderamiento y la representación a través del vínculo de la afiliación, sino en la naturaleza sindical propia del grupo. Se reconoce así que la función constitucional del sindicato de defensa de los intereses de los trabajadores legitima al sindicato para accionar en defensa de los intereses colectivos, pues aun perteneciendo individualmente a cada uno, son de ejercicio colectivo en virtud de la función reconocida constitucionalmente a los sindicatos.

El segundo punto de esta doctrina jurisprudencial hace referencia a que la legitimación general antedicha debe estar conectada con la pretensión que se ejercita, y que se ponderará en cada caso. Es decir, se debe cumplir el requisito de ostentar interés legítimo en la actuación (*ad causam*) para obtener un beneficio, en sentido propio, que no siendo necesariamente patrimonial, se plasma en un interés profesional o económico.

La tercera cuestión que apunta sobre la legitimación activa de los sindicatos es el canon reforzado de constitucionalidad que deriva de que al derecho a la tutela judicial efectiva se le una el derecho fundamental a la libertad sindical, lo que cualifica aún más si cabe las decisiones judiciales que se adopten en tanto que de la posible vulneración de la tutela judicial efectiva de las mismas se deriva un efecto sobre el derecho fundamental sustantivo que sostuviera la acción (aun cuando la estimación fuera hipotética).

Trasladada esta doctrina al caso concreto para enjuiciar si la falta de reconocimiento de legitimación *ad causam* –para recurrir el acuerdo y la resolución– ha vulnerado el artículo 24 en relación al 28.1 de la Constitución, en primer lugar concluye que existe interés legítimo del sindicato, por un lado, por la conexión entre el objeto del proceso con la finalidad de los sindicatos en la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de los trabajadores (art. 7 de la Constitución), es decir, el interés profesional o económico aludido, y por otro, si cabe más cualificado, que se materializa «en un interés específico en razón del derecho de la organización sindical, precisamente en el ejercicio de tal representación, a defender sus propios criterios y orientaciones en la defensa de los intereses concernidos en el procedimiento de selección». Critica así las sentencias recurridas que por basarse las mismas en la existencia de intereses contrapuestos entre trabajadores, ignorando lo que es «obvio en cualquier dinámica laboral» donde «pueden aparecer distintas sensibilidades, derechos en conflicto o intereses contrapuestos o no siempre iguales y absolutamente coincidentes entre los propios destinatarios de la representación sindical», no reconocen la legitimación *ad causam* del sindicato recurrente y le impiden la acción sindical. Así, es rotunda la sentencia analizada con las sentencias recurridas afirmando que «parten de un entendimiento del concepto de interés profesional o económico incompatible con las exigencias derivadas del artículo 24.1 CE, en relación con el artículo 28.1 CE, pues margina la dimensión del sindicato como institución representativa que constitucionalmente tiene reconocida su función de defensa de determinados intereses».

El Tribunal Constitucional reconoce por tanto que en caso de prosperar el recurso contencioso-administrativo tramitado y extender las garantías de acceso a todas las personas del Servicio, incluidos los afiliados del sindicato recu-

rente, ello legitimaría la estrategia decidida para su acción sindical dentro de la función de defensa de los intereses propios de la dimensión de sindicato. Así, si se priva al sindicato de ese medio de acción sindical, impidiéndole de legitimidad activa, se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva en relación con la acción sindical mediante una interpretación rigurosa de los requisitos procesales no compartida por la doctrina constitucional.

4. CONCLUSIONES

El Tribunal Constitucional a través de esta sentencia, donde se extractan diferentes sentencias dictadas sobre la materia, viene a hacer una cerrada defensa de la pluralidad sindical que permita a cada organización sindical marcar su estrategia para la acción sindical, impidiendo que la acción sindical judicial pueda quedar obstruida o eliminada cuando aparece la dimensión sindical de defensa de los intereses de las personas trabajadoras como función propia de los sindicatos. Esta legitimación activa de los sindicatos basada en la función genérica de representación expresamente reconocida constitucionalmente es válida para cualquier tipo de proceso, incluido el proceso contencioso-administrativo que se analiza, donde la doctrina constitucional huye del esquema privado de la representación a través del vínculo de la afiliación, para resaltar la naturaleza sindical propia del grupo. Será esta naturaleza la que legitime a los sindicatos en la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de las personas trabajadoras con carácter general –mediante conexión con el objeto–, garantizando su derecho al ejercicio de la acción sindical conforme a sus propios criterios y orientaciones, sin uniformidad. La doctrina jurisprudencial invocada reconoce por tanto la existencia de un interés específico en la organización sindical recurrente, propio de la dimensión del sindicato como institución representativa, que las resoluciones judiciales recurridas no pueden ignorar suprimiéndole la acción judicial para la defensa de sus intereses. Queda así nuevamente reforzado el canon de constitucionalidad del derecho a la tutela judicial efectiva cuando entra en juego un derecho fundamental material como la libertad sindical.

**8. LA PROTECCIÓN FRENTE A INJERENCIAS EMPRESARIALES
DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, EN CUANTO QUE
MANIFESTACIÓN DEL EJERCICIO DE LA LIBERTAD SINDICAL
Comentario a la STC 126/2018, de 26 de noviembre (BOE de 24
de diciembre de 2018)**

JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN
Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de A Coruña
ORCID: 0000-0002-3228-4242

Palabras clave: Amparo constitucional, Despido nulo, Libertad de expresión, Libertad sindical, Trabajador sindicalizado.

1. ANTECEDENTES

Un trabajador (miembro del comité de empresa y afiliado al sindicato Intersindical Canaria) fue disciplinariamente despedido por su empresa (contratista de vigilancia y seguridad del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria), alegando –en sustancia– transgresión de la buena fe contractual. Su despido se declaró nulo por un Juzgado de lo Social de instancia, al considerar que la irrupción de dicho trabajador en un pleno del Ayuntamiento, en conjunción con otros sindicalistas, portando una careta («del conocido personaje “el pequeño Nicolás”») y vistiendo una camiseta con lema («donde hay corrupto hay corruptor. Tanto o más importante que el nombre del político corrupto, es conocer el de la empresa de seguridad corruptora»), así como su participación en una rueda de prensa posterior crítica con la empresa contratista (en la que

el trabajador despedido permaneció callado), constituían una injerencia empresarial ilegítima en la libertad sindical del despedido, en su vertiente de actividad relativa al ejercicio de la libertad de expresión, teniendo a la vista que los hechos ocurrieron en un contexto de marcada conflictividad laboral. Esta sentencia de instancia fue recurrida en suplicación por la empresa, con el resultado de que la Sala de lo Social de Las Palmas, del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, estimó las pretensiones del recurrente, declarando que el despido disciplinario enjuiciado debía ser declarado procedente. Tras intentar infructuosamente recurrir en casación para la unificación de doctrina, el trabajador despedido planteó recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, cuya estimación fue favorablemente informada por el Ministerio Fiscal, teniendo en cuenta que el Pleno del propio Tribunal Constitucional ya había enjuiciado poco antes un supuesto de hecho prácticamente idéntico, amparando las pretensiones de un compañero del ahora recurrente en amparo (en Sentencia número 89/2018, de 6 septiembre).

2. CUESTIONES PLANTEADAS

En lo esencial, fueron dos. Desde un punto de vista formal, si se trataba o no de un recurso de amparo que plantease un problema de especial trascendencia constitucional. Y desde un punto de vista sustantivo, si el despido disciplinario decretado por el empresario violaba o no los derechos constitucionales fundamentales del trabajador despedido a su libertad sindical y al ejercicio de su libertad de expresión, a que se refieren los artículos 28.1 y 20.1.a) de la Constitución, respectivamente.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

Respecto de la primera de las cuestiones planteadas, la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo resultaba incuestionable, al referirse a un «asunto sobre el que no había doctrina de este Tribunal», habiendo ya confirmado este extremo una Sentencia del Pleno del propio Tribunal Constitucional, poco anterior, en la que se enjuiciaba un supuesto de hecho prácticamente idéntico. Respecto de la segunda cuestión suscitada, resultaba asimismo evidente que el despido atacado debía ser declarado nulo (frente a lo sostenido por la sentencia de suplicación recurrida), pues –sobre la base de que los representantes sindicales de los trabajadores poseen, en el ejercicio de su actividad

sindical, una libertad de expresión reforzada y ampliada— había que tener en cuenta, de un lado, que cuando «la reivindicación laboral se ejerce frente a personas que realizan funciones públicas [como ocurría, en el caso enjuiciado, con la corporación municipal contratante del empresario demandado] o resultan implicadas en asunto de relevancia pública, puede adelantarse que, en estos casos, el ejercicio del derecho alcanza el nivel máximo de protección, frente a restricciones que en otros ámbitos serían admisibles constitucionalmente»; y de otro lado, que «las expresiones utilizadas en la protesta, aunque desabridas o hirientes, no pueden ser consideradas gravemente ofensivas ni vejatorias, innecesarias, gratuitas o desconectadas del conflicto laboral subyacente».

En mi opinión, llama la atención que al citado nivel de protección máxima de la libertad sindical y la libertad de expresión, a activarse en el caso enjuiciado, el Tribunal Constitucional lo denomine «faceta» de la libertad sindical (literalmente, «apreciamos que la demanda plantea un problema o *afecta a una faceta* de los derechos fundamentales sobre el que no había doctrina de este Tribunal, por cuanto concurren en la queja el ejercicio de la libertades de expresión y sindical, en el seno de una relación laboral, y la crítica pública a la actuación de una corporación representativa como es el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria»). Yo hubiese rehuido la utilización de dicha concreta palabra en conexión con el ejercicio de la libertad sindical, que era lo sucedido en el caso de autos. Doctrinalmente hablando, es claro no sólo que la libertad sindical es una libertad poliédrica, sino también que las «facetas» conformadoras del poliedro en cuestión son sólo tres pares o binomios de ellas, indiscutibles desde hace largo tiempo (esto es, las facetas «individual y colectiva», las facetas «positiva y negativa», así como las facetas «externa e interna», todas de la libertad sindical [Martínez Girón y Arufe Varela, 2016, 195-196]).

Por lo demás, resulta evidente que esta sentencia (en línea con las precedentes del propio Tribunal Constitucional, que expresamente reitera) obedece a unos parámetros de enjuiciamiento del ejercicio de la libertad de expresión (dentro o fuera de la empresa, y en conexión o no con la existencia de una relación laboral) típicos de la jurisprudencia continental europea (incluida la del Tribunal de Estrasburgo), pero que nada tienen que ver con la amplitud con que el ejercicio de ese mismo derecho fundamental se concibe —en el terreno tan cómodo de la llamada «jurisprudencia de intereses» (Martínez Girón, 2021, 19)— por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Según esta última, la letra de la Primera Enmienda (1789) de la Constitución federal de 1787 (sobre la «*freedom of speech*») no fue concebida para proteger «aquellos puntos de vista «seguros» u ortodoxos, que raramente necesitan su protección» (Arufe Varela y Martínez Girón, 2023, 106), aunque su ejercicio

se manifieste quemando la bandera nacional, pues –aun admitiendo que «la falta de respeto a nuestra bandera hay que deplorarla»– los jueces de dicha Corte se muestran «incapaces de sostener una condena que puede haberse basado en una forma de expresión, aunque desagradable, que la Constitución tolera y protege» (Arufe Varela y Martínez Girón, 2023, 123). Sólo existe allí el límite, fijado por la Corte en 1969, relativo a que la exteriorización de dicha libertad tan ampliamente concebida (sin duda, por tratarse de uno de los fundamentos basilares de la democracia) implique incitar a los destinatarios de la expresión manifestada a cometer un acto antijurídico inminente («*inminent lawless action*» [Arufe Varela y Martínez Girón, 2023, 136]).

4. CONCLUSIONES

No cabe oponer mayores reparos doctrinales ni a la doctrina ni al fallo de esta sentencia. Su tesis de que la protección especial y reforzada de que gozan los representantes sindicales al exteriorizar su libertad de expresión frente al empresario, con ocasión del ejercicio de su libertad sindical, se reforzaría aún más si lo expresado tiene como destinatarios los poderes públicos (jurídicamente vinculados a dicho empresario, en cuanto que contratantes suyos), es *stare decisis*. Ya lo había declarado así el Pleno del Tribunal Constitucional poco tiempo antes, habiéndolo reiterado dos sentencias más de Sala inmediatamente precedentes a la aquí comentada (esto es, Sentencias número 108/2018 y número 109/2018, ambas de 15 octubre 2018), y con las cuales esta última conforma una trilogía de casos constitucionales clónicos.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ARUFE VARELA, A. y MARTÍNEZ GIRÓN, J., *Los libros norteamericanos sobre los Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Por la senda de los Estados Unidos en sus libros*, Barcelona, Atelier, 2023.
- MARTÍNEZ GIRÓN, J., «Reestructuraciones empresariales», en el volumen *XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ponencias. A Coruña, 27 y 28 de mayo de 2021*, Madrid, Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones-Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021.
- MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., *Derecho crítico del Trabajo. Critical Labor Law*, 4.^a ed., Barcelona, Atelier, 2016.

**9. CONTENIDO ADICIONAL DE LA LIBERTAD SINDICAL:
LA PRIORIDAD DE PERMANENCIA EN LA EMPRESA
COMO GARANTÍA MEJORADA POR CONVENIO**

**Comentario a la STC 123/2018, de 12 de noviembre
(BOE de 14 diciembre de 2018)**

JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Valladolid. ORCID: 0000-0002-5231-7566

Palabras clave: Libertad sindical, prioridad de permanencia, negociación colectiva.

1. ANTECEDENTES

La sentencia resuelve el recurso de amparo planteado por quien, trabajando como auxiliar administrativo del ente público de radiotelevisión de la Comunidad Autónoma de Madrid, recibió la notificación de la extinción de su contrato en atención a las razones económicas invocadas en el marco del despido colectivo tramitado por su empleadora. Con anterioridad había ostentado la condición de delegado sindical en la corporación hasta el día 11 de noviembre de 2011, e invocaba que el día 12 de enero de 2013, fecha en la que surtió efectos su despido, no se había agotado la garantía que en su favor contemplaba el convenio colectivo de aplicación, bajo cuyo literal los «miembros del comité de empresa y delegados de personal tendrán, además de las garantías recogidas en el presente convenio, las establecidas en los apartados a), b) y c)

del artículo 68 del Estatuto de los Trabajadores desde el momento de su proclamación como candidatos hasta tres años después del cese en su cargo».

Tras oportuna subsanación de la demanda en instancia (para aclarar que al inicio del período de consultas del procedimiento de despido colectivo ya no era delegado sindical, pero que no por ello perdía fuerza su pretensión al calor de lo previsto en el fruto de la negociación colectiva), el Juzgado de lo Social califica como nulo el despido por vulneración de la libertad sindical, al no respetar la prioridad de permanencia de los representantes que recoge en el artículo 68 b) ET, bajo los términos concretos en los cuales la desarrolla el convenio. Resolución judicial de instancia revocada en suplicación, al entender el Tribunal Superior de Justicia que la ampliación a tres años prevista en convenio colectivo debía ceñirse al supuesto previsto en la letra c) del artículo 68, esto es, a la garantía a no ser despedido ni sancionado por actos realizados en el ejercicio de la función representativa; única respecto de la cual la norma contempla su extensión al año posterior y, por tanto, a la que en exclusiva cabe aplicar el beneficio alcanzado en la negociación colectiva.

Inadmitido a trámite el recurso de casación para unificación de doctrina por falta de la necesaria contradicción, el trabajador formula recurso de amparo, que el Tribunal Constitucional admitió a trámite al compartir el criterio del recurrente y apreciar la concurrencia de la especial trascendencia constitucional demandada en el artículo 50.1 b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para este trámite, no en vano suscitaba un problema o afectaba a una faceta de la libertad sindical tutelada en el artículo 28.1 CE sobre cuyo sentido no mediaba doctrina previa.

2. CUESTIÓN PLANTEADA

El recurrente en amparo plantea que con el reconocimiento de las garantías recogidas por el legislador en el artículo 68 ET no se pretende conceder un privilegio, sino tutelar la independencia en la actividad sindical de los representantes de los trabajadores. Desde esta perspectiva, considera que ignorar la prioridad de permanencia, también en su extensión convencional, supone desconocer la finalidad a la que obedece su existencia, situada en la protección del trabajador frente a las decisiones de despido cuando ha desarrollado una actividad sindical que pudiera ser contraria a los intereses empresariales.

Manifestación legalmente objetivada de una garantía más amplia, cual es la relativa a la indemnidad sindical frente al despido, la justificación a su ampliación por convenio a los momentos en los cuales el trabajador ha cesado en

sus funciones de delegado sindical (o ha sido proclamado candidato, pues también en ese sentido opera la cláusula) bien pudiera radicar –como invoca la parte– en el papel significativo que mantuviera en el sindicato o a su condición especialmente activa en el contexto de una crisis empresarial. Datos a los cuales el Ministerio Fiscal une el derivado de que la sentencia llamada a resolver el recurso de suplicación «prescindió lisa y llanamente de la garantía reconocida en (...) el convenio colectivo de aplicación (...), como si la ampliación de esas garantías establecidas en el convenio colectivo no existiese, en una interpretación no ya restrictiva de las mismas, sino desconocedora de su existencia», al negarles cualquier virtualidad sin ninguna justificación.

El objetivo del proceso de amparo radicaba, por tanto, en determinar si se había vulnerado el derecho a la libertad sindical del trabajador cuando la sentencia impugnada desconoció la aplicación de la garantía de prioridad de permanencia en la empresa reconocida a los representantes de los trabajadores para el supuesto de los despidos por razones económicas, técnicas, organizativas y de producción, y cuyo alcance temporal se extiende por el convenio colectivo aplicable hasta tres años después del cese en el cargo representativo.

Un supuesto, así formulado, susceptible de ser diferenciado de aquel otro en el cual cuanto se discutía era la prioridad de permanencia de los representantes reconocida por la empresa, pero en términos limitados, al plantearse como una opción sobre la cual se tenía que pronunciar el trabajador de manera expresa, advirtiendo sobre si la iba a ejercitar o no; en el entendimiento de que, si guardaba silencio, sería mantenido entre los trabajadores seleccionados para el despido, mientras que si optaba por ejercitar el derecho sería sustituido. En aquel pronunciamiento (STC 191/1996, de 26 de noviembre), el Tribunal consideró que mediaba una interpretación restrictiva del derecho fundamental, al no ser aceptable colocar a los titulares ante la tesitura de esa opción-límite como la expuesta. El perfil del ahora analizado es netamente diferente, pues cuanto se discute es la existencia misma del derecho cuando el representante no está en activo, pero invoca la extensión de la garantía por tres años, merced a las previsiones contenidas en el convenio a estos efectos; cuestiona, en definitiva –y también–, la propia aplicación y eficacia de la previsión alcanzada en la negociación colectiva que ha mejorado el contenido legal en el aspecto aquí tratado.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

Aun cuando el contenido de la sentencia no lo menciona de manera expresa, el punto de partida o de inspiración de todo el pronunciamiento –baste

comprobar el tenor de algunas sentencias que menciona— se asienta sobre la perspectiva institucional del sindicato, en cuya virtud, «aun cuando del tenor del literal del artículo 28.1 CE pudiera deducirse la restricción del contenido de la libertad sindical a una vertiente exclusivamente organizativa o asociativa, la enumeración efectuada en [este] precepto constitucional no se realiza con el carácter de *numerus clausus*, sino que en el contenido de dicho precepto se integra también una vertiente funcional, es decir, el derecho a 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 de ellos es de esperar de acuerdo con el carácter democrático del Estado y con las coordenadas de esta institución» (SSTC 70/1982, de 29 de noviembre; 39/1986, de 3 de marzo; o, recordando un extenso elenco intermedio, 64/2016, de 11 de abril).

La declaración prepara para, una vez afirmada la vertiente funcional (y dimensión colectiva) del derecho sobre el cual se asienta la posición institucional del sindicato, ir decantando su contenido. Diferenciar así, por una parte, «el núcleo mínimo, indispensable e indisponible de la libertad sindical», integrado por la vertiente organizativa de la libertad sindical, los derechos de actividad y medios de acción de los sindicatos (negociación colectiva, promoción de conflictos y huelga); por otra, y en un discurso literal construido de manera aluvional (Barreiro González, G. y Fernández Domínguez, J. J., 2017, p. 76), «los derechos o facultades adicionales, atribuidos por normas legales o convenios colectivos que se añaden a aquel núcleo mínimo e indisponible de libertad sindical. De modo tal que el derecho fundamental se integra, no solo por su contenido esencial, sino por ese contenido adicional y promocional, con la consecuencia de que los actos contrarios a este último son también susceptibles de infringir el art. 28.1 CE» (versión final, tantas veces repetida, que aparece por primera vez en STC 9/1988, de 25 de enero).

Este contenido complementario está conformado por un haz de derechos y facultades que, en tanto sobrepasan el contenido esencial y son de creación «infraconstitucional», «deben ser ejercitados en el marco de su regulación, pudiendo ser alterados o suprimidos por la norma que los establece, no estando su configuración sometida a más límite que el de no vulnerar el contenido esencial del derecho a la libertad sindical» (SSTC 201/1991, de 8 de noviembre; 132/2000, de 16 de mayo; 44/2004, de 2 de marzo; 281/2005, de 7 de noviembre o 64/2016, de 11 de abril). Y es en el seno de este contenido adicional donde procede analizar «la facultad de que un delegado sindical pueda desarrollar las funciones y gozar de las garantías legalmente reconocidas» (SSTC 173/1992, de 29 de octubre y 229/2002, de 9 de diciembre), pues apa-

recen destinadas a tutelar su actividad sindical en los términos cuya determinación corresponde al legislador y/o, en su caso, a la negociación colectiva.

Tal el marco para el análisis de la cuestión planteada, pues una de las garantías del representante queda referida a la prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo en el supuesto de despido por razones empresariales, como limitación al poder empresarial de dirección y organización en lo relativo a la selección de trabajadores que pueden resultar afectados por la decisión extintiva (Ortega Lozano, P.G., 2024, p. 174). Retomando el antecedente donde examinaba esta concreta facultad, el Tribunal Constitucional recuerda que su finalidad última radica en que, en la medida de lo posible, el despido no afecte a los representantes, a fin de que puedan continuar con sus funciones; evitando, al tiempo, que el empresario pueda utilizar la vía extintiva para desprenderse de empleados singularmente reivindicativos o molestos. Refutando la tesis de la corporación pública, considera que en modo alguno otorga ningún tipo de «privilegio», habida cuenta de que el interés de índole subjetivo protegible se complementa en estos casos con la «utilidad de naturaleza objetiva dada por la representación de los trabajadores en el sistema constitucional de relaciones laborales» (STC 191/1996, de 26 de noviembre).

A la hora de aquilatar el contenido de la garantía, una cuestión que frecuentemente se venía presentando ante los órganos judiciales era la relativa a la de su extensión temporal (Tormos Pérez, 2020, pp. 145-146). En este sentido, el balance mostraba que, si bien había sido reconocida en algún supuesto puntual en favor de los candidatos no electos [STSJ Galicia de 21 de julio de 1995 (Rec. 2568/1995)], la tónica venía dada por negar tal extensión a un momento anterior al comienzo del mandato [SSTSJ Andalucía/Sevilla de 17 de marzo de 2000 (Rec. 4247/1999), Cataluña de 23 de septiembre de 2010 (Rec. 3367/2020); Andalucía/Granada de 4 de mayo de 2011 (Rec. 631/2011) o Islas Canarias/Las Palmas de 18 de diciembre de 2014 (Rec. 416/2014)], pues «la preferencia para ser adscrito a otros servicios y mantenerse en el puesto –con trato peyorativo a otro trabajador– salvo mandato expreso de la ley, solo existe en los despidos colectivos u objetivos y para los representantes, no para los meros afiliados o candidatos» [STSJ Galicia de 28 de febrero de 2012 (Rec. 2183/2012). E igual ocurría con su mantenimiento una vez acaecido el cese de los representantes, bajo el argumento de las diferencias («evidentes») entre las garantías reconocidas en las letras b) y c) del artículo 68 ET, al señalar que «la primera da prioridad de permanencia, mientras la segunda extiende sus efectos a las decisiones empresariales tomadas, incluso durante el año posterior a su cese en las funciones representativas» [STS de 16 de septiembre de 2013 (Rec. 1636)].

El planteamiento siempre lo fue a la vista de lo establecido en la ley, sin analizar su posible mejora por convenio (Tormos Pérez, 2022, pp. 401-402). Doble en el caso analizado, pues no comprende solo la extensión de la vigencia de las garantías previstas en las letras a) y b) del artículo 68 al momento posterior al cese en el cargo representativo, sino que también hace lo propio con su alcance temporal, adelantándolo a la proclamación como candidato y elevándolo a los tres años posteriores a la finalización del mandato.

El error que imputa el Tribunal Constitucional al pronunciamiento sometido a su consideración radica en haber defendido una relación de exclusión entre ley y convenio cuando, en realidad, se trata de una relación de complementariedad. Al prescindir por completo de lo establecido a través de la negociación colectiva, ignorando su papel de instrumento esencial para la ordenación de las relaciones de trabajo incurre en una interpretación restrictiva del contenido del derecho a la libertad sindical y priva al trabajador de la garantía convencional reconocida a los representantes para, desde su compleja posición jurídica, ejercer de manera más eficaz sus funciones.

4. CONCLUSIÓN

La relación entre ley y convenio en cuanto hace a la extensión temporal de las garantías previstas en las letras a), b) y c) del artículo 68 ET es de complementariedad, pudiendo, a través de la negociación colectiva, mejorar la posición de los representantes de los trabajadores con una ampliación que, por ejemplo, asegure la prioridad de permanencia en la empresa o en el centro más allá del cese en su mandato representativo.

5. BIBLIOGRAFÍA

- BARREIRO GONZÁLEZ, G. y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: «El sindicato y su función constitucional», en VV.AA. (W. Sanguinetti Raymond y E. Cabero Morán, coords.): *Sindicalismo y democracia*, Granada, Comares, 2017, pp. 69-85.
- ORTEGA LOZANO, P. G.: *El despido colectivo*, Las Rozas, Aranzadi, 2024, pp. 171-176.
- TORMOS PÉREZ, J. A.: *Los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 394-403.
- «La garantía de prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores en el despido colectivo», *Labos*, Vol. 1, núm. 3, 2020, pp. 121-150.

10. PONDERANDO LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: LA INMUNIDAD DE SU EJERCICIO POR LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES FRENTE A PERSONAS QUE EJERCEN FUNCIONES PÚBLICAS

Comentario a la STC 89/2018, de 6 de septiembre (BOE de 12 de octubre de 2018)

JESÚS R. MERCADER UGUINA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid. ORCID: 0000-0001-6301-6788

Palabras clave: Derechos fundamentales, libertad de expresión, expresiones sobre cargos públicos, libertad sindical, representación de los trabajadores.

1. FACTORES DE PONDERACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: EL EJERCICIO DEL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL

Hace unos años leí en la prensa una noticia que no dejó de sorprenderme. Según la misma, se había producido una decisión del gobernador de Brasilia, según la cual quedaba prohibido el uso del gerundio y ello, se justificaba, porque «quien usa el gerundio quiere confundir». Pese al riesgo que supone su uso y a la posible tacha de que con su empleo busque desorientar a mis posibles lectores, no he podido resistirme a la tentación de recurrir a él en el título. Y ello porque digan lo que digan los legisladores, el gerundio es una forma verbal que consigue crear un efecto de continuidad; tiene un carácter durativo; extiende la acción y, sobre todo, no la concreta en un momento determinado,

efectos todos ellos que son predicables de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la concreta materia que sirve de base a este breve comentario en homenaje a un querido amigo y persona de la que tanto he aprendido a lo largo de los años: Juan García Blasco.

Y es que, la libertad de expresión del trabajador [art. 20.1 a) Constitución Española (CE)], tanto en el seno de la empresa como hacia el exterior de la misma, constituye típicamente un aspecto de la relación de trabajo integrado por un agregado de intereses: el del trabajador de expresar sus ideas o manifestar sus quejas sin sufrir por ello penalización alguna y el de la empresa, en controlar las manifestaciones de opinión de sus empleados que pudieran afectar de forma radical a su imagen y reputación pública. Cuando ejercicio del derecho a la libertad de expresión se realiza por representantes de los trabajadores éste se ve reforzado por el de libertad sindical (art. 28.1 CE). Y ello, por cuanto, en estos casos, la afectación no es la de los genéricos derechos a la libertad de expresión e información de los que son titulares todos los ciudadanos, sino la de los relativos a la información y expresión sobre materias de interés laboral y sindical, como instrumentos del ejercicio de la función representativa dirigida al efectivo cumplimiento de las funciones que constitucionalmente tienen atribuidas.

El criterio general en el terreno de la libertad de expresión resulta ser, en línea con la reconstrucción general realizada por la jurisprudencia constitucional, la proscripción de la «ofensa gratuita». El empresario debe, en este sentido, soportar las manifestaciones desarrolladas por el trabajador en ejercicio de su libertad de expresión. Este derecho comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige. La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de febrero de 2024, *Dede contra Turquía* (Asunto 48340/2020) señala que criticar la gestión de los superiores, incluso cuando las mismas tengan un «tono irónico y sarcástico», no puede ser causa de despido, pues, aunque mordaces, e incluso crueles, los comentarios no caen en descalificaciones personales. El factor diferenciador principal queda referido, por tanto, a la valoración intrínseca de las expresiones proferidas que, lógicamente, habrá de hacerse en atención a criterios de normalidad social y que solo devienen inaceptables cuando entran en el terreno denigración gratuita, por ejemplo, si el insulto es su único objetivo. En todo caso, como también ha recordado la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y ha subrayado nuestro Tribunal Constitucional, es imprescindible ponderar, aunque se superasen los límites naturales del derecho, los diversos factores que pueden haber concurrido en las manifestaciones realizadas o en las opiniones vertidas.

La idea general es que, a mayor difusión de las opiniones, es también mayor la posibilidad de dañar injustificadamente la imagen de la empresa. La publicidad es, en definitiva, un elemento esencial de valoración; al igual que lo es el ambiente en el que se producen las expresiones objeto de valoración. Pero lo cierto es que, uno de los factores moduladores más relevantes a la hora de ponderar el ejercicio el derecho a la libertad de expresión es si el trabajador que emite sus opiniones y juicios lo hace dentro de un conflicto laboral. En estos casos, ello suele operar como criterio atenuante en su valoración; y, por la misma razón, el hecho de que las realice un representante de los trabajadores, cuando ejercita competencias frente a la empresa, lleva, con mayor motivo, al mismo resultado. Esta situación alcanza su máxima expresión cuando las manifestaciones se dirigen por un representante de los trabajadores frente a personas que realizan funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia. Un excelente ejemplo de esta modulación nos lo proporciona el caso resuelto por el Pleno del Tribunal Constitucional en su Sentencia 89/2018, de 6 de septiembre («STC 89/2018»).

2. HECHOS DE LA STC 89/2018, DE 6 DE SEPTIEMBRE

Los hechos que sirven de base al caso son los siguientes. En virtud de lo acordado en una reunión del sindicato Intersindical Canaria, junto con otros miembros del comité de empresa de la mercantil Seguridad Integral Canaria, S.A., en el contexto de un clima de conflictividad laboral derivado de la queja por incumplimiento de los derechos laborales en materia salarial, en el curso de una sesión del pleno del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, un trabajador se levantó del asiento que ocupaba poniéndose una careta con la imagen de un controvertido personaje público, y exhibió una camiseta en cuyo anverso se podía leer el lema: «donde hay corrupto hay un corruptor. Tanto o más importante que el nombre del político corrupto, es conocer el de la empresa de seguridad corruptora», constando junto con el mensaje escrito una imagen impresa en la que se apreciaban dos personas que estaban entregándose dinero. En esa misma protesta, acordada en una reunión del sindicato Intersindical Canaria, participaron otros miembros del comité de empresa, portando igualmente una careta y una camiseta con el lema crítico con el comportamiento de la empresa y del Ayuntamiento, participando, igualmente, en la rueda de prensa posterior en la que se anunció una convocatoria de huelga. El trabajador del concreto caso que resuelve la STC 89/2018 y el resto de partici-

pantes fueron despedidos disciplinariamente por infracción de la buena fe contractual, falsedad, deslealtad y por ofensas verbales al empresario.

Primero el Juzgado de lo Social de Las Palmas declaró el despido improcedente mientras que, posteriormente, el Tribunal Superior de Justicia de Canarias revocó la de instancia, declarando la procedencia. El pronunciamiento en suplicación entendió que el trabajador traspasó los límites inherentes que impone el respeto al derecho al honor de los responsables de la empresa y también de la Administración receptora del servicio, sustentando dicha afirmación en que el ejercicio de la libertad de expresión no puede justificar sin más el empleo de expresiones o apelativos insultantes, injuriosos o vejatorios. Rebate los razonamientos de la Sentencia del Juez de lo Social relativos a que los hechos no señalan a ninguna empresa o político determinado, al entender la Sala que al ser la empresa demandada, Seguridad Integral Canaria, S.A., la adjudicataria del servicio de vigilancia privada de las instalaciones del Ayuntamiento de Las Palmas, y, siendo que fue en un pleno municipal donde por el actor y sus compañeros se vino a poner en entredicho la legalidad, transparencia o limpieza de los acuerdos suscritos entre «un político corrupto» y «una empresa de seguridad corruptora», las mencionadas expresiones no podían referirse sino al Ayuntamiento de la ciudad y a la empresa Seguridad Integral Canaria, S.A., por lo que entiende identificada la empresa. Formalizado el correspondiente recurso para unificación de doctrina, éste resultó inadmitido.

3. LA RESPUESTA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Así las cosas, se presenta recurso de amparo contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias por considerar lesionados los derechos fundamentales de libertad de expresión [art. 20.1 a) CE] y de libertad sindical (art. 28.1 CE). Expuesto lo anterior, el Tribunal procede a: (i) delimitar el contenido de la libertad de expresión en el ámbito de la relación laboral; (ii) precisar en qué medida queda afectada la misma cuando se ejercita por quienes ostentan la representación de los trabajadores para defender sus derechos e intereses y, (iii) finalmente, determinar de qué modo se ve modulado su contenido cuando dicha libertad opera, a la vez, como un mecanismo de participación en el debate público sobre asuntos de la misma naturaleza.

Después de repasar su doctrina sobre cada una de estas cuestiones, el Tribunal entra en el fondo del asunto, analizando la ponderación judicial efectuada de los derechos fundamentales que el recurrente considera vulnerados,

atendiendo a las circunstancias concurrentes en su ejercicio, al objeto de determinar si el mismo se ha desarrollado dentro de su ámbito constitucionalmente legítimo. El Tribunal Constitucional considera que la argumentación sostenida por los Tribunales ordinarios, así como la conclusión alcanzada, no pueden ser compartidas. En tal sentido considera que la Tribunal Superior de Justicia de Canarias omite en su ponderación, o no atribuye significación suficiente, ciertos aspectos que son esenciales para determinar si el recurrente en amparo hizo un uso legítimo de su derecho fundamental a la libertad de expresión en el ámbito sindical (art. 28.1 CE). Los argumentos utilizados para realizar la adecuada ponderación son los siguientes:

En primer lugar, considera que, en el presente caso, debe partirse de la condición del demandante que actuaba como miembro del comité de empresa junto con otros representantes de los trabajadores en la defensa y protección de los derechos e intereses de estos (art. 7 CE), en virtud de lo acordado en una reunión del sindicato Intersindical Canaria. No se trataba de un trabajador más, pues ostentaba la condición de representante de los trabajadores y, como tal, ejercitaba la libertad de expresión para la protección del interés colectivo de los trabajadores. Además, con independencia de su afiliación al sindicato, la protesta había sido organizada y promovida por el sindicato Intersindical Canaria, desarrollándose por ello su conducta en el marco de la libertad sindical, cuyo ámbito de protección es más amplio. De este modo expresaba sus opiniones en las materias concernientes a la esfera de su representación y en el ejercicio de la acción sindical. Su objetivo y finalidad era el de reivindicar una actuación más enérgica de la Administración frente a los incumplimientos empresariales en materia salarial, denunciando la pasividad del Ayuntamiento por abstenerse de exigir el respeto de los derechos salariales de los trabajadores de la contrata.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional procede a destacar la relevancia que, en la tutela del derecho fundamental ejercitado por el demandante, supone el lugar y los destinatarios de la protesta, así como el medio, la forma utilizada para formularla, el posible daño sufrido por la empresa o el ambiente en el que se realizaron, elementos estos, que tampoco, considera, han sido adecuadamente valorados en la sentencia impugnada. Si bien lo anteriormente expuesto, entiende, llevaría a estimar la vulneración de los derechos invocados, procede a abordar el contenido del mensaje que, para la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, supuso el empleo de expresiones o apelativos insultantes, injuriosos o vejatorios, en concreto, analiza la expresión «empresa de seguridad corruptora».

Entiende el Tribunal que «atribuir a la empresa de seguridad la acción de corromper a la Administración, mediante un mensaje escrito impreso en las camisetas, en el contexto de un conflicto laboral, con el propósito de recriminar al Ayuntamiento su pasividad frente al incumplimiento de las condiciones laborales de los trabajadores de una empresa adjudicataria de un servicio de titularidad pública –por más que se acompañara de la imagen de dos manos entregándose dinero–, no tenía más significación que la de denunciar la irregular actuación de la Administración. Dicha protesta no buscaba otra finalidad que lograr el respeto de las condiciones laborales que se consideraban infringidas, pese a que los responsables de la empresa pudieran considerar que el mensaje impreso en las camisetas fuera ofensivo, molesto o hiriente». La sentencia no comparte la afirmación del fallo de suplicación cuando indica que la actuación alcanzó al honor de los responsables de la empresa, «pues éstos no aparecen en modo alguno determinados». A lo más que podía alcanzar el mensaje impreso era al prestigio de la empresa, «valor éste último no exactamente identificable con el honor consagrado en la Constitución como derecho fundamental».

El Tribunal concluye que «debemos afirmar que el despido disciplinario vulneró el derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE) en relación con el derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a)], pues el demandante actuó en calidad de miembro del comité de empresa, en el ejercicio de la libertad de acción sindical, cuestionando a través de la protesta la pasividad del ayuntamiento en su deber de velar por los derechos de los trabajadores de la empresa adjudicataria del contrato de seguridad y vigilancia; y el mensaje contenido en las camisetas y exhibido en el pleno del Ayuntamiento ni identificó como “empresa de seguridad corruptora” a la mercantil empleadora, ni menos aún a ningún responsable de la misma, sin que por otra parte, atendida su significación, el contexto, forma, lugar y propósito en que se manifestó, pueda considerarse que excediera los límites constitucionalmente admisibles». Siendo esto así, termina, «la sanción de despido impuesta por la empresa resultó constitucionalmente ilegítima, y no habiéndolo reconocido ninguna de las resoluciones judiciales recurridas, procede estimar la demanda de amparo, anular las citadas resoluciones judiciales y calificar el despido como nulo, con las consecuencias legales inherentes a tal declaración».

En relación con el resto de trabajadores participantes en la protesta, del mismo modo que en la STC 89/2018, el Tribunal Constitucional también apreció la especial trascendencia constitucional de las demandas planteadas por dichos representantes y siguiendo la línea marcada por el pronunciamiento que comentamos. En efecto, esta doctrina fue posteriormente reiterada por la Sala Primera en las SSTC 108/2018, de 15 de octubre; 109/2018,

de 20 de octubre; 114/2018, de 29 de octubre; 115/2018, de 29 de octubre; 116/2018, de 29 de octubre, y 126/2018, de 26 de noviembre; y por la Sala Segunda en las SSTC 118/2018, de 29 de octubre, y 127/2018, de 26 de noviembre.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN: DE LA INMUNIDAD DEL EJERCICIO DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN POR LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES FRENTE A PERSONAS QUE EJERCEN FUNCIONES PÚBLICAS

A modo de conclusión, es doctrina reiterada de nuestro Tribunal Constitucional la que sirve de base al fallo que comentamos y que podría quedar resumida del siguiente modo: el ámbito de libertad y protección reconocida a la libertad de expresión en el ámbito sindical es mayor cuando se ejerce por representantes de los trabajadores y, esta queda protegida de manera absoluta cuando el ejercicio de la libertad de expresión permita un debate útil para la formación de la opinión pública. Cuando éste concurre, el contenido y el alcance de la libertad de expresión adquiere entonces, si cabe, una mayor amplitud que cuando se ejerce en otro contexto, y deviene, como ha señalado el propio Tribunal Constitucional, «especialmente resistente, inmune a las restricciones que es claro en otro contexto habrían de operar» (especialmente relevantes son, entre otras, las STC 198/2004, de 15 de noviembre y la STC 108/2008, de 22 de septiembre).

De ese modo, se ha destacado que el máximo nivel de protección se produce cuando el derecho a la libertad de expresión se ejerce en relación con personas que ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos resulten afectados por opiniones (STC 107/1988, de 8 de junio). En el mismo sentido, el TEDH también ha afirmado que «los límites de la crítica admisibles son más amplios respecto a un hombre político, contemplado en ese carácter, que los de un particular: a diferencia del segundo, el primero se expone inevitable y conscientemente a un control atento de sus hechos y gestos tanto por los periodistas como por el conjunto de los ciudadanos. Por lo tanto, debe mostrar una mayor tolerancia» (STEDH de 14 de marzo de 2013, asunto Eon c. Francia, § 59).

No sorprende, por ello que el Tribunal Constitucional en su STC 89/2018, afirme de forma categórica que el recurrente, al ser miembro del comité de empresa y ostentar la condición de representante de los trabajadores goza de

■ LIBERTAD SINDICAL, NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y HUELGA

una «especial protección» cuando ejercita la libertad de expresión en el marco de la acción sindical acordada, frente a personas que realizan funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia. En estos casos «el ejercicio del derecho alcanza el nivel máximo de protección convirtiéndose en prácticamente inmune a restricciones que en otros ámbitos serían admisibles constitucionalmente».

**11. ¿UN PASO ATRÁS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TC
SOBRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL
DE LIBERTAD SINDICAL EN SU VERTIENTE FUNCIONAL?
Comentario a la STC 64/2016 de 11 de abril (BOE de 20 de mayo de 2016)**

EDUARDO ROJO TORRECILLA
Catedrático (jubilado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
y profesor honorario. Universidad Autónoma de Barcelona.
ORCID: 0000-0002-7840-6532

Palabras clave: libertad sindical, representante del personal.

1. ANTECEDENTES

La empresa FCC Logística SA, que pasó posteriormente a denominarse Logisters Logística SA, y que pertenecía al grupo de servicios Fomento de Construcciones y Contratas, con domicilio en Alcalá de Henares, tenía un centro de trabajo en la aquella localidad, donde prestaban sus servicios 68 trabajadores, entre ellos los que serían elegidos representantes unitarios del personal y posteriormente accionarían como demandantes en juicio. Las elecciones se celebraron el 10 de junio de 2011, y fueron elegidos tres miembros (y afiliados al sindicato) de la candidatura presentada por CGT.

Tres meses antes, la dirección de la empresa había comunicado a la representación del personal existente en aquel momento que parte de la actividad desarrollada en el centro, concretamente la prestada para un cliente (Reckitt Benckisser, que había sido adquirida por SSL), pasaría a llevarse a cabo en

otro centro de trabajo de la empresa ubicado en la localidad de Alovera, sita en la provincia de Guadalajara, y que ello podía implicar el traslado de 13 trabajadores y la extinción de 10 contratos.

El cierre del centro de trabajo se produjo en julio de 2011 mediante escrito dirigido a todos los trabajadores afectados, comunicado al Comité de Empresa, en el que se hacía constar la razón del cierre, ya referenciada, y la consiguiente menor necesidad de almacén, y al coincidir ello con la finalización del contrato de arrendamiento de las instalaciones la empresa optaba por «...un posicionamiento en un centro más pequeño, el cual cumple con los requisitos exigidos en cuanto a las características de las instalaciones para el depósito de los productos de los clientes pertenecientes al sector farmacéutico y sanitario.... Es necesario un cambio de domicilio del centro de trabajo... Le requerimos su reincorporación para desempeñar funciones de su categoría profesional». Con motivo del cierre del centro se produjo el traslado desde el del Palau de Plegamans al nuevo de Parets del Vallés el 2 de enero de 2012, en el que se presta la actividad anterior bien que referida sólo a un cliente de la empresa, es decir «es un centro de trabajo nuevo, al que se trasladó la actividad y medios necesarios del centro de Parets» (hecho probado 11 de la sentencia de instancia). Otros 22 trabajadores fueron trasladados al centro de trabajo de La Granada, entre ellos una integrante del comité de empresa, ya existente con anterioridad y que disponía de representación unitaria del personal.

2. CUESTIÓN PLANTEADA

El conflicto jurídico propiamente dicho se suscitará cuando dos integrantes del comité de empresa del centro desaparecido y que pasaron a prestar sus servicios en Parets dirigieron un escrito a la dirección, en abril de 2012, comunicando que harían uso de ocho horas de su crédito horario para realizar tareas de asesoramiento sindical en Barcelona, negándoles la empresa el disfrute de esas horas por haber dejado de ser, a su parecer obviamente, representantes legales de los trabajadores al haber desaparecido el centro de trabajo en el que fueron elegidos.

Disconformes con la decisión empresarial, por entenderla vulneradora de su condición activa de representantes unitarios sindicalizados de los trabajadores, y por consiguiente también de su derecho de libertad sindical en la vertiente funcional del ejercicio de la actividad sindical en la empresa, los dos representantes que habían pasado a prestar sus servicios en Parets presentaron demanda ante el Juzgado de lo Social. La demanda fue estimada en instancia, y anulada por el TSJ de Cataluña al estimar el recurso de suplicación interpuesto por la empresa.

Los recurrentes en amparo ante el TC critican que la inexistencia de regulación al respecto haya llevado al TSJ a negar la protección del derecho fundamental de libertad sindical, con una cuidada argumentación que irán desarrollando en páginas posteriores del recurso y que tratará de poner de manifiesto como efectivamente la actuación empresarial tenía un claro toque antisindical aunque amparado bajo la formal cobertura del cumplimiento estricto del marco legal vigente. A lo largo de su recurso los recurrentes insistirán de forma reiterada en que fue la elevada conflictividad existente en el centro de trabajo de Palau de Plegamans desde que se anunció su cierre la que llevó a la empresa a poner en marcha su estrategia de disgregación del personal y dar por desaparecida el anterior órgano de representación unitaria de los trabajadores, para eliminar, por decirlo con las propias palabras del recurso, «la representatividad (*sic*) unitaria de los demandantes y limitar, de este modo, su Derecho Fundamental a la libertad sindical...», cuyo contenido esencial estaría integrada, entre otras, por diversas funciones y competencias que desaparecerían si se aceptara la tesis de la empresa en los términos de validación efectuado por el TSJ, tales como la actividad sindical en la empresa y la presentación de candidaturas para órganos de representación unitaria (ambas recogidas en el art. 2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical).

El recurso de amparo sustenta argumentos esencialmente coincidentes con los defendidos en instancia y en impugnación al recurso de suplicación interpuesto por parte empresarial, con alegación de vulneración del derecho fundamental de libertad sindical recogido en el artículo 28.1 de la CE y también del mismo derecho acogido y protegido por normas internacionales como son el artículo 11 del Convenio europeo del Consejo de Europa y el artículo 22 del Pacto internacional de las Naciones Unidas del derechos civiles y políticos, junto con otras referencias efectuadas con alcance más general como serían las de los Convenios números 98 y 135 de la Organización Internacional del Trabajo, haciendo suya lógicamente la tesis de la sentencia de instancia de no estar en juego en el juicio una mera cuestión de legalidad ordinaria (aplicación de varios preceptos de la LET) sino otra de índole constitucional, en concreto de posible vulneración de un derecho fundamental como es el de libertad sindical de los recurrentes, libertad concretada ahora en la afiliación a una organización sindical y a la presentación en una candidatura de la misma en las elecciones de junio de 2011, datos que permiten poner de manifiesto sin asomo de duda que la dirección de la empresa conocía la militancia sindical de los recurrentes miembros del comité de empresa, por lo que la negativa a permitirles ejercer la funciones recogidas en el art. 68 de la LET implicaría una actuación vulneradora de la libertad sindical, en la vertiente funcional, y afectando a trabajadores individualmente considerados, de tal derecho.

Por todo ello, a juicio de los recurrentes la conducta empresarial no implicaría sólo una vulneración legal de derechos laborales, en caso de ser contraria a

derecho, sino que iría mucho más allá, por tener una relevancia «que sobrepasa el ámbito meramente legal y se enmarca en la dimensión constitucional, al afectar directamente al contenido esencial del derecho fundamental a la libertad sindical». Los recurrentes sustentan su tesis en doctrina del propio TC, con amplias citas de las sentencias núm. 70/2000 de 13 de marzo, y 200/2006 de 3 de julio.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

En el fundamento de derecho cuarto, la Sala repasa su doctrina sobre el «contenido plural» del derecho de libertad sindical, con una muy amplia transcripción del fundamento de derecho tercero de la sentencia núm. 281/2005 de 7 de noviembre, y es a partir del enunciado del contenido (esencial y adicional) de la libertad sindical, y de las diferentes fuentes de atribución de las facultades y derechos que la integran (constitucional, legal, convencional o por concesión unilateral) cuando el TC considera que aquello que procede ahora es realizar justamente ese encuadramiento «para analizar la eventual vulneración del derecho fundamental de los recurrentes por la exclusión de su condición representativa y del ejercicio de su función como representantes legales sindicalizados de los trabajadores a raíz del cierre del centro de trabajo de Palau de Plegamans».

A partir de aquí, y en un plano jurídico que califico de legalidad y no de constitucionalidad, la sentencia se adentra en el análisis del conflicto relativo a la no atribución del crédito horario solicitado por los ahora recurrentes, garantía para el ejercicio de la actividad representativa que fue bien analizada por la STC núm.40/1985 de 13 de marzo y que fue conceptualizado como contenido adicional del derecho. Ese mismo contenido adicional se predica, y así lo recuerda ahora el TC, del derecho de las organizaciones sindicales a presentar candidaturas para las elecciones a representantes de los trabajadores, del que nació «tras su incorporación a la lista de la CGT, la condición representativa de los recurrentes de amparo», y desde esta perspectiva es desde la que la Sala segunda del alto tribunal va a analizar la posible vulneración del derecho de libertad sindical en el caso analizado. Por cierto, la cita de la STC 2000/2006 de 3 de julio, fundamento jurídico tercero, podría haber ido acompañada a mi parecer de la mención expresa, también recogida en dicho fundamento, que «De ahí 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 (recordaba, entre tantas otras anteriores, la reciente STC 125/2006, de 24 de abril, FJ 2)».

La Sala ha situado el debate en el «contenido adicional» del derecho de libertad sindical, y en lógica relación con ello acude nuevamente a la senten-

cia 200/2006 para recordar que la función revisora del tribunal debe limitarse en tales casos a examinar «el carácter motivado, razonable y no indebidamente restrictivo de la resolución impugnada, así como la justificación finalista de las normas que considera aplicables». Recordemos en este punto la argumentación de la sentencia de instancia para interpretar la normativa aplicable en orden a garantizar el ejercicio del derecho fundamental de libertad sindical de los recurrentes y el rechazo de tal tesis por el TSJ catalán y su consideración de que la actuación empresarial fue conforme a derecho.

En el fundamento jurídico sexto la Sala efectúa un resumen de la sentencia del TSJ para formular una conclusión a mi parecer de alcance meramente legal y no constitucional, y que es la misma, aunque con otras palabras, que la extraída por el TSJ, cual es que «no existe una previsión legal o convencional que garantice el mantenimiento de la condición de representante legal en caso como el enjuiciado y que puede, por consiguiente, considerarse que la supresión de esa condición en esos concretos supuestos contraría un derecho atribuido por normas legales o convencionales (o por concesiones unilaterales del empresario, que en esta ocasión tampoco constan)».

La Sala no considera que se haya vulnerado el derecho de libertad sindical por haberse podido limitar, con la actuación empresarial, sus posibilidades de actuar en defensa de sus intereses y de los de sus representados (algo que obviamente había sido alegado por la parte trabajadora en este caso), trayendo a colación la tesis recogida en la sentencia 147/2001 de 27 de junio, fundamento jurídico quinto, de que es necesario que las eventuales restricciones al ejercicio de ese derecho, «sean arbitrarias, injustificadas o contrarias a la ley».

En definitiva, ni una sola palabra en la sentencia sobre una actuación empresarial que al amparo de un vacío normativo ha podido implicar una actuación contraria al derecho de libertad sindical en su vertiente funcional de actividad sindical en la empresa, y no por no poder aplicarse ese tan enfatizado por la Sala «contenido adicional del derecho», sino por haber impedido ab initio el ejercicio de ese derecho en cuanto que ha suprimido el órgano de representación unitaria anteriormente existente (sindicalizado en el caso enjuiciado) por la vía del aparente ejercicio conforme a derecho del poder de dirección empresarial de organización de la actividad productiva en la empresa, pero siendo en realidad tal medida una vía para dejar sin representación a una parte de los trabajadores (los mismos que prestaban sus servicios en el centro desaparecido) que han pasado a trabajar, desempeñando las mismas tareas, en un centro de nueva creación y situado a 12,8 kms del anterior, sin que hasta el momento del intento de ejercicio de sus derechos por parte de los anteriores representantes del persona la dirección de la empresa hubiera hecho manifes-

tación alguna dirigida a los trabajadores, aunque sólo fuera a efectos de su conocimiento, de la inexistencia de representación unitaria y de la posibilidad (por el número de trabajadores del centro) de elegir nuevos representantes.

4. CONCLUSIÓN

Por todo lo anteriormente expuesto en el apartado 3, el TC desestima el recurso de amparo.

5. VOTO PARTICULAR DISCREPANTE

Emitido por el magistrado Fernando Valdés Dal-Re y al que se adhiere la magistrada Adela Asúa. El voto sustenta la tesis de que hubiera debido ser estimado el recurso por haberse vulnerado el derecho recogido en el artículo 28.1 de la CE y desarrollado en la LOLS, argumentación favorable al acogimiento del recurso que se sintetiza en el último párrafo del voto en estos términos: «... tanto la empresa como luego la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia interpretaron el vacío normativo de manera inconciliable con la dimensión funcional del contenido esencial de la libertad sindical (art. 28.1), impidiendo la garantía del derecho fundamental en el período transitorio hasta la elección de una nueva representación legal de los trabajadores. Por estas razones, que evidencian la minusvaloración de la dimensión funcional de la libertad sindical, debió reconocerse la violación del art. 28.1 CE».

La protección o «garantía mínima» del derecho de libertad sindical en su vertiente funcional, no eleva en modo alguno a los altares de la protección absoluta el mandato de los representantes unitarios sindicalizados, sino únicamente mientras no se proceda a la nueva elección de representantes del personal, siendo así que de esta forma se garantizaría el derecho funcional del derecho fundamental cuando, tal como afirma el voto, «no existe órgano de representación constituido en la unidad de destino y concurre, además, aquella coincidencia entre el cuerpo electoral y los representantes electos en los supuestos en los que la empresa, el centro de actividad o una parte de estos conserve su autonomía con ocasión de la rearticulación de su estructura orgánica en distintas unidades productivas».

12. DESPIDO POR VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL: LA CONFIGURACIÓN JURISDICCIONAL DEL LLAMADO DESPIDO RADICALMENTE NULO Y DE LA CARGA DE LA PRUEBA PARA SU DETERMINACIÓN

Comentario a la STC 38/1981 de 23 de noviembre de 1981 (BOE de 22 de diciembre de 1981)

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER
Catedrático de Derecho del Trabajo
Consejero Permanente de Estado

Palabras clave: Invocabilidad Convenios OIT sobre libertad sindical, nulidad «radical» del despido por violación del derecho a la libertad sindical, desplazamiento de la carga probatoria.

En este homenaje a nuestro compañero y amigo Juan García Blasco con motivo de su feliz jubilación, y dentro del tema objeto de este *liber amicorum*, me ha parecido oportuno hacer una breve referencia a la conocida Sentencia del Tribunal Constitucional 38/1981, que declaró la nulidad radical de los despidos por ser contrarios a la libertad sindical de los despedidos, la Sentencia supuso un primer hito para la protección efectiva frente al despido por motivos sindicales, su doctrina permanece, y se encuentra consagrada en los textos legales vigentes.

1. ANTECEDENTES

La Sentencia se refiere a los despidos de dos personas trabajadoras que figuraban en la candidatura del Sindicato Andaluz de Trabajadores para la

celebración de elecciones a representantes de los trabajadores en la empresa. Coetáneamente, recibieron cartas de despido en los que ese despido se justificaba por necesidades económicas de la empresa, aunque en el acto del juicio la empresa trato de invocar motivos disciplinarios. La Sentencia de instancia, confirmada en suplicación por el Tribunal Central de Trabajo, declaró la nulidad del despido por incumplimiento de los requisitos formales, pero una nulidad «simple» que permitía al empleador optar entre su readmisión o el abono de la indemnización legalmente pertinente, como efectivamente hizo, y no la nulidad «radical», que pretendieron los actores en la jurisdicción del orden social y que reiteraron en su demanda de amparo, y que daría derecho a la readmisión.

2. CUESTIONES PLANTEADAS

Los demandantes de amparo solicitan del Tribunal Constitucional que declare que «el despido laboral del que fueron objeto es nulo, con nulidad radical, por vulnerar los derechos constitucionales, debiendo ser readmitidos al trabajo, sin que quepa la indemnización como sustitutiva de la readmisión».

Esta pretensión no tenía por base jurídica una vulneración de la regulación vigente del despido, sino que, más bien, la cuestionaba por no haber tenido en cuenta el supuesto de despido contrario a los derechos fundamentales y, en concreto, a los derechos fundamentales a la no discriminación del artículo 14 CE y al derecho a la libertad sindical del artículo 28.1 CE.

En cuanto al sentido y alcance de esos derechos, los demandantes invocan el artículo 10.2 CE, según el cual las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce han de ser interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos «y los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia» para sostener que los Convenios de la OIT «que se incorporan al Derecho interno y del que derivan derechos individuales» operan como criterios interpretativos o aclaratorios del derecho fundamental a la no discriminación del artículo 14.2 CE, y del derecho a la libertad sindical del artículo 28.1 CE., y que, además, las Recomendaciones de la OIT pueden operar como criterios interpretativos o aclaratorios del alcance de esos Convenios. A este respecto, invocan, por un lado, el artículo 1.2 del Convenio OIT núm. 98 y, en cuanto a la condición de representantes de los trabajadores, el artículo 1 del Convenio OIT núm. 135 y la Recomendación 143 que recomienda se aplique la protección a las injerencias atentatorias a la libertad sindical también a los candidatos a la elección de esos representantes, como era el caso de los demandantes, que en tal calidad ten-

drían una protección reforzada de su libertad sindical frente a actos discriminatorios en el curso del proceso electoral, también respecto a los despidos que se interferieran en ese proceso electoral. En su planteamiento, los demandantes de amparo no denuncian una inaplicación del derecho vigente, más bien cuestionan su aplicación sin haber tenido en cuenta la particularidad de una conducta empresarial que viola la libertad sindical y, además, invocan el derecho a un proceso debido del artículo 24 CE por haber sufrido indefensión al admitirse en el juicio que el empresario en confesión haya tratado de justificar el despido por razones objetivas. Solo tardíamente, ya dentro del proceso constitucional, los demandantes solicitaron que se trasladara al Pleno del Tribunal la nulidad de los artículos 212 y 213 de la Ley de Procedimiento Laboral (lo que no admite la Sentencia por no darse el supuesto del art. 55.2 de la LOTC).

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La STC 38/1981 hubiera sido una buena ocasión para aclarar el alcance del artículo 10.2 CE, que se ha hecho en jurisprudencia posterior de ese Tribunal. Tampoco ha aludido, en cuanto al valor interno de los Tratados Internacionales, al artículo 96 CE, sino que se ha limitado a responder a la demanda de amparo partiendo del planteamiento de los recurrentes cuyo fondo defiende la inaplicación al caso del derecho interno vigente. La Sentencia parte de la premisa de que, de acuerdo al artículo 1.2 del Convenio OIT núm. 98, es atentatorio a la libertad sindical el despido de un trabajador por su afiliación sindical o por su participación en actividades sindicales o por su condición de representante de los trabajadores (art. 1 Convenio OIT núm. 125, interpretado a la luz de la Recomendación 143, que recomienda que se aplique también a los candidatos), que requiere una especial protección para evitar interferencias en la libre elección de la representación «obrero»).

La STC 38/1981 extiende así a los representantes electivos a nivel de empresa, y ya desde el momento en que son proclamados candidatos, la protección y las garantías propias frente a todo acto de injerencia en el ejercicio de la libertad sindical.

Dentro de esa protección y garantías se incluiría el despido «discriminatorio» a causa de la afiliación o de la participación en actividades sindicales, pero que el Magistrado de Trabajo no consideró probado, lo que le llevó a declarar el despido nulo por razones formales.

Precisamente, el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones insiste en que el Tribunal de instancia afirmó en su Sentencia el que no constaba si la

empresa tenía conocimiento del acuerdo de la proclamación de candidatos en el momento de la carta de despido, al no haber sido publicado ese acuerdo en el tablón de anuncios del centro de trabajo, lo que, aunque expresado en forma dubitativa, imposibilitaría una discrepancia de la resultancia judicial de los hechos probados, apoyando así la tesis del Tribunal Central de Trabajo de que, invocada la discriminación, correspondía a los demandantes demostrar su efectiva existencia.

En la Sentencia constitucional se plantea directamente el tema de la carga de la prueba, y se critica que el juez hubiera aplicado los principios comunes sobre el reparto de la prueba, imponiéndosela a los trabajadores, sin trasladar al empresario la carga de la prueba de la existencia de un motivo razonable de despido, refiriéndose a decisiones del Comité de Libertad Sindical de la OIT que imponen ese traslado de la carga de la prueba al empresario de la existencia de un motivo no sindical para el despido, garantizando así a los trabajadores un ejercicio efectivo de la libertad sindical.

Para el Tribunal Constitucional, el hecho de que la normativa laboral del momento no lo recogiera (como hacía el derogado art. 10 del Decreto 1878/1971) «no es obstáculo a que, respecto de la libertad sindical, se reconozca que es el empresario el que debe probar que el despido, tachado de discriminatorio, obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio a la libertad sindical, y que este principio se generalice a todos los trabajadores y, desde luego, a los trabajadores que son candidatos o que han sido presentados como candidatos a la elección o nombramiento de representantes de los trabajadores» (apartado 4).

Ahora que la STC 140/2018, de 20 de diciembre ha puesto en primer plano el tema del llamado control de convencionalidad y la aplicación directa de los convenios internacionales ratificados y publicados por España, la STC 38/1981 declara la aplicación directa en España de los Convenios de la OIT sobre libertad sindical y de otros tratados internacionales (citándose también el art. 8 del PIDESC y el art. 1.5 del Código Civil), en cuanto incorporados al ordenamiento interno, y generando derechos individuales de los trabajadores (aunque hay que recordar siempre que sus preceptos sean susceptibles de aplicación directa).

En el apartado 5 la Sentencia examina, desde la perspectiva *lege data*, si la nulidad del despido con plenitud de efectos se puede derivar de lo dispuesto en el artículo 17.1 ET (no discriminación en las relaciones laborales y nulidad de las decisiones empresariales discriminatorias) en conexión con los artículos 14 y 28.1 CE. Aunque los demandantes alegaban el carácter discriminatorio del despido, para el Tribunal Constitucional la cuestión más que un proble-

ma de igualdad era un problema de libertad sindical que necesita «de garantías frente a todo acto de injerencia, impeditivo u obstativo del ejercicio de esa libertad. La libertad sindical es así un derecho constitucionalizado y para su defensa está también abierta la defensa en vía constitucional». Pero el calificativo de discriminatorio no es solo un problema terminológico, también lo es conceptual porque implica una diferencia peyorativa por razones vedadas, en este caso la conexión a una actividad sindical.

Por eso, en su fallo, la Sentencia reconoce el derecho de los demandantes a no sufrir discriminación por razón de su pertenencia a un sindicato y de presentarse como candidatos para cubrir puestos de representación obrera, declara que los despidos de que fueron objeto los demandantes son nulos con nulidad radical, para lo cual deberán ser admitidos en la empresa, con todo lo demás que procede en los casos de despido con nulidad radical, y remite al juez competente asegurar la reintegración de los trabajadores a sus puestos de trabajo con el pago de los salarios y el mantenimiento de sus derechos adquiridos.

4. CONCLUSIONES

La STC 38/1981 ha establecido las bases para asegurar el ejercicio de la libertad sindical mediante el establecimiento de un régimen específico del despido antidiscriminatorio por motivos sindicales dentro de la protección frente a los actos de discriminación vedados por el artículo 28.1 CE en lo que es propio de la libertad sindical. Para ello, el Tribunal Constitucional ha jugado con tres preceptos constitucionales, el artículo 10.2 CE, sobre el valor interpretativo de los textos internacionales ratificados por España, además de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 14 CE en cuanto establece la prohibición de discriminación, completado con el artículo 28.1 CE para configurar una prohibición constitucional de despido discriminatorio por motivos sindicales, tal y como viene calificado en los instrumentos internacionales sobre libertad sindical.

Aunque la Sentencia se base más en el derecho a la libertad sindical del artículo 28.1 CE que en el derecho a la no discriminación del artículo 14 CE (es significativo que ya en esa Sentencia se diferencie el principio de igualdad y la interdicción de discriminación), lo cierto es que ambos preceptos son los que entran en juego en la delimitación del despido discriminatorio por motivos sindicales, porque en él siempre existe un elemento de diferenciación respecto a los demás trabajadores.

Es muy relevante la crítica que se hace a la sentencia de instancia por imponer la carga de la prueba a los trabajadores que desplaza al empresario en los casos de despidos que por las circunstancias concurrentes puedan entenderse responden a motivos sindicales.

También es relevante que, tras deducir la nulidad del despido por motivos sindicales de la normativa internacional vigente en España (incluyendo también los despidos vinculados a las representaciones electivas a nivel de empresa), la Sentencia trate *lege data* de encontrar en el Derecho interno alguna base para mantener su tesis de la nulidad radical de los despidos de los demandantes.

La STC 38/1981 no ha perdido actualidad, y su doctrina está hoy consagrada en la normativa sustantiva y procesal sobre despidos discriminatorios por motivos sindicales o por violación de otros derechos constitucionales.

13. CABOS SUELTOS EN EL RÉGIMEN DE LA MAYOR REPRESENTATIVIDAD SINDICAL

Comentario a la STS (C-A) 679/2024 de 22 de abril de 2024 (Rec. 740/2023)

SOFÍA OLARTE ENCABO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada. ORCID: 0000 0003 45922466

Palabras clave: mayor representatividad, participación institucional, libertad sindical, sindicatos más representativos autonómicos.

1. ANTECEDENTES

La Confederación Intersindical Gallega –en adelante, CIG– interpuso recurso contencioso administrativo impugnando una disposición general– que es desarrollo del RD-Ley 32/2021 que modificó el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores a fin de flexibilizar los expedientes de regulación de empleo con el objeto de favorecer la reducción de la jornada trabajo o la suspensión de los contratos, como alternativa a la vía extintiva. Con tal fin se introdujo, además, un nuevo artículo 47 bis en el Estatuto de los Trabajadores, que prevé y regula el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo que «que, una vez activado por el Consejo de Ministros, permitirá a las empresas la solicitud de medidas de reducción de jornada y suspensión de contratos de trabajo».

El desarrollo reglamentario del Mecanismo RED se llevó a cabo a través del RD 608/2023, de 11 de julio por el que se desarrolla el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización dl Empleo (*BOE* de 12 de julio de 2023). Sien-

do ésta la disposición impugnada por la confederación sindical CIG, concretamente dos preceptos, el artículo 4 y el artículo 30.

El artículo 4 del RD 608/2023 regula la Comisión Tripartita del Mecanismo Red (sectorial), definida como órgano colegiado interministerial sometido al régimen jurídico previsto en los artículos 15 a 22 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y adscrito al Ministerio de Trabajo y Economía Social. Tiene como finalidad «servir de instrumento participativo y de seguimiento del funcionamiento del Mecanismo Red sectorial». Además de la función de análisis de los cambios referidos en el artículo 47 bis 1 b) –cambios permanentes sectoriales que requieran recualificación y procesos de transición profesional– tiene como función la de elevar una solicitud de activación del Mecanismo RED sectorial ante los Ministerios con competencia.

Por otra parte, el artículo 30 regula la Comisión Social de Seguimiento del Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización en el Empleo (F.C.P.J). Esta Comisión, igualmente se define como órgano colegiado interministerial, sometida también a lo dispuesto en los artículos 15 a 22 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre. Sin embargo, sus funciones son de menor entidad, en cuanto adolece de competencias decisorias; concretamente se le asignan funciones de evaluación: la valoración de las medidas y su impacto en la evolución de la actividad económica y el empleo, así como el seguimiento y análisis de la financiación efectiva del Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo FCPJ.

La impugnación se refiere a la composición de ambas comisiones en la norma reglamentaria. En relación con la Comisión Tripartita del Mecanismo RED sectorial, el artículo 4.c) establece que cuatro vocalías son designadas por la persona titular del Ministerio de Trabajo y Economía Social a propuesta de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas a nivel estatal. Por tanto, excluyendo a los sindicatos más representativos a nivel de Comunidad Autónoma. Siendo éste el motivo de la impugnación. En sentido idéntico, la Comisión Social de Seguimiento Social del Fondo RED –30.2 c) incluye cuatro vocalías designadas por la persona titular del Ministerio de Trabajo y Economía Social a propuesta de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas a nivel estatal. Siendo también la exclusión de las organizaciones sindicales más representativas de Comunidad Autónoma, la segunda razón por la que impugna este RD por parte de CIG.

Se ha de recordar que la Comisión Tripartita está prevista en la ley (órgano de creación legal), en el artículo 47 bis del ET. En su número 2, párrafo segundo, establece en el ámbito de la modalidad sectorial que las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal podrán solicitar a los Ministerios referidos la convocatoria de la Comisión tripartita del

Mecanismo RED. Esta Comisión deberá reunirse en el plazo de quince días desde dicha solicitud y analizará la existencia de los cambios referidos en el apartado 1.b), así como la necesidad, en su caso, de elevar una solicitud de activación del Mecanismo RED sectorial al Consejo de Ministros. Y, añade el precepto que, en todo caso, con carácter previo a su elevación al Consejo de Ministros, resultará imprescindible informar a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal. Desde mi punto de vista, la norma no llega propiamente a regular la composición de dicha Comisión, ya que la adjetivación de «Tripartita» no se refiere al Ministerio de Trabajo y partes sociales, sino a tres Ministerios (Ministerios de Trabajo y Economía Social, de Asuntos Económicos y Transformación Digital, y de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones), por tanto, es la norma reglamentaria la que habría incurrido en una vulneración de la libertad sindical, no la ley, que simplemente faculta selectivamente a los sindicatos más representativos a nivel estatal a solicitar que se convoque a la Comisión y a ser informados previamente a la elevación de la decisión de ésta al Consejo de Ministros. En definitiva es el RD 608/2023 el que regula una composición que incluye a las organizaciones sindicales y empresariales y sindicales más representativas a nivel estatal. Y, ello, sin que se plantee nada ni en el recurso ni en la sentencia sobre el derecho a ser informados previamente.

En cambio la segunda de las comisiones, la Comisión Social de Seguimiento del Fondo Red, no está prevista en el artículo 47 bis del ET, siendo de creación *ex novo* del RD 608/2023, lo que no cuestiona y plantea la recurrente, de modo que la norma reglamentaria habría seguido el mismo esquema de composición de la Comisión Tripartita.

En el procedimiento ninguna de las partes ha discutido la condición de más representativa a nivel autonómico –Galicia– de CIG, siendo ésta, junto con LAB y ELA –Euskadi– las únicas que la ostentan en estos momentos.

2. CUESTIÓN PLANTEADA

La Confederación Intersindical Galega (CIG) interpuso recurso contencioso-administrativo ordinario contra diversos apartados del RD 608/2023. Esta organización sindical considera que conforme establecen los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS), los sindicatos autonómicos más representativos tienen, entre sus atribuciones, la de ejercer representación institucional ante las Administraciones públicas u otras entidades y organismos de carácter estatal. Además, invocando la STC 98/1985, recuerda que

el alto Tribunal consideró conforme al artículo 14 CE en relación con el artículo 28 la exigencia legal de una implantación (15% y mínimo de 1500 representantes) superior a la pedida en el ámbito estatal (10%) porque se les reconoce las «mismas prerrogativas» que a los sindicatos más representativos a nivel estatal. Por ello sostienen en su recurso que el artículo 47 bis del ET y la norma reglamentaria cuestionada han de interpretarse de conformidad con las exigencias constitucionales, por lo tanto, entendiendo que la previsión reglamentaria relativa a la composición de estas dos Comisiones del Mecanismo RED no excluye la posibilidad de que puedan ser propuestos por sindicatos más representativos a nivel de Comunidad Autónoma. Además, sostienen los recurrentes, pese a que el artículo 47 bis ET alude a «las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal» en relación a la modalidad sectorial de Mecanismo RED, ello no impide que los sindicatos más representativos a nivel autonómico puedan tener un vocal en la citada comisión, que ejercerían las funciones propias del cargo, a excepción de la de participar en la solicitud de convocatoria de la Comisión Tripartita del Mecanismo RED (ya que esta función queda reservada en la ley a los vocales de organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal).

Por todo ello solicita:

- La nulidad del inciso «a nivel estatal» del artículo 4.2.c), por excluir a los sindicatos más representativos a nivel autonómico.
- La nulidad del inciso «a nivel estatal» del artículo 30.2.c), por la misma razón –exclusión de los sindicatos más representativos a nivel autonómico.
- El derecho de CIG a participar, con arreglo a los criterios que acuerde la Administración, en la designación de las vocalías de procedencia sindical de la Comisión tripartita del Mecanismo RED sectorial y de la Comisión social de seguimiento del Fondo RED de Flexibilización y Estabilización del Empleo.

La Abogacía del Estado no comparte estas argumentaciones, considerando la regulación reglamentaria es coherente con la finalidad del artículo 47 bis ET, sirviendo al interés general y a la eficiencia administrativa. Pero más interesante es su segundo argumento, relativo a que los recurrentes no cuestionan la constitucionalidad del precepto legal y que la interpretación sostenida carece de todo sentido ya que, de admitirse, la Comisión Tripartita del Mecanismo RED tendría un vocal que no participa en su única atribución sustantiva –la convocatoria de la misma–, lo que no parece razonable y supondría la existencia de miembros «de primera» y «de segunda». No obstante, lo cierto es que no es ésta la única atribución de los vocales en dicha Comisión, además de no responder la Abogacía del Estado a otro de los puntos o *petitum* del recurso, la

exclusión de la Comisión Social de Seguimiento del Fondo RED, de creación reglamentaria.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL SUPREMO

La STS (3.^a) 679/2024 desestima totalmente el recurso contencioso por entender que no se cuestiona la constitucionalidad del artículo 47 bis ET y que el RD 608/2023 se ajusta a sus previsiones, no siendo la norma reglamentaria *ultravires*, ya que el precepto legal, aunque no regula la composición de la Comisión Tripartita, la predetermina al atribuir solo a las organizaciones más representativas a nivel estatal la facultad de solicitar la convocatoria a los Ministerios competentes. Además, considera que la regulación de la mayor representatividad en la LOS no obliga ni impone la presencia de vocales de organizaciones sindicales más representativas a nivel autonómico en organismos públicos estatales.

El TS (f. j. 5.^o), pese a que la demandante no ha atacado la constitucionalidad del artículo 47 bis ET, se manifiesta abiertamente al respecto, en el sentido de considerar que este precepto es respetuoso del texto constitucional aunque suponga reservar esta función a las organizaciones más representativas a nivel estatal. Para el TS, el artículo 7 de la LOLS establece que los sindicatos más representativos a nivel autonómico «pueden ostentar representación institucional ante las Administraciones públicas u otras entidades y organismos *de carácter estatal*», pero, para esta Sala, tener capacidad no es igual que tener derecho, ya que la capacidad no es la atribución de facultades, sino la idoneidad para ostentarlas. Por ello, el ostentar facultades determinadas dependerá de la norma reguladora de cada organismo o de cada actividad, no siendo legalmente obligatorio que en todo órgano estatal que prevea la representación institucional de los sindicatos más representativos deban estar presentes los sindicatos más representativos a nivel de Comunidad Autónoma. Debiendo tenerse presente, sigue argumentando el TS, que el ámbito normal, aunque no exclusivo, de los sindicatos más representativos a nivel autonómico es el territorio de su correspondiente Comunidad Autónoma. No obstante, en relación con la negociación colectiva de ámbito estatal, se garantiza la presencia de las organizaciones más representativas autonómicas. Como punto final el fallo incluye imposición de costas a la recurrente hasta un máximo de 4.000 euros por todos los conceptos.

4. CONCLUSIONES

La doctrina del TS sobre el alcance de la mayor representatividad en el ámbito de la participación institucional se sustenta en una argumentación hasta cierto punto compartible –además de contar con la «coartada» de que CIG no ha atacado el artículo 47 bis del ET–. No obstante, al rebajar a mera capacidad el derecho a la participación institucional de las organizaciones más representativas a nivel autonómico en la Administración del Estado, esta sentencia viene a vaciar el avanzado sentido de la LOLS al prever una mayor coordinación entre los ámbitos autonómico y estatal en la gestión colectiva de las relaciones laborales. Es de suponer, que el legislador procederá a una regulación legal de la representación institucional que evite posibles criterios dispares, tal y como de hecho ya han hecho algunas Comunidades Autónomas.

14. ¿VULNERACIÓN DEL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL POR NO RECONOCER A UNA REPRESENTANTE DE LA SECCIÓN SINDICAL COMO DELEGADA SINDICAL?

Comentario a la STS 534/2024 de 9 de abril de 2024 (Rec. 2862/2021)

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO
Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Sevilla. ORCID: 0000-0001-9780-7860

Palabras clave: Sección sindical, delegados sindicales, libertad sindical, daño moral.

1. ANTECEDENTES

En la asamblea celebrada en la sede de la empresa demandada entre los trabajadores de la misma afiliados al sindicato de Enseñanza de Intervención Social de Madrid de CNT-AIT se aprobó el único punto del orden del día: constitución de una sección sindical y nombramiento de una trabajadora como delegada sindical. De estos hechos se dio traslado a la empresa, que cuenta con una plantilla de 46 trabajadores. La empresa respondió con un escrito indicando que «CNT-AIT no ostenta representación dentro de la entidad, no habiendo sido designados por proceso electoral como representantes de nuestros trabajadores no teniendo presencia en el comité de empresa y por ende no ostentando legitimación alguna para la representación de aquellos... a los efectos oportunos venimos a poner en su conocimiento que se no reconoce la constitución de la sección sindical CNT-AIT ni en consecuencia los nombramientos que

dentro de la misma se hayan efectuado». Semanas más tarde el sindicato remitió escrito a la empresa informando que la delegada de la sección sindical estaba sufriendo acoso laboral. En la respuesta de la empresa se reitera el no reconocimiento del nombramiento efectuado por la sección sindical.

Interpuesta demanda por el sindicato de Enseñanza de Intervención Social de Madrid de CNT-AIT por lesión de derechos fundamentales a la libertad sindical fue desestimada por el Juzgado de lo social n.º 10 de Madrid por sentencia de 27 de enero 2021 (autos n.º 1221/2020). No se cuestiona en la sentencia de primera instancia el derecho del sindicato demandante a constituir una sección sindical y designar a una trabajadora como portavoz o representante interno. Lo que el fallo niega es que se lesione el derecho fundamental a la libertad sindical por el hecho de no reconocerle la empresa la condición de delegada sindical a la trabajadora, elegida como tal por la sección sindical, ya que el artículo 10.1. LOLS exige para la designación de los delegados sindicales que la empresa o centro de trabajo cumpla unos requisitos que no concurren en el caso. Recurrída la sentencia en suplicación, fue confirmada por la sentencia del TSJ de Madrid de 3 de junio 2021 (Rec. 239/2021) ECLI:ES:TSJM:2021:6415.

El sindicato recurrió en casación para Unificación de Doctrina por infracción de los artículos 8.1 LOLS y 28.1 CE reclamando, además, indemnización por los daños morales derivados de la vulneración del derecho fundamental. El Ministerio Fiscal emitió informe considerando que el recurso debía ser desestimado.

2. CUESTIÓN PLANTEADA

Conforme expresamente indica la Sala del Tribunal Supremo en el primero de sus fundamentos jurídicos, la cuestión planteada en el recurso es determinar si la negativa empresarial a reconocer a una sección sindical constituida por un sindicato que no tiene presencia en el comité de empresa y a no reconocer, tampoco, el nombramiento de una delegada sindical o representante de dicha sección constituye una vulneración de la libertad sindical del sindicato accionante y, en caso afirmativo, si la referida vulneración daría derecho a una indemnización por daño moral.

No obstante, de la lectura de la sentencia recurrida del TSJ de Madrid la conclusión que se alcanza es que ese no fue el objeto de la litis en la primera instancia: en primera y segunda instancia los órganos juzgadores abordaron la supuesta vulneración del derecho a la libertad sindical desde la perspectiva de una sección sindical que, no reuniendo los requisitos del artículo 10.1 LOLS,

nombra una delegada sindical y que como tal pretende que sea reconocida por la empresa.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

En el Fundamento Jurídico segundo la Sala del Tribunal Supremo admite que concurre la contradicción entre la sentencia del TSJ de Madrid recurrida y la sentencia del País Vasco de 27 de enero de 2015, (Rec. 2614/2014) ECLI:ES:TSJPV:2015:410, invocada de contraste por el sindicato recurrente ya que «en mérito a hechos, pretensiones y fundamentos sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a resultados contradictorios. En efecto, en ambas resoluciones el sindicato accionante había constituido una sección sindical a la que le había dotado de representante; en ninguno de los dos casos la empresa reconoció la constitución de dicha sección advirtiéndole que no les reconocía ningún derecho de ello derivado. El sindicato accionó demandando tutela por vulneración del derecho fundamental con fundamento en el artículo 28 CE y en la LOLS. Sin embargo, las resoluciones comparadas dieron respuestas distintas».

A pesar de lo afirmado por la sentencia del Tribunal Supremo comentada, en la sentencia de contraste del TSJ del País Vasco en ningún momento se indica que la sección sindical de CNT hubiera designado delegado sindical, representante o portavoz. En la sentencia de contraste el objeto del litigio no es la cuestión de si puede designar delegada sindical una sección sindical que no cumple los requisitos del artículo 10.1. LOLS, sino la privación del correo electrónico corporativo a una sección sindical de CNT al que tenía derecho en virtud del convenio colectivo aplicable que mejoraba los derechos previstos en la LOLS para las secciones sindicales.

En la sentencia de contraste la empresa había reconocido inicialmente la existencia de la sección sindical, que ya había participado en las negociaciones sobre la reducción salarial y modificación sustancial de condiciones de trabajo y disfrutaba de correo electrónico corporativo y hacía uso de locales de la empresa. Pero, a raíz de un incidente interno, la empresa decide la inhabilitación de las cuentas de correo genéricas, asignando una cuenta nominal solo a los presidentes de los comités de empresa, donde no hay afiliados a CNT que ni siquiera había concurrido a las elecciones sindicales. En la sentencia de contraste la empresa dirigió un escrito al sindicato CNT en el que se le notifica «que no cumplían con ninguna de las exigencias que las leyes y especialmente, la Ley Orgánica de Libertad Sindical recoge para tener derecho a constituir

una sección sindical y, por tanto, no os corresponde ninguno de los derechos que de ello pudiera derivarse».

Conforme al fallo de la sentencia de contraste, el derecho de la sección sindical de CNT al correo corporativo no deriva de la LOLS sino del artículo 55 del convenio colectivo aplicable, «que reconocía derechos sindicales para las secciones sindicales que pormenoriza y que deben ser de obligado cumplimiento, por cuanto tienen la imagen y pretensión de mejorar lo previsto en la LOLS».

La sentencia de contraste del TSJ del País Vasco concluye que «la actuación empresarial de desconsideración y falta de reconocimiento de dicha sección sindical, común, ordinaria o de hecho, supone una evidente vulneración del derecho constitucional de libertad sindical (arts. 7 y 28 de la Constitución en relación a los arts. 2 y 8 de la LOLS), por cuanto imposibilita la representación sindical de dicha sección sindical confundiendo las previsiones de la LOLS con los derechos y funciones que reconoce su propio convenio colectivo en el artículo 55».

Y esta es la diferencia esencial entre la sentencia de contraste y la sentencia del TSJ de Madrid recurrida: el TSJ del País Vasco falló que había habido vulneración del derecho a la libertad sindical porque el no reconocimiento de la sección sindical se traduce en la privación de los derechos que el convenio colectivo sí contempla incluso para las secciones sindicales que no cumplen los requisitos del artículo 10.1 LOLS. Mientras que en la sentencia recurrida del TSJ de Madrid lo que se cuestiona es que se trate de una sección sindical que pueda designar delegada sindical *stricto sensu*, no habiéndose privado a la sección sindical de ninguno de los derechos previstos por la legislación vigente o la negociación colectiva.

Por tanto, y a modo de conclusión personal –que someto a cualquier otra mejor fundada– el mero hecho de que una empresa niegue la existencia de una sección sindical no afecta a su válida constitución puesto que su existencia no queda supeditada al reconocimiento, o no, por parte de la empresa: a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la constitución de una sección sindical –en tanto que instancia organizativa interna del sindicato– forma parte del contenido indisponible del artículo 28.1 CE. Pero, al mismo tiempo, la sección sindical es también representación externa del sindicato y desarrolla funciones y facultades cuya configuración corresponde al legislador o, en su caso, a la negociación colectiva, como permite expresamente el artículo 10.2 de la LOLS.

Por tanto, la vulneración del derecho a la libertad sindical existirá cuando se impida u obstaculice la constitución de una sección sindical o se le niegue el ejercicio de los derechos que tenga reconocidos. Ninguna de estas circuns-

tancias se cumple en la sentencia recurrida del TSJ de Madrid, aunque sí en la sentencia de contraste del TSJ del País Vasco. Coincidió con el Ministerio Fiscal cuando informó que el recurso en Unificación de Doctrina debía ser inadmitido.

4. CONCLUSIÓN

Para estimar el primer motivo del recurso (vulneración del derecho a la libertad sindical) la Sala del Tribunal Supremo se basa en la consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del propio Tribunal Supremo sobre secciones sindicales y delegados sindicales. Jurisprudencia que no ignoraron ni la sentencia del TSJ de Madrid recurrida ni la del Juzgado de lo Social n.º 10 de Madrid. En puridad, no hay discrepancia alguna entre los tres órganos jurisdiccionales respecto a que la sección sindical es una instancia organizativa interna del propio sindicato, sin personalidad jurídica propia y que la constitución de secciones sindicales y, en su seno, la elección de representantes, portavoces o delegados que actúen en representación de la propia sección o de los afiliados es ejercicio de la libertad interna de auto organización del sindicato que no puede ser impedido ni coartado. Es pacífico en las tres sentencias que el artículo 8.1 LOLS reconoce, sin ambages ni cortapisas, el derecho de los trabajadores afiliados a un sindicato, en el ámbito de la empresa o del centro de trabajo, a constituir secciones sindicales de conformidad con los estatutos del sindicato.

A partir de la jurisprudencia examinada, en el Fundamento Jurídico tercero, último párrafo, la Sala del Tribunal Supremo llega a la conclusión de que ha existido vulneración del derecho a la libertad sindical en su contenido esencial porque «la empresa no ha reconocido la existencia de la sección sindical del sindicato demandante... y niega que la sección pueda nombrar un delegado o portavoz, aun sin los derechos y garantías del artículo 10 LOLS».

No se comparten esas conclusiones, dicho sea, con el debido respeto, ya que no existe documento ni se ha practicado prueba alguna en las actuaciones que permitan sostener que la empresa se haya negado a reconocer capacidad a la sección sindical para nombrar representantes sin las garantías del artículo 10 LOLS. Esa cuestión no se ha planteado ni en la primera ni en la segunda instancia puesto que en todo momento el sindicato demandante ha pretendido que la persona elegida por la sección sindical sea reconocida como delegada sindical, y tal denominación expresamente le da en todos los escritos dirigidos a la empresa. Y, por ese motivo, tanto la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 10

de Madrid como como la del TSJ de Madrid que la confirmó, centran el debate en la cuestión de si la sección sindical de CNT-AIT puede nombrar delegada sindical *stricto sensu* en la empresa demandada.

El nudo gordiano para estimar el recurso de casación está en la afirmación que hace la Sala del Tribunal Supremo de que la empresa se ha negado a reconocer la existencia de la sección sindical, lo que conlleva la existencia de vulneración del Derecho a la libertad sindical. Pero ese dato, ciertamente reflejado en los escritos dirigidos por la empresa al sindicato, el Tribunal Supremo lo saca fuera de su contexto: ninguno de los escritos de la empresa comienza negando capacidad a los afiliados para constituir una sección sindical. Por el contrario, todas las respuestas de la empresa al sindicato están siempre enfocadas desde la óptica del artículo 10.1 LOLS y por eso sus escritos comienzan indicando que la CNT-AIT no tiene representación dentro de la entidad puesto que no tiene presencia en el comité de empresa. Lo que la empresa está negando es que la trabajadora, a la que su sindicato atribuye la condición de delegada sindical –con sus inherentes prerrogativas–, pueda ser designada como tal por la sección sindical constituida con ese objetivo, ya que no se cumplen los requisitos del artículo 10.1 LOLS. Y así lo entendieron tanto el Juzgado de lo Social n.º 10 de Madrid como el TSJ de Madrid, que en ningún momento recogen como hecho probado que la empresa hubiera negado a la sección sindical el derecho a nombrar una portavoz.

A mayor abundamiento, se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo comentada que la asamblea para constituir esa sección sindical se celebró en las mismas instalaciones de la empresa demandada, con lo que cual se evidencia que la empresa nunca ha desconocido el derecho de sus trabajadores afiliados a CNT a crear secciones sindicales. Tampoco se ha probado que a la sección sindical de CNT –constituida válidamente conforme el artículo 8.1 LOLS– la empresa demandada le haya obstaculizado el ejercicio de las competencias que al amparo de la citada normativa puede asumir.

Por todo lo expuesto no comparto el fallo de la sentencia del Tribunal Supremo analizada que, además, condenó a la empresa demandada a la cantidad de tres mil euros en concepto de daño moral por vulneración de su derecho a la libertad sindical.

15. LIBERTAD SINDICAL Y SUBROGACIÓN EMPRESARIAL

Comentario a la STS 477/2024 de 14 de marzo de 2024 (Rec. 81/2022)

VIRGINIA GARCÍA YEBRA

Licenciada en Derecho. People Manager en Saica

GERMÁN GARCÍA YEBRA

Licenciado en Derecho. Legal Compliance Manager en Grant Thornton

Palabras clave: Tutela de la libertad sindical, subrogación empresarial, mantenimiento de la representación de los trabajadores, indemnización por daños.

1. ANTECEDENTES

El asunto abordado por la STS comentada se refiere a la compraventa de una empresa dedicada a la actividad de servicios de ayuda a domicilio por otra estando ambas bajo el ámbito de aplicación del mismo convenio colectivo. El objeto de la rama de negocio transmitida era la citada actividad para mayores y personas dependientes, constando expresamente en la escritura que se transmitían los trabajadores, así como la obligación de la adquiriente de subrogarse en los contratos de trabajo en virtud de lo dispuesto en el artículo 44 de la LET. La empresa cedente, que disponía de un Comité de Empresa de 9 miembros, recibió por parte de la cesionaria un escrito en el que se le comunicaba la pérdida de la condición de representantes legales de los trabajadores por entender que se había producido la extinción como unidad productiva autónoma del centro de trabajo adquirido por integrarse en la nueva empresa.

Se comunicaba también que al aumentar la plantilla como consecuencia de la subrogación del personal podían promover elecciones sindicales para sustituir a la única delegada de personal existente hasta entonces. De igual forma, se trasladó por la empresa cesionaria a los miembros del Comité la obligación de incorporación a sus puestos de trabajo de quienes se encontraban dispensados por crédito de horas al no reunir, según aquélla, la condición legal de representantes.

Ante tal situación, uno de los Sindicatos con presencia de cuatro miembros en el Comité de Empresa interpone una demanda de tutela de derechos fundamentales, por lesión de la libertad sindical, siendo estimada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 9 de diciembre de 2021 en la que se declara la existencia de dicha vulneración de la organización sindical reclamante por parte de la empresa demandada, la nulidad radical de la conducta de la referida empresa por no reconocer a los miembros del Comité de Empresa subrogados, el cese inmediato de dicha conducta empresarial por ser contrario a la libertad sindical de la organización sindical demandante, el restablecimiento del sindicato demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la decisión empresarial descrita condenándola a abonar al sindicato demandante una indemnización por importe de 12.000 euros.

2. CUESTIONES PLANTEADAS

Por los antecedentes mencionados las cuestiones planteadas se refieren, por un lado, al alcance que tiene en una transmisión la subrogación por la empresa cesionaria del personal de la cedente como ordena el artículo 44 de la LET y, en particular, la obligación de la nueva empresa de garantizar la condición de representantes legales de los trabajadores de la cedente en el ejercicio de sus funciones a que se refiere el artículo 44.5 de la LET. Por otro, si una conducta empresarial que desconoce ese derecho es constitutiva de lesión del derecho fundamental a la libertad sindical con los correspondientes efectos jurídicos indemnizatorios que, en su caso, se derivan.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL Y CONCLUSIONES

Como se sabe, una de las garantías de protección del patrimonio jurídico de los trabajadores en los supuestos de transmisión de empresa afecta también a la dimensión colectiva, de forma que la representación legal del personal se

mantiene en la empresa cesionaria como garantía y tutela, a la vez, de la libertad sindical anudada a la subrogación empresarial.

No se pierde, por tanto, la condición de miembro integrante del Comité de Empresa, si bien lo determinante, como así lo exige el artículo 44.5 de la LET, es que la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva objeto de la transmisión «conservar su autonomía». De esta forma, si esa condición está presente en el cambio de titularidad del empresario no se extingue por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores, que siguen ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad al cambio de titularidad. El TS viene así insistiendo desde tiempo en que lo relevante es que se mantenga el centro de trabajo para el que fueron elegidos los trabajadores (STS de 23 de julio de 1990).

Es, por ello, que la subrogación, en principio, no tiene por qué alterar los mecanismos de la representación si la empresa o centro de trabajo conservan su identidad. Y, a la inversa, cuando no se transmite la totalidad de la unidad electoral en la que los trabajadores fueron elegidos representantes del personal, cediéndose parte de ella, que se integra en la nueva empresa, sin mantenerse como unidad productiva autónoma, no pervive la cualidad de representante, sin perjuicio de las correspondientes correcciones de las representaciones resultantes bajo la modalidad de elecciones parciales en los centros cedente y cesionario.

Y esa exigencia legal es la que cuestionaba la empresa cesionaria sin presentar prueba alguna que exceptuara la regla general comentada al entender, sin fundamento, que la compraventa implicaba que ya no existía la autonomía que exige el artículo 44. 5 de la LE. Apela para ello a una cláusula del Convenio colectivo aplicable referida a la conclusión de una contrata sobre la que establecía la subrogación, siendo que en el presente caso no era tal supuesto, sino una compraventa.

Pero tanto el TSJ de Canarias, como el TS en la Sentencia comentada, no otorgan relevancia a esa circunstancia en la que la empresa insistía sobre una actividad como la de ayuda a domicilio en la que hay numerosos hogares con diferentes usuarios no es posible entender que se conserve autonomía y sustantividad. Esto es, la transmisión, en el presente caso, lo ha sido de una unidad productiva que goza de esas exigencias a las que se sujeta la aplicación del artículo 44.5 de la LET, haciéndose eco de la STS de 5 de diciembre de 2013. Y la compraventa en un negocio a través del cual se produce el cambio de titularidad, que da lugar a la subrogación.

Se deduce, pues, de la STS comentada que la empresa que quiere exceptuar la aplicación de la regla general del citado artículo 44,5 debe presentar

pruebas que demuestren la falta de autonomía y sustantividad. En el relato fáctico no hay constancia alguna, clara, de la no conservación de la autonomía de la unidad transmitida para que se pueda hacer valer. Antes, al contrario, lo que se deduce es que se ha transmitido a la empresa cesionaria una unidad de negocio consistente en los servicios de asistencia domiciliaria para mayores y personas dependientes, con aportación de los clientes. Repárese así como la empresa, hasta la adquisición de la unidad de negocio, contaba con una delega de personal, lo que significa que no podía tener una plantilla superior a cincuenta trabajadores. Es como consecuencia de la compraventa de la otra empresa por la que pasó a disponer de mas de 250 trabajadores, lo que permite deducir claramente que la unidad de negocio persistía como autónoma, siendo asistida en una importante proporción por los propios trabajadores subrogados que estaban representados por quienes integraban el Comité de Empresa.

La argumentación jurídica del TS es, por consiguiente, irreprochable, por lo que coincidimos plenamente con ella y con el fallo al entender que se ha producido por todo lo expuesto una lesión de la libertad sindical del sindicato recurrente.

Y la misma conclusión cabe extraer del reconocimiento del daño derivado de esa lesión y de su importe indemnizatorio.

En efecto, la Sala de instancia, cuyo argumento hace suyo el TS, ponderó claramente los hechos que rodean al caso para alcanzar el importe indemnizatorio de 12.000 euros, como es el número de personas afectadas, que no sólo lo son los representantes de los trabajadores afectados directamente, sino todos los subrogados que se han visto privados de tener una representación legal, unido al desprestigio que se despliega sobre el propio sindicato, así como el tiempo de privación al mismo de su representación legal.

El TS entiende así que esa indemnización (el sindicato reclamaba 25.000 euros sobre los criterios orientativos de la LISOS), en aplicación del artículo 183 de la LRJDS sobre daño moral existente e indemnizable, se presenta justificada y suficiente, partiendo de la acreditada vulneración del derecho de libertad sindical, siendo clara la necesidad de reparación de las consecuencias que esa conducta empresarial ha provocado, disponiendo el restablecimiento del sindicato demandante en la integridad de su derecho.

La empresa recurrente se oponía al reconocimiento de la cuantía de la indemnización concedía por la Sala de instancia, pero, como en la cuestión anterior, no presentaba justificación alguna, por lo que se desestima, también con razón por el TS, en esta Sentencia a cuyo comentario ponemos ahora fin.

**16. ¿VULNERA EL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL
LA TRAMITACIÓN DE LAS ELECCIONES A REPRESENTANTES
DE LOS TRABAJADORES ANTE LA OFICINA PÚBLICA
DE FORMA ELECTRÓNICA?**

Comentario a la STS 476/2024 de 14 de marzo de 2024 (Rec. 62/2022)

ALEJANDRO MUROS POLO
Profesor Doctor Sustituto. Universidad de Granada
ORCID: 0000-0002-6192-8481

Palabras clave: libertad sindical, elecciones, representación legal unitaria de los trabajadores, «salto digital», Administración Pública

1. ANTECEDENTES

Esta sentencia del Alto Tribunal español es fruto del recurso de casación interpuesto por Comisiones Obreras de Castilla y León contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la citada comunidad autónoma (sede de Valladolid) de fecha de 29 de noviembre de 2021 (rec. 18/2021). En este último pronunciamiento judicial se desestima la demanda presentada por CCOO y UGT contra la Junta de Castilla y León sobre tutela de derechos fundamentales de libertad sindical, donde se pretendía que se declarara la actuación de las Oficinas Públicas de Registro, Depósito y Publicidad de la Junta como contraria a derecho y vulneradora del derecho a la libertad sindical, solicitando que se ordenara el cese inmediato de tal comportamiento vulnerador y se retornara al registro presencial o subsidiariamente la convivencia entre el

sistema presencial y telemático en las Oficinas Públicas de Elecciones Sindicales de Castilla y León.

Como antecedentes de hecho, recogidos en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, podemos señalar los siguientes:

«Con anterioridad a entrar en vigor la normativa sobre administración digital a los efectos que nos ocupan, los representantes de los sindicatos acudían directamente a las OTT donde presentaban el preaviso físicamente en las Oficinas Territoriales de Trabajo se les daba un número a mano y en el mismo momento se lo llevaban. Se presentaban tres copias una para la OTT que se la quedaba la oficina, otra para la empresa y otra para el presentante, que se retiraban.

Una vez realizado el proceso los presidentes de Mesa autorizaban al sindicato a llevar las actas de elecciones y las presentaban y se procedía de la misma manera se les daba hora y fecha de registro del acta y se las llevaban en el mismo momento, todo ello con documentos originales.

Cada sindicato tenía una carpeta donde se incluía toda la documentación que le afectaba y la presentada por otro sindicato en la que tuviese interés».

Tras la implantación del registro electrónico, la Sala recoge lo siguiente:

«En la actualidad toda la comunicación se hace por vía telemática, la OTT sólo admite la presentación de un ejemplar del preaviso. A veces se produce alguna demora en los plazos lo que puede originar problemas a los sindicatos.

Los preavisos que realizan otros sindicatos se les comunica por vía telemática.

Las actas originales de escrutinio ahora se quedan en el sindicato, y se mandan escaneadas. Los votos nulos se escanean y luego se llevan en mano. Las actas de revocación con las firmas de los trabajadores no se facilitan alegando protección de datos, cuando antes al menos les dejaban verlas».

2. CUESTIÓN PLANTEADA

En la sentencia objeto de comentario se discute si el paso del registro presencial al registro electrónico en cuanto a las funciones que tienen atribuidas las oficinas públicas de registro, depósito y publicidad en las impropia- mente denominadas «Elecciones sindicales» (Monereo Pérez, Molina Navarrete, Moreno Vida y Vila Tierno, 2023) supone o no una vulneración del principio de legalidad y del derecho fundamental a la libertad sindical.

Para CCOO Castilla y León la «caída ocasional» de los sistemas telemáticos, a través de los cuales se tramitan los preavisos, provoca demoras en los plazos que causan problemas a los sindicatos implicados, habida cuenta de la brevedad de dichos plazos en materia de elecciones sindicales, «acrecentando

las posibilidades de impugnación o anulación de estos procedimientos electorales, con la consiguiente inseguridad jurídica». Además, el citado sindicato alega que no solo se ha producido un cambio en el sistema de registro, sino que también se han suprimido *de facto* funciones legalmente atribuidas a la Oficina Pública de elecciones (entre ellas cita: «publicación de las actas de escrutinio, requerimiento para subsanación de los presidentes de mesa, expedir copias auténticas de las actas, reclamar a la mesa electoral la presentación de un acta correspondiente a una elección celebrada, etc.»).

En este sentido, el sindicato recurrente plantea recurso de casación, fundado en el apartado e) del artículo 207 LRJS («Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate»), denunciando que se ha producido una interpretación errónea del artículo 16 de la Ley 39/2015 en relación con los artículos 25 y 26 del Real Decreto 1844/1994 (Reglamento de Elecciones), así como en relación con el artículo 28 CE, a la luz de los artículos 2.1.d), 6 y 7 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

El Tribunal Supremo acaba por desestimar el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia del TSJ castellanoleonés por un defecto en materia procesal, como se analizará a continuación.

En efecto, la sentencia recurrida parte de la base de que los cambios introducidos en la tramitación de las elecciones a representantes legales unitarios frente a la Oficina Pública no son de carácter trascendente, ya que estos derivan del denominado «salto digital». Esto es, son consecuencia de la obligación que tienen las personas jurídicas de relacionarse de forma electrónica con la Administración Pública, a partir del año siguiente de la publicación en el *BOE* de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y, en concreto, a través del registro electrónico a partir del 2 de abril de 2021 (*vid.*, Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos).

De este modo, la sala del TSJ en ningún momento acepta que, más allá de la transición digital, las Oficinas Públicas de registro, depósito y publicidad de la Comunidad Autónoma de Castilla y León hayan dejado de hacer funciones que antes realizaban ni que hayan cambiado las condiciones en las que el personal responsable presta sus servicios. Es más, el TSJ realiza una serie de

afirmaciones que para el Tribunal Supremo tienen un gran alcance fáctico a efectos de la inadmisión del presente recurso:

«No existe constancia alguna de que sus funciones, estructura (de la OTT)... se haya alterado ni por vía de hecho ni de derecho»; «No se ha probado que se hayan producido cambios de personal ni cambio de funciones. Lo único que ha quedado acreditado es que, como en el resto de la Administración todo lo que antes recibían de forma presencial o en formato papel a través de los registros, ahora cuando proviene de personas jurídicas todo llega a través de los registros en forma digitalizada y a partir de esos elementos realizan los mismos cometidos que antes»; «El único cambio que se ha producido, lo es en la forma en que se produce el acceso a la Administración»; y «No se ha articulado prueba alguna de que haya habido problemas con proceso electoral alguno ya sea de manera genérica o particular».

Sin embargo, a pesar de que la sentencia recurrida declara expresamente lo contrario, el recurso formulado se fundamenta sobre la base de que se han producido cambios en las funciones de las oficinas públicas de elecciones sindicales y en las condiciones de trabajo de dichas oficinas territoriales de trabajo. El recurso parte así de unas premisas fácticas distintas de las que constan en la sentencia recurrida, lo cual tendría que haberse discutido por la vía del motivo de recurso de la letra d) del artículo 207 LRJS («Error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios») y no por la vía de la letra e), que está diseñada para velar por el imperio y prevalencia de la norma jurídica en un sentido amplio (Moliner Tamborero y Sampedro Corral, 2009, 87).

A la vista de lo anterior, el Tribunal Supremo establece que el recurso incurre en el rechazable vicio procesal de la llamada «petición de principio» o «hacer supuesto de la cuestión», que ha lugar cuando el recurso parte de unas premisas fácticas distintas de las que han sido declarado probadas en la resolución judicial recurrida. Se trata de un vicio procesal que ya tiene tradición en la jurisprudencia del Alto Tribunal (*cf.*, entre otras, SSTS de 11 de enero, rec. 149/2021; de 13 de abril, rec. 217/2021; de 7 de junio, rec. 201/2021; de 20 de septiembre, rec. 250/2021; de 2 de febrero de 2021, rec. 128/2019; de 14 de mayo de 2020, rec. 214/2018; de 8 de noviembre de 2017, rec. 40/2017; de 3 de mayo de 2017, rec. 123/2016; de 11 de febrero de 2016, rec. 98/2015; de 3 de febrero de 2016, rec. 31/2015).

Como ya se ha reiterado, la sentencia de instancia no reconoce que se haya producido un cambio en el funcionamiento de las Oficinas Públicas de Elecciones Sindicales. Tan solo admite que se hayan podido producir disfun-

ciones en los primeros momentos del «salto digital», habida cuenta de la importancia cualitativa del proceso de transformación electrónica de la Administración, sin que ello haya supuesto una vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical. Para el TSJ que ahora solo se presente un ejemplar del preaviso y que no se presenten documentos originales es consecuencia de que dichos documentos se digitalizan para su entrega por registro electrónico, lo cual queda avalado porque se registra por persona plenamente identificada que es responsable de la autenticidad de lo presentado. Además, se ha acreditado que se ha establecido un sistema de presentación física del documento original cuando se considere necesario, como es el caso de los votos nulos. Por último, la sentencia recurrida subraya que no se ha probado que haya habido problemas con proceso electoral alguno, ya sea de manera genérica o particular.

Con base en todo lo anterior, al no haber sido desvirtuada la apreciación de la prueba por el juzgador de instancia, con las limitaciones y exigencias que ello conlleva (Monereo Pérez, Moreno Vida, Páez Escámez, Olarte Encabo, Fernández Avilés, Vila Tierno, Fernández Ramírez, 2020, 498), se rechaza el recurso de casación y, por ende, el Tribunal Supremo refrenda que no se ha producido vulneración o lesión del derecho a la libertad sindical, tanto en su vertiente de derecho de información como en su vertiente de promoción de las elecciones sindicales (art. 28.1 CE y art. 2.1.d) LOLS). Del mismo modo, tampoco se han vulnerado el resto de preceptos legales citados (arts. 6 y 7 LOLS, art. 16 Ley 39/2015 y arts. 25 y 26 del Reglamento de Elecciones).

La desestimación del recurso para el Tribunal Supremo debe de entenderse sin perjuicio de que se puedan ejercer cuantas acciones estén previstas en el ordenamiento jurídico para los casos en los que en algún proceso electoral se vulneren los derechos enunciados.

4. CONCLUSIÓN

En esta sentencia el Tribunal Supremo no aprecia lesión al derecho fundamental a la libertad sindical, habida cuenta de que se ha incurrido en un defecto procesal. La naturaleza extraordinaria de la construcción normativa del recurso de casación y de sus motivos impregna de principio a fin su tratamiento, puesto que no se puede olvidar que el derecho a la tutela judicial efectiva no incluye el derecho a cualquier tipo de recurso, sino solo el derecho a los legalmente establecidos (Molina Gutiérrez, 2023, 5, con cita en las SSTC 3/1983, de 5 de enero, y 54/1984, de 4 de mayo). Es por tal cuestión que partir de hechos distintos de los que ha declarado acreditados la sentencia de instancia no permite el recurso

de casación, ya que ello significaría revisar la actividad probatoria y, especialmente, la valoración de la prueba realizada en instancia; algo que corresponde exclusivamente a esta (STS de 15 de mayo de 2007, rec. 44/2006).

En la sentencia comentada el recurso de casación no ha refutado los fundamentos fácticos en los que se basa la sentencia recurrida, los cuales niegan el cambio de funciones de las Oficinas Públicas de Elecciones Sindicales y consecuentemente que haya habido vulneración del derecho a la libertad sindical. Este pronunciamiento, por ende, no contempla que en cualquier caso el tránsito a la Administración digital sea de carácter inocuo de cara a este derecho fundamental, como han reconocido ciertos titulares de prensa, puesto que el Tribunal Supremo al final de su sentencia sí que deja la puerta abierta a que se acuda a los tribunales cuando en otros procesos electorales concretos se vulnere el derecho a la libertad sindical por el denominado «salto digital».

El derecho reconocido en el artículo 28.1 CE es un derecho complejo o genérico integrado por un conjunto de derechos, libertades y facultades que identifican o hacen reconocible su ejercicio (una exposición detallada de la jurisprudencia en la materia en la STSJ recurrida en casación, F.J. 3.º). Entre tales derechos se incluye el derecho a la información y participación institucional, así como la facultad de los sindicatos de promover y participar en las elecciones a los órganos de representación de los trabajadores (Montoya Melgar, 2017, 238); unos derechos que deben de quedar salvaguardados por los poderes públicos.

5. BIBLIOGRAFÍA

- MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C.; MORENO VIDA, M. N. y VILA TIERNNO, F.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Granada, Comares, 2023.
- MONEREO PÉREZ, J. L.; MORENO VIDA, M. N.; PÁEZ ESCÁMEZ, R.; OLARTE ENCABO, S.; FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.; VILA TIERNNO, F. y FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M.: *Manual de Derecho procesal laboral*, Madrid, Tecnos, 2020.
- MOLINER TAMBORERO, G. y SAMPEDRO CORRAL, M.: *El recurso de casación laboral: casación ordinaria y casación para la unificación de doctrina*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- MOLINA GUTIÉRREZ, S.: «Hacer supuesto de la cuestión como vía para el fracaso de los recursos extraordinarios», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 4, 2023.
- MONTOYA MELGAR, A.: «El contenido complejo de la libertad sindical: planos individual y colectivo», en VV.AA. (W. Sanguinetti Raymond y E. Cabero Morán, coords.): *Sindicalismo y Democracia*, Granada, Comares, 2017.

17. LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD SINDICAL Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE

Comentario a la STS 475/2024 de 13 de marzo de 2024 (Rec. 166/2022)

FARAH AMAADACHOU KADDUR

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada. ORCID: 0000-0002-7704-0663

Palabras clave: libertad sindical, derechos fundamentales, negociación colectiva, actividad sindical, secciones sindicales.

1. ANTECEDENTES

Los antecedentes de hecho que obran en la sentencia objeto de análisis son los que se detallan a continuación. La Unión Sindical Independiente de Trabajadores-Empleados Públicos (en adelante, USIT-EP) interpuso una demanda en materia de derechos fundamentales por vulneración de la libertad sindical ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la que solicita:

1. Declarar la existencia de vulneración de la libertad sindical, en su vertiente de negociación colectiva y actividad sindical, por impedir y menoscabar el derecho a la negociación colectiva de USIT-EP, sindicato representativo del profesorado de Religión.

2. La nulidad de la conducta de las codemandadas al no convocar a USIT-EP a la mesa de negociación de la «Adenda de modificación del Acuer-

do por el que se regula la modalidad de teletrabajo para el profesorado de Religión de enseñanza pública no universitaria de la Comunidad de Madrid».

3. Anular la «Adenda de modificación del Acuerdo» y convocar a las secciones sindicales legitimadas para negociar la Adenda.

4. Condenar a la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Educación, Universidades, Ciencia y Portavocía de la Comunidad de Madrid a una indemnización por daños morales de 10.000 euros.

Una vez admitida a trámite la demanda, se celebró el juicio. El 28 de abril de 2022, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimó la demanda de USIT-EP, absolviendo a la Dirección General de Recursos Humanos de Educación, Universidades, Ciencia y Portavocía de la Comunidad de Madrid y otros codemandados.

En la sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

1. El Decreto 79/2929, de 16 de septiembre, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid regula el teletrabajo en la Administración de la Comunidad de Madrid e incluye al profesorado de Religión.

2. El 24 de septiembre de 2021, la Dirección de Recursos Humanos y los sindicatos de la Mesa Sectorial del Personal Funcionario Docente firmaron un acuerdo regulando el teletrabajo para el personal docente no universitario de la Comunidad de Madrid, incluyendo al profesorado de Religión.

3. El 28 de septiembre de 2021, USIT-EP solicitó la anulación de este acuerdo y la apertura de una negociación específica para el profesorado de Religión. Posteriormente, se convocaron reuniones y se enviaron borradores de acuerdos específicos.

4. El 29 de octubre de 2021, USIT-EP expresó su desacuerdo con el borrador del acuerdo sobre teletrabajo para el profesorado de Religión.

5. El 3 de diciembre y el 23 de diciembre de 2021, se realizaron reuniones de la Mesa Técnica de la Sectorial de Personal Docente no Universitario de la Comunidad de Madrid.

6. El 21 de enero de 2022, USIT-EP presentó una solicitud indicando su disposición a firmar la adenda específica para el profesorado de Religión, y el 7 de febrero de 2022 desistió de su demanda original tras comprobar que la adenda excluía expresamente al profesorado de Religión del acuerdo de teletrabajo general.

USIT-EP interpuso un recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el cual fue impugnado por la Comunidad de Madrid. Admitido el recurso de casación, el Ministerio Fiscal consideró el

recurso improcedente. Una vez instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, fijándose la fecha del 13 de marzo de 2024 para la votación y fallo.

2. CUESTIÓN O CUESTIONES PLANTEADAS

La representación del sindicato USIT-EP presenta un recurso de casación tras la desestimación de su demanda por violación de derechos fundamentales, específicamente la libertad sindical, según el artículo 28 de la Constitución Española y los artículos 2.1.d) y 2.2.d) de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, en su vertiente de la negociación colectiva.

Las peticiones rechazadas en instancia eran las siguientes: declarar la vulneración del derecho a la negociación colectiva de USIT-EP, sindicato representativo del profesorado de Religión; la nulidad de la conducta de las co-demandadas por no convocar a USIT-EP a la mesa de negociación de la «Adenda de modificación del Acuerdo por el que se regula la modalidad de teletrabajo para el profesorado de Religión de enseñanza pública no universitaria de la Comunidad de Madrid»; anular la mencionada Adenda para volver a convocar a las secciones sindicales legitimadas para negociarla en el ámbito del profesorado de Religión; y condenar a la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Educación, Universidades, Ciencia y Portavocía de la Comunidad de Madrid a una indemnización por daños morales de 10.000 euros.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

En primer lugar, como ya se ha indicado con anterioridad, de acuerdo con la fundamentación jurídica que obra en el cuerpo de la sentencia, el sindicato USIT-EP ha interpuesto un recurso de casación contra la sentencia que desestimó su demanda, alegando la vulneración de los artículos 28 de la Constitución española y 2.1d) y 2.2d) de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical. Argumentan que se han vulnerado sus derechos relacionados con la libertad sindical, específicamente en lo referente a la negociación colectiva.

La sentencia emitida por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 28 de abril de 2022 declaró que la adenda del 8 de febrero de 2022, que modifica el acuerdo sobre la modalidad de teletrabajo

para el profesorado de Religión en la enseñanza pública no universitaria de la Comunidad de Madrid, tenía como objetivo adaptar y clarificar la regulación existente del acuerdo para proporcionar mayor seguridad jurídica al profesorado de Religión. En consecuencia, se determinó que no hubo vulneración del artículo 28 CE, subrayando que no se trataba de una comisión negociadora.

Bien, dejando al margen otras cuestiones sustanciadas en la sentencia, tales como la solicitud de incorporación de un nuevo hecho fáctico, voy a centrar mi atención en analizar la cuestión concreta de la posible vulneración de los artículos 28.1 en relación con el 37.1 CE. A este respecto, el Tribunal Supremo entiende que la redacción del título de la Adenda sugiere inicialmente que el acuerdo original ha sido modificado; sin embargo, tanto el contenido de la adenda como la voluntad expresada en la mesa técnica indican que solo se buscaba aclarar situaciones relacionadas con la pandemia que permitían el teletrabajo del personal docente. No se ha detectado una nueva negociación sobre el acuerdo inicial, sino que se han resuelto dudas sobre su aplicación. La adenda no introduce contenido novatorio, sino que está vinculada al acuerdo original. Dicha adenda se adaptó a un problema imprevisto y clarificó la regulación existente para mayor seguridad jurídica del profesorado de Religión.

En este contexto, recordamos la jurisprudencia reiterada por la Sala IV del Alto Tribunal. En las SSTS 807/2020 del 29 de septiembre, rec. 36/2020, y de 15 de marzo de 2018, rec. 59/201, se afirma respecto del derecho de los Sindicatos a participar en las comisiones de administración del Convenio Colectivo, que dicha Sala ha realizado las siguientes consideraciones: a) la exclusión de un Sindicato no firmante del Convenio para formar parte de las comisiones de administración es legítima y no vulnera la libertad sindical, salvo que se demuestre que tal exclusión es irracional o desproporcionada o contraría un derecho; b) las circunstancias específicas del caso determinarán si la exclusión del sindicato no firmante está justificada desde un punto de vista objetivo y razonable; c) aunque la doctrina fomenta la negociación colectiva y la coherencia en la conducta, no se puede negar que las comisiones no negociadoras no se limitan a interpretar o administrar las reglas del convenio. En caso de duda sobre la naturaleza de una comisión, se debe favorecer el derecho de libertad sindical y permitir la participación del sindicato no firmante en una comisión con funciones negociadoras (SSTS de 21 de octubre de 2013 –rco 104/12–, asunto «Correos y Telégrafos, SA»; 3 de febrero de 2015 –rco 64/14–, asunto «Feve»; y –Pleno– 22 de julio de 2015 –rco 130/14–, asunto Liberbank, SA»).

Por otro lado, la STC 213/1991, del 11 de noviembre, establece en su fundamento jurídico primero que la jurisprudencia de este Tribunal, basada en la doctrina de la STC 73/1984 y continuada por las SSTC 9/1986 y 39/1986, reconoce que la exclusión de un Sindicato de algunas comisiones creadas por un pacto que no ha firmado ni se ha adherido, puede vulnerar el derecho a la libertad sindical si implica una limitación del derecho a la negociación colectiva, especialmente cuando se trata de comisiones negociadoras que establecen modificaciones del convenio o nuevas reglas. La STC 184/1991 afirma que es crucial respetar la legitimación para negociar del Sindicato basada en su representatividad. Las partes del convenio colectivo no pueden crear comisiones con funciones de modificación o regulación de condiciones de trabajo excluyendo a ese sindicato. Fuera de este límite, las partes pueden crear una organización común de encuentros o comisiones *ad hoc*, siempre que no tengan funciones reguladoras, pero sin limitarse únicamente a la interpretación o administración de las reglas del convenio (fundamento jurídico 6.º).

Por consiguiente, el sindicato tenía derecho a ser convocado a las reuniones correspondientes, ya que estaba legitimado y había reiterado su voluntad de participar en la adaptación y firma del acuerdo en cuestión.

En la STS de 17 de junio de 2022, rec. 56/2021, se señalaba la diferencia entre una comisión de un convenio colectivo con funciones normativas o negociadoras y las comisiones de administración aplicadoras, indicando que «En las primeras tiene derecho a integrarse cualquier sindicato que esté legitimado para negociar. En las segundas, la participación puede limitarse únicamente a los firmantes del convenio colectivo, sin que ello suponga una merma del derecho de libertad sindical».

En el litigio actual, se advirtió que la adenda elaborada no fue realizada en el seno de la comisión de seguimiento, sino por las partes inicialmente firmantes del acuerdo, entre las cuales no figuraba el demandante, quien había entendido que la referencia al profesorado de Religión en el primer acuerdo no era correcta, y había formulado demanda que se desistió al haberse producido una pérdida sobrevenida del objeto que la propició. Estando legitimado para ser convocado a la mesa de negociación y aceptar el acuerdo participando en la elaboración de la adenda antes de su diseño, su petición fue desatendida. Esta conducta, aunque ubicada en una decisión aplicativa o clarificadora del acuerdo no suscrito, según las circunstancias concurrentes, debe calificarse como contraria al derecho a la negociación colectiva, parte del derecho fundamental a la libertad sindical del artículo 28 CE, en consonancia con la doctrina previamente mencionada.

4. CONCLUSIONES

Por todo lo expuesto, en su fallo, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por USIT-EP, cassando y anulando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de abril de 2022 (rollo 143/2022), declarando:

1. La existencia de la vulneración del derecho fundamental de libertad sindical en su vertiente a la negociación colectiva de USIT-EP.

2. La nulidad radical de la conducta de las codemandadas consistente en no convocar a USIT-EP a la mesa de negociación de la «Adenda de modificación del Acuerdo por el que se regula la modalidad de teletrabajo para el profesorado de Religión de enseñanza pública no universitaria de la Comunidad de Madrid».

3. La nulidad de la referida Adenda para volver a convocar a las secciones sindicales legitimadas para negociarla en el ámbito del profesorado de Religión.

4. Y, por último, condenar a la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Educación, Universidades, Ciencia y Portavocía de la Comunidad de Madrid al abono al sindicato actor de una indemnización de 7.501 euros en concepto de daños morales.

18. NUEVA APORTACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA SALA CUARTA SOBRE LAS SECCIONES SINDICALES CONJUNTAS DE PERSONAL LABORAL Y FUNCIONARIO Y LAS PRERROGATIVAS QUE DERIVAN DE ESA FACULTAD ORGANIZATIVA

Comentario a la STS 462/2024 de 13 de marzo de 2024 (Rec. 240/2021)

MARÍA JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA

Presidenta de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón

Palabras clave: Tutela derechos fundamentales, libertad sindical.

1. ANTECEDENTES

El sindicato «Confederación General del Trabajo» (en adelante, CGT) constituyó una sección sindical en la empresa «Correos y Telégrafos» (en adelante, CyT) con ámbito que abarcaba el conjunto de la provincia de Toledo.

En esa provincia se celebraron el 18 de diciembre de 2019 elecciones sindicales. El censo electoral era de 706 trabajadores laborales y de 57 personas funcionarias. A resultas de esas elecciones se constituyó un comité de empresa de 21 miembros, de los cuales 3 pertenecientes a CGT, y una Junta de Personal de 5 miembros, de los cuales 1 perteneciente a CGT.

Dos días más tarde de esas elecciones el delegado sindical de CGT solicitó ante CyT que: (i) Se le reconociesen 40 horas de crédito sindical horario. (ii) Se le acumulasen parte de las 15 horas de crédito horario sindical que correspondían al representante de funcionarios, ya que la funcionaria elegida

renunciaba a ellas. La empresa contestó que al representante de CGT respecto al personal funcionario solo le correspondían un total de 15 horas de crédito horario. En cuanto a la representación del personal laboral se reconocieron al delegado sindical un total de 120 horas.

Posteriormente la sección sindical de CGT de Toledo remitió nueva comunicación a la empresa, informándole de que en esa provincia había resultado elegido nuevamente al anterior delegado sindical y, además, que se había procedido al nombramiento de un segundo delegado sindical. CyT respondió que, no superando el número de 750 la plantilla de personal laboral a la fecha de celebración de las indicadas elecciones sindicales, a CGT le correspondía un único delegado sindical.

CGT planteó demanda de conflicto colectivo en materia de tutela de derechos fundamentales (tutela de libertad sindical y antidiscriminación sindical) ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. Planteó: (i) Que el censo electoral de la provincia de Toledo rebasaba 750 electores, lo que le otorgaba el derecho a contar con 2 delegados sindicales (art. 10.2 Ley Orgánica de Libertad Sindical, LOLS). (ii) Por igual razón correspondía el reconocimiento del derecho a un crédito horario sindical de 40 horas a cada uno de esos delegados sindicales [arts. 68.e) y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, ET]. (iii) No reconocidos esos derechos por la empresa demandada, ésta había incurrido en lesión de su derecho de libertad sindical. (iv) Como consecuencia de la lesión de este derecho fundamental debía reconocerse al sindicato demandante una indemnización de 7.502 euros.

Por sentencia del citado órgano judicial de fecha 26 de abril de 201 (número 681/2021) se desestimaron las excepciones de falta de competencia objetiva y territorial del citado Órgano jurisdiccional, falta de legitimación activa del sindicato actor y, en cuanto al fondo de la pretensión de demanda, se estimó parcialmente, en el siguiente sentido: (i) Número de delegados sindicales que corresponden a CGT: Se estimó que eran dos, en lugar de uno reconocido por la empresa. (ii) Número de horas de crédito horario que corresponden a los delegados sindicales de CGT: La sentencia reconoce 40 horas de crédito horario a cada uno de ellos. (iii) Indemnización de daños y perjuicios: Desconocidos los citados derechos por parte de la empresa, ésta había incurrido en vulneración del derecho a la tutela de la libertad sindical de CGT, lesión que debía ser indemnizado, si bien no en la cuantía solicitada en demanda, sino en otra menor que se cifró en 1.500 euros.

2. CUESTIONES PLANTEADAS EN RECURSO POR LA EMPRESA

CyT interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo basándose en tres motivos.

Los dos primeros sostuvieron la existencia de lesión del derecho de libertad sindical, invocando la vulneración de los artículos 28.1 y 37.1 de la Constitución Española (CE), 10.2 LOLS y 82.3 ET, sobre la base de que no cabe computar conjuntamente al personal laboral y funcionario de CyT para determinar los umbrales normativos establecidos a efectos de determinar el número de delegados sindicales que corresponden a CGT ni el número de horas sindicales que corresponden a estos delegados. El tercer motivo de recurso defendió la vulneración del artículo 183.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) en relación con los artículos 7, por un lado, y 39 y 40.1, por otro, de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS), cuestionando la indemnización fijada en instancia en concepto de daños morales del sindicato demandante.

El recurso no fue impugnado por CGT.

El Ministerio fiscal presentó dos informes diversos.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL SUPREMO

La decisión de la Sala se fundó en los razonamientos que se van a indicar, sucintamente expuestos, ya que la sentencia es densa y extensa. Fue su ponente la Ilma. Magistrada doña María Luz García Paredes, sin ningún voto particular en contra.

Primera cuestión: Libertad de un sindicato para organizar su estructura a nivel de empresa, de centros de trabajo autónomos o de centros de trabajo agrupados.

Acogiéndose a esta posibilidad, CGT fijó la provincia como ámbito de constitución de su sección sindical en la empresa CyT en Toledo. Sobre este extremo no se duda de la legalidad de esa decisión.

Segunda cuestión: Libertad de un sindicato para decidir el carácter mixto de sus secciones, englobando personal laboral y funcionario.

El Tribunal Supremo la admite en el caso de CGT en la provincia de Toledo, pues esa agrupación se ha llevado a cabo por razones objetivas. Se hace así eco de la jurisprudencia según la cual solo resulta rechazable la agrupación

electoral de centros de trabajo cuando resulte artificiosa, abusiva y fraudulenta (por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2021, recurso de casación 133/2019, ECLI:ES:TS:2021:1244, y las muchas que en ella se citan).

Tercera cuestión: Medición de la representatividad de un sindicato sumando conjuntamente la obtenida en los órganos de representación unitaria de personal laboral y funcionario

El Tribunal Supremo la admite, con apoyo en varios argumentos.

Rechaza la manifestación de recurso según la cual existe un Acuerdo Marco de Relaciones laborales en la Entidad Pública CyT, de 22 de marzo de 2000, con valor de convenio colectivo, cuya vigencia se encuentra expresamente admitida en la disposición adicional primera del III Convenio Colectivo de la «Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. (BOE de 28 de junio de 2011), estableciendo aquél que los sindicatos representarán a los colectivos de personal laboral o funcionario de manera separada en sus respectivos órganos de representación unitaria, de modo que, si la audiencia electoral obtenida por el sindicato en cada uno de esos procesos electorales se mide por separado, no cabe que luego se computen conjuntamente los candidatos que han resultado elegidos en esos órganos de representación. Frente a este argumento el Tribunal Supremo aprecia que el citado Acuerdo Marco no puede limitar el mínimo de derecho necesario en materia de delegados sindicales que resulta del artículo 10.2 LOLS, tal como dijera la sentencia del mismo Alto Tribunal de 23 de septiembre de 2015 (recurso 253/2014, ECLI:ES:TS:2015:4554), sino que lo único que puede es mejorar la regulación de esa ley orgánica. Por tanto, el Acuerdo Marco no puede ser obstáculo para entender que «sin perjuicio de que el sistema de elección a órganos de representación unitaria siga manteniendo una separación entre los delegados de personal y comités de empresa, por un lado, y delegados de personal y Juntas de Personal, por otro, ello no debe impedir que, cuando el Sindicato haya obtenido representación de ambos colectivos, por encima del 10% de los votos emitidos en las elecciones a Comité de Empresa y Junta de Personal, pueda crear una sección sindical conjunta y, como consecuencia natural de lo anterior, por ese ámbito de acción mayor, al estar presente en los dos órganos de representación, Comités de Empresa y Juntas de Personal, deba computarse el total de efectivos, funcionarios y laborales, a los efectos de designar el número de Delegados Sindicales que le corresponda por ese total».

Por otro lado, mantiene la sentencia comentada que la existencia de secciones sindicales mixtas y el derecho a la negociación colectiva conjunta de funcionarios y laborales ya está expresamente admitida en varias disposiciones regula-

doras de las Administraciones Públicas, como es el caso del artículo 33 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), y por la Resolución de 22 de enero de 2021 (BOE 29 de enero de 2021), de la Secretaría General de Función Pública, por la que se aprueba y publica el Acuerdo de las Mesas Generales de Negociación de la Administración General del Estado de 16 de diciembre de 2020, por el que se modifica el Acuerdo de 30 de mayo de 2017, sobre asignación de recursos y racionalización de las estructuras de negociación y participación. El apartado 6.2 de dicha Resolución de 2021 prevé la constitución de «secciones sindicales conjuntas que integrarán al personal funcionario, laboral y estatutario» y establece que «estarán representadas por delegadas y delegados sindicales elegidos por y entre sus afiliados y afiliadas en el centro de trabajo», acordando ese precepto una escala para la designación de representantes sindicales más favorable que la establecida en el artículo 10.2 LOLS. En la misma línea el «Estatuto del Personal de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A.», aprobado por Real Decreto 370/2004, de 5 de marzo (BOE de 8 de marzo de 2004), prevé en su artículo 61.3 que :«En beneficio de la homogeneidad de criterios y actuaciones, podrán constituirse comisiones o mesas de negociación comunes para funcionarios y laborales cuando exista concordancia de funciones y materias sobre los respectivos ámbitos. Dichas mesas comunes se constituirán y regularán por los pactos que alcancen la Sociedad Estatal y las organizaciones sindicales».

Por último, destaca la sentencia comentada que cuando está en juego la libertad sindical las normas han de interpretarse en el sentido más favorable posible para el reconocimiento de ese derecho fundamental, según jurisprudencia que recuerda de la misma Sala.

Cuarta cuestión: cabe el reconocimiento en favor de los delegados sindicales de los derechos del artículo 10 LOLS cuando el ámbito en el que pretenden su ejercicio se ajusta de forma paralela al ámbito electoral en el que fueron elegidos.

En el caso de este litigio, acreditado que la suma de electores laborales (706) y funcionarios (57) supera 750 y que CGT obtuvo más del 10% de los candidatos elegidos para pasar a formar parte de los órganos de representación unitaria de ambos colectivos, resulta que ese sindicato tiene derecho a dos delegados sindicales (art. 10.2 LOLS) y al número de 40 horas sindicales que se reclama para cada uno de ellos [art. 10.3 LOL en relación con el art. 68.e) 5.º ET].

Quinta cuestión: Indemnización por lesión del derecho de libertad sindical.

El haber negado la empresa esos derechos al sindicato actor ha supuesto vulneración de su derecho fundamental a la libertad sindical, el cual compren-

de el ejercicio de la actividad correspondiente en función de los recursos humanos y materiales que la LOLS establece con carácter de derecho mínimo necesario.

Dicha lesión genera en favor del sindicato la indemnización por daños y perjuicios reconocidos en instancia en favor de CGT, considerando la actual jurisprudencia que se mantiene en esta materia, a tenor de la cual, si bien los artículos 179.3 y 183.1 y 2, LRJS exigen la identificación de circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización por parte de quien la solicita, estos preceptos contemplan una excepción en el caso de los daños morales unidos a la vulneración de un derecho fundamental cuando resulte difícil la estimación detallada de esos daños.

En suma, desde la temprana doctrina constitucional (sentencia Tribunal Constitucional 61/89, de 3 de abril, ECLI:ES:TC:1989:61) se admitió que se pueden constituir secciones sindicales en cualquier empresa o centro de trabajo, aunque su dimensión sea igual o inferior a 250 trabajadores, si bien, caso de constituirse en centros que no alcanzasen dicho número y nombrasen delegados sindicales, éstos no serían titulares de los derechos y garantías establecidos en el artículo 10 LOLS, a menos que se dispusiera otra cosa en la negociación colectiva o por decisión de la empresa. Desde entonces los sindicatos han ido abriendo un abanico en la configuración de sus secciones sindicales y en paralelo la jurisprudencia ha tenido que pronunciarse sobre la adecuación a Derecho de esas sucesivas formas que iban adoptando. A lo largo de este camino ha habido cambios de doctrina jurisprudencial, como el que recoge la sentencia de Pleno del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2014 (recurso 91/2013, ECLI:ES:TS:2014:3933), seguida de otros muchos pronunciamientos de ese Alto Tribunal respaldando el ejercicio del derecho de libertad de auto organización en materia de secciones sindicales. La sentencia comentada en este texto refleja de manera clara la posición actual de la jurisprudencia y en el momento de redactar este texto no se ha publicado ninguna otra sentencia posterior en la materia, lo que justifica el interés por examinar los argumentos que la sustentan.

19. LA LIBERTAD SINDICAL SE ABRE PASO EN EL FÚTBOL PROFESIONAL A GOLPE DE PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES

Comentario a la STS 441/2024 de 7 de marzo de 2024 (Rec. 226/2021)

OLIMPIA MOLINA HERMOSILLA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Jaén. ORCID: 0000-0002-1946-6682

Palabras clave: Libertad sindical, futbol profesional.

1. ANTECEDENTES

El sindicato de futbolistas ON presentó demanda contra La Liga de Fútbol profesional (en adelante, La Liga) y a la Asociación de Futbolistas Españoles (AFE) en materia de tutela del derecho fundamental a la libertad sindical que fue estimada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 30 de abril de 2021 (Auto 267/2020), al considerar contrario a este derecho la exclusión del sindicato demandante de la entrega anual en proporción a su implantación en el sector del futbol profesional, del 0,5% del importe neto de los ingresos obtenidos de la explotación comercial conjunta de los derechos audiovisuales del futbol español. Así mismo, se reconoció el derecho al sindicato ON a recibir la cantidad correspondiente al porcentaje de afiliación que presente entre el total de futbolistas afiliados a algún sindicato, en el ámbito del Acuerdo que puso fin a la huelga de 9 de octubre de 2015, y subsidiariamente, que dicho reconocimiento se corresponda con el porcentaje de votos obtenidos en las votaciones celebradas para determinar la composi-

ción de la Mesa Negociadora del Convenio Colectivo para la Actividad del Fútbol profesional en el año 2019.

De igual forma, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional condenó solidariamente a La Liga y a AFE a abonar al sindicato ON, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, la cantidad que a éste le hubiera correspondido del citado 0,5% de los ingresos obtenidos por la explotación comercial de contenidos audiovisuales de competiciones futbolísticas, en proporción a su afiliación, que en el año 2019 era de 34,07%, quedando cuantificada en 2.582.506 euros. Subsidiariamente resultaron condenados solidariamente, por el mismo concepto, La Liga y AFE a abonar al sindicato actor la cantidad de 307.748 euros, correspondientes al 4,06% de votos obtenidos en las elecciones celebradas entre la primera y la segunda división A.

2. CUESTIÓN O CUESTIONES PLANTEADAS

El sindicato de futbolistas ON presenta implantación nacional y agrupa a futbolistas de todas las categorías profesionales. Este sindicato demanda a La Liga y AFE quienes en octubre de 2015 habían alcanzado un Acuerdo para poner fin a la huelga general convocada por AFE, siendo en ese momento AFE el único sindicato constituido en el sector del fútbol profesional. En virtud de este acuerdo, La Liga se comprometía a que AFE recibiría, como sindicato mayoritario entre los futbolistas profesionales, el 0,5% del importe neto del total de los ingresos obtenidos de la explotación comercial de los derechos audiovisuales, dedicándose esta cantidad con carácter finalista y exclusivo a las siguientes actividades del sindicato AFE: 1.º Actividades encaminadas a proporcionar formación a los futbolistas para su posterior inserción en el mercado laboral; 2.º Actividades dirigidas a la promoción profesional, ocupación efectiva y demás derechos sociolaborales de los futbolistas profesionales; 3.º Constitución de un Fondo de Emergencia para atender a futbolistas en estado de necesidad; 4.º Todas aquellas actividades dirigidas a mejorar la situación de los futbolistas al término de su carrera deportiva.

La Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 30 de abril de 2021, acoge en parte la demanda de tutela de derechos fundamentales planteada por el sindicato ON, al considerar contrario a su derecho a la libertad sindical, la actuación de los demandados de negarle la participación en el reparto proporcional del 0,5%. En este sentido, entiende la Sala que «existe una

presión indirecta para la afiliación de los trabajadores a AFE, que sitúa a un sindicato en una posición superior a los demás, lo que constituye un acto de presión o injerencia lesivo a la libertad sindical». Considera la Sala que el hecho de restringir un determinado beneficio que financia la patronal del sector, únicamente a quienes acrediten la afiliación a un determinado sindicato, en este caso AFE, constituye un supuesto claro de desigualdad, prohibida por nuestro ordenamiento jurídico, sin que pueda quedar justificado por el hecho de que, en el momento de la adopción del acuerdo de reparto, era AFE el único sindicato existente en el sector. Y ello porque la actuación llevada a cabo no supone únicamente la quiebra del principio de no discriminación entre organizaciones sindicales, sino que, al mismo tiempo, supone no respetar la libertad sindical individual de los y las futbolistas profesionales.

Al mismo tiempo, establece para el sindicato ON un porcentaje de participación del 4,06% de esa suma y condena a indemnizar a los demandados por daños y perjuicios a una cantidad de 307.748 euros, correspondiente a la aplicación de este porcentaje sobre la cantidad total percibida por AFE en el ejercicio 2019.

Frente a esta Sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 30 de abril de 2021, el sindicato ON formula recurso de casación ante el Tribunal Supremo, en base a la siguiente motivación: En primer lugar, determinar si la actuación llevada a cabo por La Liga y AFE, consistente en negar al sindicato demandante participación en la distribución de la cantidad del 0,5% de los ingresos obtenidos por la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones futbolísticas, derivado del Acuerdo alcanzado para poner fin a la huelga, en octubre de 2015, vulnera su derecho a la libertad sindical. Junto a ello, solicita que se vea incrementado su derecho en el reparto de los derechos de explotación audiovisuales hasta el 34,07%.

El sindicato AFE por su parte, recurre la sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de abril de 2021, sustentando dicho recurso en la negativa de que su conducta haya supuesto vulneración alguna del derecho a la libertad sindical de la que haya podido resultar perjudicado el sindicato ON.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

A criterio de la Sala Social del Tribunal Supremo, que queda cristalizado en la Sentencia 7 de marzo de 2024, objeto de este comentario, la atribu-

ción de estos fondos derivados de la explotación audiovisual de las competiciones futbolísticas, a un determinado sindicato, como es en el caso que nos ocupa al sindicato AFE, con exclusión del resto de sindicatos operantes en el sector del fútbol profesional, sitúa al primero en una posición de privilegio o ventaja para la captación de afiliados y para el desempeño de su actividad sindical.

No aprecia la Sala Social razones objetivas para la exclusión del sindicato On de este reparto de derechos de explotación audiovisuales, al entender que, una vez constituido, tiene derecho a participar y cumplir con los mismos objetivos finalistas que quedaron fijados en el acuerdo de 2015, que puso fin a la huelga general del sector, en igualdad de condiciones que el resto de sindicatos de este sector.

Para la Sala IV, los riesgos que se derivan de la injerencia empresarial, consistente en la financiación de actividades sindicales realizadas por un sindicato, en detrimento del otro sindicato litigante, a través de los acuerdos obtenidos en el proceso de negociación colectiva, sólo pueden efectivamente corregirse mediante la «justa y proporcionada distribución de la aportación empresarial» entre las dos fuerzas sindicales en liza. De esta forma, se consigue hacer partícipe al sindicato demandante en dicho acuerdo de negociación colectiva, en los mismos términos y condiciones pactados por el sindicato único en la fecha en que se alcanzó dicho acuerdo.

En cuanto a la forma para realizar esta correcta distribución, considera la Sala que la representatividad obtenida por cada sindicato del sector en las denominadas elecciones sindicales, es el criterio más certero para proceder a dicha distribución, al tiempo que permite actualizar periódicamente esta distribución del fondo, en función de cuáles sean los resultados que se arrojen en cada convocatoria de elecciones sindicales celebradas.

4. CONCLUSIÓN

Todos los argumentos expuestos conducen a la Sala a desestimar el recurso de casación interpuesto tanto por el sindicato de futbolistas ON, como por AFE, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el 30 de abril de 2021 (rec 267/2020), en demanda sobre la tutela del derecho fundamental a la libertad sindical, declarando su firmeza.

La sentencia objeto de este comentario constituye una nueva expresión de la ruptura del monopolio sindical que se ha venido produciendo en nuestro país, a golpe de pronunciamiento judicial, en el ámbito del fútbol profesional.

En este sentido, no cabe duda que se trata de un sector profesional en el que AFE ha gozado durante mucho tiempo de la situación hegemónica que le atribuía el hecho de ser el único sindicato de futbolistas profesionales, con capacidad omnicomprendensiva por tanto, para defender y representar los intereses de estos deportistas profesionales.

Esta situación hegemónica, de sindicato único, ha ido cediendo paulatinamente terreno, con la aparición de nuevos sindicatos representativos de los intereses de los trabajadores profesionales del fútbol que, en algunos casos, han estado inspirados en un fuerte componente de género. Concretamente, en el caso del sindicato Futpro¹, Asociación de Futbolistas profesionales, surgido por la necesidad sentida por las futbolistas profesionales de que también sus intereses fueran defendidos en igualdad de condiciones que la de sus colegas hombres.

En este sentido, resulta interesante traer a colación la Sentencia de la Sala Social de la Audiencia Nacional 133/2022 de 17 de octubre (Rec 238/2022), por la que también fue condenada AFE por vulneración de los derechos fundamentales a la libertad sindical y no discriminación por razón de sexo, imponiéndole el cese inmediato de la práctica que venía realizando, consistente en restringir el acceso al fondo de retirada a las personas que se encontrasen afiliadas únicamente a dicho sindicato, excluyendo a las que no estuvieran sindicadas o lo estuvieran a otro sindicato distinto, por considerar nula esta práctica. Así mismo, se reconoce al sindicato Futpro, que constituye el sindicato mayoritario de fútbol profesional femenino, el derecho a percibir 60.002 euros en concepto de daños morales derivados de la vulneración de ambos derechos fundamentales².

¹ Se trata de un sindicato constituido por Resolución de la Dirección General de Trabajo, publicada en BOE 4 de noviembre de 2021, formado y dirigido exclusivamente por mujeres futbolistas que compiten en España, encaminada a la defensa y promoción de las condiciones socio profesionales específicas que les afecta. Vid. <https://futpro.es/>

² Esta sentencia ha sido objeto de detenida atención y comentarios por parte de destacados representantes de nuestra doctrina. Por todos ellos Vid. ROJO TORRECILLA, E. «Las futbolistas profesionales y su derecho a la libertad sindical y a la no discriminación por razón de sexo», *Revista de Jurisprudencia Laboral* n.º 10, 2022.

5. BIBLIOGRAFÍA

ROJO TORRECILLA, E. «Las futbolistas profesionales y su derecho a la libertad sindical y a la no discriminación por razón de sexo», *Revista de Jurisprudencia Laboral* n.º 10, 2022.

20. EL ATERRIZAJE DE LA LIBERTAD SINDICAL EN EL DEPORTE PROFESIONAL (UNA VEZ MÁS, FÚTBOL ES FÚTBOL)
Comentario a la STS 441/2024 de 7 de marzo de 2024 (Rec. 226/2021)

MIGUEL CARDENAL CARRO
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos

Palabras clave: Libertad sindical, igualdad entre Sindicatos, financiación Sindicatos, indemnización por daños morales, deporte profesional.

1. ANTECEDENTES

Más de 45 años antes de esta Sentencia empezó la acción sindical en el fútbol español. Al calor de aquellas reivindicaciones, huelga incluida, de obligada memoria para los aficionados del fútbol de cierta edad (<https://www.marca.com/primer-plana/2024/03/03/65ddc34146163f94248b45db.html>), surgió un Sindicato llamado Asociación de Futbolistas Españoles. Con la ayuda entre otros de un Catedrático de Derecho del Trabajo que antes había sido futbolista, José Cabrera Bazán, se alcanzaron los llamados Acuerdos AFE/Clubes de 1979, trasladados casi íntegramente al Real Decreto de 1981 que por primera vez reguló la relación laboral especial de los deportistas. Tras los retoques que incorporó el vigente RD 1006/1985, comenzó una negociación colectiva que desde el primer Convenio Colectivo de 1987, con una periodicidad más o menos cuatrianual, nos ha ido brindando recurrentemente nuevos Convenios.

Desde el primero de esos Convenios se suscitó la cuestión de la financiación del Sindicato. Con un colectivo de potenciales representados muy limitado (en torno a 1000 jugadores entre primera y segunda división), enseguida surgieron ideas imaginativas más allá del canon de negociación de 50.000 pesetas que incorporó el primero de ellos (y que es de las pocas cosas que los convenios posteriores no han mantenido). Al principio los jugadores pensaron soportarlo ellos con aportaciones en especie, y el convenio obligó a los clubes a ceder una vez al año a AFE a los jugadores que hiciera falta para que el propio Sindicato, devenido empresario, pudiera explotar comercialmente un partido amistoso. Esta tradición la ha mantenido también la RFEF hasta hace poco.

La explotación comercial tampoco fue algo sostenible en el tiempo por variadas razones, y se sustituye la celebración de ese partido por una cantidad de dinero (y no perder la fecha para un partido amistoso de la selección). En una fórmula que ha hecho fortuna en el resto de deportes profesionales que llegaron luego a la negociación colectiva, con el mismo modelo de sindicato único, la patronal financia a ese Sindicato.

Este modelo ha durado cuarenta años, mientras esa financiación alcanzaba cifras muy relevantes, que servían para que ese colectivo de 1000 jugadores recibiera unas prestaciones propias de un «privilegiado club elitista» (llegando a incluir en algún caso derramas para financiar planes de previsión social, por ejemplo), y al mismo tiempo servía al Sindicato para dar servicio al colectivo de profesionales y semiprofesionales que en categorías inferiores desarrollan su tarea muy lejos de las condiciones salariales que disfrutaban los afectados por el Convenio Colectivo. Esta financiación se incrementó de manera muy significativa en 2015, al incorporar a las cantidades habituales un 0,5 de los ingresos generados por la venta de los derechos audiovisuales del fútbol. Sólo esta partida supone en el año 2019, sobre el que versa la litis, aproximadamente ocho millones de euros, lo permite una matemática sencilla si se compara con el colectivo mentado de en torno a un millar de trabajadores.

Al final de la primera década de este siglo, una primera crisis estuvo a punto de provocar un cuestionamiento del modelo. En una etapa en la que el recurso a la Ley concursal alcanzó de largo a más de la mitad de las empresas del fútbol profesional, la negociación AFE / Liga estableció unas condiciones muy favorables para los futbolistas en comparación con los trabajadores comunes, de manera que los privilegios del crédito salarial del futbolista de primera división eran muy superiores a los de sus compañeros de taquillas, limpieza, seguridad u oficinas, y eso a los Sindicatos de clase no les hizo mucha gracia.

La sangre que entonces no llegó al río, ha acabado en esta Sentencia. Tras cuatro décadas de unidad sindical, en apenas un par de años las páginas del *BOE* publicaron el alumbramiento de tres sindicatos, Futbolistas ON, Sindicat y Fupro, este último exclusivamente para el fútbol femenino.

Futbolistas ON cuestionó que esta financiación patronal tuviera que ser exclusivamente disfrutada por AFE, pues obviamente afectaba a su capacidad para presentarse como una opción atractiva para los trabajadores, a los que disfrutar de las ventajas del mentado «privilegiado club elitista» se les condicionaba a la posesión del carné de afiliado del hasta entonces Sindicato único.

2. CUESTIÓN O CUESTIONES PLANTEADAS

El Tribunal debe dilucidar si es compatible con la libertad sindical que ese 0,5% del valor de los derechos audiovisuales que pactaron patronal y Sindicato cuando sólo existía AFE como cantidad que debía recibir esta organización, se mantenga inalterado pese a la aparición de otros Sindicatos en el sector.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

El Tribunal Supremo, tomando pie de la STS 6/2020, de 8 de enero (rec. 216/1018), confirma el pronunciamiento de la Audiencia Nacional que consideró lesionada la libertad Sindical de Futbolistas On.

En efecto, razona el Tribunal que «El pacto de 2015 mantiene su vigencia, el sindicato AFE percibe en cada anualidad las sumas correspondientes a aquel 0,5% de los derechos de explotación, sus efectos continúan desplegándose tras la constitución del sindicato FON que sigue excluido del mismo, y afectan en consecuencia de manera grave al ejercicio de su actividad sindical en condiciones de desigualdad respecto al único sindicato al que la patronal entrega aquellos fondos en detrimento del demandante. El sindicato que recibe esos fondos puede realizar con ellos una diversidad de acciones y actividades que mejoran su imagen frente al colectivo y benefician la extensión de su nivel de implantación, quedando excluido de esa posibilidad el sindicato demandante», tras haber recordado que ya en la Sentencia de 2020 se expuso que «Restringir un beneficio que financia la organización patronal del sector a quienes acreditan afiliación a determinado sindicato (con exclusión de quienes optan por o pertenecer a ninguno o por incorporarse a otro) constituye un supuesto

claro de desigualdad proscrita por nuestro marco protector de la libertad sindical. Las circunstancias cronológicas en que se pretende cimentar la validez de ese resultado (subrayando que AFE era el único sindicato sectorial) carecen de relevancia pues, como queda expuesto, aunque no se hubiera creado el sindicato ON, las referidas previsiones merecerían igual valoración. Porque no se trata solo de que quiebre el principio de no discriminación entre organizaciones sindicales, sino también de que deja de respetarse la libertad sindical individual.»

En definitiva, ninguna sorpresa: la claridad del artículo 12 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical conduce necesariamente a esta calificación, más allá, como también expresa el Tribunal Supremo, de que los remedios puedan ser variados tanto en la indemnización por el daño como en la manera de afrontar la lectura que el pacto de 2015 merezca en un panorama en el que son más los Sindicatos existentes que entonces.

4. CONCLUSIONES

Esta Jurisprudencia sobre deporte profesional y Libertad Sindical, además de estar muy bien explicada, es plenamente coherente con las construcciones dogmáticas plenamente consolidadas. Pero esto no debería ser el punto final para valorar esta Jurisprudencia, y mucho menos para un acercamiento doctrinal.

«Fútbol es fútbol» fue una de las varias expresiones recurrentes de Vujadin Boskov que hicieron fortuna en el lenguaje coloquial y ganaron carta de naturaleza. El reconocido entrenador del siglo pasado acuñó con esta tautología una expresión que ha trascendido de su ámbito deportivo, y que se utiliza en cualquier situación para expresar que no pocas veces la explicación de lo evidente no tiene mejor fórmula que referirla a esa evidencia.

Cuando el Derecho del Trabajo llegó al fútbol tuvo que modularse, y ahí está una relación laboral especial que sigue contradiciendo en tantos puntos el paradigma dogmático del ordenamiento laboral (por ejemplo, su preceptiva temporalidad). Cuando los futbolistas quisieron aterrizar en la Seguridad Social, su pista fue un Régimen Especial. En esa tensión entre el «ordenamiento privado» en el que han vivido (y que sigue existiendo en paralelo, como la regulación FIFA de la contratación de jugadores), y el Derecho del Trabajo, este último viene ganando espacio, lo que no deja de generar ciertas insatisfacciones, como se ha visto en los intentos periódicos de reformar la incapacidad permanente total o la perplejidad que ha causado la aplicación de las indemnizaciones.

zaciones por extinción de contratos temporales que el ordenamiento obliga a que sean temporales.

A este escenario entra un nuevo actor junto al Derecho individual y la Seguridad Social, el Derecho colectivo. Que la cosa no venía fácil lo anticipó en 2015 un Auto de la Audiencia Nacional suspendiendo como medida cautelar una huelga (Auto de 14 de mayo de 2015, proced. 131/2015). Y transcurridas pacíficamente esas cuatro décadas, se empieza con estas Sentencias a «poner orden». Todos esos convenios colectivos durante cuarenta años que hemos ido leyendo en el *BOE* nos aclara el Supremo que eran extraestatutarios, se ha obligado a hacer elecciones, y a este sistema organizado sobre el Sindicato único se le ha situado ante la Ley Orgánica de Libertad Sindical, pidiéndole que se ajuste a su canon.

Ahora bien, si se da un paso atrás, a un observador imparcial creo imposible explicarle qué narices tiene que ver la Libertad Sindical con que, votando un colectivo de aproximadamente 1000 trabajadores, el hecho de que obtengas apenas cuarenta votos signifique que tengas que recibir más de 300.000 euros al año.

Si se observa el panorama sindical del fútbol profesional, es obvio que los recursos que paga la Liga sirven para que haya acción sindical en favor de un colectivo mucho más numeroso que está fuera del ámbito de aplicación de ese colectivo. Ninguna obligación tienen los receptores de esos 300.000 euros de hacer nada. Píadosamente el Tribunal Supremo afirma respecto del Sindicato beneficiado por esta suma de dinero que «el número de representantes electos presentados por FON, excluidas las mesas electorales cuyos resultados en la actualidad no son firmes, asciende al 4,06% del total de puestos a cubrir». La realidad es que tal votación perseguía determinar la composición de la mesa negociadora del Convenio Colectivo, y que el tal Sindicato no obtuvo el 5% que se había establecido previamente como umbral para poder al menos sentarse en la mesa, y por tanto decir que obtuvo un porcentaje de representantes no se compadece con la realidad.

La situación de perplejidad que puede provocar este acercamiento a la aplicación de la LOLS en el ámbito del fútbol seguramente ofrezca más episodios. Por ejemplo, en el ámbito mundial hay un sindicato, FIFPRO, que actúa como interlocutor ante organismos del fútbol como FIFA, pero también públicos, como la Unión Europea, y ante los Tribunales. Ese Sindicato sólo admite un afiliado por país, promoviendo activamente, y defendiendo con vehemencia en todo el mundo, la situación de «monopolio» que esta Sentencia considera una actitud contraria a la Libertad Sindical. Y el problema del reparto de estos fondos millonarios no acaba en estas Sentencias. Por ejemplo, hay un Sindica-

to de los «nuevos» que ganó las elecciones en el fútbol femenino, pero no accede a esta financiación millonaria, y ahora se encuentra con que Futbolistas On y AFE, con esos fondos que les llegan de la patronal masculina, le sitúan en una posición que difícilmente no se compadecerá con el razonamiento ya transcrito del Tribunal Supremo en el presente caso «El sindicato que recibe esos fondos puede realizar con ellos una diversidad de acciones y actividades que mejoran su imagen frente al colectivo y benefician la extensión de su nivel de implantación, quedando excluido de esa posibilidad el sindicato demandante».

No quiero romper una lanza por el modelo que se pretende ahormar *tout court* con la letra de la LOLS, pero si me parecería interesante que la discusión sobre la Libertad Sindical tuviera en cuenta los objetivos y efectos de las decisiones, y buscara alternativas en la aplicación de la Ley. De la misma manera, asumiendo que el «mercado» no arregla por sí sólo la mayoría de las cosas, tampoco en el «Mercado de los Sindicatos», estaría bien que el legislativo pensara un poco qué ocurre en nuestro deporte profesional, y decidiera que quizá hace falta un marco legal que asuma su fisonomía para que los derechos fundamentales y libertades públicas en el ámbito colectivo estén en la mejor disposición de ser garantizados en esta actividad económica del deporte profesional. Por poner un ejemplo, en 2015 se decidió que un porcentaje de los derechos de retransmisión del fútbol profesional se utilizarían para financiar estas asociaciones (y sin embargo, la Administración ahora considera que ese Sindicato sólo de mujeres no reúne por esa razón los requisitos para acceder al dinero). Fútbol es fútbol, y política es política.

21. ¿INJERENCIA ANTISINDICAL O VULNERACIÓN DE LA LIBERTAD DE AFILIACIÓN?

Comentario a la STS 422/2024 de 6 de marzo de 2024 (Rec. 288/2022)

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Salamanca. ORCID: 000-002-7180-0959

Palabras clave: conducta antisindical, libertad de afiliación sindical, actos de injerencia en las organizaciones sindicales.

1. ANTECEDENTES

La sentencia que será objeto de comentario trae su causa en una demanda en materia de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas presentada por la Unión General de Trabajadores (UGT) y su Federación Estatal de Servicios, Movilidad y Consumo (FeSMC-UGT), que fue conocida inicialmente por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y, luego de interpuesto por los demandantes recurso de casación contra la sentencia desestimatoria pronunciada por esta, por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Los hechos que motivan la demanda tienen su origen en la organización por dos directivos de la plataforma digital de reparto Glovo de sendas reuniones telemáticas los días 19 y 20 de noviembre de 2020, en las que participaron alrededor de 500 repartidores adscritos a la misma, en el caso de la primera, y de 400, en el de la segunda. Como es fácil de colegir de la transcripción de su contenido incluida en la sentencia, el objeto de dichas reuniones fue tener un

intercambio de pareceres con los mismos en torno a la situación de la empresa y el sector luego de la expedición de la STS de 25 de septiembre de 2020 (Rec. 4746/2019), que declaró la naturaleza laboral de la relación entre las plataformas de reparto y quienes realizan este servicio por cuenta de ellas, y a la vista del proceso de diálogo social iniciado por el Ministerio de Trabajo en torno a la regulación de las actividades del sector.

Estas fueron reuniones en las que los representantes de la empresa expresaron su punto de vista favorable al modelo de trabajo autónomo sobre el que pivota el desarrollo de su actividad y destacaron los beneficios que, desde su punto de vista, suponía este modelo para los repartidores, a la vez que pusieron en cuestión las negociaciones que se en marcha entre el despacho ministerial, las patronales y los sindicatos, destacando la escasa adaptación del modelo laboral postulado por el primero y apoyado por estos últimos a la realidad y las necesidades del sector y de sus trabajadores, así como el hecho de que no se tuviese en cuenta en esas negociaciones la opinión de las asociaciones de repartidores que venían defendiendo el referido modelo. Unas asociaciones a las cuales se indicó, en la segunda de dichas reuniones, que debían apuntar los participantes para hacer llegar su mensaje al regulador.

Para los demandantes la realización de estas reuniones supuso una vulneración de su libertad de sindicación, razón por la cual solicitaron su nulidad radical y que se prohiba a Glovo la convocatoria de más reuniones con ese contenido, además de ordenarle el abono de una reparación de 25.000 euros por los perjuicios causados.

Esta pretensión fue desestimada por la SAN de 21 de junio de 2021 (Proc. 34/2021), sobre la base de indicar que «ninguna norma legal impide que el empresario pueda reunirse con quienes decidieron conectarse telemáticamente (...) para exponer su criterio de que la relación entre los repartidores y la plataforma no era de naturaleza laboral sino civil» y que de su contenido no puede deducirse que «el empresario interviniera con una voluntad antisindical», por cuanto «su objeto no era que los repartidores se afiliaran a un sindicato fomentado por el empresario, ni denostar al sindicato demandante (...) ni amenazar a los repartidores si se significaban en favor de la relación contractual laboral ni de su afiliación a UGT».

2. CUESTIÓN PLANTEADA

Los demandantes interpusieron recurso de casación contra la referida sentencia, en el que sostuvieron que las manifestaciones de los representantes

de Glovo supusieron un acto de injerencia empresarial por medio del cual se pretendía posicionar a los trabajadores en contra de los sindicatos participantes en el proceso de diálogo social, y en particular contra UGT, que a la sazón había designado un delegado sindical en la empresa demandada, y animarlos a integrarse en las asociaciones de trabajadores autónomos que defendían su modelo de negocio. Lo cual representó una actuación de fomento de la constitución de sindicatos controlados por ella.

El recurso sitúa de lleno la cuestión, de tal forma, dentro del ámbito del artículo 13 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, y en particular de su segundo párrafo, que recogiendo lo dispuesto por el artículo 2.1 del Convenio 98 de la OIT dispone que «expresamente» serán considerados lesiones de la libertad sindical «los actos de injerencia consistentes en fomentar la constitución de sindicatos dominados o controlados por un empleador o una asociación empresarial o en sostener económicamente o en otra forma sindicatos con el mismo propósito de control».

Y así lo entiende también el supremo tribunal, al considerar, «atendido el punto de partida del recurso» que «el punto de partida para su resolución no puede ser otro» que el mandato contenido en dicho precepto y en particular la definición de los actos de injerencia empresarial en los sindicatos que el mismo aporta en consonancia con la norma internacional reguladora de la materia.

Este es un enfoque que resulta de decisiva importancia para la resolución del caso, puesto que lo que identifica dentro del precepto la conducta ilícita que se denuncia es la presencia de un muy preciso componente intencional, marcado por el «propósito de control» que orienta los actos de «fomento» o de «sostenimiento» a los que viene referida. Esto significa que lo que tiñe en estos casos de antisindicalidad la acción desarrollada por el empresario es su orientación hacia la creación de una situación de subordinación o sometimiento del sindicato a la voluntad y los intereses patronales, que le impida desarrollar una auténtica acción sindical en defensa de los intereses de los trabajadores y lo convierta en un interlocutor dócil y sumiso.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

Sentado lo anterior, la solución del caso cae en buena medida para el tribunal por su propio peso. Antes que nada, porque entiende que «no hay elementos de juicio que permitan considerar» que Glovo «estuviese fomentando» a través de las antes referidas reuniones «la constitución de sindicatos de trabajadores, ni mucho menos, sosteniéndolos económicamente con el objeto de

colocar estas organizaciones bajo su control». Pero también por el contenido de las declaraciones y manifestaciones de los representantes de la empresa durante el desarrollo de las mismas.

A estos efectos, la sentencia indica que dichas reuniones estuvieron «dirigidas a promover la visión de la empresa que defiende el trabajo autónomo en el sector». Y que «nada de ello supone una ilícita injerencia en la actividad sindical, sino la mera y legítima defensa de los intereses empresariales conforme al modelo de actividad que promueve» la misma. Aún así, los magistrados son conscientes de que en esos encuentros Glovo no solo cuestionó el proceso de diálogo social abierto y el papel de los sindicatos dentro de este, sino que destacó que se había dejado fuera de él a las agrupaciones de «riders» favorables al trabajo autónomo y señaló que «anima a los asistentes a contactar con estas asociaciones». Sin embargo, considera que «estas manifestaciones no traspasan en ningún caso los límites del legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión, en fomento y defensa del modelo que propugna para el desempeño de su actividad en el marco de un sistema de libertad de mercado».

En consecuencia, «las críticas a los sindicatos mayoritarios frente a la defensa de esas otras asociaciones de “riders”, no pueden calificarse de actos de injerencia que atenten contra la libertad sindical, en el sentido y con la intensidad exigida por aquellos preceptos legales» puesto que su propósito «no es tanto cuestionar o deslegitimar la actuación de unas organizaciones de trabajadores frente a otras, sino defender en realidad un determinado modelo de actividad en este sector de mercado, para mostrar sus claras preferencias por las organizaciones de trabajadores que abogan por el que resulta coincidente con sus intereses».

La actuación, en consecuencia, «no puede calificarse como acto de injerencia en la actividad sindical en los términos contemplados en los arts. 13 LOLS y 2 Convenio n.º 98 OIT», ya que esto último «exigiría un comportamiento empresarial de mucha mayor intensidad en sus críticas a la actuación del sindicato demandante».

4. CONCLUSIONES Y VALORACIÓN CRÍTICA

Como no es difícil de advertir, todo el razonamiento del tribunal viene marcado por la valoración de la conducta desde el prisma de los actos empresariales de injerencia en las organizaciones sindicales y la apreciación de no existencia del particular «animus» que caracteriza estas conductas, bien que desde una cierta óptica que pudiéramos calificar de «gradualista», toda vez que

lo que parece terminar por decantar la balanza en pro de la desestimación de la demanda es la falta de intensidad de la conducta denunciada.

Lo anterior resultaría por completo compartible si el contenido de las reuniones se hubiera limitado al debate sobre la situación actual y la defensa de la posición empresarial favorable al sistema basado en la consideración de los repartidores como trabajadores autónomos, si acaso añadiendo algún tipo de cuestionamiento o crítica a la posición mantenida por las autoridades gubernamentales y los sindicatos mayoritarios. Pero esto no fue todo, como reconoce la propia sentencia, cuando afirma que durante las reuniones la empresa mostró sus «sus claras preferencias por las organizaciones de trabajadores que abogan» por el modelo de trabajo «que resulta coincidente con sus intereses». Y que la empresa indicó además que «anima a los asistentes a contactar con estas asociaciones». Algo que quien escribe este comentario ha podido corroborar a través de la lectura atenta de las más de 15 páginas de transcripción de todo lo dicho en las dos reuniones celebradas, donde en ningún momento se afirma de manera categórica que los repartidores deben afiliarse a esas organizaciones, pero se desliza en más de una ocasión que han de «apuntar a las varias asociaciones que ya existen para hacer llegar vuestro mensaje al regulador».

Este es un comportamiento que no solamente debe ser valorado desde la óptica de los actos de injerencia en las organizaciones sindicales, sino también, y de manera muy especial, desde la perspectiva de la garantía del derecho de los trabajadores «a afiliarse al sindicato de su elección», consagrado por el artículo 2.1.b) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical. Es decir, de la protección de la libertad de afiliación.

Examinada desde este ángulo, la conducta referida podría representar un intento poco disimulado de interferir en las opciones sindicales de los repartidores desde una posición singular de poder, como es la del empresario, más aún en un contexto de precariedad y desprotección legal, como es aquel en el que se desenvuelven las relaciones de trabajo al interior de las plataformas digitales. O incluso, prescindiendo del elemento intencional, podría ser considerada una notoria interferencia del empresario en la libertad de opción sindical de los trabajadores, al mostrarles su predilección por un determinado modelo asociativo, obsecuente con sus opciones organizativas y su modelo de negocio. Algo que, al menos a criterio del suscrito, no puede venir amparado, ni por la libertad de expresión, ni por la libertad de reunión, ni por la libertad de empresa. Sin que sea preciso en estos casos una particular intensidad de la conducta a través de la cual se expresa la presión, al venir la misma respaldada por la posición de poder de quien la sostiene, que es lo realmente relevante.

Desde este punto de vista, cabría preguntarse si una solución semejante podría ser aplicada, por ejemplo, al caso en el que un empleador cualquiera hubiera optado en una reunión con su personal por «mostrar sus claras preferencias» por unas determinadas «organizaciones de trabajadores» que abogan por un modelo colaborativo en vez de conflictual de relaciones laborales, por ser este modelo «el que resulta coincidente con sus intereses».

22. EXCLUSIÓN DE LA COMISIÓN DE SEGUIMIENTO DE UN ERE DE LOS SINDICATOS NO FIRMANTES DEL ACUERDO DE FINALIZACIÓN DE CONSULTAS; VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL

Comentario a la STS 420/2024 de 5 de marzo de 2024 (Rec. 94/2022)

SARA BENDITO MARQUETA

Asociada Sénior, responsable del Área laboral de la oficina de Zaragoza del despacho de abogados Cuatrecasas

Palabras clave: Libertad sindical, comisión de seguimiento del despido colectivo.

1. ANTECEDENTES

En el marco de un proceso de despido colectivo iniciado por Ibercaja Banco S.A, al amparo del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, la intervención como interlocutores por la parte social ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas queda atribuida a los sindicatos CCOO, UGT, APECA, ACI y ASIPA, que ostentan la representación del 100% de los miembros de comités de empresa y delegados de personal de los centros afectados.

El preceptivo periodo de consultas finaliza con acuerdo siendo este suscrito por las Secciones Sindicales de CC.OO, APECA, ACI Y ASIPA, que ostentan mayoría.

El citado acuerdo recoge, entre otros puntos, la constitución de una comisión de seguimiento del despido colectivo que queda integrada por empresa y

sindicatos firmantes del acuerdo. El sindicato UGT, no firmante del acuerdo, queda excluido de la comisión.

2. CUESTIÓN O CUESTIONES PLANTEADAS

El recurso de casación formulado por el sindicato UGT se articuló con base en tres motivos:

a) En el primer motivo solicita la revisión del relato histórico de instancia por cuanto entiende que no se refleja con exactitud las funciones desarrolladas por la comisión de seguimiento;

b) En el segundo motivo denuncia la infracción de los artículos 28 y 37 de la Constitución y la doctrina jurisprudencial, sobre la base de que la citada comisión de seguimiento tiene carácter negociador; y

c) En el tercer motivo denuncia la infracción de los citados artículos 28 y 37 de la Constitución y de la doctrina del TS que invoca, alegando que un sindicato activo durante el proceso negociador del despido colectivo tiene derecho a integrarse en la comisión de seguimiento, aunque no haya suscrito el acuerdo.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

Acreditado de forma clara, directa y patente que no existe error probatorio de instancia que permita estimar el motivo de revisión de hechos, de forma que es evidente que la comisión de seguimiento no tiene funciones negociales, sino de aplicación e información sobre todos los aspectos contenidos en el acuerdo de despido colectivo, así como de seguimiento sobre el funcionamiento del plan de recolocación, no procede la admisión del recurso interpuesto por UGT.

Versa la presente resolución judicial sobre una cuestión que ha sido tratada de manera reiterada en nuestra doctrina y que se refiere a la clásica distinción entre las comisiones de interpretación, aplicación y administración de un convenio colectivo y aquellas a las que se puede reconocer funciones negociadoras, aplicando dicha doctrina al acuerdo alcanzado en el marco de un procedimiento de despido colectivo.

A tal efecto debe recordarse la doctrina reiterada de nuestro TS, entre otras, STS de 15 de marzo de 2018 (Rec. 59/2017) (*ECLI: ES:TS:2018:1116*) que aborda la cuestión del modo siguiente:

«a) la exclusión de un Sindicato no firmante del Convenio para formar parte de cualquiera de las comisiones de administración del mismo, es totalmen-

te legítima y no vulnera la libertad sindical, en tanto no se acredite que tal diferencia contraría un derecho, o bien se presente desproporcionada o irracional; b) son las concretas circunstancias del supuesto [cometido de la comisión; número de miembros integrantes; funcionalidad o disfuncionalidad de una mayor representatividad, etc.] las que en su caso –sobre la base del primordial dato de que el Sindicato no haya querido suscribir el Convenio Colectivo– habrán de evidenciar si la exclusión de la organización que se haya negado a firmar pudiera no ofrecer justificación objetiva y razonable; y c) aunque sea indudable que esta doctrina tiene claro fundamento en la potenciación de la negociación colectiva y en la lógica exigibilidad de coherencia en la conducta [no parece congruente que pretenda administrar un pacto quien ni tan siquiera lo ha aceptado».

En efecto, los convenios colectivos, de cualquier clase y ámbito funcional, reservan cada vez más una mayor atención al régimen de comisiones en su contenido normativo. Perfilan sus aspectos funcionales y, aunque en menor medida, su faceta orgánica, pero, sobre todo, generalizan su tipología mediante la delegación de atribuciones en subcomités mixtos y ponencias de trabajo. Recordando la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, se puede apreciar una corriente exegética favorecedora de la administración del convenio, no aplicando, por ejemplo, con cada vez más frecuencia el criterio de proporcionalidad en la composición social del comité cuando éste desempeñe una actividad relacionada con la gestión, interpretación o aplicación del pacto colectivo. Las facultades negociadoras se entienden referidas a la creación o modificación de condiciones de trabajo, al socaire de su «proyección normativa» y bajo el prisma de su afectación «con vocación de generalidad», integrándose además bajo este aspecto las actuaciones del órgano paritario que se «excedan» de las atribuciones delegadas por realizar una interpretación errónea del pacto colectivo. Mientras que la administración conlleva la realización de actividades interpretativas o aplicativas dirigidas a completar el convenio sin innovar el contenido normativo, haciéndolo operativo y eficaz (Alejandra Páez, Rodríguez Crespo, 2005).

Siguiendo la misma línea, se refiere la resolución judicial comentada a la STS de 29 de septiembre (rec. 36/2020, Pleno) (ECLI: ES:TS:2020:3170), que ya aplicó la citada doctrina jurisprudencial a la comisión de seguimiento del acuerdo alcanzado en un despido colectivo también, curiosamente, del sector bancario (Caso Banco Santander). En tal supuesto, un sindicato no había firmado el acuerdo suscrito en un despido colectivo y esta Sala negó que la exclusión de ese sindicato de la comisión de seguimiento de ese acuerdo, vulnerase los derechos de libertad sindical ni de negociación colectiva «Se trata, por lo tanto, de una Comisión con funciones aplicativas y de vigilancia del cumplimiento del Acuerdo y su adecuada ejecución, es decir, que carece de funciones

negociadoras o modificativas del citado Acuerdo por lo que la exclusión del Sindicato CGT de dicha Comisión no constituye vulneración del derecho de libertad sindical, ni del derecho a la negociación colectiva.»

Sin duda, se constata, en nuestro sistema de relaciones laborales actual, un mayor número y grado de institucionalización de las comisiones y subcomisiones (i.e. en sede de planes de igualdad o de despido colectivo, entre otros).

Resulta, en tal sentido, conveniente recordar y significar la reiterada doctrina jurisprudencial que diferencia entre las comisiones de administración de un convenio colectivo y las comisiones negociadoras que ahora es aplicada también a la comisión de seguimiento del acuerdo alcanzado en un despido colectivo, señalando que, en cuanto sus funciones son aplicar y vigilar el cumplimiento y la ejecución del acuerdo, careciendo de funciones negociadoras o modificativas, su exclusión no vulnera la libertad sindical.

Comisiones «ad hoc» que resultan habituales en los acuerdos de despido colectivo para su seguimiento y gestión posterior, máxime en aquellos despidos cuyo plazo de ejecución se dilata y extiende en el tiempo. En consecuencia, resulta crucial para los intervinientes en el preceptivo periodo de consultas sentar de forma clara las bases, fines y funciones de la comisión de seguimiento. Será la realidad fáctica la que determine el derecho a participar en una comisión de seguimiento de un despido colectivo a un sindicato no firmante del acuerdo en su seno alcanzado.

4. CONCLUSIÓN O CONCLUSIONES

El Tribunal Supremo diferencia entre comisiones con funciones negociadoras, donde la exclusión de un sindicato podría vulnerar su libertad sindical, y comisiones aplicativas o de seguimiento, cuya composición puede limitarse a los sindicatos firmantes del acuerdo. En el presente caso, se concluye que la comisión de seguimiento se encuadraba en el segundo tipo. Y, por tanto, la exclusión del sindicato no firmante no constituyó una vulneración de su libertad sindical.

5. BIBLIOGRAFÍA

ALEMÁN PÁEZ, F. y RODRÍGUEZ CRESPO, M.^ª J: «Aspectos orgánicos y funcionales de las comisiones paritarias. panorama actual y líneas posibles de reforma.» *Relaciones Laborales*, n.º 4, Sección Doctrina, Quincena del 23 feb. al 8 mar. 2005, año XXI, p. 257, tomo 1.

23. EL INCREMENTO DE LA ACTIVIDAD PRODUCTIVA COMO CAUSA VÁLIDA DE DENEGACIÓN DE LA REALIZACIÓN DE ASAMBLEAS SINDICALES

Comentario a la STS 340/2024 de 22 de febrero de 2024 (Rec. 324/2021)

CAROLINA GALA DURÁN

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona. ORCID: 0000-0002-0074-8321

Palabras clave: libertad sindical; asamblea de trabajadores; lugar de la asamblea; derecho de reunión

1. ANTECEDENTES

El sindicato federal de Correos y Telégrafos de la Confederación General del Trabajo (CGT) y el sindicato de transportes y comunicaciones de la CGT de Cataluña presentaron una demanda de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas al considerar que la empresa Sociedad Estatal Correos y Telégrafos SAU había vulnerado su derecho a la libertad sindical, en relación con la convocatoria de asambleas.

El sindicato CGT tenía constituida una sección sindical en la entidad demandada y en las elecciones sindicales celebradas en diciembre de 2019, de Juntas de Personal en las Administraciones Públicas, obtuvo una representación de cuatro delegados (un 17,39% de representación), y en las elecciones de junio de 2020, para representantes de los trabajadores, obtuvo cinco representantes (de 31 miembros).

En la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos SAU existía un Acuerdo Marco de Relaciones Laborales del año 2000 donde se establecía que, para respetar la gestión eficaz del servicio público, el derecho de reunión sindical se realizaría como norma general fuera de las horas de trabajo. Para el ejercicio de este derecho se garantizaban dentro de la jornada a los sindicatos con representación en cada provincia un máximo de seis horas anuales por sindicato y centro de trabajo y turno. El sindicato CGT celebró entre el 5 de octubre de 2020 y el 13 de noviembre de 2020 trece asambleas en diversas unidades y servicios de la provincia de Barcelona. También solicitó la celebración de otras asambleas en otros servicios y turnos de trabajo de Barcelona. La jefa de Relaciones Laborales comunicó a todos los sindicatos que no sería posible autorizar más asambleas en horario laboral, como consecuencia del incremento significativo de envíos y paquetería, y el incremento significativo de casos covid-19 en Cataluña.

El resto de los sindicatos no solicitó con posterioridad a esa fecha la celebración de ninguna asamblea, pero se constató que los delegados de CGT se estaban personando en los centros y celebrando asambleas, aunque no estaban autorizadas. Por otra parte, sí se celebraron asambleas autorizadas en otros centros de trabajo fuera de Barcelona.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en fecha 20 de mayo de 2021, desestimó la demanda, entendiendo que cuando el Acuerdo Marco citado ampliaba el derecho de reunión a otras situaciones no previstas en la Ley mejorando la regulación, no lo hacía de una forma indiscriminada, sino condicionándolo, de tal modo que en determinadas situaciones podían ser denegadas las peticiones de asambleas, como cuando se producía un incremento de actividad. De hecho, dichas peticiones se aceptaron en periodos anteriores a dicho incremento de actividad, así como en centros donde no se dieron las mismas circunstancias productivas, o en el año precedente en donde no debieron adoptarse medidas restrictivas por el covid.

2. CUESTIÓN PLANTEADA

La cuestión debatida se centra en determinar si la negativa de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos SAU a las solicitudes del sindicato CGT de celebrar asambleas en diversos centros y servicios de Barcelona vulnera su derecho a la libertad sindical, teniendo en cuenta, además, lo establecido en el Acuerdo Marco de Relaciones Laborales del año 2000.

El sindicato CGT entiende que las denegaciones de autorización para la celebración de las asambleas en los centros de trabajo, durante los horarios de

trabajo, infringe la regulación convencional que reconoce ese derecho como adicional al contenido de la libertad sindical, por lo que se vulnera el derecho a la libertad sindical en la esfera de la acción sindical y afecta al derecho de reunión.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

En la misma línea de lo señalado por la sentencia del Tribunal Superior de Cataluña, el Tribunal Supremo considera que la actuación empresarial no infringe lo dispuesto en el citado Acuerdo Marco ni constituye una vulneración del derecho a la libertad sindical del sindicato CGT. Y, para ello, se fundamenta en varios argumentos:

a) Con carácter previo, recuerda que debe diferenciarse el derecho de reunión sindical del derecho de todos los trabajadores a reunirse en asamblea. Y, en este sentido, la STS de 28 de abril de 2009 (rec. 1753/2008) señala que «el derecho fundamental de libertad sindical reconocido en el artículo 28 de la Constitución, integra el derecho a llevar a cabo una libre acción sindical, comprensiva de todos los medios lícitos y sin indebidas injerencias de terceros (STC 168/1996, de 29 de octubre) y en coherencia con este contenido constitucional, este derecho fundamental, tiene su desarrollo en la Ley Orgánica 11/1985 de 2 de agosto de Libertad Sindical, en la que se establece que, en el plano colectivo, el derecho de libertad sindical comporta el que las organizaciones sindicales en el ejercicio de la libertad sindical tengan derecho al ejercicio de la actividad sindical en la empresa y fuera de ella [art. 2.2.d) LOLS] estando comprendido en tal ejercicio el derecho de reunión sindical, pues como ha destacado la jurisprudencia constitucional “forma parte del contenido esencial del derecho de sindicación el derecho de celebrar reuniones a las que concurran los afiliados del sindicato que las convoque, con el objeto de desarrollar los fines propios del sindicato, pues de otra forma el ejercicio del derecho sería lógicamente imposible”... Pero con respecto al derecho de reunión en asamblea de todos los trabajadores, que no forma parte del contenido del derecho de libertad sindical, salvo que sea establecido por el Convenio Colectivo, en cuyo caso pasa a formar parte del contenido ampliado adicional...». Precisamente a este respecto, la STS de 5 de febrero de 2004 (rec. 83/2003) manifiesta que «tales previsiones normativas del Convenio Colectivo de empresa... constituyen sin duda una clara manifestación de las posibilidades de ampliación del contenido del derecho constitucional a la

libertad sindical, y por lo tanto forma parte de su contenido adicional aun cuando se entienda que ese derecho de convocatoria a una asamblea de trabajadores por parte de las Secciones Sindicales no forma parte del contenido esencial de aquel derecho fundamental, como sostiene la doctrina del Tribunal Constitucional 9/1983, de 18 de octubre o 76/2001, de 28 de marzo...».

b) Partiendo de lo anterior, el Acuerdo Marco de Relaciones Laborales no mejora el derecho de reunión en asamblea de todos los trabajadores, sino el derecho de reunión sindical, por lo que no hay ninguna mejora convencional que permita concluir que el derecho de reunión que se invoca para justificar la lesión haya pasado a formar parte del contenido adicional de la libertad sindical. Por tanto, no se puede concluir que la empresa haya infringido el derecho de libertad sindical en la esfera de la acción sindical, y que afecte al derecho de reunión.

c) Ya en la sentencia del Tribunal Constitucional 101/1981, de 8 de junio, se señaló que «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 en 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 hacer lo efectivo (por ejemplo, reuniones en horas de trabajo o en locales de la empresa)...».

d) En el Acuerdo Marco de Relaciones Laborales se establecía que las reuniones en los centros de trabajo debían tener lugar fuera de las horas de trabajo, y en el artículo 78 del Estatuto de los Trabajadores se prevé que las asambleas de trabajadores han de realizarse fuera de las horas de trabajo «salvo acuerdo con el empresario», y el artículo 8.1.b) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical también señala que las reuniones sindicales han de «realizarse fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal de la empresa». Pero esa regla general puede admitir excepciones cuando existe un acuerdo con la empresa.

e) En el caso planteado, el Acuerdo Marco permitía realizar reuniones sindicales (que no asambleas de trabajadores) dentro de la jornada de trabajo con un máximo de seis horas anuales por sindicato, centro de trabajo y turno.

Pero ese acuerdo no implicaba que la empresa debiera autorizar automáticamente y de forma incondicionada la reunión tras la petición de un sindicato, ya que se partía de la premisa de que «para garantizar la prestación de servicios, las referidas horas se consumirán en el tiempo que menos interrumpa el trabajo», se

preveían las negativas sobre espacios de tiempo a utilizar «atendiendo a las necesidades productivas y a la prestación de los servicios» y se fijaba que, en caso de desacuerdo, sería la empresa la que determinase el horario de la reunión, así como la necesidad de que para autorizar las asambleas en momentos en los que el incremento del trabajo era notable (campañas extraordinarias de navidades, campañas electorales u otras situaciones excepcionales similares) se tuvieran en cuenta «especialmente las necesidades en la prestación de servicios», y que las solicitudes se negociasen entre las ejecutivas estatales de los sindicatos y la unidad de relaciones industriales del centro directivo de Correos.

f) La empresa ha justificado la existencia de causas válidas para denegar las solicitudes del sindicato CGT. Por un lado, por las restricciones impuestas por la pandemia del covid-19, ya que, con independencia de que el número de trabajadores fuera el mismo, la celebración de una reunión implicaba la confluencia de ese personal en un espacio físico más concreto y reducido que todo el centro de trabajo, lo que incrementaba el riesgo de contagio.

Y, por otro lado, la empresa ha acreditado que, en ese periodo de tiempo, en los centros de trabajo afectados por la negativa se produjo un incremento de la carga de trabajo como consecuencia de las diversas campañas comerciales (día del soltero –11 de noviembre–, Black Friday –26 de noviembre– y la campaña anual de Navidad que se extendió hasta el mes de enero–, y, además, a causa de la convocatoria de elecciones autonómicas).

En consecuencia, la negativa empresarial no puede considerarse una medida innecesaria, desproporcionada o inidónea respecto del derecho de reunión.

g) No se produce una vulneración del derecho de información, ya que, tal y como señaló el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña «por un lado la pretensión no era la de realizar asambleas solo para los trabajadores afiliados al sindicato, sino a todos los trabajadores en horario de trabajo; y por otro lado porque en las propias comunicaciones escritas remitidas a la parte demandante ya se indicaba que la adopción de la medida denegatoria de las asambleas lo era sin perjuicio de las visitas que pudieran realizar los representantes de los trabajadores a los correspondientes centros de trabajo, o de transmitir las informaciones que consideraran oportuno por escrito, mediante reparto de documentación en los centros o por cualquier otro medio que estimaran oportuno».

h) Es cierto que en las mismas fechas en las que la empresa denegó la celebración de esas asambleas se autorizaron otras, pero la situación existente en unos y otros centros de trabajo era diferente (fueron anteriores al incremento de la actividad o bien no existían las mismas circunstancias productivas); e

i) si bien es cierto que el Acuerdo Marco no recogía la prohibición de celebración de asambleas durante las campañas extraordinarias, también es ver-

dad que no era la primera vez que se daban esas negativas –en 2019, al concurrir elecciones generales en noviembre y elecciones sindicales en diciembre–.

4. CONCLUSIONES

Esta sentencia plantea una cuestión interesante por cuanto en la misma se interrelacionan factores diversos: el papel de la negociación colectiva en el marco del derecho de reunión –sindical y el vinculado a todos los trabajadores y regulado en el Estatuto de los Trabajadores–, la actuación de un sindicato especialmente activo en un contexto muy particular –pandemia del covid-19–, una empresa de grandes dimensiones y de carácter estatal, y un sindicato con una representatividad limitada en dicho ámbito.

Aborda, además, un tema cuya regulación legal es bastante útil, pero también un tanto obsoleta, por cuanto, como es conocido, el artículo 77 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores no ha sido modificado desde 1980 y, el artículo 8 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical tampoco lo ha sido desde su aprobación, aunque este último ha sido objeto de una relevante interpretación judicial, tanto por parte del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional. Quizás haya llegado el momento de proceder a una actualización legal de ambas normas, para adecuarlas a la nueva realidad sindical y también a los nuevos tipos de empresa y a la propia realidad empresarial de nuestro país (caracterizada por las microempresas).

Compartimos la posición del Tribunal Supremo en el tema debatido, ya que distingue con claridad entre el alcance del derecho de reunión de los trabajadores y el derecho de reunión sindical, interpreta siguiendo los criterios del artículo 3 del Código Civil lo pactado en el marco de la negociación colectiva a nivel de empresa, y ampara el hecho de que la empresa denegase las solicitudes sindicales de asamblea amparándose para ello en causas justificadas suficientemente. Dado el contexto en que se producen los hechos, a nuestro entender, no resulta «perjudicado» en modo alguno el derecho del sindicato, ya que la posición empresarial de denegar sus solicitudes tenía plena justificación.

24. LA POSIBILIDAD DE LA EMPRESA DE ESTABLECER EL DEBER DE PREAVISAR EL DISFRUTE DEL CRÉDITO HORARIO POR LA TRABAJADORA DELEGADA DE PERSONAL NO VULNERA EL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL

Comentario a la STS 289/2024 de 14 de febrero de 2024 (Rec. 814/2021)

MARÍA JOSÉ LOPERA CASTILLEJO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Zaragoza. ORCID: 0000-0003-4963-3928

Palabras clave: Libertad sindical, preaviso crédito horario.

1. ANTECEDENTES

Con fecha 7 de julio de 2020, el Juzgado de lo Social núm. 1 de Orense dictó sentencia en la que consta que, desestimando la demanda tramitada por el procedimiento de tutela de derechos fundamentales e interpuesta por la trabajadora contra la empresa, absolvía a la empresa demandada de la pretensión ejercitada en su contra.

Se declaran, como hechos probados en la sentencia, que la actora fue elegida, el 6 de marzo de 2019, delegada de personal de la empresa demandada. La empresa, a partir del 15 de octubre de 2019, estableció para el disfrute del crédito horario, en comunicación pública en el tablón de anuncios, que se debe solicitar con un mínimo de 48 horas de antelación al día de su disfrute, no a la hora, y también justificar en qué se empleará, sea o no dentro de la jornada de trabajo. De no ofrecerse tal justificación, la ausencia al trabajo podría con-

siderarse injustificada a efectos disciplinarios. A la trabajadora le fueron descontados en sus nóminas un total de 325,42 euros, por no solicitar el disfrute de su crédito horario con la antelación suficiente, y por no gestionar dicho crédito por horas de ausencia no comunicadas con dicha antelación ni justificadas durante el período de octubre de 2019 a marzo de 2020.

La sentencia fue recurrida en suplicación, por la representación de la trabajadora, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que dictó sentencia en fecha 21 de diciembre de 2020 [STSJGAL de 21 de diciembre de 2020 (Rec. 3584/2020) (ECLI:ES:TSJGAL:2020:7584)], en la que se desestimó el recurso de suplicación, interpuesto por la parte actora, contra la sentencia de 7 de julio de 2020, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Orense, y confirmó la sentencia de instancia.

Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, se interpuso por la trabajadora recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2016 [STS 18 de mayo de 2016 (Rec. 37/2015) (ECLI:ES:TS:2016:3941)], que el Tribunal Supremo desestimó por falta de contradicción.

2. CUESTIONES PLANTEADAS

La cuestión que se suscita, en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, consiste en decidir si es ajustada, o no, a derecho la decisión de la empresa que comunicó a la trabajadora, delegada de personal, que debía avisar la ausencia por motivos ligados a sus labores representativas con una antelación de 48 horas, así como justificar su uso con posterioridad. Y, en función de la respuesta, determinar si se ha vulnerado, o no, el derecho a la libertad sindical de la citada trabajadora. En definitiva, el debate litigioso consiste en determinar si el control, por parte del empresario, del uso del crédito horario de una trabajadora delegada de personal es ajustado a derecho.

Con lo cual, de entrada, podemos apreciar que, en este concreto caso enjuiciado, nuevamente se ha requerido que el Tribunal Supremo se vuelva a pronunciar sobre si cabe, o no, exigir preaviso en el disfrute del crédito horario sindical. Dado que, pese a tratarse de una institución clásica del Derecho español, la regulación legal de esta garantía del crédito horario ha resultado particularmente conflictiva, suscitándose múltiples problemas aplicativos que han propiciado la aparición de una extensa doctrina judicial y jurisprudencial dirigida a solventar las carencias de regulación. También, por tratarse de un per-

miso *sui generis*, como queda evidenciado en el hecho de que la extensión de las reglas que operan para todos los permisos retribuidos ha sido objeto de múltiples matizaciones, por la jurisprudencia, cuando se pretende hacer valer respecto del crédito horario (Ramos Moragues, 2016, 73 y 79).

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

El Tribunal acoge el argumento (Fundamento de Derecho primero, 2) de la sentencia recurrida al considerar, respecto al derecho a la libertad sindical, que su titularidad originaria, en su vertiente colectiva, pertenece a los sindicatos y representantes sindicales y no a los sujetos colectivos, como los comités de empresa y delegados de personal. Lo que, a su vez, trae como consecuencia que la actividad desplegada por el representante unitario, electivo o legal de los trabajadores, en su condición de tal, se sitúa, en principio, fuera del ámbito del derecho fundamental de la libertad sindical, y del ámbito del proceso constitucional de amparo, en relación con la vertiente colectiva de tal derecho.

Por lo que respecta a los límites del derecho al crédito horario, entiende que no cabe someter el momento de su utilización a previa autorización del empresario; si bien, el tiempo invertido dentro del referido crédito está sujeto al cumplimiento del preaviso y justificación, y que el momento temporal del disfrute lo fija el trabajador, sin previa autorización empresarial. Con base en lo cual, la sentencia desestima el recurso de la trabajadora, por cuanto la conducta de la empresa de exigir, a partir del 15 de octubre de 2019, que los representantes de los trabajadores, y no solo la actora, comuniquen con antelación de 48 horas, el disfrute del crédito horario, y su justificación, en principio no constituye vulneración del derecho a la libertad sindical, puesto que se adapta a lo previsto en el artículo 37.3 ET, que exige previo aviso y justificación. Por lo que los descuentos efectuados por la demandada, al no haber comunicado la actora el disfrute de tales horas, de manera genérica, y tampoco haber acreditado que por circunstancias excepcionales no era posible el preaviso con 48 horas, son ajustados a derecho, y no suponen vulneración del derecho a la libertad sindical, pues el hecho de que, antes de octubre de 2019, la empresa no solicitara justificación, no implica que, desde ese mes en adelante, no pueda hacerlo, al preverlo así el ET.

La parte actora, al interponer recurso de casación para la unificación de doctrina, denunció la infracción de los artículos 37.3 e) y 68 e) ET, 28.1 CE y 2.1.d) LOLS. Recurso que fue impugnado de contrario por la representación

procesal de la empresa, e informado por el Ministerio Fiscal en el sentido de considerarlo improcedente por falta de contradicción.

Dado que la recurrente señaló cinco sentencias de contraste, transcurrido el tiempo conferido para efectuar selección sin realizarla, por diligencia de ordenación de 23 de abril de 2021, se tuvo por seleccionada de contraste la más moderna de entre las reseñadas, esto es, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 18 de mayo de 2016 [STS de 18 de mayo de 2016 (Rec. 37/2015) (ECLI:ES:TS:2016:3941)].

Siendo así, que el Tribunal procede al análisis de la contradicción (Fundamento de Derecho segundo, 2 y 3), que exige una comparación de los hechos de las sentencias, del objeto de las pretensiones y de los fundamentos de estas, por más que en las sentencias contrastadas se trate de personas que ostentan la condición legal de representantes del personal, que hacen uso del crédito horario reconocido. Todo ello, podemos añadir, a fin de considerar las circunstancias fácticas concurrentes en uno y otro supuesto para dar viabilidad al examen de contradicción, según ya viene expresando el mismo Tribunal Supremo que se requiere para poder apreciar si existe «una eventual coincidencia de las condiciones en las que cada empresa administra las exigencias de comunicación», o de «los procedimientos que establecen para el uso de aquel crédito horario» [STS de 10 de enero de 2024 (Rec. 1131/2021) (ECLI:ES:TS:2024:84)]. De modo tal, que la sustancial contradicción de sentencias se evidencie con una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada, y resulte suficiente para fijar el alcance nuclear de los términos en que la parte recurrente sitúa la oposición de los pronunciamientos de las resoluciones, lo que, nos parece también conveniente advertir aquí, ya había dejado claramente establecido el Tribunal [así, en la STS de 12 de diciembre de 2023 (Rec. 1018/2021) (ECLI:ES:TS:2023:5343)].

Para el Tribunal, existen diferencias fácticas y de las pretensiones y fundamentos que impiden constatar la contradicción. Referido a los hechos, en la sentencia recurrida, la empresa emite un comunicado respecto del crédito horario de sus delegados de personal [arts. 37.3 y 68 e) ET], en el que establece un preaviso de 48 horas y la necesidad de justificar la ausencia con posterioridad. Mientras que, en la sentencia de contraste, se implanta un sistema unilateral de control del crédito horario por parte de la empresa que afecta a todos los representantes legales y sindicales y que, aunque contiene el preaviso de 48 horas y la necesidad de justificación posterior, añade modalizaciones a dichas exigencias y otros requisitos que no están previstos ni en la ley ni en el convenio colectivo de aplicación. En concreto, en dicho sistema, se establece que la justificación incluya fecha y hora de comienzo y de finalización de las horas empleadas en el crédito sindical. Como igualmente se dispone que, si no se

comunica la finalización de las horas empleadas en el mismo día que se utilizan, se entenderá que se han realizado desde el inicio comunicado hasta la finalización de la jornada laboral. De tal forma que, para esta sentencia de contraste, se trata de un sistema cuya finalidad es el control del crédito horario.

Por lo que se refiere a las pretensiones, en la sentencia recurrida, se trata de una trabajadora, delegada de personal que entiende que le han descontado indebidamente un número de horas que empleó en funciones de representación, lo que le ha vulnerado su derecho a la libertad sindical. A su vez, en la sentencia de contraste, se ventila un conflicto colectivo, planteado por un sindicato que considera que el sistema de control de la utilización de las ausencias de los representantes de los trabajadores por motivos sindicales es un sistema para el control de la actividad sindical de dichos representantes, y que tal práctica empresarial, de sometimiento a un control del crédito horario, que amenaza la independencia del representante, vulnera el derecho a la libertad sindical del propio sindicato accionante.

4. CONCLUSIONES

Las conclusiones del Tribunal Supremo, a las que conducen y claramente explican las reseñadas diferencias, son que la diversidad de pronunciamientos de las sentencias comparadas responde a los distintos hechos y pretensiones de cada una de ellas; y que las sentencias confrontadas no contienen doctrina contradictoria que haya que unificar.

De manera que la recurrida niega la titularidad de la actora del derecho a la libertad sindical denunciado, cuestión inédita en la de contraste; y, además, entiende que la actuación empresarial se ciñe a concretar las limitaciones del uso del crédito horario establecidas en el artículo 37.3 ET. Mientras que la de contraste, en cambio, resuelve un conflicto colectivo interpuesto por un Sindicato y, al apreciar que la empresa ha instaurado un sistema de control de la actividad sindical de los representantes, considera vulnerado el derecho a la libertad sindical del sindicato accionante.

Por todo lo cual, el Fallo de la Sala del Tribunal desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por la trabajadora, al considerar que las sentencias no son comparables y no concurre la contradicción en los términos exigidos por el artículo 219 LRJS, y declara la firmeza de la sentencia recurrida.

Puede así comprobarse, a propósito de este comentario, que los criterios afirmados en la sentencia por el Tribunal mantienen la línea jurisprudencial,

resultando plenamente coincidentes con los establecidos en la jurisprudencia sobre la materia, en el sentido de que el artículo 68 e) ET recoge un contenido mínimo, mejorable en convenio colectivo, pero sin que pueda someterse el crédito horario a un control rígido empresarial que amenace la independencia del representante, por constituir dicho crédito una garantía instrumental o de efectividad de la función representativa (Ureña Martín, 2017, p. 16). Como igualmente ha quedado establecido que los dos requisitos, de preaviso y justificación, señalados en el artículo 37.3 ET para su ejercicio, vienen «determinados por la necesidad de organizar el proceso productivo, y de prevenir el uso abusivo del crédito» [STS de 23 de marzo de 2015 (Rec. 49/2014) (ECLI:ES:TS:2015:2103)]. Lo que explica también que esa doble exigencia legal, atendidos los intereses colectivos en juego, se encuentre muy relativizada por la doctrina y la jurisprudencia.

En definitiva, cabe destacar que el Tribunal Supremo considera que establecer un plazo de preaviso de 48 horas para el disfrute del crédito horario no vulnera el derecho a la libertad sindical de la trabajadora representante de personal, por ser simplemente un criterio objetivo para la mejor organización de la empresa. Teniendo como finalidad que el empresario pueda adoptar las medidas organizativas oportunas para el mejor funcionamiento de la empresa, y las acciones pertinentes que impidan que el proceso productivo se vea afectado. Con lo que el permiso que ha de solicitarse del empresario tiene la naturaleza de un simple aviso o de una simple comunicación previa, sin que legalmente se encuentre prevista la posibilidad de que el empresario pueda vetar el ejercicio del crédito horario por razones organizativas.

5. BIBLIOGRAFÍA

RAMOS MORAGUES, F.: «Régimen jurídico del crédito horario: principales problemas aplicativos», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 400, 2016, pp. 73-106.

UREÑA MARTÍN, A.: *El crédito horario sindical*, Albacete, Bomarzo, 2017, pp. 16 y ss.

25. EL DERECHO DEL DELEGADO SINDICAL NO MIEMBRO DEL COMITÉ DE EMPRESA A RECIBIR INFORMACIÓN DE LA EMPRESA

Comentario a la STS 273/2024 de 13 febrero de 2024 (Rec. 159/2021)

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pública de Navarra. ORCID 0000-0003-4481-9483

Palabras clave: Delegado sindical, libertad sindical, derecho a la información, información al comité de empresa.

1. ANTECEDENTES

El sindicato Alternativa Sindical de Trabajadores de Seguridad Privada obtuvo dos miembros de un total de 13 en las elecciones a Comité de empresa de Securitas Seguridad España SA en la delegación de Cádiz. Posteriormente, nombró delegado sindical a la Sra. Rafaela, que no era miembro del comité de empresa. Al anunciar la empresa Securitas su intención de iniciar un procedimiento colectivo de extinción, la delegada sindical solicitó documentación a la empresa sobre la cantidad total de horas extras realizadas por la plantilla, las horas extras abonadas por la empresa, el escalafón de todos los trabajadores de Securitas en la provincia de Cádiz y el tipo de contrato aplicado a los trabajadores. La empresa Securitas le contesta que la documentación solicitada no era información pertinente de conformidad con el artículo 64 ET, que se trata de información que podía obtenerse de otros documentos, y que se informaba de

ello al comité de empresa. Solo le entrega el escalafón de todos los trabajadores de Securitas y los nombres de los trabajadores en los que Securitas se subrogó.

La delegada sindical presentó demanda en vulneración de la libertad sindical. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid estimó la demanda y declaró la existencia de vulneración de la libertad sindical en su vertiente del derecho a la información, condenando a la empresa a cesar en su actuación y a indemnizar a la delegada en 2000 euros por daños morales. La sentencia es recurrida en casación ordinaria por la empresa.

2. CUESTIÓN PLANTEADA

La controversia litigiosa radica en determinar si la empresa Securitas tenía obligación de entregar toda la información solicitada por la delegada sindical de Alternativa Sindical que no era miembro del comité de empresa, o si, por el contrario, la empresa cumplió con su deber de información entregando dicha información exclusivamente al Presidente del comité de empresa. Se argumenta por parte de la empresa que existía un pacto con el comité de empresa y las secciones sindicales en virtud del cual la información se entregaba al Presidente del comité de empresa y las secciones sindicales accedían a la información a través de esa vía.

En definitiva, se trata de resolver si la negativa de la empresa a facilitar la información requerida por la delegada sindical ha supuesto una vulneración de la libertad sindical en su vertiente de derecho a recibir información.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

La empresa recurrente presenta tres motivos de revisión fáctica y dos de revisión jurídica. Los motivos de revisión fáctica fueron desestimados y no merecen mayor comentario.

En el primer motivo de censura jurídica, la recurrente denuncia la infracción del artículo 64 ET y del artículo 10.3 párrafo 1.º de la LOLS y de los artículos 1254, 1281 del Código Civil, alegando que la empresa cumplió con su deber de información con la sección sindical de Alternativa Sindical en Cádiz.

En el segundo motivo denuncia infracción del artículo 64 ET, artículo 10.3,1.º LOLS y del artículo 7.1 del Código Civil, argumentando que la delegada sindical solicitó esa información debido al ERE que Securitas estaba lle-

vando a cabo, el cual finalizó sin despidos. La mercantil entiende que el ejercicio del derecho a la información fue abusivo, contrario al principio de buena fe y excedía de los límites del artículo 64 del ET, y, en consecuencia, considera que no ha vulnerado la libertad sindical.

En vía de recurso, el Ministerio Fiscal emite informe en el sentido de interesar la desestimación del recurso, y la parte recurrida no presenta ningún escrito de impugnación.

Respecto de la primera denuncia, la sentencia del Tribunal Supremo comienza desmintiendo la existencia del referido pacto de la empresa con el comité de empresa ni con las secciones sindicales al no constar dicho pacto en los hechos probados, y afirmando que tan solo se ha probado que la empresa proporcionaba información al comité de empresa y que las secciones sindicales podían acceder a ella si solicitaban esa información al comité de empresa. Tal extremo viene además corroborado por el informe de la Inspección de Trabajo que, como resultado de su actividad inspectora realizada a la empresa Securitas, acordó incluir el requerimiento a la empresa para que garantizara el derecho de información y consulta del comité de empresa.

Continúa recordando que el artículo 10.3.1.º de la LOLS reconoce a los delegados sindicales, en el supuesto de que no formen parte del comité de empresa, las mismas garantías que las establecidas legalmente para los miembros de los comités de empresa o de los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas, así como los mismos derechos a salvo de lo que se pudiera establecer por convenio colectivo, entre ellos el de tener acceso a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité de empresa, estando obligados los delegados sindicales a guardar sigilo profesional en aquellas materias en las que legalmente proceda.

Así mismo, evoca el artículo 64 ET que establece, en su apartado 1, el derecho del comité de empresa a ser informado y consultado por el empresario sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, así como sobre la situación de la empresa y la evolución del empleo en la misma. Añadiendo, en su apartado 2, que el comité de empresa tiene derecho a ser informado trimestralmente: a) sobre la evolución general del sector económico a que pertenece la empresa; b) sobre la situación económica de la empresa y la evolución reciente y probable de sus actividades, incluidas las actuaciones medioambientales que tengan repercusión directa en el empleo, así como sobre la producción y ventas, incluido el programa de producción.

No siendo la delegada sindical de Alternativa Sindical miembro del comité de empresa, el TS entiende que tenía derecho a recibir información de la empresa, y, por tanto, no admite que pudiera considerarse cumplido por el hecho de que el empleador proporcionara información al comité de empresa. Observa que, si la delegada sindical solicitó a la empresa información necesaria para poder desarrollar sus funciones sindicales, Securitas debió habérsela proporcionado, y al no haberlo hecho, vulneró la libertad sindical.

En el segundo motivo del recurso aduce la empresa recurrente, como se ha expuesto, la existencia de actuación fraudulenta o contraria a la buena fe por parte de la delegada sindical, por cuanto la empresa estaba llevando a cabo un despido colectivo y había una comisión negociadora que estaba recibiendo información de la empresa, y de la que no formaba parte la delegada sindical. A ello añade, además, que el ERE terminó sin despidos y, en consecuencia, la petición de información quedó sin objeto.

Al respecto, el TS señala que la finalidad del periodo de consultas era la de evitar o reducir los despidos colectivos y atenuar sus consecuencias (art. 51.2 ET), y que, «con independencia de dicho periodo de consultas, los delegados sindicales tienen que continuar desarrollando sus funciones sindicales, lo que exige que reciban la correspondiente información de la empresa». No aprecia fraude de ley, ni abuso de derecho por cuanto ello no se presume y ha de ser acreditado por el que lo invoca mediante pruebas directas o indirectas, como las presunciones (STS 141/2021, de 2 de febrero), y en el caso analizado no ha quedado acreditado que la delegada sindical hubiera incurrido en ninguna de ellas.

Razona, por último, el TS que «se trata de una delegada sindical que solicitó a la empresa la información necesaria para poder ejercer su libertad sindical. El hecho de que dicha petición coincidiera con la tramitación del ERE no priva a la demandante de su derecho fundamental a la libertad sindical en su vertiente del derecho a la información. No se ha probado que la petición de información fuera fraudulenta, abusiva o contraria a la buena fe. Por el contrario, se trata de información amparada en el art. 10.1 de la LOLS en relación con el art. 64 del ET, por lo que debe desestimarse este motivo».

La desestimación de los dos motivos de censura jurídica conduce a la confirmación de la sentencia de instancia, esto es, a la declaración de existencia de vulneración de la libertad sindical de la delegada sindical en su vertiente del derecho a la información, y de nulidad de la actuación de la empresa, así

como a la condena a cesar en dicha actuación, y a hacer entrega a la delegada el importe de 2000 euros por daños morales.

4. CONCLUSIÓN

La doctrina jurisprudencial es acorde con la doctrina constitucional que viene proclamando que los delegados sindicales, para el cabal ejercicio de la acción sindical [arts. 28.1 CE y 2.1.d) de la LOLS], tienen reconocidos iguales derechos y garantías que el ET reconoce a los miembros de comités de empresa, siendo uno de ellos, el derecho a la información de los delegados sindicales, en su vertiente de la denominada información pasiva (STC 213/2002). Un derecho que, como la jurisprudencia se ha encargado de precisar, es de naturaleza individual, autónoma, independiente y separada del derecho del comité, aunque el contenido material de la información sea el mismo (STS 29 de marzo de 2011, Rec. 145/2010).

En el caso resuelto, la empresa debió facilitar la información recabada para que la delegada sindical que, precisamente por no formar parte del comité de empresa no disponía de información, pudiera ejercer los derechos de actividad sindical, que, de otra manera, difícilmente podía ejercer. El acceso a la misma información y documentación que solicitó el delegado sindical a la empresa constituía un derecho totalmente independiente y no vinculado con el del órgano unitario, y la negativa de la empresa a proporcionar la información solicitada, dificultó su derecho a la acción sindical, que forma parte del contenido esencial de la libertad sindical.

Lo mismo cabe afirmar de la infundada negativa a proporcionar información solicitada por el procedimiento de despido colectivo iniciado. La delegada sindical, aunque no formara parte de la comisión negociadora y no participara en el periodo de consultas, tenía derecho a recibir información sobre la situación económica de la empresa. Se trata de una información amparada igualmente por el artículo 10.3.1 de la LOLS en relación con el artículo 64 del ET.

Es importante notar, no obstante, que la doctrina del TS abre la puerta a fórmulas pactadas de ejercicio de ese derecho de información pasiva. La empresa alegó, en su defensa, la existencia de un pacto con el comité de empresa y las secciones sindicales en virtud de la cual la información se entregaba al Presidente del comité de empresa y las secciones sindicales accedían a ella. El TS desestima el argumento porque no hay constancia de tal pacto en los hechos probados, pero no lo deslegitima de raíz, con lo que estaría dando cierta

■ LIBERTAD SINDICAL, NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y HUELGA

carta de naturaleza a esta forma consensuada de cumplimiento del deber de información pasiva, que para la empresa resulta mucho menos gravosa y más económica. No veo problema en ello porque en realidad se estaría ante la articulación de un derecho cuya conformación y límites corresponde determinar al legislador que lo instituye o, en su caso, a la negociación colectiva.

26. SOBRE CONCURRENCIA DE CONFLICTO INDIVIDUAL CON CONFLICTO COLECTIVO

Comentario a la STS 250/2024 de 16 de enero de 2024 (Rec. 423/2023)

ANTONIO OJEDA AVILÉS

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social (r)

Universidad de Sevilla

Palabras clave: empleados públicos, interinos no fijos, prioridad del conflicto colectivo, interrupción de prescripción.

1. ANTECEDENTES

El demandante, don Justiniano, prestó servicios al Ayuntamiento de Sevilla con un contrato temporal para obra o servicio determinado, a jornada completa, que duró desde el 17 de enero de 2017 hasta el 16 de julio de 2018, dentro de un proyecto denominado de empleo@joven. Se daba la circunstancia de que el Ayuntamiento consideraba excluidos del convenio colectivo que tenía firmado para su personal al personal contratado en el ámbito de los programas de empleo como el de don Justiniano, personal al que retribuía merced a parámetros diferentes y de cuantía inferior.

El actor presentó un procedimiento de conciliación previo a la vía judicial el 11 de diciembre de 2017, por discriminación salarial contraria al ar-

título 14 de la Constitución, el cual finalizó sin avenencia el 22 de enero de 2018.

En el ínterin, el sindicato de empleados municipales SEM había presentado demanda de conflicto colectivo contra el mismo Ayuntamiento ante el Juzgado Social n.º 3 de Sevilla, en solicitud de que el personal temporal de los proyectos viniera comprendido dentro del convenio colectivo mencionado, pretensión que vino reconocida en la sentencia de aquél Juzgado de 9 de octubre de 2018, y confirmada por la del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 10 de julio de 2019, declarando incluidos a los trabajadores en el convenio aludido (Fundamento de Derecho Primero.2).

Algún tiempo después, don Justiniano volvió sobre su pretensión, presentando demanda el 29 de marzo de 2021, sobre tutela de derechos fundamentales, donde solicitaba el cese de la conducta discriminatoria y el abono de una indemnización por daños evaluada en 3.600 euros (Fundamento de Derecho Primero.3). Por sentencia de 13 de mayo de 2022, el juzgado estimó parcialmente la demanda, condenando a la empresa a indemnizar al actor con la cantidad de 300 euros. Tan mínima cuantía parece indicar una voluntad transaccional del tribunal, que habría tenido en cuenta posiblemente el espacio de tres años que mediaban entre la finalización de la conciliación judicial y la presentación de la demanda. Si bien había de admitirse porque la ley establece la aceptación de las acciones individuales que pudieran plantarse en el futuro

Ambas partes del conflicto individual que nos ocupa recurrieron ante el TSJ la decisión del Juzgado, el trabajador solicitando la concesión íntegra de su *petitum*, y el Ayuntamiento, por el contrario, en solicitud de revocación de lo otorgado a la parte contraria. La sentencia del TSJ Andalucía (Sevilla) de 23 de noviembre de 2022 (Rec. 3702/2022) (Fundamento de Derecho Primero.4) desestimó ambos recursos de suplicación y confirmó la sentencia del Juzgado de lo Social en sus propios términos.

El Ayuntamiento de Sevilla no se aquietó ante la decisión del TSJ, y recurrió ante el Tribunal Supremo en casación para la unificación de doctrina, alegando contradicción con la sentencia del TSJ de Andalucía de 7 de julio de 2021 (Rec. 2373/2021).

2. CUESTIONES PLANTEADAS Y CRITERIO DEL TRIBUNAL

El asunto a debate hace referencia a la eficacia interruptiva de la demanda de conflicto colectivo en relación con la acción individual de tutela de derechos fundamentales ejercida por el actor. Pues, como indica el artículo 159, apartado 6, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social 36/2011 (en adelante, LRJS), «la iniciación del proceso de conflicto colectivo interrumpirá la prescripción de las acciones individuales en igual relación con el objeto del referido conflicto». Ese mismo artículo, en su párrafo 5, había hablado también del efecto de cosa juzgada sobre «los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto o en relación de directa conexidad con aquél».

Así pues, presentada muy tardíamente la acción individual por don Justiniano, solo la interposición de la demanda colectiva y su poder suspensivo de la prescripción podía mantener con vida la demanda de éste.

Pero la decisión al respecto quedaba obstaculizada por la indicación legal de que solo las acciones individuales «en igual relación con el objeto» podían beneficiarse de dicha suspensión del cómputo, siendo así que la LRJS clasificaba como modalidades procesales distintas el proceso de conflictos colectivos (arts. 153 ss.) y la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 177 ss.). En semejante cuestión prescriptoria las acciones sobre derechos fundamentales carecían de protección en cuanto su objeto fuera distinto al de la acción colectiva, y su decurso no quedaba suspendido por la presentación de ésta, con toda lógica pues marcharían por senderos distintos y lo resuelto por una sentencia no debería afectar, en principio, a lo dispuesto en la otra.

Nacía, pues, un serio argumento, el de la prescripción de acciones individuales coincidentes objetivamente con la colectiva, y el Ayuntamiento se apresura a plantearlo ante el Tribunal Supremo en casación en interés de ley.

Se invoca el contraste entre la sentencia del TSJ de 10 de julio de 2019, últimamente citada, con la del mismo Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 7 de julio de 2021 (Rec. 2373/2021), la cual había rechazado, en cuanto prescrita, la acción de tutela de derecho fundamental, a virtud del artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores, pues el cómputo del plazo de la acción individual no se había considerado interrumpido por la interposición de la demanda de conflicto colectivo, al tratar de cuestiones diferentes. En efecto, decía la sentencia de contraste, la demanda individual versaba sobre tutela de

un derecho fundamental, en tanto que la colectiva planteaba la inclusión en el ámbito del convenio colectivo del Ayuntamiento de los trabajadores contratados temporalmente al amparo de programas financiados con ayuda de otras Administraciones Públicas.

De este modo, el TS admite a trámite el recurso de casación en interés de ley, pues entiende que, efectivamente, hay una contradicción entre ambas sentencias del mismo Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, y emprende un recorrido analítico de la doctrina judicial en que va a basar su resolución.

En primer lugar, menciona la doctrina sentada por varias de sus sentencias anteriores, señaladamente la de 5 de octubre de 2021 (recud 2163/2019), sobre la interrupción del plazo preclusorio de las sentencias individuales hasta que alcanza firmeza la sentencia colectiva. Y añade la doctrina sentada por sentencias como las TS de 19 de junio de 2023 (recud 858/2021) y 5 de noviembre de 2022 (recud 3062/2021) respecto a la necesidad de aplicar el convenio propio a personas contratadas al amparo de programas de empleo. La sentencia comentada se detiene también en otras sentencias sobre retribución desigual de personal fijo y temporal y su incompatibilidad con el artículo 14 CE, así como la desigualdad de trato entre el personal que realice un trabajo igual o similar, aunque reciban distinta denominación. Hace también referencia a la Directiva 1999/70 CE, relativa al Acuerdo Marco Europeo sobre trabajo de duración determinada, para destacar su vulneración, y la doctrina fijada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de diciembre de 2010, asuntos acumulados C-444/09 y C-456/09, casos Gavieiro e Iglesias, sobre discriminación retributiva de personal interino de la Comunidad Autónoma de Galicia respecto al personal fijo.

Y entiende que la solicitud de indemnización por vulneración del artículo 14 CE se encuentra en relación de conexidad con lo resuelto en el procedimiento de conflicto colectivo. Por lo cual confirma la sentencia recurrida y deniega el petitum del recurso del Ayuntamiento.

La doctrina fijada por la sentencia aquí comentada, reiterada por varias más en los meses siguientes, acierta a nuestro juicio con lo principal, en concreto entender como discriminatoria la diferencia retributiva entre los trabajadores fijos y los interinos sin ningún motivo razonable, al infringir tanto el artículo 14 CE, cuanto el Acuerdo Marco Europeo sobre trabajo de duración determinada, reforzado por la Directiva 99/70 CE. Entiende que existe entre la sentencia comentada y la sentencia colectiva una relación de conexidad, como indica el Ministerio Fiscal y requiere el artículo 160 LRJS, pues el objeto de la

individual depende por completo de la premisa de que su exclusión del ámbito de aplicación del convenio colectivo por parte del Ayuntamiento vulnera el citado artículo 14 CE (fund. jur. Tercero.6).

Hay en la sentencia un poso de incertidumbre, un cierto recelo frente a la solución adoptada por ella misma en apoyo de las dos sentencias anteriores que hemos ido visionando. Apoya a la sentencia TSJ recurrida, ciertamente, pero no aclara aspectos de ella, pues lo solicitado por don Justiniano consistía en el cese de la conducta discriminatoria de la entidad y el abono de una indemnización por daños evaluada en 3.600 euros, mientras que la sentencia había respaldado el *dictum* sin especificar qué aspectos de los reclamados entraban en la cuantía concedida (a saber, daño moral, daño patrimonial, gastos de procedimiento, dilación indebida y falta de ejecución de lo resuelto en sentencia judicial), y cuáles no. Las sentencias de TS posteriores que siguen su estela incluirán una cierta concreción, como por ejemplo en la de fecha 30 de enero de 2024 (recud 3143/2022), donde se especifica respecto a la indemnización que no solo los daños morales resultan indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental, sino que, a tenor del artículo 183.2 LRJS, la indemnización cumple tanto una función resarcitoria como de *prevención general* (Fundamento Jurídico Cuarto.3). Y cita al respecto varias sentencias del propio TS, entre ellas la de 12 de diciembre de 2019 (recud 2189/2017).

Pero, al margen de que el citado artículo no parece hacer referencia a dicho tipo de indemnización, como no sea al hablar de una vagarosa contribución a la finalidad de «prevenir el daño», este tipo de conceptos, derivados del anglosajón de las *punitive actions* (acciones punitivas, vs. acciones de daños), se encuentran en discusión en nuestro Ordenamiento, donde van siendo reconocidos con lentitud al ser extraños a la tradición continental y romanista, y tienen un sentido muy concreto de prevención, cual es el de la disuasión social ejemplarizante.

El TS podría, a mayor abundamiento, haber hecho referencia a la extensa doctrina desplegada por el Tribunal de Justicia Europeo en torno a los interinos de las Administraciones Públicas españolas en sentencias a partir de la De Diego Porras de 14 de setiembre de 2016 (C-596/14) y de la condena de la doctrina de los «indefinidos no fijos» que tanto éxito había cosechado en los tribunales españoles. Seguramente habría podido argüir que no estamos hablando de funcionarios interinos, aunque sí estamos ante empleados públicos que, si bien no entraron a ocupar plazas vacantes en el intervalo de las pruebas de selección de su futuro titular, han venido incluidos en el

debate a virtud de los vaivenes del propio TJUE y, consiguientemente, del propio Tribunal Supremo español, con un panorama de agitado debate y multitud de matices (Rojo Torrecilla y Gutiérrez Corominas, 2019). Probablemente la última sentencia del TJUE al respecto, de 22 de febrero de 2024, donde ya se afirma taxativamente que la categoría del indefinido no fijo constituye un empleo temporal más, y viola el Acuerdo Marco y su Directiva, haya llegado tarde para venir incluida en las consideraciones del TS, pero al menos la Sentencia que nos ocupa debió advertir del animado debate en torno a la cuestión de los empleos temporales en el sector público del país y su uso abusivo. Ya Pérez Bedmar había mencionado la dualidad del empleo público en el modelo español, y sus «vaivenes» (2016, pp. 120 ss.). Y Marín Alonso había analizado hasta qué punto la reforma de la Ley 20/2021 había significado algo similar a la cuadratura del círculo (2022, 106 ss.).

Porque semejante avispero no había irrumpido abruptamente en un ambiente plácido de la realidad española, ni tan enconado «diálogo» sobrevenido entre la jurisprudencia española y la europea había ocurrido simplemente por la falta de comprensión del Tribunal Europeo de la legislación española, como se había hablado cuando aquél rectificó su inicial doctrina al considerar que había una diferencia objetiva que avalaba el diferente trato (sentencias TJUE de 5 de junio de 2018, C-574/16, asunto Grupo Norte, y C-677/16, asunto Montero Mateos). Ya anteriormente a la aparición del TJUE se habían forjado los argumentos que después chocarían con el Acuerdo Marco Europeo y su Directiva 99/70, en concreto la fuerte distinción, con trascendencia incluso jerárquica, entre funcionarios y trabajadores, y el distinto rigor de acceso que se había querido ver en la Constitución con su alegato en el artículo 103 de la selección por mérito y capacidad de los primeros.

En ese légame se basó una fuerte diferenciación jurídica que fue el caldo de cultivo para la última teorización de las diferencias, la del indefinido no fijo que ocupaba una plaza durante largos años hasta que ésta se convocaba y cubría *en propiedad* tras el correspondiente concurso-oposición. Una distinción a la que se había incorporado temprana y enérgicamente el Tribunal Constitucional con su sentencia 281/1993, de 27 de setiembre, al separar el ingreso de funcionarios y trabajadores de las Administraciones Públicas bajo los criterios de igualdad (art. 23 CE) y mérito y capacidad (art. 103 CE), y que se había visto incluso acentuada cuando la crisis financiera internacional había llevado a cerrar absolutamente la tasa de reposición de vacantes a cero al comienzo de la crisis, luego dulcificada, como recuerda Baylos Grau (blog, 29 de diciembre de 2021).

En definitiva, el principio de igualdad queda adecuadamente planteado y respaldado en la sentencia comentada, aun cuando podía haberse profundizado algo más sobre los motivos de tales desviaciones en el modelo español, y la profunda raigambre de la diferencia en nuestra jurisprudencia.

No obstante, cabe recordar que la pretensión alegada en el recurso del Ayuntamiento de Sevilla estaba centrada en si la demanda de don Justiniano había o no prescrito, dada su amplia demora en la presentación, y si la interposición de la demanda de conflicto colectivo permitía esa especie de milagro de prestar vida a la otra. Del tema, y en especial de la cuestión de si la demanda individual ostenta, o no, igual relación con el objeto del conflicto colectivo o en relación de directa conexidad, como quiere el apartado 5 del artículo 160 LRJS, o en igual relación, como indica el párrafo del mismo artículo, poco se habla en la sentencia. Pero el artículo plantea tres criterios que no son idénticos entre sí, por ejemplo porque «igual relación» podría referirse al objeto de la prescripción, sin duda, pero también por la amplitud de su dicción podría referirse a lo que plantean Rojo Torrecilla y Gutiérrez Corominas (2019), de identidad en el mismo trabajo y la misma causa extintiva. Y, en otro orden de cosas, queda asimismo en la ambigüedad cuál sea el contenido de la estimación parcial de la demanda de don Justiniano, realizada por sentencia *a quo* y confirmada por las *ad quem*.

3. BIBLIOGRAFÍA

- BAYLOS GRAU, Antonio, «Estabilidad en el empleo público y reforma laboral», blog Según Antonio Baylos, 29 de diciembre de 2021.
- BELTRÁN DE HEREDIA, Ignasi, «Si me estabilizo según la Ley 20/2021, ¿tengo derecho a una indemnización?», blog Una mirada crítica a las relaciones laborales, entrada de 10 de octubre de 2023.
- CONDE VIÑUELAS, Francisco, «Indemnización de contratos temporales: el TJUE corrige su doctrina «De Diego Porras»», blog «El Derecho.com», entrada 11 de junio de 2018.
- MARÍN ALONSO, Inmaculada (2022), «La cuadratura del círculo del empleo público en las reformas de 2021: de la reordenación contractual y el establecimiento de límites al abuso en la contratación temporal a la estabilización del personal y el impulso a la negociación colectiva», *IUS Labor* 2, pp. 106-150.
- MARÍN ALONSO, Inmaculada (2009), «El empleo público laboral en el Estatuto Básico del Empleado Público», *Relaciones Laborales, Revista Crítica de Teoría y Práctica*, pp. 21 ss.

■ LIBERTAD SINDICAL, NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y HUELGA

PÉREZ BEDMAR, María de Sande (2006), *Empleo y prestación de servicios en la Administración Pública*, Valladolid: Lex Nova.

ROJO TORRECILLA, Eduardo, y GUTIÉRREZ COROMINAS, David (2019), «A vueltas con las diferencias indemnizatorias nacionales en las extinciones de contratos temporales e indefinidos en el marco de una contrata», *Revista de Jurisprudencia Laboral* 2.

**27. LAS APLICACIONES INFORMÁTICAS (APPS)
SON UNA HERRAMIENTA VÁLIDA PARA LA TRANSMISIÓN
DE INFORMACIÓN SINDICAL, EN DETERMINADAS
CONDICIONES**

Comentario a la STS 545/2023 de 12 de septiembre de 2023 (Rec. 100/2021)

JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO

Profesor Titular de Universidad. Universidad de Santiago de Compostela

ORCID: 0000-0001-8518-1469

Palabras clave: Libertad sindical, derechos de comunicación e información, correo electrónico, dispositivos informáticos, *apps*.

1. ANTECEDENTES

Una empresa del sector sanitario procedió en 2020 a establecer como vía de distribución de información masiva por parte de los representantes de los trabajadores una *app*, ya implantada en la empresa con funciones más amplias y un elevado porcentaje de utilización, en sustitución del correo electrónico, que venía usándose hasta entonces. La empresa indicó expresamente que no se alteraba el uso de los tablones sindicales, pero sí manifestó que el empleo incorrecto del correo a partir de entonces daría lugar a sanciones disciplinarias.

2. CUESTIÓN O CUESTIONES PLANTEADAS

El sindicato recurrente, UGT, consideró que dicho cambio de comportamiento vulneraba su libertad sindical y encubría una represalia derivada de diversas circunstancias en la empresa. Por este motivo, procedió a impugnar la medida ante la Audiencia Nacional, que desestimó su pretensión. Esta primera sentencia fue objeto de recurso de casación, sobre cuya resolución trata este comentario.

Parece obligado señalar que resulta difícil reconstruir las alegaciones de fondo del sindicato a partir de la sentencia. Esta recrimina tajantemente la falta de aportación de indicios o de otros elementos que permitan justificar en qué se basaba la demanda original y el recurso. Esta oscuridad ha de entenderse además en conexión con la abundante petición de revisión de hechos probados solicitada. Toda ella fue descartada por el Tribunal Supremo, con una extensión muy considerable en el volumen de la sentencia. De su valoración conjunta, no obstante, se puede concluir que el sindicato pretendía mostrar la existencia de un clima de conflicto en la empresa que desembocaría en la caracterización de la medida impugnada como una represalia empresarial. El rechazo integral de dicha petición pone de manifiesto que no se consiguió en modo alguno dicho objetivo.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

Los Fundamentos tercero y cuarto de la sentencia son los que tratan, en este caso, el fondo de la cuestión. El segundo, centrado en la revisión de hechos probados mencionada, no será abordado en este comentario.

En el primero de los Fundamentos indicado se recoge un elenco, de auténtica calidad académica por su exhaustividad, de la doctrina en materia de la utilización sindical de los medios de la empresa. Como señala la propia sentencia, esta fue invocada «tanto por la sentencia recurrida cuanto por el recurso y su impugnación o por el Ministerio Fiscal», lo que pone de manifiesto la ambivalencia de lecturas que, en un mundo digitalizado, se puede dar a la jurisprudencia *analógica* del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo (imprescindible el panorama elaborado por Nieto Rojas, 2022, pp. 355 y ss.).

Parece superfluo mencionar aquí el catálogo de sentencias presentadas. Por el contrario, se ha optado por señalar los rasgos esenciales que la Sala de lo Social utiliza para elaborar su razonamiento. Así, cabe destacar la afirma-

ción de que «la obligación de facilitar ese flujo informativo del sindicato hacia «los trabajadores en general» se extendía al uso de los instrumentos electrónicos de comunicación disponibles». Dicho flujo debe llevarse a cabo con un ejercicio «respetuoso con la actividad empresarial, de modo que no la perjudique», sin comportar «un gravamen adicional para el empleador», lo que conlleva una «obligación empresarial de permitir el uso razonable del sistema de correo electrónico preexistente».

La síntesis de la propia sentencia, en una enunciación que recoge afirmaciones ya asentadas en la jurisprudencia –obligada mención a la STC 281/2005, de 7 de noviembre (BOE de 13 de diciembre de 2005)– y en la doctrina de los tribunales, es la siguiente: «sobre el empresario pesa el deber de mantener al sindicato en el goce pacífico de los instrumentos aptos para su acción sindical siempre que tales medios existan, su utilización no perjudique la finalidad para la que fueron creados por la empresa y se respeten los límites y reglas de uso que a continuación enunciaremos, cuyo cumplimiento deberá examinarse en cada caso. En tales condiciones no puede negarse la puesta a disposición, ni puede unilateralmente privarse a los sindicatos de su empleo, debiendo acudir-se al auxilio judicial si con ocasión de su utilización el sindicato llega a incurrir en excesos u ocasionar perjuicios, a fin de que aquéllos sean atajados y éstos, en su caso, compensados».

La puesta en práctica de esta doctrina, de carácter general, es analizada en el punto 3 del indicado Fundamento tercero, en una exposición en la que la sentencia no realiza valoración alguna, sino que presenta un detallado estado de la cuestión en una formulación cuidadosamente aséptica.

Es imposible no recordar aquí la curiosa paradoja de que el artículo 19.2 de la Ley 10/2021 reconoce a la representación legal «el acceso a las comunicaciones y direcciones electrónicas de uso en la empresa» de los trabajadores a distancia. Como la doctrina ha señalado, se trata de «unos derechos que hasta ahora la legislación laboral española no había previsto» (Rodríguez-Piñero Royo y Calvo Gallego, 2020, 1469) y sobre los que se mantiene una solución jurisprudencial, a la que esta sentencia viene a contribuir con un nuevo hito.

El núcleo real de la decisión es, sin lugar a duda, el Fundamento cuarto, donde se aborda la posible vulneración de la libertad sindical. Hasta este momento, la sentencia ha sido un acto preparatorio; es ahora cuando la Sala de lo Social expone su criterio, cuyo sentido desestimatorio hace expreso desde el primer párrafo del Fundamento. Narrativamente, el *suspense* queda eliminado en aras de una mayor claridad expositiva.

La exhibición de jurisprudencia constitucional que recoge esta parte del pronunciamiento merece casi la categoría de prontuario. De nuevo se repite la misma técnica, sin indicación alguna de cómo afectan los precedentes señalados a la resolución del caso concreto, lo que se reserva para la conclusión.

Es en el apartado 4 del Fundamento donde, bajo el rótulo «Consideraciones finales», la sentencia trenza todo el material expuesto hasta ese momento. No hay duda para la Sala sobre la caracterización de la difusión de información como una muestra más del contenido adicional de la libertad sindical. Tal consideración tiene una doble naturaleza: habilitar al sindicato para su utilización, con los fines constitucionalmente protegidos; y condicionar la facultad empresarial de restringir su uso.

Este es el punto clave del razonamiento. De acuerdo con la sentencia, «sus restricciones han de justificarse, sea en el sobre coste para la empresa, sea en la perturbación de la actividad productiva, sea en cualesquiera otras circunstancias que aboquen a su negación o restricción». Tanto para la Audiencia Nacional como para el Tribunal Supremo, la empresa superó esta prueba.

La sentencia recoge, de hecho, los argumentos empleados en instancia para sostener la restricción: «1.º) los cambios tecnológicos normalizan el recurso a las aplicaciones informáticas multifuncionales; 2.º) no constan dificultades en el uso de la nueva aplicación; 3.º) Las funcionalidades de la app compiten ventajosamente con las listas de distribución anteriores; 4.º) ningún menoscabo aparece desde la perspectiva del tratamiento de datos». Es esta, sin duda, la parte más importante de la sentencia, puesto que aquí se aborda la transcendencia del cambio tecnológico. La Sala de lo Social está creando aquí el *test de la transformación tecnológica*. Este es el rasero que medirá, con claridad, cualquier cambio en las herramientas digitales disponibles para los sindicatos.

La doctrina de esta sentencia refrenda, en cualquier caso, el liderazgo empresarial en la gestión de las tecnologías en la empresa. Es cierto que, tutelando la libertad sindical, prohíbe su eliminación y exige la conservación de las herramientas digitales. Pero cuáles hayan de ser estas es un patrimonio de la empresa, de lo cual puede seguirse, incluso, que su configuración también es una responsabilidad empresarial. Volveré sobre esta cuestión en el próximo apartado.

Esta parte de la sentencia contiene además un muy interesante *obiter dicta*, en el que aborda el problema de la protección de datos: «digamos que algunos argumentos sobre rastro informativo de la persona que accede a los

mensajes sindicales a través del correo (existente, pero no en el caso de la *app*) juegan en contra de la privacidad y tratamiento de datos que el recurso defiende en otros pasajes».

4. CONCLUSIÓN O CONCLUSIONES

Esta sentencia sanciona el vertiginoso ritmo del avance tecnológico. Si hace dos décadas el objeto de estudio era el reemplazo de la fotocopia, heredera del pasquín y de la *vietnamita*, por el correo electrónico en un mundo que pasaba de lo industrial al sector de servicios, hoy en día la progresión es geométrica. La *app* se configura como la nueva herramienta de información en la empresa, tanto para esta misma como para la representación de los trabajadores en ella. El Tribunal Supremo ha establecido en esta sentencia un baremo tripartito claro para sancionar dicha evolución.

En primer lugar, la sencillez en el manejo de la nueva aplicación. En circunstancias concretas, será menester examinar la implantación de los recursos tecnológicos en la empresa, la exigencia de uso de mecanismos privados para instalar dicha *app* o incluso la brecha digital derivada de la edad que pueda existir en la empresa.

En segundo lugar, una equivalencia de prestaciones. Las nuevas tecnologías implantadas deberán respetar, entre otros asuntos, la capacidad de enviar adjuntos con agilidad y del mismo tamaño que los enviables por correo, el mantenimiento de un formato que permita resaltar la identidad del sujeto sindical remitente... Puede que las nuevas *apps* traigan consigo nuevas funcionalidades, como notas de voz o anexos de vídeo. Habrá que estudiar, caso por caso, si estas novedades compensan posibles pérdidas en el sentido indicado. En todo caso, el deber empresarial de favorecer la distribución de información (Gárate Castro, 2023, 222) perdura a pesar de la mutación instrumental.

En tercer y último lugar, la protección de datos garantizada. El blindaje del que disponía el correo electrónico, incluso dentro de los ámbitos perfilados por la sentencia *Barbulescu* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, habrá de ser preservado en el campo de la *app*. Las hipotéticas *cookies* que puedan existir en su funcionamiento habrán de ser objeto de una vigilancia estricta.

En definitiva, los desafíos para la libertad sindical en el campo digital no han hecho sino aparecer en el escenario.

5. BIBLIOGRAFÍA

GÁRATE CASTRO, J.: *Derecho Sindical. Volumen I. Los actos*, Albacete, Bomarzo, 2023.

NIETO ROJAS, P.: «La disrupción digital y su impacto en los medios de acción sindical», en VV.AA. (J. R. Mercader Uguina y A. de la Puebla Pinilla, dirs.): *Cambio tecnológico y transformación de las fuentes laborales. Ley y convenio colectivo ante la disrupción digital*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 355-380.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y CALVO GALLEGO, F. J.: «Los derechos digitales de los trabajadores a distancia», *Derecho de las relaciones laborales*, núm.11, 2020, pp. 1448-1472.

28. DESPIDO DE REPRESENTANTES SINDICALES Y FUNCIONES REPRESENTATIVAS

Comentario a la STS 295/2023 de 25 de abril de 2023 (Rec. 4371/2019)

FEDERICO DURÁN LÓPEZ

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Córdoba

Abogado (J&A Garrigues SLP)

Palabras clave: Despido y funciones representativas sindicales.

1. ANTECEDENTES

En el supuesto de hecho se había producido el despido disciplinario de tres representantes de los trabajadores (miembros del Comité de Empresa). Impugnada la decisión empresarial, con demanda de despido nulo o, en su defecto, improcedente, los representantes solicitaron acceder al centro de trabajo, para acudir a las reuniones del comité de empresa, mientras durase la tramitación del proceso. Ante la negativa de la empresa, plantearon demanda en ese sentido (que corría paralela a la de despido) que fue desestimada en la instancia mediante sentencia que fue confirmada en suplicación. Los representantes despedidos plantearon entonces recurso de casación para la unificación de doctrina que, admitido a trámite por Tribunal Supremo, dio lugar a la sentencia que comentamos.

2. CUESTIÓN PLANTEADA

El Tribunal Supremo aborda, en esta sentencia de 25 de abril de 2023, la cuestión de si las funciones representativas de los miembros del Comité de Empresa despedidos deben, o no, ser mantenidas durante la tramitación del proceso de despido y hasta que se dicte sentencia, aun no firme, en el seno de dicho proceso. En definitiva, la cuestión controvertida es la de hasta dónde alcanza la protección de los representantes de los trabajadores frente al despido y cuál debe ser el impacto de la extinción de la relación laboral sobre el mandato representativo.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

El Tribunal Supremo siente, en la sentencia comentada, una doctrina general, que es la queremos glosar, con independencia de las particularidades del caso que, aun siendo significativas, son meramente reseñadas por el Tribunal, que no entra a abordar su eventual impacto en el pronunciamiento de la sentencia casacional. Así, en primer lugar, los representantes despedidos fueron sustituidos, en las reuniones celebradas por el Comité, por otros miembros del sindicato al que pertenecían, no habiendo existido, pues, un vacío de representación. En segundo lugar, a la hora de dictarse la sentencia del Tribunal Supremo que comentamos, había adquirido firmeza (por haberse inadmitido el recurso de casación para unificación de doctrina) la sentencia del Tribunal Superior de Justicia que había considerado los despidos procedentes (revocando la del Juzgado de lo Social, que los había considerado improcedentes).

La pretensión de los actores es centrada, inmediatamente, en el primer fundamento de derecho de la sentencia, por el Tribunal Supremo: lo que se plantea, dice el Tribunal, es «el derecho a poder ejercer la condición de representantes de los trabajadores mientras no recaiga sentencia judicial firme que declare la procedencia de los despidos disciplinarios». Al haber sido negado tal derecho, impidiéndose el acceso de los representantes despedidos al centro de trabajo (habiéndose impugnado los despidos en vía judicial), se habría producido una vulneración del artículo 67.3 del Estatuto de los Trabajadores y de la libertad sindical.

Tanto el Juzgado de lo Social como la sala del Tribunal Superior de Justicia desestimaron la pretensión de los actores, con el argumento fundamental de que el despido tiene efectos constitutivos, por lo que la relación laboral de

los actores se habría extinguido, fallando así la necesaria vinculación de la relación laboral con la relación representativa. No fue ese el criterio de la Inspección de Trabajo, que emitió un requerimiento para que la empresa garantizase el respeto de los derechos sindicales de los trabajadores.

La sentencia de contraste alegada por los recurrentes, que permitió el pronunciamiento casacional en unificación de doctrina, por el contrario, había considerado que la decisión empresarial de no reconocer como miembro del Comité (de Empresa y de Huelga) al representante despedido, negándole el acceso al centro de trabajo, suponía una vulneración de la libertad sindical y del artículo 67.3 del Estatuto de los Trabajadores, puesto que «el mandato de un representante sindical solo puede ser revocado por decisión de los trabajadores que le hayan elegido, en asamblea *ad hoc* y con el condicionante que dispone, pero nunca por decisión unilateral del empresario».

En esta disyuntiva, y tras recordar algunas sentencias precedentes sobre el artículo 67.3 ET que poca relación guardan con el núcleo fundamental del problema interpretativo planteado, el Tribunal Supremo se alinea decididamente con las que afirman el carácter constitutivo del acto de despido. Así, recuerda la doctrina de la Audiencia Nacional conforme a la cual el despido del trabajador extingue el contrato de trabajo (art. 49.1, i. k y l ET), «sin que exista norma alguna que posibilite a los representantes de los trabajadores, que hayan impugnado el despido, continuar ejerciendo sus funciones representativas». Es más, se sigue diciendo, el artículo 284.c) LRJS, viene a confirmar este planteamiento, ya que al establecer las consecuencias del incumplimiento por el empresario del Auto del Juzgado que ordene la readmisión dentro de los cinco días siguientes a su fecha, «establece que será en ese momento cuando se acordará que el delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado de personal (*sic*) continúe desarrollando en el seno de la empresa sus funciones representativas, lo que acredita claramente que hasta ese momento no podía desempeñarlas». Desde el despido, dice la Audiencia Nacional, el representante «dejó de representar a sus compañeros ante la empresa».

El Tribunal Supremo, pues, acoge la tesis de la eficacia extintiva del acto de despido. Con el despido se extingue la relación laboral (sin perjuicio de su eventual posterior restablecimiento) y, por ello, se extingue también la relación representativa, porque, con referencia a la doctrina del Tribunal Constitucional, «los derechos de representación sindical no pueden entenderse como una situación autónoma a la previa existencia de una relación de trabajo, es decir, precisan de una vinculación o conexión laboral, aunque no dependan en todo momento de la realización efectiva de la prestación de servicios».

Así pues, despedido el representante de los trabajadores e impugnado el despido, hasta que recaiga sentencia la relación laboral ha de tenerse por extinguida y también la relación representativa, por faltar ahora, para esta, la imprescindible vinculación o conexión laboral. No existe ningún título, por tanto, para que el representante despedido pueda pretender continuar en el ejercicio de la representación que ostentaba y, en particular, no tiene derecho a acceder a las instalaciones empresariales ni a acudir a las reuniones de los órganos de los que formaba parte.

La situación cambia cuando recae sentencia que declare, aunque no sea firme, la nulidad del despido o su improcedencia (y se haya optado en este caso por la readmisión). Aunque con formulación ciertamente poco clara, el Tribunal Supremo recurre a las normas procesales de ejecución de sentencias para avalar en estos casos el mantenimiento de las funciones representativas en la pendencia del recurso que contra la sentencia se haya interpuesto. El juego del artículo 297 LRJS, que impone la continuidad de la remuneración y de la prestación de servicios (a menos que el empresario opte por abonar la retribución sin esta prestación), permite afirmar la existencia de un «nexo o vinculación diferente pero conexa al del ejercicio efectivo del trabajo, que guarda semejanza con otras situaciones en las que tampoco concurre el desempeño del trabajo mismo, y que protege la propia normativa cuando atribuye a los representantes la facultad de opción en el despido ya calificado de improcedente (art. 56.4 ET), cuando diseña el percibo de salarios y así también la posibilidad de seguir prestando servicios durante la sustanciación del recurso (art. 297 LRJS ya citado), o de manera singular cuando aborda la misma ejecución provisional de la sentencia sobre el despido de representantes de los trabajadores en el artículo 302 de la LRJS».

Y la firmeza de la sentencia también contempla, en las normas para su ejecución, la salvaguarda de las funciones representativas del trabajador despedido. Así, el artículo 284.c) LRJS establece «la adopción de medidas para que el delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical continúe desarrollando, en el seno de la empresa, las funciones y actividades propias de su cargo («advirtiendo al empresario que, de impedir u oponer algún obstáculo a dicho ejercicio, se pondrán los hechos en conocimiento de la autoridad laboral a los efectos de sancionar su conducta de acuerdo con lo que dispone el Texto Refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, aprobada por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto»), para el supuesto en el que el empleador hubiere incumplido con la obligación de readmisión».

Todo lo anterior permite al Tribunal afirmar que la normativa vigente «limita de forma expresa la garantía del ejercicio de las funciones de representación a la fase de recurso». «Cabe afirmar», sigue diciendo el Tribunal, «que cuando todavía no se ha declarado judicialmente la improcedencia (con opción por la readmisión) o nulidad del despido el legislador no ha previsto explícitamente la extensión de la garantía reforzada del ejercicio de las funciones representativas». La naturaleza constitutiva del despido, afirmada en reiterada jurisprudencia, y la normativa procesal de ejecución de sentencias, que habla de «restablecimiento o restauración» de las funciones representativas abundan en la limitación de la garantía del mantenimiento de tales funciones a la fase de recurso. Restablecimiento o restauración son expresiones «cuyo significado difiere del de mantenimiento o persistencia en alguna de las actividades vinculadas (como sería la atinente al ejercicio de las funciones representativas)».

Sin embargo, el propio Tribunal reconoce que se suscita la «duda acerca de cómo se configura esta cuestión durante el curso del procedimiento» que precede a la fase de recurso. Y en este punto, aunque por vía de *obiter* la sentencia reabre el tema. En el caso enjuiciado, la pretensión de los representantes despedidos se había articulado no en el seno del proceso de despido sino a través de la modalidad procesal de tutela. La pretensión de los actores tenía «por objeto depurar la denunciada restricción de la actividad representativa por voluntad unilateral del empresario» y, por tanto, «resultaba incardinable en dicha modalidad de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas que disciplinan el artículo 177 y siguientes de la LRJS, entre los que figura la regulación de la solicitud de medidas cautelares (art. 180.2)». Cabe pues, si se utiliza esta modalidad procesal, la solicitud de suspensión de los efectos del acto impugnado (la decisión empresarial de negar el acceso al centro de trabajo y a las funciones representativas), que el órgano judicial podría acordar «cuando su ejecución produzca al demandante perjuicios que pudieran hacer perder a la pretensión de tutela su finalidad, siempre y cuando la suspensión no ocasione perturbación grave y desproporcionada a otros derechos y libertades o intereses superiores constitucionalmente protegidos». Si bien «en el caso de que se invoque vulneración de la libertad sindical, solo se podrá deducir la suspensión de los efectos del acto impugnado cuando las presuntas lesiones impidan la participación de candidatos en el proceso electoral o el ejercicio de la función representativa o sindical respecto de la negociación colectiva, reestructuración de plantillas u otras cuestiones de importancia trascendental que afecten al interés general de los trabajadores y que puedan causar daños de imposible reparación».

4. CONCLUSIÓN

En definitiva, la garantía de mantenimiento de las funciones representativas se contempla legalmente, de manera expresa, solo para las fases de recurso (contra sentencias de nulidad del despido o de improcedencia con opción por la readmisión) y para la ejecución de sentencias firmes en tales supuestos, en los términos regulados en la LRJS. «La protección o garantía de los representantes de los trabajadores en el lapso anterior a la declaración de nulidad o improcedencia de sus despidos vendría de la mano de la regulación que a ese fin y objeto ha diseñado el legislador en el art. 180.2 de la LRJS en el procedimiento de tutela» (que no consta que fuera impulsado, en el supuesto enjuiciado, por los demandantes).

**29. EL DERECHO A INFORMAR A LOS REPRESENTADOS
COMO CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE LIBERTAD
SINDICAL: CONTROL DE LA INFORMACIÓN Y LIMITACIÓN
DEL USO DE MEDIOS ELECTRÓNICOS DISPONIBLES
EN LA EMPRESA**

Comentario a la STS 294/2023 de 25 de abril de 2023 (Rec. 334/2021)

ÁNGEL LUIS DE VAL TENA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Zaragoza. ORCID: 0000-0003-3276-5983

Palabras clave: Libertad sindical, derecho de información, canales de distribución de información, control empresarial, indemnización por daños morales.

1. ANTECEDENTES

La sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 19 de julio de 2021 resolvió la demanda sobre tutela del derecho de libertad sindical presentada por la Confederación General del Trabajo (en adelante, CGT) contra las empresas Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A. (en adelante, BBVA) y contra Op Plus, Operaciones y Servicios, S. A. (en adelante, Op Plus).

De las demandadas, Op Plus es una empresa cuyo capital social, en su totalidad, pertenece a BBVA, quedando integrada en el Grupo mercantil BBVA.

De la organización sindical demandante, hay que destacar que está implantada en el ámbito de la empresa BBVA, ostentando un porcentaje del 17,6 % en los órganos de representación unitaria a nivel nacional, según el resultado de las últimas elecciones sindicales celebradas en dicha empleadora. Además, tiene conformada una sección sindical de empresa a nivel estatal. También lo está en el único centro de trabajo de Op Plus, que tiene constituida la correspondiente representación de los trabajadores, conformada por Comisiones Obreras, la Unión General de Trabajadores y la CGT, siendo esta última la mayoritaria.

La representación unitaria de Op Plus convocó una huelga motivada por la orden empresarial de cesar en el teletrabajo. Tras su conocimiento, las tres secciones sindicales de CGT en BBVA editaron una carátula y una circular titulada «Jornada de huelga en Op Plus», con el siguiente contenido:

«[...] El Comité de Empresa de Op plus (filial de BBVA) por unanimidad de los tres Sindicatos que lo integran –CGT, UGT y CCOO– ha convocado una huelga de 24 horas en todos sus servicios para el próximo viernes 18 de septiembre.

El motivo de la misma es la negativa de la dirección a su propuesta de retrasar la incorporación a sus centros de trabajo de 1.200 personas y permitirles continuar trabajando en remoto. La representación legal de la plantilla de Op Plus considera que no se dan las condiciones en los centros para que toda la plantilla esté simultáneamente en modo presencial. Principalmente, falta espacio para mantener la distancia de seguridad [...]

En BBVA hemos solicitado una reunión para proponer la extensión de esta medida a todas aquellas áreas cuyas funciones lo permitan... Unidades Territoriales, BBVA Contigo, CSE, incluso, con alguna medida complementaria, a la red de oficinas, todo ello, tanto por la situación existente actual como en previsión de un empeoramiento de la misma (evolución tras apertura de colegios, etc.).

Os queremos trasladar esta convocatoria para que entendáis lo que está ocurriendo en una empresa filial de BBVA de la que depende buena parte de la operativa del Banco y con la cual nos relacionamos diariamente a todos los niveles. Tengamos por tanto en cuenta tal convocatoria, el derecho básico que les corresponde y respetemos, como es nuestra obligación legal, su desarrollo tanto en lo que nos pueda afectar como, bajo ningún concepto, asumir tareas propias de OP PLUS en esa jornada [...]».

Esa circular fue remitida al buzón habilitado al efecto por el BBVA para que fuera reenviada a las direcciones de correo corporativas de toda la plantilla.

La existencia de la vulneración del derecho a la libertad sindical denunciada se apoya en los siguientes hechos, declarados probados en la sentencia de instancia, y fundamentos:

– El artículo 62.2 del XXIII Convenio Colectivo del sector de la Banca dispone:

«Para facilitar la comunicación, las empresas proporcionarán una cuenta específica de correo corporativo a cada una de las secciones sindicales de empresa legalmente constituidas (L.O.L.S.), de los sindicatos que ostenten la condición de más representativos en el ámbito sectorial, si así lo solicitan.

En el ámbito de cada Empresa se determinará, por acuerdo entre esta y la representación sindical, los términos y condiciones de los envíos relativos a los correos que tengan por destinatarios la totalidad de la plantilla o un colectivo de trabajadores.»

– En el BBVA, en virtud del Acuerdo Colectivo para la Regulación de los Medios Necesarios para el Ejercicio de la Representación Sindical en la Empresa, se ha reconocido el derecho de las secciones sindicales al envío de comunicaciones al conjunto de los trabajadores. En dicho acuerdo de empresa: a) se limita el número máximo de comunicaciones, que se harán fuera de las horas punta de trabajo para que no alteren el normal funcionamiento de la empresa; b) los sindicatos deben adoptar, bajo su responsabilidad, las medidas necesarias para que no se remitan informaciones con contenidos prohibidos; c) el BBVA no se hace responsable de los contenidos de las comunicaciones sindicales transmitidas.

– La referida circular fue remitida al buzón habilitado al efecto por el BBVA para que, a su vez, fuera remitida a las direcciones de correo corporativas de toda la plantilla como un envío más, dentro de los cauces y requisitos establecidos en el convenio colectivo y en el acuerdo de empresa.

La empresa demandada se negó a mandar la circular de la organización sindical demandante, aduciendo que la sección estatal de CGT en BBVA no tenía representación en Op Plus y que las comunicaciones enviadas dentro del banco se debían atener a comunicaciones de ámbito estrictamente laboral en la empresa BBVA.

– La circular fue publicada en el tablón virtual de información sindical (Intranet de CGT BBVA).

2. CUESTIÓN O CUESTIONES PLANTEADAS

El debate litigioso consiste en dilucidar si el BBVA vulneró la libertad sindical de la CGT, al negarse a remitir una circular del sindicato a las direcciones de correo corporativas de toda la plantilla.

La SAN 173/2021, de 19 de julio, estimó la demanda interpuesta por CGT contra el BBVA, declaró la vulneración del derecho a la libertad sindical de la organización sindical y condenó a la empresa BBVA a que remitiera la citada circular y al pago de una indemnización de 3.125 euros.

La empleadora, demandada y posteriormente condenada, interpuso recurso de casación ordinario por diversos motivos, si bien, dejando al margen los relativos a cuestiones de procedimiento y actuación judicial, los más relevantes son aquellos que argumentan que la negativa del BBVA a remitir la circular del sindicato CGT no vulneró su libertad sindical –y ello porque el banco facilita un tablón a todas las secciones sindicales, las cuales disponen de un tablón de anuncios virtual, que constituye el canal de comunicación adecuado– y que, por consiguiente, se deje sin efecto la condena al pago de la indemnización.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

En contra de los argumentos del Ministerio Fiscal, también parte en el proceso, el Tribunal Supremo desestimó el recurso, con una sólida argumentación jurídica.

El punto de partida es el artículo 8 de la LOLS, que dispone:

«1. Los trabajadores afiliados a un sindicato podrán, en el ámbito de la empresa o centro de trabajo: [...] c) Recibir la información que le remita su sindicato.

2. Sin perjuicio de lo que se establezca mediante convenio colectivo, las secciones sindicales de los sindicatos más representativos y de los que tengan representación en los comités de empresa y en los órganos de repre-

sentación que se establezcan en las Administraciones públicas o cuenten con delegados de personal, tendrán los siguientes derechos: a) Con la finalidad de facilitar la difusión de aquellos avisos que puedan interesar a los afiliados al sindicato y a los trabajadores en general, la empresa pondrá a su disposición un tablón de anuncios que deberá situarse en el centro de trabajo y en lugar donde se garantice un adecuado acceso al mismo de los trabajadores [...]».

El precepto legal se complementa con la doctrina del Tribunal Constitucional. La STC 281/2005, de 7 de noviembre, sostiene que «la información sindical forma parte del contenido esencial del derecho fundamental, que el sindicato puede hacerla efectiva a través de los cauces previstos en la ley y también por medio de otros que libremente adopte siempre que respete la normalidad productiva, y que el empresario tiene que asumir ciertas cargas tasadas en la Ley y dirigidas a hacer efectivo el hecho sindical informativo». Asimismo, niega que sea compatible con el derecho fundamental la negativa empresarial a poner a disposición de los sindicatos un instrumento de transmisión empresarial apto y cuyo empleo sindical pueda armonizarse con su finalidad, lo que sucede cuando dicha negativa «no encuentre justificación en razones productivas o en la legítima oposición a asumir obligaciones específicas y gravosas no impuestas al empresario, pues en esa hipótesis de acción meramente negativa el acto de resistencia únicamente daría como resultado la obstaculización del ejercicio fluido, eficiente y actualizado de las funciones representativas, sin ocasionar, en cambio, provecho alguno».

De seguido, se citan tres sentencias del propio órgano sobre asuntos conexos al planteado. En primer lugar, la STS 583/2021, de 27 de mayo, sostuvo que un banco había vulnerado el derecho de libertad sindical por la inicial negativa a publicar en la intranet dos circulares sindicales, cuando la empresa se había comprometido a publicar los comunicados sindicales sin ejercer vetos ni controles. Argumenta que «el derecho a informar a los representados es contenido esencial del derecho de libertad sindical, tal como lo ha determinado la jurisprudencia constitucional, [...] el «control previo» por la empresa del contenido de la información sindical es «incompatible», con carácter general, con ese derecho a informar que forma parte de la libertad sindical». Después, la STS 27/2019, de 15 enero, explica que «la negativa de la empresa poner a disposición de los sindicatos, los instrumentos de transmisión de información existentes en la empresa,

cuando no está justificada en razones productivas o financieras, lesiona el derecho de libertad sindical, aunque constituya una mera resistencia pasiva». Y, por último, la STS 71/2023, de 25 de enero, compendia la doctrina jurisprudencial sobre el derecho de las secciones sindicales a que la empresa les facilite una cuenta de correo electrónico para poder comunicarse con la totalidad de la plantilla: «es a la empresa a la que corresponde la carga de probar las dificultades, disfunciones, interferencias y costes económicos que pueda suponerle el permitir a las secciones sindicales utilizar el correo electrónico como mecanismo de comunicación e información con el personal a su servicio. De acreditar esos perjuicios no le sería exigible cumplir con tal obligación, pero carece de argumento válido para negarse sin existir problemas asociados a la utilización del sistema de correo electrónico ya instaurado. [...] En el bien entendido que en caso de conflicto entre el uso empresarial y el sindical debe primar el interés de la empresa por tratarse de una herramienta configurada para la producción; y que el empleador puede adoptar las medidas y disponer lo necesario para regular y acomodar su utilización a las necesidades empresariales, armonizando unos y otros intereses».

Continuando la misma línea jurisprudencial, tras la declaración de los hechos probados y después de analizar las normas colectivas aplicables al caso, confirma el Tribunal Supremo que el derecho a informar a los trabajadores forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la libertad sindical. Y, en el supuesto enjuiciado, concluye que la negativa empresarial a publicar el citado comunicado no es compatible con el derecho fundamental a la libertad sindical, de manera que la empresa ha vulnerado el mentado acuerdo colectivo de 18 de septiembre de 2014, donde se establecía que las secciones sindicales de empresa legalmente constituidas podían proceder al envío de comunicaciones al conjunto de los trabajadores de la empresa.

El «control previo» empresarial del contenido de la información sindical quebranta la libertad sindical de CGT. Más aún cuando la comunicación remitida por CGT hacía referencia a una huelga en otra empresa del grupo BBVA, motivada por la orden empresarial de cesar en el teletrabajo, y se indicaba que la huelga en otra empresa del grupo podía afectar a los destinatarios de la comunicación, informándoles de que debían respetar su derecho a la huelga, cuyo desarrollo podía afectarles, mencionando expre-

samente que bajo ningún concepto debían asumir tareas propias de los huelguistas.

El hecho de que la circular pudiera ser publicada en el tablón virtual de información sindical no justifica la negativa empresarial a que dicha información se enviara a las direcciones de correo corporativas de toda la plantilla porque se trata de dos canales distintos, que no son excluyentes.

Por todo ello, así se afirma definitivamente, «la empresa demandada llevó a cabo una conducta obstruccionista que, al impedir el ejercicio del derecho a informar a los representados, vulneró el derecho fundamental a la libertad sindical de CGT, lo que obliga a desestimar este motivo».

La cuestión, de otra parte, relativa a que se deje sin efecto la condena al pago de la indemnización por daños morales, carece de sentido en tanto que los daños morales resultan indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental. Con todo, al ser especialmente difícil su cálculo, corresponde al órgano judicial establecer prudencialmente su cuantía, para lo que sirve de criterio orientador el importe de las sanciones pecuniarias previstas por el vigente texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (en adelante, LISOS) en caso de infracciones consistentes en la transgresión de los derechos de información de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales y la vulneración de los derechos de las secciones sindicales en orden a la distribución de información sindical.

4. CONCLUSIONES

El Tribunal Supremo, de manera coherente con su jurisprudencia, considera lesionado el derecho de libertad sindical de una organización sindical cuando la empresa limita injustificadamente la transmisión de información sindical, más aún cuando se disponen de cauces específicos para ello y se ha pactado, por medio de un acuerdo de empresa, su uso cumpliendo determinadas condiciones. En el supuesto de hecho, el instrumento habilitado expresamente es el correo electrónico corporativo. Negar su uso bien por disponer de otro medio, como el tablón de anuncios, bien por entender que el contenido no incumbe a las personas trabajadoras de la empresa, supone una vulneración del derecho a informar y, por extensión, del derecho de libertad sindical, pues el primero forma parte del contenido esencial del segundo.

■ LIBERTAD SINDICAL, NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y HUELGA

El propio acto de controlar, previamente a su remisión, el contenido de la información lesiona el derecho de libertad sindical.

Toda conducta obstruccionista del derecho a informar, al impedir que la información llegue a las personas trabajadoras representadas, viola el derecho a la libertad sindical, lo que conlleva la obligación de reparar la vulneración del derecho lesionado e indemnizar los daños morales, para lo que resulta adecuado tomar como criterio orientador la cuantía de las sanciones pecuniarias previstas en la LISOS para los tipos infractores que pudieran resultar de aplicación.

30. LIBERTAD SINDICAL Y UTILIZACIÓN DE MEDIOS TELEMÁTICOS DE LA EMPRESA: EL PAPEL DEL CONVENIO COLECTIVO

Comentario a la STS 71/2023 de 25 de enero (Rec. 62/2021)

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

Catedrático de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social
Universidad de Valencia. ORCID: 0000-0002-2910-2153

Palabras clave: Libertad sindical, representación del personal, correo electrónico, convenio colectivo.

1. ANTECEDENTES

Una organización sindical inició proceso de tutela de los derechos fundamentales frente a una empresa de ámbito estatal, por entender que, al rechazar poner a disposición de su sección sindical de ámbito empresarial una cuenta de correo electrónico así como las direcciones de todos y cada uno de los empleados de la empresa, obstaculizaba la comunicación entre estos y la organización, vulnerando la libertad sindical.

La pretensión fue rechazada por la Audiencia Nacional, en sentencia 119/2020, de 9 de diciembre. La desestimación de la demanda se basó fundamentalmente en los acuerdos colectivos sobre el uso del correo electrónico que resultaban aplicables en la empresa demandada.

De un lado, el convenio sectorial aplicable (XIX Convenio colectivo del sector de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos, *BOE*

de 18 de octubre de 2019), en el precepto dedicado a «Comités de Empresa. Medios telemáticos» (art. 44), aparte de concretar alguna de las competencias de la representación unitaria, establecía expresamente, que «caso de así convenir a ambas partes, se podrá acordar en el seno de la empresa la utilización por parte de los representantes legales de los trabajadores en la empresa de los medios telemáticos propiedad de la misma, así como las condiciones para su uso». De otro, previamente a la interposición de la demanda, en 2016, se había suscitado otro conflicto colectivo en relación con el uso del correo electrónico por la sección sindical, cuyo ámbito se limitaba entonces a un centro de trabajo, que se había zanjado con acuerdo en la conciliación previa del siguiente tenor: «La empresa se compromete a facilitar a la sección sindical ... del centro de trabajo de Sevilla una cuenta de correo electrónico para informar y comunicarse con los trabajadores desplazados y expatriados adscritos al centro de trabajo de Sevilla. Ambas partes se comprometen a negociar de buena fe la utilización del correo electrónico u otros medios telemáticos para el resto de los centros de trabajo de la empresa».

De este modo, la pretensión lo que plantearía en realidad es «modificar por vía judicial el contenido del acuerdo de conciliación de 2016 y del convenio colectivo (acogiendo el criterio sostenido por STS 17 junio 2010). Eso significa que no estamos ante un conflicto jurídico, sino de intereses y sabido es que “estas controversias no pueden encontrar solución en Derecho, ni el Juez puede suplantar la actividad negociadora de las partes, único procedimiento para pacificarla situación (así, SSTS 19/04/00 –rco 2980/99–; 28/11/01 –rco 3380/00–; 07/02/06 –rco 23/05–; 14/02/08 –rco119/06–; 05/03/08 –rcud 100/06–, y 26/05/09 –rco 107/08–)”».

2. CUESTIONES PLANTEADAS

Recurrida esta sentencia por el sindicato demandante ante el TS son varias las cuestiones que se plantean, si bien su interés es desigual. No creo que haya que dedicar nuestra atención a los aspectos procesales ni a los relacionados con los hechos probados, suscitados los primeros por la empresa y los segundos por la organización recurrente. Muy apegados ambos a las particularidades del caso concreto, se resuelven conforme a criterios de alcance general suficientemente conocidos.

La cuestión de mayor interés estriba, en este contexto, en la determinación del papel que corresponde a la negociación colectiva en la concreción del

uso sindical de los medios telemáticos de los que dispone la empresa. Adicionalmente, y anticipando que el recurso fue objeto de estimación, la sentencia que se comenta decide sobre el alcance de la de la demanda, recapitulando la doctrina legal previa en relación con la determinación de la reparación de los daños por lesión de la libertad sindical.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

La cuestión del derecho al uso por la representación del personal de los medios de comunicación telemática de los que disponga la empresa ha sido explorada reiteradamente en jurisprudencia y doctrina judicial de las dos últimas décadas. No hace falta insistir mucho en ello pues la sentencia que se comenta, fundamento 5.º, nos ofrece una relativamente detallada reconstrucción de pronunciamientos previos, tanto del Tribunal Constitucional (sentencia 281/2005) como del propio Tribunal Supremo.

La «conclusión» de esta recapitulación, contenida en el mismo fundamento, hace pivotar sobre la empresa «la carga de probar las dificultades, disfunciones, interferencias y costes económicos que pueda suponerle el permitir a las secciones sindicales utilizar el correo electrónico como mecanismo de comunicación e información con el personal a su servicio». De este modo, si acredita tales perjuicios «no le sería exigible cumplir con tal obligación, pero carece de argumento válido para negarse sin existir problemas asociados a la utilización del sistema de correo electrónico ya instaurado». Eso sí, «en caso de conflicto entre el uso empresarial y el sindical debe primar el interés de la empresa por tratarse de una herramienta configurada para la producción; y que el empleador puede adoptar las medidas y disponer lo necesario para regular y acomodar su utilización a las necesidades empresariales, armonizando unos y otros intereses».

Tanto en la instancia como en el recurso, la defensa de la empresa no se basó en la alegación y acreditación de los posibles perjuicios que planteaba acceder a la pretensión de la sección sindical. Optó por una línea diferente, basada en la necesidad de alcanzar un acuerdo sobre los términos de uso de los medios telemáticos en atención tanto a las previsiones del convenio aplicable como a las del acuerdo alcanzado con anterioridad con la misma sección sindical, cuando tenía ámbito de centro de trabajo.

El planteamiento parece, de entrada, razonable. De hecho, aparte de convencer al órgano judicial de instancia, fue compartido en casación por el Ministerio Fiscal (*cf.* antecedente 6.º). Sin embargo, el Tribunal Supremo lo

rechaza sobre la base de que las cláusulas convencionales en las que se escudaba la empresa no resultaban aplicables al supuesto controvertido (fundamento 4.º). Por lo que se refiere, de entrada, al precepto del convenio sectorial, «el controvertido pasaje se integra en un artículo cuya rúbrica refiere a los órganos de representación unitaria, no a los sindicales. No ya el título, sino el contenido del artículo alude a las competencias de «los comités de empresa» y, confirmando que esa es su intención, cuando habla de los medios telemáticos utiliza una locución equivalente («representantes legales de los trabajadores en la empresa»), en concordancia con la invocación que realiza al artículo 64 ET». Por su parte, el acuerdo alcanzado en la conciliación del conflicto anterior tampoco resultaría aplicable, habida cuenta la diversidad de su ámbito subjetivo de aplicación. Mientras que «el actual conflicto «afecta a toda la plantilla», dispersa en centros de trabajo de «Sevilla (228 trabajadores/as), Barcelona (69) y Madrid (127)», además de existir personas desarrollando su actividad «en Cáceres (2), Córdoba (4), Huelva (2), Málaga (6), Murcia (9), Orense (21) y Zaragoza (4)»... el Acuerdo alcanzado en 2016 solo contempla el derecho de la Sección sindical a disponer de «una cuenta de correo electrónico para informar y comunicarse con los trabajadores desplazados y expatriados adscritos al centro de trabajo de Sevilla»». Por otro lado, en el acuerdo de 2016 «la negociación prevista no se contempla como cauce para propiciar que el sindicato pueda remitir información a la totalidad de la plantilla sino «para el resto de los centros de trabajo», lo que deja fuera a quienes están en el centro de trabajo de Sevilla sin la condición prevista («desplazados y expatriados»)».

Ambas ideas permiten alcanzar la conclusión de que «la decisión sobre el tema suscitado pasa por el examen de lo que dispone la regulación heterónoma, básicamente la Constitución y al Ley Orgánica de Libertad Sindical, ambas interpretadas por una copiosa jurisprudencia»; y, comoquiera que la empresa no había hecho esfuerzo alguno para argumentar los problemas o perjuicios que implicaba permitir el uso del correo electrónico, son las que conducen a la estimación del recurso. Como consecuencia de ello, se declara la lesión de la libertad sindical, y tras una recapitulación de los criterios aplicables para determinarla, se condena a la empresa a abonar una indemnización.

Desde mi punto de vista, la sentencia comentada se sitúa en la línea de desconocer la virtualidad de la negociación colectiva para la determinación del alcance de las facultades de la representación del personal respecto de la utilización de las herramientas informáticas de la empresa. Aunque es clara la diferencia teórica entre la representación unitaria y la sindical, lo cierto es que,

en la práctica, incluso normativa, se ha extendido el tratamiento uniforme de ambas. Desde esta perspectiva, el hecho de que la rúbrica del precepto convencional en cuestión se refiera a los «comités de empresa» no permite desconocer que en la regulación de los también aludidos «medios telemáticos» el sujeto son «los representantes legales», expresión esta última que, en la terminología legal, ha evolucionado hacia un entendimiento mucho más amplio –como puede verse, por ejemplo, en art. 41.4 ET, al que reenvían otros preceptos estatutarios, o, específicamente, en el art. 19.2 Ley 10/2021–. En este contexto, no es fácil aceptar que el precepto convencional que reenvía a la negociación en el ámbito de cada empresa el uso de los medios telemáticos por la representación del personal se refiera únicamente a la unitaria. Como tampoco lo es orillar la clara voluntad manifestada con anterioridad sobre la necesidad de negociar de buena fe para la extensión del derecho que entonces ser reconocía limitadamente.

En este contexto, parece que, en línea con otros precedentes (STS 661/2017, 24 julio), el pronunciamiento parte de la existencia de un verdadero derecho a la utilización de los medios telemáticos que se superpone a las previsiones convencionales. No es claro, sin embargo, que esta línea interpretativa sea correcta. La jurisprudencia –y la propia sentencia que estamos comentando así lo reconoce– presupone que el acceso a su uso no es incondicional puesto que puede quedar supeditado a los legítimos intereses organizativos y productivos de la empresa. Entiendo, pues, que los convenios colectivos deberían tener un relevante papel para armonizar los intereses contrapuestos; y, de paso, dar mayor certeza a la solución de una cuestión de suma relevancia que, en este momento, depende de una valoración casuística por los tribunales. Diría, en consecuencia, que, en un caso como el resuelto en el que el convenio remite al acuerdo de empresa la determinación de la posibilidad y condiciones de utilización de los medios telemáticos, la vulneración del derecho fundamental únicamente aparece por incumplimiento de la obligación de negociar de buena fe sobre el particular. Pero, en este nuevo plano de reflexión, la carga de la prueba debería referirse a aspectos diferentes a los valorados por el TS y quizá no pueda hacerse recaer en exclusiva sobre la empresa.

4. CONCLUSIÓN

En conclusión, pues, cabe afirmar que, en la experiencia jurisprudencial, el derecho al uso de los medios telemáticos de la empresa por la representación

■ LIBERTAD SINDICAL, NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y HUELGA

del personal, parece ir convirtiéndose en un derecho completo y autosuficiente derivado de la libertad sindical. No solo no requiere la mediación de convenios o acuerdos para su posible exigencia sino que tiene entidad suficiente como para sobreponerse a sus previsiones y convertirse en parámetro de valoración de su legitimidad.

**31. GARANTÍAS DE LOS MIEMBROS DESIGNADOS
POR LA EMPRESA EN EL COMITÉ DE SEGURIDAD Y SALUD**
Comentario a la STS 1244/2021 de 9 de diciembre de 2021 (Rec. 1253/2019)

SONIA ISABEL PEDROSA ALQUÉZAR
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Zaragoza. ORCID: 0000-0003-4047-043X

Palabras clave: Garantías, representantes, comité, seguridad, salud.

1. ANTECEDENTES

El supuesto de hecho de esta sentencia es el recurso de casación para unificación de doctrina que interpone la representación letrada de un trabajador despedido disciplinariamente que formaba parte del Comité de Seguridad y Salud a solicitud de la propia empresa sobre la base de la contradicción encontrada entre la sentencia recurrida, STSJ de Cataluña –Barcelona– de 22 de enero de 2019 Rec. 5254/2018 (ECLI:ES:TSJCAT:2019:237), y la STSJ de Galicia –Coruña–, de 23 de julio de 2014 Rec. 1825/2014 (ECLI:ES:TSJGAL:2014:6193)

En esta última sentencia, el trabajador también había sido designado por la empresa para formar parte del Comité de Seguridad y Salud y también había sido despedido, en este caso en el marco de un expediente de regulación de empleo en un proceso concursal.

Ante los recursos de suplicación interpuestos por los trabajadores para que se les aplicara las garantías del artículo 30.4 de la LPRL, la sentencia

recurrida desestima la petición, mientras que la sentencia de referencia para sustentar la contradicción exigida por el artículo 219.1 de la LRJS reconoce el derecho a las garantías de los trabajadores designados.

En la sentencia recurrida, se pedía, en concreto, tanto la garantía de apertura de expediente contradictorio, previo al despido, que el artículo 68 del ET recoge en el supuesto de sanciones para faltas graves o muy graves, como la consistente en otorgarle al trabajador el derecho de opción a que se refiere el artículo 56.4 del ET, la readmisión en la empresa o el abono de la indemnización correspondiente a la calificación del despido como improcedente y con satisfacción de los salarios de tramitación generados desde la fecha del despido. En la sentencia de referencia para sustentar la contradicción, la prioridad de permanencia en el contexto de una sociedad concursada.

Dado que hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, dictan resoluciones contradictorias, el Tribunal Supremo admite el recurso de casación en unificación de doctrina.

2. CUESTIÓN PLANTEADA

La cuestión planteada sobre la que el Tribunal Supremo se manifiesta es si los miembros del Comité de Seguridad y Salud nombrados por la empresa, gozan de las mismas garantías que las de los trabajadores designados para ocuparse de la actividad preventiva, sea individualmente considerados o sea integrados en un servicio de prevención propio.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

El Tribunal recuerda las opciones que, conforme al artículo 30.1 de la LPRL tiene la empresa para cumplir con el deber de prevención: designar uno o varios trabajadores para ocuparse de dicha actividad, constituir un servicio de prevención propio o concertarla con una entidad especializada ajena a la empresa. Y que, en el desarrollo de esa actividad, no podrán sufrir ningún perjuicio teniendo las garantías que para los representantes de los trabajadores regulan los apartados a), b) y c) del artículo 68 y el apartado 4 del artículo 56 del ET. Esto es: apertura de expediente contradictorio en el supuesto de sanciones por faltas graves o muy graves, en el que serán oídos, aparte del interesado, el comité de empresa o restantes delegados de personal; prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores,

en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas; o no ser despedido ni sancionado durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a la expiración de su mandato, salvo en caso de que esta se produzca por revocación o dimisión, siempre que el despido o sanción se base en la acción del trabajador en el ejercicio de su representación y opción por readmisión o indemnización.

Recuerda el Tribunal la diferencia entre trabajadores designados y delegados de prevención, representantes de las personas trabajadoras con funciones específicas en materia de prevención de riesgos en el trabajo que serán designadas por y entre los representantes del personal (art. 35 LPRL) y, por tanto, disfrutan de sus mismas garantías. Además recuerda que, en empresas que cuenten con cincuenta o más trabajadores, se deberá constituir un Comité de Seguridad y Salud como órgano paritario y colegiado de participación destinado a la consulta regular y periódica de las actuaciones de la empresa en materia de prevención de riesgos (art. 38 LPRL). El Comité estará formado por los delegados de prevención, de una parte, y por el empresario y/o sus representantes en número igual al de los delegados de prevención, de la otra. Esto es, la empresa es la que designa a sus representantes para la defensa de sus intereses y, para ellos, no está prevista la atribución de las garantías, ni de los representantes, ni las de los trabajadores designados porque, como señala el Tribunal, los miembros del Comité que nombra la empresa defienden los intereses de la misma y, por consiguiente, el ejercicio de sus funciones no está condicionado por el temor a represalias por parte del empresario; no existió, así, el riesgo de que la persona trabajadora pudiera sufrir perjuicios por el desempeño reivindicativo de su cargo frente a la empresa, ya que era el representante de la misma y defendió sus intereses.

Con base en esa falta de conflictividad entre los intereses de la empresa y la persona trabajadora representante de la misma, la sentencia concluye que no pueden hacerseles extensibles las garantías reservadas para otros sujetos relacionados con la prevención.

4. CONCLUSIONES

A la vista de todo lo expuesto el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina confirmando la sentencia recurrida, la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 22 de enero de 2019, rec. 5254/2018, y negando, por tanto, la extensión de las garantías de los tra-

bajadores designados a los miembros del Comité de Seguridad y Salud representantes de la empresa.

No está de acuerdo esta autora con la conclusión del Alto Tribunal. Cier- to es que no se puede equiparar la figura del delegado de prevención con la del trabajador representante de la empresa en el Comité de Seguridad y Salud, aunque sea el órgano paritario y colegiado de participación destinado a la consulta regular y periódica de las actuaciones de la empresa en materia preventi- va y las funciones de unos y otros se desarrollen en igualdad de condiciones, porque el origen y finalidad de ambas figuras es diferente.

No obstante, la negativa a equiparar trabajador designado a representante de la empresa en el Comité no está tan clara. El artículo 30 de la LPRL esta- blece distintas formas de gestionar y organizar la prevención en la empresa y los representantes de la misma en el Comité se encargan tan sólo, conforme a las competencias asignadas a este Comité por el artículo 39 de la LPRL, de participar en la elaboración, puesta en práctica y evaluación de los planes y programas de prevención de riesgos de la misma, así como de promover inicia- tivas sobre métodos y procedimientos para la efectiva prevención de los ries- gos, proponiendo a la empresa la mejora de las condiciones o la corrección de las deficiencias existentes. Funciones específicas que tienen también la finali- dad de protección y prevención de los riesgos profesionales en la empresa y que, por tanto, su desempeño debería realizarse con las mismas garantías apli- cables a los trabajadores a los que se les asigna funciones de seguridad y salud más amplias que las específicas del Comité.

Por otro lado, que los trabajadores designados para el Comité defiendan los intereses de la empresa no implica que no puedan verse inmersos en con- flictos con la misma en el desempeño de sus funciones y deberían estar inclui- dos en la protección dada por el artículo 30.4 de la LPRL, tal y como defendió la STSJ Galicia de 23 de julio de 2014 citada que sirvió de referencia para justificar la contradicción.

32. LIBERTAD SINDICAL Y SINDICATO DE TRABAJADORAS SEXUALES

Comentario a la STS 584/2021 de 1 de junio de 2021 (Rec. 29/2019)

MANUEL CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Salamanca

1. ANTECEDENTES

La Comisión para la Investigación de Malos Tratos a Mujeres –organización de ámbito estatal sin fines de lucro– y la Plataforma Ocho de Marzo de Sevilla formularon ante la Audiencia Nacional una demanda de impugnación de estatutos sindicales, por la que solicitaban sentencia de nulidad de los estatutos y del acta de constitución del sindicato Organización de Trabajadoras Sexuales (OTRAS), así como consiguientemente la disolución de esta organización sindical y la ordenación de la baja de la misma en el registro correspondiente. El Ministerio Fiscal se adhería a esta demanda.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional procedía a la estimación de la demanda y declaraba la nulidad de los estatutos del sindicato OTRAS. Estimaba la sentencia que, al comprender el ámbito funcional estatutario de la organización «las actividades relacionadas con el trabajo sexual en todas sus vertientes», había que entender que estas eran, desde luego, tanto aquellas que pudieran ser practicadas en el marco de una relación laboral regular –alterne, pornografía, masaje erótico, espectáculos públicos de esta naturaleza, etc.–, como el ejercicio de la prostitución bajo la organización de un tercero, lo cual, esto último, por ser una actividad ilegal en España, constituía un objeto ilícito para un contrato de trabajo. Y, como, razonaba la sentencia, el precepto estatutario no excluía tales servicios últimos del ámbito funcional sindical, las consecuencias de su admisión «resultarían totalmen-

te contrarias al ordenamiento jurídico», por cuanto supondría: a) dar carácter laboral a una relación contractual con objeto ilícito; b) admitir el proxenetismo; c) admitir, asimismo, el derecho de los proxenetes a crear asociaciones patronales con las que negociar condiciones de trabajo y frente a las que se pudieran adoptar medidas de conflicto colectivo; y, por último, d) asumir que, de forma colectiva, la organización sindical y los proxenetes y sus asociaciones pudieran negociar condiciones laborales de las personas empleadas en la prostitución, disponiendo de este modo de un derecho de carácter personalísimo como la libertad sexual.

El sindicato en cuestión interponía recurso de casación contra esta sentencia, por entender, en síntesis, que infringía su derecho de libertad sindical, considerando vulnerados los artículos 7 y 28.1 de la Constitución, el artículo 2.2 a) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, los Convenios 87 y 98 de la OIT, así como la jurisprudencia constitucional sobre la no limitación del derecho de libertad sindical a las personas asalariadas, de modo singular la STC 236/2007. Además de considerar vulnerado el principio de supremacía de la Constitución Española y de la interpretación más favorable al ejercicio de los derechos fundamentales y de la doctrina sobre el principio *in dubio favor libertatis*, denunciando en consecuencia la infracción de los artículos 9.1 y 117.1 de la ley constitucional.

2. LA CUESTIÓN LITIGIOSA DE FONDO

Y así, después de todo, la cuestión litigiosa sobre el fondo del asunto quedaba centrada en el alcance del ámbito funcional previsto para el sindicato OTRAS y, de modo singular, en la expresión contenida en el artículo 4 de los estatutos del mismo, ya conocida: «El sindicato desarrollará sus actividades en el ámbito funcional de las actividades relacionadas con el trabajo sexual en todas sus vertientes».

Por la parte recurrente se consideraba que este ámbito incluye desde luego actividades cuyo carácter laboral resulta incuestionable, como son las propias de los denominados trabajadores de alterne, bailarines eróticos, actores porno, o quienes prestan servicios en centros de masajes, por ejemplo. Siendo así que, por otro lado, nada impide que las personas que ejercen la prostitución puedan afiliarse a OTRAS, de acuerdo con el artículo 28.1 CE y su alcance subjetivo comprensivo: «Todos tienen derecho a sindicarse libremente».

3. EL CRITERIO DEL TRIBUNAL SUPREMO

Para la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, la cuestión que se plantea en este caso debía ser resuelta –lejos de ser referida a la determinación de la naturale-

za jurídica de la relación existente entre las trabajadoras sexuales y sus empleadores, ni a la calificación de este trabajo en sí mismo desde el punto de vista moral y de la dignidad humana, ni tampoco de género—, teniendo en cuenta las siguientes premisas: 1.º) Unos estatutos sindicales no puedan determinar la legalidad o ilegalidad de cualquier actividad, correspondiendo esta tarea al legislador. 2.º) El enfoque que corresponde al presente litigio no es otro que la comprobación de si la libertad sindical que invocan los promotores del sindicato en cuestión penetra dentro de los confines del nuestro ordenamiento. 3.º) El examen debe versar sobre el contenido de los estatutos y no acerca de realidades paralelas o conexas. 4.º) El análisis de la adecuación de los estatutos sindicales a Derecho ha de suponer que la actividad contemplada en los mismos como presupuesto para la afiliación —al igual que ocurre en el conjunto de los supuestos— se ajusta al ordenamiento jurídico, aunque así no se haya especificado. 5.º) Es ajeno a este litigio el debate sobre la legalización, tolerancia o penalización de la prostitución por cuenta ajena, máxime cuando esta no aparece contemplada en los estatutos referidos.

A partir de este esquema de actuación, la sentencia analiza de modo prolijo la base constitucional y legislativa orgánica de los derechos fundamentales de libertad sindical y, en particular, del derecho de sindicación. La titularidad y el contenido de los mismos, de modo detallado. El contenido individual y colectivo de los derechos. Proyectando un análisis semejante al régimen jurídico de los Convenio 87 OIT, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, y 98, sobre la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva. También lo hace sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el derecho de fundación de sindicatos y de afiliación a los mismos.

Para pasar, acto seguido, al análisis del ámbito de aplicación de los estatutos del sindicato Organización de Trabajadoras Sexuales (OTRAS) y la necesidad de relación laboral como presupuesto. A tal fin, se traen a colación las exigencias legales del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, esto es, los elementos esenciales de consentimiento, objeto y causa lícitos del contrato (arts. 1261, 1271 y 1275 CC). Así como que no resulta posible en nuestro Derecho vigente la celebración de un contrato cuyo objeto sea la prostitución por cuenta ajena, un contrato en virtud del cual la persona trabajadora asuma la obligación de mantener las relaciones sexuales que le indique el empresario y con quienes este determine a cambio de una remuneración, con la consecuencia necesaria de que «el contrato que así se celebre debe reputarse nulo», por oponerse a las leyes, «sin que sea susceptible de incardinarse en el seno de una legislación laboral».

El Tribunal considera que la redacción del precepto cuestionado de los estatutos del sindicato, la mención al «trabajo sexual en todas sus vertientes», solo puede ser entendido lógicamente, dentro de nuestra vigente legalidad, de acuerdo

con el artículo 1.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, como «aquel que se presta por cuenta ajena en el que concurren las notas características de la relación laboral», sin que por consiguiente tenga cabida la prostitución. Le parece al Tribunal, asimismo, que la defensa de la libertad sindical como derecho fundamental «desaconseja interpretaciones restrictivas de la misma», como es desde luego la que asume la sentencia recurrida, al «dar por supuesto que los estatutos de OTRAS están contemplando la asociación de personas que desarrollas una actividad contraria a Derecho, que la misma queda así legalizada y que quienes incurrn en una conducta penalmente perseguida obtienen una eximente».

4. CONCLUSIONES

Y así, dentro del ámbito de una relación laboral lícita, conforme a nuestro ordenamiento vigente, el Tribunal concluye de forma plenamente convincente, a mi juicio: 1.º Que el ámbito de los estatutos del sindicato Organización de Trabajadoras Sexuales (OTRAS) «es conforme a Derecho». 2.º Que las personas que desarrolla trabajos sexuales a las que se refiere el presente procedimiento «gozan del derecho fundamental a la libertad sindical y tienen derecho a sindicarse». 3.º Que dentro del ámbito funcional de los estatutos «no tiene cabida la prostitución contraria a Derecho», como la propia recurrente no deja de reconocer, al no existir relación válida en esos casos, sin que pueda ser amparada en un contrato de trabajo. 4.º Que estas conclusiones «son trasladables respecto de la asociación de quienes desarrollan trabajos de índole sexual por cuenta propia». 5.º Que las asociaciones demandantes, no así el Ministerio Fiscal, «carecen de legitimación para impugnar los estatutos de OTRAS», por no poder acreditar la existencia de un «interés directo, personal y legítimo», exigido por la LOLS y la legislación procesal del caso, para solicitar la declaración judicial de no ser conformes a Derecho los estatutos de los sindicatos o sus modificaciones.

A la vista de lo cual, y previo rechazo de la excepción de acumulación indebida de acciones, el Tribunal estimaba el recurso interpuesto por la representación legal del sindicato Organización de Trabajadoras Sexuales (OTRAS). Casaba y anulaba la sentencia recurrida de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, que había sido dictada el 19 de noviembre de 2018, en procedimiento de impugnación de estatutos sindicales. Y desestimaba las demandas acumuladas, formuladas por la Comisión para la Investigación de Malos Tratos a Mujeres y la Plataforma Ocho de Marzo de Sevilla. Al tiempo que declaraba la falta de legitimación activa de la Comisión y la Plataforma referidas y absolvía al sindicato OTRAS. Y, en fin, estimaba ajustados a Derecho los estatutos sindicales impugnados. También declaraba la no procedencia de costas.

33. DESENCUENTRO ENTRE EL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL Y EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS. LA IMPORTANCIA DE JUSTIFICAR LAS PETICIONES DE INFORMACIÓN LABORAL

Comentario a la STS (C-A) 160/2021 de 9 de febrero de 2021 (Rec. 1229/2020)

M. CARMEN AGUILAR MARTÍN

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza
ORCID: 0000-0001-8881-9384

Palabras clave: Libertad sindical, documentación de índole laboral, vulneración de derechos fundamentales, protección de datos personales.

1. ANTECEDENTES

Los hechos objeto de esta Sentencia ponen de relieve el desencuentro entre el derecho a la libertad sindical, en este caso, en el ámbito del empleo público y el derecho a la protección de datos de carácter personal, dirimido en la Sala Tercera del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo).

El conflicto comienza ante el silencio de la Dirección General de Recursos Humanos del SERGAS en Santiago de Compostela (Galicia), a la petición proveniente de dos delegadas sindicales de documentación de índole laboral. Dicha petición, efectuada inicialmente el 18 de septiembre de 2017, consistía en la solicitud de entrega de «los nombramientos estatutarios de todos los facultativos por servicio, especificando el tipo y fecha de inicio de prestación del

servicio, incluyendo en ese registro tanto los nombramientos por acumulo de tareas como las sustituciones y otras plazas no estructurales». Posteriormente, en fecha 31 de enero de 2018 reiteran la petición anterior y además solicitan que se les facilite «respecto de la cirugía y consulta autoconcertada de la EOXI del Santiago de Compostela, la tarifa del proceso quirúrgico y por facultativo, la tarifa global por proceso quirúrgico y la tarifa por consulta y servicios».

Contra la resolución presunta por silencio del SERGAS, desestimatoria del recurso administrativo potestativo, interpuesto el 25 de junio de 2018, por vulneración de la libertad sindical y denegación de información y documentación de índole laboral, se interpone demanda por la parte actora (delegadas sindicales) ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Santiago de Compostela. Este, en Sentencia de 28 de enero de 2019 (rec. núm. 248/2018) declara «la existencia de vulneración del derecho a la libertad sindical consistente en la denegación de dicha información, con las obligaciones que, como cesionaria, resultan de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), debiendo la administración demandada estar y pasar por los anteriores pronunciamientos y cumplirlos».

Frente a esta Sentencia el Servicio Gallego de Salud interpone recurso de apelación núm. 158/2019 ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (STSJG) en la que, el 23 de octubre de 2019, falla estimando dicho recurso de apelación y desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por el cauce del procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales de la persona de las dos delegadas sindicales. El Tribunal entiende que en los hechos juzgados no se aprecia vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical amparado en el artículo 28.1 de la Constitución Española (CE).

Disconformes con la mencionada Sentencia, ambas delegadas sindicales, pertenecientes una de ellas a la organización sindical O'Mega Médicos de Galicia Independientes y la otra al Sindicato de Médicos de Galicia (SIMEGA/CESM GALICIA), interpusieron recurso de casación contencioso administrativo, admitido a trámite según Auto del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2020 (núm. 3346/2020). La parte recurrente, el 6 de julio de 2020, presenta escrito de interposición de recurso en el que solicita que se dicte sentencia estimatoria del recurso, se anule la sentencia del TSJ y se confirme la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo en la que se declaraba el derecho de las actoras a que se les facilite la información solicitada, con las obligaciones de confidencialidad correspondientes.

De contrario, la parte recurrida presenta escrito el día 1 de septiembre de 2020, en el que solicita se dicte sentencia por la que se acuerde la desestimación, confirmando la sentencia recurrida.

Por su parte, el Ministerio Fiscal presenta escrito el 31 de agosto de 2020, en el que solicita «se proceda a la estimación parcial del recurso de casación interpuesto, anulando por ello la Sentencia recurrida de 23 de octubre de 2019 y dictada en apelación por la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJG, si bien declarando, a su vez, la inadmisión del recurso contencioso-administrativo en su día interpuesto, en atención a la falta de legitimación bastante acreditada para obtener las demandantes la información que solicitaron como actuación administrativa (...)».

En definitiva, las partes procesales defienden, como no podía ser de otra forma, posiciones enfrentadas:

– Por un lado, la parte recurrente sostiene que la documentación e información solicitada no afecta a la intimidad del personal estatutario y ampara su petición de información laboral en la aplicación de la siguiente normativa: art. 28.1 CE, art. 10 de la Ley Orgánica 11/1985 de 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS), art. 40.1 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) y artículos 8.4 y 64 del Estatuto de los Trabajadores.

– La otra parte, la Administración, alude al derecho a la protección de datos amparado en el art. 18.4 CE, el art. 11.1 LOPD, aunque derogada, en su mayoría, por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, resulta de aplicación al caso *ratione temporis*. Esta parte considera que la información solicitada excede de lo que autorizan el EBEP y la LOLS y, por tanto, la cesión de la información requiere de previo consentimiento de los trabajadores afectados.

– Por su parte, el Ministerio Fiscal considera que el recurso contencioso administrativo resultaba inadmisibles por falta de legitimación activa de las dos delegadas sindicales.

2. CUESTIÓN O CUESTIONES PLANTEADAS

El Auto de la Sala Tercera (Sección Primera) de 3 de junio de 2020 determina que el conflicto planteado tiene interés casacional para el TS y concreta la cuestión en lo siguiente «(...) si es contrario a derecho fundamental de la libertad sindical (art. 28.1 CE) denegar por razón de normativa sobre protec-

ción de datos, información sobre nombramientos estatutarios de personal facultativo, especificando el tipo y fecha de inicio de prestación del servicio e incluyendo tanto los nombramientos por «acumulo de tareas» como las «sustituciones» y otras plazas «no estructurales» (...). Misma cuestión identificada en el FD segundo de la sentencia comentada del TS.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

El Tribunal ha tomado en consideración varios aspectos para fundamentar su decisión final sopesando dos derechos fundamentales, cada uno con sus contornos, su regulación y sus límites, el derecho a la libertad sindical y el derecho a la protección de datos personales.

Evidentemente, un derecho con doble vertiente individual y colectiva como es el derecho a la libertad sindical comprende el derecho a la información. Uno de los aspectos valorados es si para ceder esa información por parte del SERGAS hace falta consentimiento de los interesados o no. En este caso, la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Galicia mantiene el criterio informado por la Agencia Española de Protección de Datos, esto es, para entregar la información laboral solicitada es necesario el consentimiento inequívoco de todos los afectados. De este modo, a juicio de la Sala «el derecho a recabar información a través de listados de los nombramientos estatutarios de todos los facultativos por servicio, con especificación del tipo y fecha de inicio de la prestación del servicio, incluyendo en ese registro tanto los nombramientos por acumulo de tareas como las sustituciones y otras no estructurales, no puede entenderse comprometido bajo la genérica facultad que se atribuye a las Juntas de personal (y menos aún a los Sindicatos recurrentes) en el artículo 9 de la Ley 9/1987 (...), ahora regulado por el artículo 40.1 e) del EBEP, esto es, no puede entenderse bajo al función de «vigilar el cumplimiento de las normas vigentes en materia de condiciones de trabajo, prevención de riesgos laborales, Seguridad Social y empleo y ejercer, en su caso, las acciones legales oportunas ante los organismos competentes».

El Tribunal considera que «la pretendida finalidad de comprobación a través del conocimiento de datos recabados puede alcanzarse prescindiendo de la identificación de las personas que ocupan los concretos puestos de trabajo. Y si lo que se persigue es valorar la aplicación de los criterios de adscripción del personal a esos puestos, la información debe venir referida respecto a la persona en concreto que ocupa un puesto determinado, si hay una queja denunciada ante la Junta de Personal».

Con carácter general, la LOPD establece que «el tratamiento de datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa». Es cierto que la propia LOPD establece excepciones en las que no es necesario dicho consentimiento, una de ellas establecida en el apartado 2 del art. 6 «no será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado». Sin embargo, el TS siguiendo la argumentación del TSJ y de la AEPD (Informe 0196/2010), considera que es necesario el consentimiento de los interesados y que esa finalidad se puede cumplir con los datos disociados, según recoge el apartado f) del artículo 3 de la LOPD.

Otra de las cuestiones valoradas por el Tribunal es determinar si esa información solicitada se considera dato de carácter íntimo o no (*vid.* FJ séptimo de la Sentencia). Para ello, el Tribunal recuerda que «el derecho fundamental a la protección de datos se refiere a cualquier dato de la persona en las esferas en las que se desenvuelve». En concreto, el art. 3 a) de la LOPD define dato de carácter personal a cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables. En este caso, el Tribunal cita, entre otras, la doctrina recogida en STC 292/2000, de 30 de noviembre pues, aunque los datos que se solicitan son datos profesionales, lo cierto es que la protección de datos no se reduce a los datos íntimos de la personal, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros puede afectar a sus derechos, sean fundamentales o no, porque su objeto no es solo la intimidad individual.

Es importante resaltar que poco tiempo después de los hechos juzgados hubo un cambio de normativa, pues en diciembre de 2018 entró en vigor la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y en mayo de 2018 fue aplicable el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales (...).

4. CONCLUSIÓN O CONCLUSIONES

En esta Sentencia se ponderan dos derechos fundamentales, como son el derecho a la libertad sindical y el derecho a la protección de datos personales. En esta ocasión, la Sala Tercera del Tribunal Supremo se inclina a favor de la protección de datos entendiendo que el derecho a la libertad sindical no está exento de límites, aunque tampoco lo está el derecho a la protección de datos. Así, el TS confirma la Sentencia impugnada de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Galicia que considera necesario el consentimiento de las personas empleadas por el SERGAS para ceder sus datos profesionales a los sindicatos solicitantes.

La labor fiscalizadora de los sindicatos es necesaria dentro de un sistema de garantías, por lo que encontrar la manera de que se pueda llevar a cabo sin vulnerar la intimidad de las personas trabajadoras es la clave para su eficacia.

En mi opinión, esta Sentencia obliga a reflexionar sobre el modo en el que se solicita información laboral a la empresa, tal vez, si en la petición de dicha información se hubiera justificado la necesidad de analizarla con un razonamiento elaborado, esto es, si se hubieran aportado argumentos/indicios para justificar la utilidad de esa información no disociada, quizás la decisión del Tribunal podría haber sido en otro sentido. En esta línea, la Sentencia comentada, en su FD sexto, insiste en la solicitud «sin proporcionar una mínima explicación (...)» por lo que, con la mera invocación legal al derecho amparado en la LOLS con el fin de ejercer la labor de vigilancia sindical y de fiscalización a la empresa, no es suficiente para el Tribunal pues no se justificaron las razones por las que eran necesarios esos datos para el ejercicio de su función sindical.

34. LA RESTRICCIÓN DE LAS COMUNICACIONES SINDICALES EN PAPEL CON MOTIVO DE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Comentario a la STS 1033/2020 de 25 noviembre de 2020 (Rec. 39/2019)

RAFAEL ÁLVAREZ GIMENO

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Zaragoza. ORCID: 0000-0002-1654-4278

Palabras clave: libertad sindical, comunicaciones, protección de datos.

1. ANTECEDENTES

Teleperformace SAU es una empresa de *contact center* que había publicado unos «protocolos de seguridad» según los cuales imponía a sus trabajadores mantener los escritorios del centro de trabajo «limpios», lo que, entre otras cosas, comportaba la prohibición de introducir en las plataformas bolsos, mochilas, abrigos, USB, teléfonos móviles, software, PDA, cámaras digitales, papel y bolígrafos. Ello guarda relación con el hecho de que la actividad comporta el acceso a datos reservados de sus clientes y usuarios, habiendo sido sancionada en el pasado la empresa por una sustracción de datos de carácter personal. A tal efecto, se establecieron internamente unos mecanismos de control para hacer efectiva la directriz de «escritorios limpios», así como un procedimiento sancionador en el que se tipificaron los incumplimientos del protocolo. Obviamente, esta estricta política empresarial afectaba a las comunicaciones de los trabajadores que prestaban servicios en las plataformas.

En agosto de 2015, dentro de un procedimiento de mediación por huelga, se alcanzó en el SERCLA un acuerdo entre la dirección de Teleperformance y el Comité de Empresa del centro de trabajo de Sevilla, conforme al cual el empleador se comprometía a buscar algún medio para el reparto digital de la comunicación sindical a la plantilla del centro de trabajo; además, en tanto dicho medio digital no funcionase, se permitía a la representación de los trabajadores repartir panfletos en soporte de papel en la sala de operaciones.

En abril de 2016 la empresa propuso al comité y a las secciones sindicales la posibilidad de configurar una página web en la intranet para las comunicaciones sindicales. En junio de ese mismo año se ofreció alternativamente que se utilizara el «Portal del Empleado» para ese menester. Finalmente, se optó por este segundo sistema y, tras un periodo de pruebas de tres meses, los sindicatos UGT y USO pusieron de manifiesto una serie de carencias y errores que podían impedir que la información sindical llegara de forma adecuada a la plantilla, mientras que CGT insistió en poder repartir sus comunicaciones en papel en los puestos de trabajo.

En julio de 2017 la empresa dio por zanjadas las incidencias en la aplicación informática y volvió a instar a los representantes sindicales a que hicieran uso del sistema digital que se les había facilitado, restringiendo el reparto de panfletos sindicales en papel a una serie de zonas comunes (sala de descanso, comedor, patio, etc.), que, por cumplimiento de las políticas de seguridad de la compañía, no incluían la sala de operaciones.

La representación de CGT presentó demanda de conflicto colectivo, a la cual se adhirieron CCOO, CIG, CSIF, USO y UGT. En ella la parte sindical solicitó que se declarase nula la directriz empresarial de «escritorios limpios» y, por consiguiente, se concediera a las personas trabajadoras el derecho a tener acceso a ciertos objetos personales en el lugar de trabajo, se reconociera a los representantes del personal el derecho a repartir información sindical en la sala de operaciones o plataforma en formato papel y se permitiera a los empleados la utilización de teléfonos móviles.

La SAN de 15 de noviembre de 2018 (Proceso en primera instancia núm. 187/2018) (ECLI: ES: AN: 2018:4429) estimó parcialmente la demanda, declarando el derecho de los representantes de los trabajadores a repartir comunicados e informaciones de naturaleza sindical en papel dentro de la sala de operaciones, aunque rechazando las demás peticiones demandadas por los sindicatos. Al respecto, la Sala de lo Social de la AN apreció que la prohibición de difundir información en formato de papel constituía una vulneración de la libertad sindical; por el contrario, entendió que la prohibición de utilización de

teléfonos móviles no conculcaba este derecho fundamental, en tanto los sindicalistas disponían de telefonía fija al efecto.

Frente a este pronunciamiento, Teleperformace SAU presentó recurso de casación, alegando la necesidad de mantener la instrucción de «escritorios limpios» a todos los efectos, pues como empresa está obligada a proteger el derecho a la intimidad de sus clientes, siendo responsable de la protección de los datos personales cedidos por estos, de conformidad con el Reglamento UE 2016/679, sirviéndose del poder de dirección y organización que le otorga el artículo 20 LET.

2. CUESTIÓN O CUESTIONES PLANTEADAS

En principio, la demanda de CGT, a la que se adhirieron los demás sindicatos, solicitaba varias cosas, todas ellas conectadas con la nulidad de la directriz de «escritorios limpios». En primer lugar, se pretendía que los empleados pudieran acceder a la plataforma con medicinas, productos de higiene personal, etc., cuestión que, en principio, no guarda relación con la libertad sindical. En segundo lugar, se solicitaba que se reconociera a los representantes del personal, entendidos en sentido amplio, el derecho a repartir información en formato papel en la sala de operaciones, lo que obviamente sí es un tema vinculado al artículo 28.1 CE. Por último, se pedía que se permitiera a los empleados la utilización de teléfonos móviles, algo que también podía llegar a afectar a las comunicaciones de los representantes de los trabajadores con el resto de la plantilla y, por consiguiente, a la libertad sindical.

Como se ha indicado en el apartado anterior, la AN estimó el derecho de los representantes de los trabajadores a repartir comunicaciones sindicales en la plataforma o sala de operaciones, en contra de las directrices de la empresa, pero desestimó las demás pretensiones de los sindicatos. En este sentido, es importante señalar que el recurso de casación que resuelve la sentencia objeto de este comentario fue interpuesto por Teleperformace, que denunció la infracción de los artículos 20.3 LET, sobre control de la actividad laboral, 68 d) LET, acerca de la difusión de publicaciones de interés social o laboral, 18 CE, relativo al derecho a la intimidad, 28 CE, referente a la libertad sindical, 2.2 LOLS, concerniente al ejercicio de la actividad sindical, 8.1 LOLS, sobre distribución de información sindical, y 28.1 Reglamento UE 2016/679, que regula el tratamiento de datos personales. Es por ello que la única cuestión debatida es si los representantes de los trabajadores tienen derecho a repartir información sindical en formato papel en la plataforma de trabajo o sala de operaciones, en contra de la política

de «escritorios limpios» de la empresa, que procura, entre otras cosas, garantizar la intimidad y la protección de los datos personales de sus clientes.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

El Tribunal Supremo comienza su argumentación recordando que la LOLS, en sus artículos 8 a 11, otorga a los delegados sindicales iguales derechos y garantías que los artículos 64 y 68 LET destinan a los miembros de comités de empresa, siendo la transmisión de noticias de interés sindical uno de los fundamentos de la participación sindical y, por consiguiente, parte del contenido esencial del derecho fundamental consagrado en el artículo 28.1 CE, como indica la STC 94/1995, de 19 de junio (*BOE* de 24 de julio de 1995).

No obstante, el ejercicio de cualquier derecho puede tener límites, especialmente cuando puede colisionar con otros derechos. En este caso, como la empresa alega, los clientes y usuarios del servicio tienen un derecho a la protección de datos, consagrado por la STC 292/2000, de 30 de noviembre (*BOE* de 4 de enero de 2001) como un derecho fundamental autónomo, vinculado a la privacidad de las personas, que va más allá de los datos íntimos, abarcando cualquier tipo de dato personal, cuyo conocimiento o utilización por terceros pueda afectarle. En este contexto, la empresa dice hacer uso de los poderes de dirección y control de los que le dota el artículo 20 LET.

En casos como el presente, resulta imprescindible encontrar un equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito de su libertad constitucional, como establece la STC 6/1998, de 13 de enero (*BOE* de 12 de febrero de 1998). Al respecto, se indica que cualquier medida empresarial restrictiva de derechos fundamentales debe someterse a un test de constitucionalidad que viene determinado por la observancia del principio de proporcionalidad. A propósito de dicho examen, la jurisprudencia del TC viene exigiendo a las medidas restrictivas de derechos fundamentales el cumplimiento de tres requisitos: idoneidad, en tanto sea susceptible de conseguir el objetivo propuesto; necesidad, pues no debe existir otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; y ponderación o proporcionalidad *stricto sensu*, que implica que se deriven de ella más beneficios para el interés general que perjuicios sobre otros bienes en conflicto. Atendiendo a ello, la sentencia del caso procede a analizar si la directriz empresarial que impide el reparto de información sindical en papel cumple con dichas condiciones.

En primer lugar, señala la sentencia que la prohibición de la empresa no supera el juicio de idoneidad, ya que no parece una medida de seguridad efec-

tiva el vetar los comunicados e informaciones sindicales en papel. En este sentido, para el Alto Tribunal la mera introducción de panfletos resulta una acción inocua, en tanto los trabajadores de la plataforma, según la propia política de «escritorios limpios», no tienen posibilidad de escribir nada en el papel, dado que están prohibidos en dicho lugar de trabajo los bolígrafos, lapiceros, etc.

Aunque esa falta de idoneidad ya sería suficiente para rechazar la medida empresarial, el TS prosigue examinando el requisito de necesidad. Al respecto, la sentencia concluye que esta segunda condición tampoco se cumple, «ya que no consta dato alguno que permita concluir que se ha producido una vulneración del derecho de protección de datos por la difusión de comunicados o informaciones sindicales en formato papel, o que por tales actuaciones se haya generado un riesgo de que se produzca dicha vulneración».

Faltando los dos requisitos previos, parece obvio que tampoco se supera el juicio de ponderación. En efecto, la STS explica que «no constando dato alguno que permita concluir que se ha producido una vulneración del derecho de protección de datos por la difusión de comunicados o informaciones sindicales en formato papel, o que por tales actuaciones se haya generado un riesgo a que se produzca dicha vulneración, no procede ponderación alguna ya que no se han de prohibir dichas actuaciones de los representantes de los trabajadores».

A propósito de todo ello, el Alto Tribunal pone de manifiesto que, tal y como se desprende de los hechos probados, la empresa permitió temporalmente las comunicaciones e informaciones sindicales en papel dentro de la sala de operaciones, sin que se haya acreditado por la misma vulneración alguna de la protección de datos por este motivo. A pesar de que esta circunstancia puede suponer en este caso un argumento más en contra de la medida adoptada por el empleador, en mi opinión, utilizar como referencia una transacción patronal de carácter temporal debe tomarse con cierta cautela, puesto que el hecho de que una práctica haya sido inocua durante un periodo de tiempo relativamente acotado no implica necesariamente que sea inocua *per se* o que no pueda ser sustituida por otra más segura o idónea. No obstante, a mayor abundamiento, el TS incide en que la empresa no había facilitado a los representantes de los trabajadores «un sistema digital fiable, eficaz y seguro» para que pudieran repartir comunicados e información sindical a las personas trabajadoras.

4. CONCLUSIÓN

La STS de 25 noviembre de 2020 (Rec. 39/2019) (ECLI:ES: TS: 2020:4187) desestimó el recurso presentado por Teleperformance SAU, confirmando el dere-

■ LIBERTAD SINDICAL, NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y HUELGA

cho de los representantes de los trabajadores a difundir comunicados e informaciones de carácter sindical en formato papel en la sala de operaciones o plataforma. Al respecto, la prohibición empresarial de este tipo de comunicaciones, derivada de la política de «escritorios limpios», que pretendía proteger los datos de los clientes y usuarios del servicio prestado por la empresa, vulneraba parte del contenido esencial del derecho fundamental consagrado en el artículo 28.1 CE, en tanto no era una medida idónea, ni necesaria, ni proporcionada.

35. POSIBLES CONDUCTAS ANTISINDICALES. IMPORTA ALGO MÁS QUE EL RESULTADO

Comentario a la STS 1097/2021 de 10 de noviembre (Rec. 110/2020)

MARÍA DOLORES GARCÍA VALVERDE

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Granada. Subdirectora del Instituto de Migraciones
ORCID: 0000-0001-8551-7014

Palabras clave: Vulneración de los derechos fundamentales, tutela de la libertad sindical, elecciones sindicales, indemnización de daños y perjuicios.

1. ANTECEDENTES

La Federación de Sanidad y Sectores Sociosanitarios de CCOO mediante su representante, presentó demanda sobre tutela de libertad sindical, de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho, terminaban suplicando se dictara sentencia por la que: Declare que la actuación adoptada por SATSE, y en virtud de la cual ofertó, mediante correo electrónico y también a través de distintas redes sociales y medios de comunicación social, un bono de 100 euros a aquellos de sus afiliados (para utilizar en distintos complejos turísticos de SATSE) que acreditasen haber votado en las elecciones sindicales, lesiona el Derecho Fundamental a la Libertad Sindical de la Federación. Además solicita que se condene a SATSE a abonarle, por el concepto de indemnización reparadora

del Derecho Fundamental de la Federación a la Libertad Sindical la cantidad de 25.000,00 euros.

También se solicitó por la Coalición Sindical Independiente de Trabajadores, CSIT Unión Profesional, la acumulación de autos, por versar sendos procedimientos sobre el mismo asunto y tratarse de la misma parte demandada. Acumulación que fue acordada por auto de 4 de febrero de 2020.

Asimismo, se formuló reconvenición por el Sindicato SATSE.

Es preciso señalar, por una parte, los hechos relevantes y, por otra, el contenido de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Como hechos relevantes hay que traer a colación que el sindicato recurrente en casación no impugnó, en tiempo y forma, los resultados electorales. En cambio, los resultados electorales fueron impugnados, por el sindicato USAE en el procedimiento judicial 1023/2019, seguido ante el Juzgado de lo Social n.º 16 de Madrid, recayendo laudo arbitral de 5 de agosto de 2019, que desestima la impugnación, que fue convalidado por la sentencia del juzgado, en la que se concluye que no es de apreciar irregularidad alguna determinante de la nulidad del proceso electoral, por no existir elementos de juicio que permitan considerar que esa iniciativa del sindicato SATSE pudiere haber tenido incidencia alguna en el resultado de la votación, en tanto que el porcentaje de participación y el resultado de la votación es prácticamente el mismo que en el de las anteriores elecciones de 2015. Y que de los aproximadamente quince mil afiliados al SATSE en la Comunidad de Madrid, reclamaron al Sindicato el vale de 100 euros del descuento en los centros de hostelería que les habría ofrecido por ir a votar, unos doscientos afiliados.

El 27 de mayo de 2020 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la que consta el siguiente fallo: «Que desestimando las excepciones de falta de legitimación pasiva en la Federación de Sindicatos de Educación y Sanidad (FSES), y en ANPE-Sindicato Independiente de Profesores de Enseñanza; así como de cosa juzgada material que han sido interpuesto contra las demandas acumuladas, que se desestiman, formuladas por la Federación de Sanidad y Sectores Sociosanitarias de CCOO y la Coalición Sindical Independiente-Unión Profesional contra las dos anteriormente citadas Entidades sindicales, y contra el Sindicato de Enfermería (SATSE) y el Sindicato Convergencia Estatal de Médicos y Enfermería (CEM-SATSE) debemos absolver y absolvemos a los demandados de todas las pretensiones contenidas en las demandas acumuladas que han dado origen a este procedimiento. Asimismo, desestimando la reconvenición formulada por el Sindicato SATSE contra los demandantes ya citados, debemos absolver y ab-

solvemos a ambos Sindicatos actores de las pretensiones formuladas en la susodicha reconvención».

2. CUESTIONES PLANTEADAS

Hay que partir de la base que la libertad sindical se protege respecto de cualquier acto lesivo del derecho o conducta antisindical, cualquiera que sea asimismo el sujeto infractor (García Valverde, 1996, 92).

El tribunal resuelve sobre la legalidad de la actuación llevada a cabo por el sindicato SATSE y de la posible lesión del derecho fundamental a la Libertad Sindical por dicha actuación. La actuación consiste en patrocinar un «bono económico» por valor de 100 euros, exclusivamente para aquellos de sus afiliados que acreditasen haber votado en las elecciones sindicales celebradas.

La visión que hay que tener de la libertad sindical en el siglo XXI es distinta. Ahora se habla de una visión actualizada de la libertad sindical (Montes Adalid, 2024, 163 y ss).

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

El Tribunal Supremo en la Sentencia comentada resuelve, casando y anulando la sentencia recurrida. Declara que la actuación adoptada, el 3 de mayo del año 2019, por SATSE, en virtud de la cual ofertó un bono de 100 euros a aquellos de sus afiliados (para utilizar en distintos complejos turísticos de SATSE) que acreditasen haber votado en las elecciones sindicales celebradas el 8 de mayo del año 2019, para la elección de miembros de las juntas de personal y comités de empresa de los centros adscritos a la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, lesiona el derecho fundamental a la libertad sindical del sindicato demandante. Además condena al sindicato SATSE a abonar al sindicato recurrente la cantidad de 3.000 euros, en concepto de indemnización por daños y perjuicios.

El Tribunal Supremo para resolver el caso acude a la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, que en su art. 146.1, letra a), que tipifica como delito electoral la conducta de «Quienes por medio de recompensa, dádivas, remuneraciones o promesas de las mismas, soliciten directa o indirectamente el voto de algún elector, o le induzcan a la abstención». El tribunal considera que no existe delito en el caso enjuiciado, ni es aplicable

esta Ley, pero sí que el precepto nos sirve para utilizar los criterios interpretativos del precepto. Por tanto, la LO 5/1985 se aplica, exclusivamente, a los procesos para la elección de los miembros de los órganos de representación ciudadana a que se refiere su artículo 1. Lo que se desprende del artículo 146.1 LOREG, es que nuestro ordenamiento jurídico no admite la posibilidad de solicitar directa o indirectamente el voto de algún elector, a cambio de cualquier clase de recompensa, dádiva o promesa.

El tribunal no ve obstáculo legal alguno para utilizar esa misma regla en los procesos de elecciones sindicales, como barómetro jurídico para decidir sobre la licitud de la actuación llevada a cabo.

Otro argumento, que utiliza el tribunal es el peligro cierto de que la convalidación judicial de este tipo de ofrecimientos pudiere dar pie a convertir el proceso electoral en un mercadeo, de generalizarse y extenderse esas prácticas entre las diferentes sindicales que hayan presentado candidaturas.

También el tribunal tiene que resolver sobre la cuantía de la indemnización de los daños y perjuicios que ha sufrido el sindicato. No es de apreciar por lo tanto un perjuicio especialmente grave que deba resarcirse económicamente en una suma tan elevada como la reclamada, cuando es evidente que la principal, y legítima, finalidad de la demanda, es la de conseguir una declaración judicial que declare la ilegalidad de este tipo de prácticas sindicales y evitar su reiteración en el futuro.

Ante la imposibilidad de aplicar la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, el tribunal opta por acoger la posibilidad que brinda el artículo 183 LRJS (Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social), sobre cuantía de la indemnización.

En las circunstancias del presente asunto, resulta más acertado acogerse a la posibilidad que establece el artículo 183.2 LRJS, que atribuye al órgano judicial la facultad de determinar prudencialmente su importe, cuando resulte difícil la prueba exacta del perjuicio por otros mecanismos.

Y eso es lo que así sucede justamente en este asunto, por cuanto no hay datos que permitan establecer de manera cierta la eventual incidencia que pudiere haber tenido en los resultados electorales la actuación del sindicato demandado. Para el Tribunal Supremo hay dos elementos objetivos que permiten negar su relevancia, el de que tan solo 200 trabajadores han solicitado la entrega del bono, y que los porcentajes de participación y de votos son prácticamente los mismos de las anteriores elecciones sindicales.

Ahora bien, esas circunstancias no han de incidir en la calificación jurídica que merece la conducta del sindicato demandado, pero sí que deben ser valoradas en cambio para la cuantificación económica del daño moral y perjui-

cios causados al demandante, en tanto que esos datos revelan la nula incidencia efectiva que ha tenido el ofrecimiento de ese premio. Todo ello lleva a concluir al tribunal que el importe de la indemnización debe fijarse en 3.000 euros.

4. CONCLUSIONES

El tipo de actuaciones, como las analizadas en la STS 1097/2021, han sido calificadas por la doctrina científica como «amarillismo sindical» (Arias Domínguez, 2022, 1). Hace unos años cuando se utilizaban estos términos se estaba pensando en el atentado contra la libertad sindical por una actuación empresarial. En el momento actual tienen variantes tan peculiares como la realizada por el sindicato SATSE. Hay que recordar los estudios de Castillo Alonso sobre el sindicalismo amarillo en España.

Hubiera sido muy interesante que se hubiesen realizado consideraciones sobre la libertad sindical de los trabajadores afiliados al sindicato SATSE, que propone el bono descuento.

Termino con unas palabras de Carnelutti:

«No os dejéis, ante todo, seducir por el mito del legislador. Más bien, pensad en el juez, que es verdaderamente la figura central del derecho. Un ordenamiento jurídico se puede concebir sin leyes, pero no sin jueces».

5. BIBLIOGRAFÍA

ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: «Actuación «amarilla» de un sindicato frente a otros en una pugna electoral». *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n. 1, 2022.

CARDENAL CARRO, M.: *La indemnización en los Procesos de Tutela de la Libertad Sindical*. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

CASTILLO ALONSO, J. J.:

— *El sindicalismo amarillo en España*. Prólogo de Pierre Vilar. Edicusa, Madrid, 1977.

— «El sindicalismo amarillo en España. Aportación al estudio del catolicismo social español (1912-1923), *Cuadernos para el Diálogo*, Madrid, 1977.

— «Sindicalismo católico, sindicalismo amarillo». En VV.AA. *Sindicalismo y movimientos sociales (Siglos XIX y XX)*. Redero San Román, M. [Coord.]. UGT, Madrid, 1994, pp. 147 y ss.

■ LIBERTAD SINDICAL, NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y HUELGA

GARCÍA VALVERDE, M. D., «Vulneración del derecho a la libertad sindical. La injerencia empresarial». *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n. 38, 1996, pp. 91-109.

GOÑI SEIN, J. J.: *La indemnización por daños derivados de la conducta antisindical*, Tecnos, Col: Jurisprudencia práctica, Madrid, 1996.

MARÍN MORAL, I.: *Libertad sindical y Constitución*, Laborum, Murcia, 2003, pp. 121-130.

MONTES ADALID, G. M.: «La Libertad Sindical como motor de la prosperidad». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, n. 10, 2024, pp. 163-182

**36. LA ACTUACIÓN COMO ABOGADO O COMO VOCERO DE UN
LIBERADO SINDICAL CONTRA LA PROPIA ADMINISTRACIÓN
EN LA QUE PRESTA SUS SERVICIOS. UNA DIMENSIÓN
COMPLEJA DE LA LIBERTAD SINDICAL SIN CONFLICTO
DE INTERESES**

**Comentario a la STS (C-A) 1445/2020 de 4 de noviembre del 2020
(Rec. 3721/2018)**

J. JESÚS DE VAL ARNAL

Prof. TEU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad
de Zaragoza. ORCID: 0000-0003-2552-839X

Palabras clave: Libertad sindical, delegado sindical, liberado sindical, defensa, tribunales, afiliados, compatibilidad.

1. ANTECEDENTES

En los orígenes de esta Sentencia que se comenta se encuentran:

a) La SJC-A número 220/2017, de fecha 17 de noviembre de 2017 del Juzgado Contencioso-Administrativo número 3 de Pamplona, que desestimó el recurso contencioso administrativo contra el silencio administrativo, del recurso de alzada interpuesto contra la resolución, 806/2016 de 11 de abril, de la Directora General de la función pública de Gobierno de Navarra, que declaraba incompatible el ejercicio de la abogacía en el seno de la Asociación de Funcionarios de la Administración Pública de Navarra (en adelante

AFAPNA-Sindicato) con el puesto de trabajo de Técnico de la Administración Pública (Rama Jurídica).

No se considera en situación de igualdad el asesoramiento legal y la defensa en juicio, sin tomar en consideración que la actividad sea o no retribuida. El trabajador es afiliado a un sindicato, del cual es también liberado sindical y no sólo asesora, sino que interviene en las vistas orales de los procedimientos como Abogado.

b) Frente a la SJC-A, se interpone recurso de apelación, por parte del trabajador, que fue resuelto por la STSJ de Navarra, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a, de 15 marzo del 2018, Rec.20/2018, [(ECLI:ES:TSJNA:2018:403), (RJCA\2018\1294)], en la que se estima que la actividad que el trabajador pretende desarrollar como liberada sindical no es una situación que permita aplicar el artículo 16.4 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre (RCL 1985, 14), de incompatibilidades del Personal de las Administraciones Públicas (en adelante LIPAP) y por consiguiente es compatible.

La Sala del TSJ de Navarra comparte el criterio planteado en la STSJ País Vasco de 17 de junio de 2014 Rec. 835/2012, [(RJCA\2014\689) (ECLI:ES:TSJPV: 2014:1727)] en la que establece que: «la actividad privada para la que solicita autorización de compatibilidad entrañe que la representación y defensa del sindicato SIPE y de sus afiliados frente a la propia Administración, no incurre en incompatibilidad funcional».

c) Antes de llegar a resolverse el asunto, por Sentencia del Tribunal Supremo, se dictaron dos Autos. El Auto de 11 de septiembre del 2019 [(ECLI:ES:TS:2019:9375AA), (JUR 2019\2743669)], por el que se subsanaba un error del Auto de 10 de diciembre de 2018, [(JUR 2018\330166) (ECLI:ES:TS:2018:13129A)], por el que había remitir los autos a la Sección Tercera del Tribunal Supremo para la sustanciación del recurso cuando era la sección cuarta y en el Auto de diciembre del 2018 se resolvía la existencia que establecía el interés casacional del recurso ya que no existía todavía una Sentencia sobre este tema, dada la trascendencia y posible repercusión sobre el régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas que hubieran obtenido la condición de liberado sindical.

2. CUESTIÓN O CUESTIONES PLANTEADAS

Al cuestionarse el TS, sobre el interés casacional del recurso, se proyectan las consultas planteadas:

«si las restricciones que, derivadas del régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, deben o no persistir, en caso

de que se adquiriera la condición de liberado sindical y, consiguientemente, ¿cuáles los límites, en su caso, del ejercicio del derecho a la libertad sindical [artículo 28 CE (RCL 1978, 2836)] de los liberados sindicales que gozan de la garantía de indemnidad y no discriminación por el desempeño de las actividades sindicales?»

Y los artículos, objeto de interpretación, son el artículo 28.1 Constitución Española (RCL 1978, 2836), los artículos 2.2.d) y 2.1.d.) Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto (RCL 1985, 1980), de Libertad Sindical y el artículo 16.4 de la LIPAP.

Además, se discute sobre la diferencia de licenciado en Derecho y Abogado (Master de Abogacía), pero no se entró en esta alegación por superar el ámbito del recurso de apelación; sobre los intereses en conflicto, y esta cuestión se deriva hacia la libertad sindical.

Pero tal vez, en este recurso, otros de los artículos que deberían haberse tratado son el artículo 18 de la Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social de 10 de octubre (RCL 2011\1845) en adelante LRJS y también el artículo 20 de la LJS sobre intervención en el juicio verbal en defensa de los afiliados por el Sindicato y con dudas razonables de la existencia de conflicto de intereses.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

Sobre la base de un estudio de las Sentencias del Tribunal Constitucional la STSJ de Navarra de 15 marzo del 2018 (Rec.,20/2018), (RJCA\2018\1294) (ECLI:ES:TSJNA:2018:403), reflexiona sobre el contenido del derecho fundamental de la Libertad Sindical que han de servir de base para responder al asunto principal. Éste se conforma por su contenido esencial y también por un «contenido adicional y promocional de fuente legal o convencional», y un contenido añadido por una concesión unilateral del empresario, de modo que los actos contrarios a todos estos son también susceptibles de infringir el artículo 28.1 CE: [STC 173/1992, de 29 de octubre (*BOE* núm. 288, de 01 de diciembre de 1992), FJ 3 (teoría del contenido esencial y adicional); STC 164/1993, de 18 de mayo (*BOE* núm. 147, de 21 de junio de 1993), FJ 3 (promoción de elecciones sindicales); STC 1/1994, de 17 de enero (*BOE* núm. 41, de 17 de febrero de 1994), FJ 4 y STC 13/1997, de 27 de enero (*BOE* núm. 49, de 26 de febrero de 1997), FJ 3 (presentación de candidaturas); STC 36/2004, de 8 de marzo (*BOE* núm. 83, de 06 de abril de 2004), FJ 3, (la presentación de candidaturas en las elecciones sindicales), STC 281/2005, de 7 de noviembre, (*BOE* núm. 297, de 13 de diciembre de 2005), FJ 2 (email de la empresa y comunicaciones); STC 94/1995, de 19 de junio (*BOE* núm. 175, de 24 de julio de 1995) (derechos de información

a los trabajadores por delegado sindical); STC 308/2000, de 18 de diciembre (*BOE* núm. 14, de 16 de enero de 2001) FJ 6 y STC 185/2003, de 27 de octubre (*BOE* núm. 283, de 26 de noviembre de 2003) FJ 6 (libertad sindical y libertad de expresión), y STC 198/2004, de 15 de noviembre (*BOE* núm. 306, de 21 de noviembre de 2004) FJ 5 (sobre contenido de la libertad sindical).

Las anteriores expresiones del derecho fundamental (organizativas o asociativas y funcionales o de actividad) *constituyen su núcleo mínimo e indispensable, el contenido esencial de la libertad sindical*. Unidos a éstas encontramos los derechos o facultades adicionales, otorgados por ley, o por convenios colectivos, que se añaden a aquel núcleo mínimo e indispensable de la libertad sindical. El contenido del derecho no se agota en ese doble plano, esencial y adicional de fuente legal o convencional, dado que pueden también existir derechos sindicalmente caracterizados que tengan su fuente de asignación en una concesión unilateral del empresario: STC 132/2000, de 16 de mayo (*BOE* núm. 147, de 20 de junio de 2000) FJ 2; y STC 269/2000 de 13 de noviembre (*BOE* núm. 299, de 14 de diciembre de 2000), (crédito horario concedido por el empresario sin que sea un derecho adquirido o una condición más beneficiosa y que se puede recortar sin que se considere una conducta antisindical). Como señala la STSJ de Navarra, siguiendo la doctrina constitucional, «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, puesto que (como dicen aquellos pronunciamientos constitucionales) también la voluntad empresarial 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, de 13 de noviembre, *BOE* núm. 299, de 14 de diciembre de 2000), FJ 5)».

Entre las funciones del representante sindical están las de asesoramiento en materia laboral a los miembros del Sindicato y la defensa en juicio del sindicato y de sus afiliados, lo que supone la proyección en el proceso de la actividad sindical de asesoramiento ejercida en la fase previa al procedimiento judicial, de tal modo que la defensa letrada circunscrita al Sindicato y sus afiliados se integra en la función sindical que le compete como liberado sindical, y es que como señala el Tribunal Supremo tampoco hay un número tasado de actividades sindicales.

Una cuestión accesoria, para mí, pero no menos importante es el mantenimiento del complemento correspondiente a su puesto de trabajo ya que como liberado sindical no puede ser discriminado económica y profesionalmente

por el ejercicio exclusivo de sus funciones sindicales. Si bien para el Tribunal Supremo es la cuestión clave del y es la asignación al puesto de trabajo de la Sra. Carlota del complemento específico de la cuantía que se ha dicho: del 41,88% del sueldo base. Para los Magistrados pudiera ser que este sea la clave de todo el asunto y por ello, sobre la base de varias Sentencias del Tribunal Constitucional, en las que se mantiene su situación administrativa o bien poder aspirar a obtener una nueva, o bien a que se le reconozca como tiempo computable de experiencia profesional, entienden que tiene derecho al complemento específico. Se está dando cumplimiento a la máxima por la que por el ejercicio de un derecho no puede verse perjudicado en otro.

Por otro lado, no hay conflicto de intereses, ya que debe haber una ponderación de la concurrencia del derecho fundamental a la libertad sindical del empleado público (art. 28.1 CE) y el mandato de eficacia en la actuación de la Administración (art. 103.1 CE).

Como en el *gato de Schrödinger*, el funcionario es liberado sindical y el liberado sindical es funcionario, coinciden ambas situaciones en el tiempo, pero existe una suspensión de la actividad de funcionario durante la etapa de liberado sindical.

La cuestión, que parece un caso singular, ya fue tratada, en otro marco distinto, en la SJCA número 2 de los de Zaragoza de 4 mayo del 2018 (Rec. 270/2017) [(RJCA\2020\10229) (ECLI:ES:JCA:2018:8919)] en la que un Profesor de la Universidad de Zaragoza actuaba en procedimientos judiciales del orden social en aplicación del artículo 18 de la LRJS (RCL 2011, 1845) defendiendo a trabajadores en contra de la propia Universidad y fue sancionado por el Rector por infringir la Ley de incompatibilidades e ir en contra los principios éticos. En el año 2017 se introdujo en la regulación del servicio jurídico de la Universidad de Zaragoza, [Acuerdo de 16 de enero de 2017, del Consejo de Gobierno de esta Universidad, por el que se aprobó el Reglamento del Servicio Jurídico, publicado en (BOA núm. 21, de 1 de febrero) y modificado por acuerdo de 29 de septiembre de 2021, del Consejo de Gobierno de la Universidad de Zaragoza, por el que se modifica el Reglamento del Servicio Jurídico de la Universidad de Zaragoza (BOA de 29 de diciembre del 2021), una medida en relación al tema estudiado en este comentario, en la disposición adicional segunda:

«los empleados públicos de la Universidad de Zaragoza, ya sean personal docente o investigador o de administración y servicios, no podrán emitir informe escrito, ofrecer testimonio alguno o realizar actuaciones de cualquier tipo en sede judicial en los asuntos en que la Universidad de Zaragoza sea parte demandada judicialmente, excepto cuando sean autorizadas por el propio órgano judicial o

■ LIBERTAD SINDICAL, NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y HUELGA

por solicitud escrita de la Secretaría General o litiguen, en su caso, como titulares de un derecho subjetivo o un interés legítimo contra la Universidad, Se excluyen de estos deberes a los funcionarios de la Escala de Letrados del Servicio Jurídico en el ejercicio de sus funciones»

Esta cláusula será estudiada por el Juzgado de lo Contencioso número 2 de los de Zaragoza el 11 de septiembre del 2024, ya que tal disposición es contraria a la Libertad Sindical y a los derechos del artículo 18 de la LRJS, como informó en su momento el Abogado del Estado.

4. CONCLUSIÓN

Al funcionario o trabajador liberado sindical a jornada completa que presta servicios en desarrollo de su actividad sindical, desempeñando labores de asesoramiento jurídico al sindicato y sus afiliados así como asistencia en juicio, no le resulta aplicable el artículo 16.4 de la LIPAP, cuando, sin percibir remuneración de éstos,.

En definitiva, cabe concluir que el desempeño de la actividad sindical como liberada sindical del Sindicato AFAPNA tanto en la fase de asesoramiento del Sindicato y sus afiliados previo al juicio como en juicio, incluso frente a la Administración, no constituye una actividad incompatible y no implica un conflicto de intereses en el sentido de la norma, como sí ocurriría en el caso del ejercicio privado de la abogacía además de quedar protegida por el principio de indemnidad ante cualquier perjuicio causado en su condición de funcionario por el ejercicio de este derecho.

Siguiendo las palabras de James Riddle Hoffa: *La justicia puede tardar, pero siempre termina llegando*, y por ello, la defensa de los derechos de los trabajadores no acaba nunca y la unión-sindicación, de los mismos, es la única defensa posible.

37. ÁMBITO FUNCIONAL ORGANIZATIVO DE LA LIBERTAD SINDICAL

**Comentario a la STS 200/2020 de 4 de marzo de 2020
(Rec. 222/2018)**

JESÚS DIVASSÓN MENDÍVIL

Letrado de la Comunidad Autónoma de Aragón
Director General de Trabajo del Gobierno de Aragón

Palabras clave: Sección sindical, nivel de empresa-centro de trabajo, opción de autoorganización.

1. ANTECEDENTES

La litis abordada en sede casacional ordinaria, tramitado bajo demanda de protección de los derechos fundamentales, tiene su referencia fáctica nuclear en la notificación que un sindicato con implantación en la empresa a nivel de centro de trabajo realiza a los efectos de comunicar la constitución de una propia sección sindical, nombrando al efecto delegado sindical. La constitución es denegada en reiteradas ocasiones por la empresa.

Es hecho fundamental en el planteamiento y resolución del conflicto la estructura empresarial, diseminada en 31 centros de trabajo ninguno de los cuales alcanza más de 250 trabajadores. Se añade además en el inicial planteamiento de la controversia que el sindicato no tiene representantes en el comité intercentros.

2. CUESTIÓN PLANTEADA

El numen de la cuestión jurídica versa sobre la aplicación del artículo 10 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (en adelante, LOLS), concretamente su apartado 1. Su redacción literal es la siguiente:

«1. En las empresas o, en su caso, en los centros de trabajo que ocupen a más de 250 trabajadores, cualquiera que sea la clase de su contrato, las Secciones Sindicales que puedan constituirse por los trabajadores afiliados a los sindicatos con presencia en los comités de empresa o en los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas estarán representadas, a todos los efectos, por delegados sindicales elegidos por y entre sus afiliados en la empresa o en el centro de trabajo.»

Se observa que el precepto distingue entre empresa y sus centros de trabajo que ocupen más de 250 trabajadores planteándose jurisprudencialmente la interpretación de separar o no ambas estructuras para determinar la constitución de sección sindical. Esta circunstancia como todas las que plantean motivo de representatividad sindical tiene en este caso especial relevancia dada la diferente proyección de influencia que el sindicato puede tener dependiendo del ámbito de empresa en su conjunto o mero centro de trabajo en el que desarrollar su función.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

El Tribunal Supremo mediante aplicación e interpretación de este precepto resuelve si el sindicato reclamante tiene derecho a la designación de delegado sindical a nivel de empresa teniendo únicamente representación en un solo centro de 31, sin representación además en el comité intercentros. Se pone en juego la vulneración del derecho a la libertad sindical, en su vertiente funcional a la autoorganización sindical, asegurada por el artículo 28.1 de la Constitución Española en relación con el artículo 2.2. LOLS respecto del cual, las organizaciones sindicales en el ejercicio de la libertad sindical tienen derecho:

«a) Redactar sus estatutos y reglamento, organizar su administración interna y sus actividades y formular su programa de acción», y

«d) El ejercicio de la actividad sindical en la empresa o fuera de ella, que comprenderá, en todo caso, el derecho a la negociación colectiva, al ejercicio del derecho de huelga, al planteamiento de conflictos individuales y colectivos y a la presentación de candidaturas para la elección de Comités de Empresa y Delegados de Personal, y de los correspondientes órganos de las Administraciones Públicas, en los términos previstos en las normas correspondientes.»

La Sentencia comentada resulta de interés porque, si bien la misma hace referencia a que el asunto controvertido está concluido, tal y como recoge la Sentencia de instancia dictada por la Audiencia Nacional, por abundante jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, la misma Sentencia indica que su doctrina en la interpretación de este precepto tuvo que ser corregida por Sentencia anterior de 25 de enero de 2018, recurso 30/2017.

Resulta ahora clara su doctrina. La facultad de opción que ofrece el artículo 10.1 LOLS para que el Sindicato nombre Delegados sindicales corresponde exclusivamente al sindicato en el ejercicio de su potestad de organizarse libremente, integrada en el derecho de libertad sindical del que es titular. Para el ejercicio de este derecho y en aplicación de dicho precepto hay que interpretar que el número de trabajadores lo es siempre de la empresa en su conjunto y no el de cada uno de sus centros de trabajo. La literalidad de la norma no indica que deba tenerse representación en todos los órganos representativos, y tampoco cuantifica la intensidad y proporción de representantes exigidos. Solo hay una media referente al 10% de votos cuyo umbral no superado determina la representación por un solo delegado sindical, tal y como establece la cláusula de cierre del apartado 2 del mismo artículo 10 LOLS.

Además de la interpretación literal añade la Sentencia una interpretación lógica. Señala que carecería de sentido que el número total de trabajadores evalúe su tamaño y el número de votos obtenidos y que sin embargo para la presencia en órganos de representación unitaria se exija otro ámbito distinto como es el de los centros de trabajo.

4. CONCLUSIÓN

La interpretación literal y lógica coherente del artículo 10.1 LOLS es que la referencia siempre y en todo caso es la empresa en su conjunto, correspon-

■ LIBERTAD SINDICAL, NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y HUELGA

diendo al sindicato en cuestión la opción entre organizar la sección sindical de empresa de manera conjunta para todo ella o de forma fraccionada por centros de trabajo. La opción forma parte del ejercicio pleno de su actividad sindical integrante del derecho de libertad sindical.

38. LIBERTAD SINDICAL NEGATIVA Y DEPORTE PROFESIONAL

Comentario a la STS 6/2020 de 8 de enero de 2020 (Rec. 216/2018)

MANUEL CORREA CARRASCO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid. ORCID: 0000-0002-3430-6724

Palabras clave: Deporte profesional, libertad sindical negativa, acuerdo de fin de huelga.

1. ANTECEDENTES

La controversia que se dirime en la sentencia objeto del presente comentario trae causa del contenido de un acuerdo de fin de huelga, suscrito entre la Liga Nacional de Fútbol Profesional (LFP) y la Asociación de Futbolistas Españoles (AFE), por el que, patronal y sindicato, pusieron término al conocido ((e inédito) conflicto futbolístico que tuvo lugar en nuestro país, en el inicio de la temporada 2015/2016, como consecuencia de las discrepancias surgidas en torno a la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones deportivas (regulada en el RDL 5/2015, de 30 de abril). Concretamente, se impugna por el sindicato Futbolistas ON el llamado «Reglamento del Plan de Ahorro de Futbolistas» (elaborado por AFE en desarrollo del acuerdo señalado, que contempla un fondo de reserva, de carácter asistencial, financiado por la patronal en favor de los futbolistas retirados en situación de necesidad) al establecer como requisitos para ser beneficiario del mismo la doble condición de

ser afiliado a AFE y estar al corriente del pago de las cuotas (art. 2.5), solicitando, en consecuencia, que se declare la nulidad radical de las mencionadas exigencias al constituir una conducta antisindical. Como circunstancia destacada (aunque irrelevante, a la postre, para el sentido del fallo), hay que precisar que el sindicato accionante no existía como tal en el momento en el que se suscribió el acuerdo y se adoptó el mencionado Reglamento.

2. CUESTIONES PLANTEADAS

Como puede apreciarse, la cuestión de fondo que se plantea gira en torno al alcance en nuestro ordenamiento de una de las principales facultades comprendidas en el contenido esencial de la libertad sindical, el derecho a la afiliación sindical y a la libre elección del sindicato que, como es sabido, comprende su vertiente negativa, es decir, el derecho a no afiliarse a ningún sindicato (arts. 28.1 *in fine* CE y 2.1.b LOLS), sin que, en uno u otro caso, ello pueda conllevar consecuencias adversas para el trabajador, lo que supondría una contravención del principio de igualdad y no discriminación (arts. 17.1 ET y 12 LOLS). Desde esta perspectiva, el establecimiento mediante la negociación colectiva de cláusulas de ventajas reservadas en favor de los afiliados a un determinado sindicato constituye, como es sabido, una de las prácticas de seguridad sindical que, aun siendo admisibles en otros ordenamientos por su carácter promocional del sindicalismo, serían contrarias a nuestro modelo constitucional, apreciándose una cierta sobredimensión de la esfera negativa de la libertad sindical (en la medida en que su protección queda, prácticamente equiparada a la positiva) que, como se ha señalado, trae causa de una reacción frente al sindicalismo obligatorio propio de la experiencia corporativa (De Soto Rioja, 1999, 267-268). Ello se refleja en la jurisprudencia emanada en la materia (críticamente al respecto, Alfonso Mellado, 2015, 109-110) que, sin embargo, no es absolutamente monolítica respecto de las consideradas menos «agresivas» y, en cualquier caso, debería ser objeto de revisión en el marco de la negociación colectiva de eficacia limitada (Goerlich Peset, 2015, 121 y 137). Y es que no es posible eludir la estrecha relación existente entre seguridad sindical y negociación colectiva, especialmente, en aquellos supuestos donde el fortalecimiento del hecho sindical parte de la previa constatación por el trabajador del beneficio obtenido (De Soto Rioja, 1999, 275).

Al margen de la cuestión de fondo, la sentencia comentada resuelve, de forma preliminar, la cuestión planteada por AFE relativa a la falta de legitimación procesal del sindicato accionante, toda vez que, además de no acreditar, a su juicio, implantación suficiente, no existía como tal en el momento en el que se suscribió el acuerdo y, tampoco, cuando se aprobó el mencionado Reglamento.

Finalmente, de forma más tangencial aunque estrechamente vinculada con la problemática señalada, también se plantea la cuestión relativa a la naturaleza jurídica y eficacia del acuerdo de fin de huelga del que trae causa la creación del mencionado fondo de reserva, ya que, si se tratara de un acuerdo de eficacia limitada, como alega el sindicato firmante (en contra del criterio mantenido por el sindicato demandante), podría justificar que sólo resultaran beneficiados los futbolistas afiliados al mismo. Con independencia del escaso peso argumental que, a la postre, tendrá esta cuestión en el fallo judicial que resuelve el conflicto, no se trata, sin embargo, de una cuestión baladí, habida cuenta de que, precisamente, la limitación del ámbito subjetivo de aplicación a los afiliados al sindicato firmante constituye el elemento definitorio de la negociación colectiva extraestatutaria.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

La Sala de lo Social del TS confirma el criterio adoptado por la sentencia de la Audiencia Nacional [SAN de 16 de julio de 2018 (Rec. 109/2018, ECLI: ES:AN:2018:3063)], que resolvió el conflicto planteado por el sindicato Futbolistas ON decantándose por la tesis mantenida por éste en su demanda, sin que considerara relevantes, ni el hecho de que este no existiera en el momento en el que se constituyó el fondo de reserva (lo que, a juicio del sindicato demandado, pondría en entredicho la propia legitimación procesal del mismo), ni el carácter unilateral o pactado del instrumento en el que se formalizó. Antes al contrario, lo determinante es que, configurado subjetivamente en los términos descritos, sus efectos se proyectan inevitablemente hacia el futuro, provocando un resultado contrario a la libertad sindical al generar una «presión indirecta para la afiliación de los trabajadores a la AFE y situando a dicho sindicato en una posición superior a los demás». En otras palabras, «el desincentivo para afiliarse a Futbolistas ON es evidente a la vista de las exigencias contenidas en el Reglamento», lo que viene a corroborar, además, su legitimación activa, al «constatar una evidente conexión entre quien acciona y lo pedido», además de acreditar su implantación en el ámbito del conflicto.

Ciertamente, aun siendo inobjetable la argumentación de fondo, no hay que perder de vista que el contexto en el que ubica la mencionada controversia viene marcado por la ruptura de la situación de monopolio sindical que, desde sus orígenes, ha venido manteniendo la AFE en el ámbito del fútbol profesional, dato que explica que, en el momento en que se suscribió el acuerdo de fin de huelga, se conviniera que el fondo de reserva financiado por la LFP fuera administrado en exclusiva por el mencionado sindicato que, a tales efectos, aprobó el mencionado Reglamento en los términos señalados. Por tanto, ha sido la irrup-

ción sobrevenida del sindicato demandante, la que ha puesto de manifiesto una discriminación por motivos de afiliación sindical que, en cualquier caso, se ha entendido que, concebida en abstracto, era preexistente por contravenir la vertiente negativa de la libertad sindical, ya que forzaba a los futbolistas a afiliarse al sindicato AFE para ser beneficiario del fondo de reserva.

A tenor del carácter concluyente de la mencionada argumentación, que la propia sentencia califica de «nuclear», se explica el escaso peso argumentativo conferido a la naturaleza jurídica y eficacia del acuerdo de fin de huelga del que trae causa el controvertido Plan de Ahorro contenido en el Reglamento. En efecto, la relevancia dada a la dimensión individual de la libertad sindical y la correlativa equiparación a efectos de protección jurídica entre la esfera positiva y negativa de la misma que se deriva de nuestro modelo constitucional acaban, a la postre, desdibujando su dimensión colectiva y, por ello, se elude todo análisis sobre la alegación de AFE en torno a la eventual viabilidad jurídica de las ventajas reservadas a los afiliados en el marco de la negociación colectiva de eficacia limitada. No obstante, desde esta perspectiva, si comparamos la posición mantenida por una parte de la doctrina, habría que afirmar que, en el contexto de la negociación colectiva de eficacia limitada, sólo serían inadmisibles aquellas cláusulas que tuvieran un claro propósito antisindical, es decir, que perjudicaran a los afiliados a un determinado sindicato, pero no aquellas que excluyeran a todos los no firmantes (Goerlich Peset, 2015, 137). Por tanto, ante la ausencia de este elemento en el caso analizado, difícilmente puede estimarse la existencia de una conducta antisindical cuando el establecimiento de la ventaja reservada no se dirige a excluir como beneficiarios a los afiliados del sindicato actuante (inexistentes en ese momento), sino a beneficiar a los representados por el sindicato que, gracias a su acción sindical (planteamiento de la huelga y negociación del acuerdo que le puso fin), logró el mencionado beneficio para sus representados.

Llegados a este punto, la calificación jurídica del acuerdo de fin de huelga no sería, en principio, un factor desdeñable en la resolución del conflicto planteado. De este modo, si como se alega, estamos ante un acuerdo de eficacia limitada, la aplicación de su contenido a los afiliados al sindicato firmante no sería otra cosa que la consecuencia obligada de dicha calificación. Al respecto conviene señalar que, a pesar de que la sentencia recurrida afirma que el mencionado acuerdo «tiene valor de convenio colectivo y puesto que se proyecta sobre todos los futbolistas, impide que se convierta en beneficio exclusivo para los afiliados a AFE», del parco contenido del artículo 8.2 RDLRT, no cabe deducir la eficacia personal general de este tipo de acuerdos. En este sentido, la equiparación con la eficacia propia del convenio colectivo hay que entenderla referida a que, siendo productos de la nego-

ciación colectiva, participan de la misma fuerza vinculante (eficacia jurídica normativa), pero, desde luego, no prejuzga la eficacia personal que ha de desplegar dicho instrumento normativo, que será limitada o general en función de las circunstancias concurrentes (ámbito del conflicto, sujetos firmantes). En cualquier caso, una interpretación en clave sistemática nos llevaría a descartar que la referencia al «Convenio Colectivo» contenida en dicho precepto se deba asimilar al de eficacia general contemplado en el Título III del ET (como sostiene el sindicato demandante y asume la sentencia recurrida), ya que, como es sabido, el modelo de convenio contemplado en el (ya derogado) artículo 27 del RDLRT era el de eficacia personal limitada, sin perjuicio de su indiscutible «fuerza normativa». Por otra parte, no cabría asignar eficacia personal general a un acuerdo suscrito por un sindicato que no cumpliría los requisitos de legitimación para negociar un convenio estatutario como, por lo demás, ha venido ocurriendo con todos los convenios negociados en el ámbito del deporte profesional (aunque, en la práctica la situación de monopolio sindical propicie la aplicación generalizada de lo acordado), habida cuenta de las insuficiencias (recientemente corregidas en la nueva Ley del Deporte) del régimen de legitimación negocial previsto en el ET.

Ciertamente, al margen de las anteriores consideraciones, su calificación como acuerdo de eficacia limitada no eludiría el reproche jurídico que merece los condicionantes establecidos para la aplicación de su contenido más allá del círculo de los afiliados al sindicato firmante. En efecto, a tenor de la doctrina jurisprudencial emanada al respecto (por todas, STC 108/189, de 8 de junio, *BOE* de 4 de julio de 1989), en ningún caso puede cuestionarse (ni, desde luego, condicionarse) la libre adhesión individual al acuerdo suscrito y, en consecuencia, participar de los beneficios reconocidos en el mismo, máxime si tenemos en cuenta que estamos ante la regulación de una materia que, por su propia naturaleza, tiene una clara «afectación general».

4. CONCLUSIONES

La resolución de la controversia planteada bascula sobre dos premisas. Por una parte, se aclara que la valoración jurídica ha de centrarse exclusivamente en los condicionantes aplicativos del beneficio reconocido en el Reglamento y, en consecuencia, se resta relevancia al acuerdo del que trae causa, por lo que se prescinde de toda operación hermenéutica dirigida a indagar sobre su alcance. Por otro lado, se delimita el objeto del conflicto planteado atendiendo al hecho de que el sindicato Futbolistas ON no ha solicitado su incorporación al acuerdo ni su participación en la gestión de la asignación económica (0,5% de los ingresos obtenidos por la co-

mercantilización de los derechos audiovisuales) contemplados en el mismo, cuestión que, posteriormente, ha sido planteada por dicho sindicato y resuelta favorablemente por la reciente STS de 7 de marzo de 2024 [(Rec. 226/2021) (ECLI:ES:TS:2024:1727)]. Una vez circunscritos los términos del debate jurídico a la valoración de los condicionantes contemplados en el Reglamento elaborado por la AFE, la sentencia destaca (y asume) el argumento sobre el que se funda la declaración de nulidad radical de los mimos realizada por la resolución recurrida, dictaminado que su contenido proyecta «una presión indirecta para la afiliación de los trabajadores a la AFE que sitúa a un sindicato en una posición superior a los demás lo que constituye un acto de presión o injerencia lesivo de la libertad sindical». Desde esta perspectiva, resulta irrelevante el hecho de que el sindicato no se hubiera creado en el momento en el que se elaboró el mencionado Reglamento, ya que «restringir un beneficio que financia la organización patronal del sector a quienes acreditan afiliación a un determinado sindicato (con exclusión de quienes optan por o pertenecer a ninguno o por incorporarse a otro) constituye un supuesto claro de desigualdad proscrita por nuestro marco protector de la libertad sindical». En suma, se trata de una argumentación que está en plena consonancia con los elementos que configuran el modelo de relaciones colectivas de trabajo implantado en nuestro país tras la recuperación de las libertades democráticas. Cuestión distinta es que, en la actualidad, una vez que el sistema de relaciones laborales ha alcanzado un alto grado de consolidación, habría que plantearse quizá la necesidad de transitar por «un camino complejo, pero necesario» (Alfonso Mellado, 2015, 115) y reformular algunos de tales elementos, entre ellos, la dimensión conferida en nuestro ordenamiento a la esfera negativa de la libertad sindical.

5. BIBLIOGRAFÍA

- DE SOTO RIOJA, S.: *La sindicación forzada. Las presiones a la afiliación y la objeción sindical en el Derecho Comparado*, Mergablum, Sevilla, 1999.
- ALFONSO MELLADO, C.: «La promoción de los derechos de los afiliados en la práctica sindical española», en VV.AA.: *Representación y libertad sindical. Límites a la libertad sindical negativa, la mayor representatividad sindical y su necesaria revisión*, Madrid, Comisión Ejecutiva Confederal de UGT, 2015; pp. 103-118.
- GOERLICH PESET, J.M.: «Libertad sindical negativa y mejora de las condiciones laborales de los afiliados: un panorama jurisprudencial», en VV.AA.: *Representación y libertad sindical. Límites a la libertad sindical negativa, la mayor representatividad sindical y su necesaria revisión*, Madrid, Comisión Ejecutiva Confederal de UGT, 2015; pp. 119-141.

39. EL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL EN LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO

Comentario a la STS 347/2019 de 8 de mayo de 2019 (Rec. 42/2018)

MARÍA ANTONIA CASTRO ARGÜELLES
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Oviedo. ORCID: 0000-0002-1326-6399

Palabras clave: Socios trabajadores, cooperativas de trabajo asociado, derecho de afiliación sindical, acción sindical, sindicato.

1. ANTECEDENTES

El sindicato CNT decidió poner en marcha varias iniciativas en una Cooperativa de trabajo asociado (entre ellas constituir una coordinadora en la empresa) para defender los intereses de los afiliados que prestaban servicios en la misma como socios trabajadores. Lo hizo después de que estos hubieran demandado a la Cooperativa –sin éxito– por algunas decisiones (de movilidad) que les habían afectado. Esas decisiones se habían acordado por la Cooperativa tras recibir de esos socios trabajadores un pliego de reclamaciones.

Las iniciativas sindicales fueron rechazadas por la Cooperativa, que además optó por anular las movilidades impuestas a los socios trabajadores y sustituirlas por suspensiones de la actividad. Esas suspensiones fueron recurridas por los socios trabajadores afectados y anuladas en suplicación por vulneración de la libertad sindical. Por último, la Cooperativa acordó el cese definitivo de la relación sociolaboral de esos socios, al no ser posible su recolocación,

con el respaldo unánime de la asamblea de socios. Impugnados los ceses por los afectados, fueron declarados nulos por vulneración de la libertad sindical, aunque en fase de ejecución las partes terminaron pactando el cese con abono de una indemnización.

Desde que se iniciaron las actuaciones del Sindicato, y durante todo ese largo periodo de conflictividad con los socios trabajadores, la Cooperativa publicó sucesivos comunicados, dirigidos a todos los socios, sobre la situación que se estaba viviendo, en los que se incluían acusaciones hacia el sindicato (de poner en riesgo los puestos conseguidos, de boicot, etc.). Esas comunicaciones permanecieron publicadas en la web de la Cooperativa durante meses. El sindicato, por su parte, que también había publicado en su web múltiples comunicados críticos con la Cooperativa, optó por plantearle una demanda sobre tutela de derechos fundamentales. Esta demanda fue desestimada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional con la consiguiente absolución de la empresa. Contra esta decisión se formula recurso de casación al amparo del artículo 207 LJS.

2. CUESTIONES PLANTEADAS

La cuestión de fondo que se discute en este caso es si los contenidos de los comunicados publicados por la Cooperativa de trabajo asociado, accesibles en su página web, eran lesivos de la libertad sindical del sindicato. Una cuestión sobre la que no se llegó a pronunciar expresamente la Sentencia recurrida, al negar el derecho de afiliación sindical de los socios trabajadores y rechazar, por ello, la legalidad de la actuación del sindicato.

Precisamente estas otras dos cuestiones, de un lado, si los socios trabajadores de las cooperativas tienen derecho a afiliarse a un sindicato y, de otro, si existe un derecho del sindicato a ejercer una acción sindical, en este tipo de Cooperativas, en defensa de los derechos e intereses de sus afiliados, centran buena parte de la argumentación seguida por el TS para estimar en parte el recurso interpuesto por el sindicato.

En concreto, el sindicato recurrente denuncia diversas infracciones de normas constitucionales y legales sobre la libertad sindical: desde los artículos 7 y 28 CE –en relación con el artículo 18 CE–, a los artículos 2.2.b), 3.1, 13 y 15 LOLS; así como infracción de la jurisprudencia de la Sala IV del TS y del Tribunal Constitucional sobre esta materia, y de los Convenios 87 y 98 OIT, en relación con determinados preceptos del Convenio Europeo para la protección

de los derechos humanos y libertades fundamentales (art. 11), de la Carta europea de derechos fundamentales (art. 12) y de la Carta Social Europea (art. 5).

En el recurso se plantea además incongruencia de la sentencia recurrida, falta de fundamentación del fallo, y se pretende la revisión de hechos probados, así como la adición de uno nuevo. Pero el TS no llega a entrar en ninguna de estas cuestiones al entender que la sentencia recurrida está debidamente justificada, que la modificación pretendida resulta irrelevante para el sentido del fallo [con apoyo en la STS de 27 de marzo de 2008 (Rec.2497/1999) (ECLI:ES:TS:2000:2456)] y que lo alegado por la parte carece de credibilidad.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

La literalidad del artículo 28.1 CE no menciona a los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, ni para para reconocerles el derecho de libertad sindical ni para limitarles o exceptuarles de su ejercicio. Tampoco la LOLS, que desarrolla ese derecho fundamental, ni los Convenios OIT números 87 y 98, se refieren a los socios trabajadores. Esa falta de previsión expresa, según el TS, obliga a dar una respuesta a la cuestión planteada, sobre el derecho de afiliación sindical de los socios trabajadores, acorde con la jurisprudencia constitucional y ordinaria [STC 101/1991, de 13 de mayo (BOE 18 de junio de 1991) y SSTS de 11 de junio de 1997 (Rec.3863/1996) (ECLI:ES:TS:1997:4139) y de 26 de noviembre de 2002 (Rec.1056/2002) (ECLI:ES:TS:2002:7874)] que ha defendido una interpretación restrictiva de las limitaciones y excepciones al derecho de libertad sindical, contempladas en el 28.1 CE y en la LOLS, que impide extenderlas a otros supuestos de actividad no mencionados expresamente en estas normas. De lo contrario se estaría reduciendo por vía interpretativa el alcance de un derecho fundamental tan amplio objetiva y subjetivamente, como es la libertad sindical.

De esta manera, el TS reconoce que los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado tienen derecho a afiliarse al sindicato de su elección y, consecuentemente, que ese sindicato tiene derecho ejercer una acción sindical en este tipo de cooperativas, en defensa de los derechos e intereses de sus afiliados.

Se apoya el TS también en el carácter mixto del status de los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, reconocido por jurisprudencia del TS, en reiteradas ocasiones [SSTS de 10 de diciembre de 2013 (Rec. 3201/2012) (ECLI:ES:TS:2013:6325) y 27 de noviembre de 2013 (Rec.3128/2012) (ECLI:ES:TS:2013:6442) y más recientemente SSTS de 19 de diciembre de 2018

(Rec.2233/2017) (ECLI:ES:TS:2018:4521) y de 7 de febrero de 2019 (Rec.649/2017) (ECLI:ES:TS:2019:612)], en atención a que, aunque mantienen una relación societaria con la Cooperativa, desarrollan un trabajo subordinado, sujeto al ámbito de organización y dirección del Consejo Rector [STS de 10 de diciembre de 2013 (Rec.3201/2012)(ECLI:ES:TS:2013:6408)]. Sin que afecte a esta conclusión que, en este caso, como ocurre con las relaciones laborales especiales, la dependencia y la ajenidad presenten un perfil menos intenso que en una relación laboral típica. Esa forma de prestación del trabajo, a juicio del TS, lleva a presumir que esos socios trabajadores pueden tener intereses laborales claramente diferenciados de los de la Cooperativa, que precisan para su defensa de un cauce de representación distinto de los que tienen como socios.

Invoca también el TS las recomendaciones e informes de la OIT (en particular la Recomendación n.º 193 OIT sobre promoción de las cooperativas), aunque no son directamente aplicables, por ser textos orientativos que pueden funcionar como criterios interpretativos o aclaratorios de los Convenios OIT. En este caso, que alguno de esos instrumentos, además de promover el cooperativismo, contemple la presencia de sindicatos en las Cooperativas, a los que anima a orientar y prestar asistencia a los trabajadores de la cooperativa, es considerado por el Tribunal Supremo –en términos similares a lo ya defendido por algún autor (Merino Segovia 2016, 560)–, como una evidencia de que en los citados Convenios OIT se parte del reconocimiento de la libertad sindical allí donde haya una prestación de trabajo subordinada (García Jiménez 2020, 20)

La sentencia comentada considera asimismo relevante la atribución al orden social de las cuestiones litigiosas que se promuevan entre las cooperativas de trabajo asociado y sus socios trabajadores por la prestación de sus servicios (art. 2.c LJS), pues entiende que la misma es indicativa del «nivel y ámbito de protección» que se ha querido para ese tipo de relaciones. La sentencia considera que esa remisión es total y que, por ello, extiende la intervención sindical en defensa de los derechos de los trabajadores, «ampliamente recogida» en la LJS (arts. 20 y 177.2 LJS), a la defensa de los socios trabajadores.

Una vez reconocidos tanto el derecho de afiliación sindical de los socios trabajadores como el derecho del sindicato a actuar en el ámbito de la cooperativa, el TS entra a dilucidar si ha habido una actitud antisindical por parte de la cooperativa, especialmente en los comunicados emitidos y publicados por esta. Para ello se atiende al relato de hechos probados, incorporado a la sentencia recurrida, que considera suficientemente amplio y exhaustivo como para poder pronunciarse sobre el asunto. Para el TS el contenido de esos comunicados, especialmente, que incluyan algunas frases y expresiones que atribuyen al

sindicato intenciones diferentes a las de la defensa de los derechos de los socios trabajadores, encaminadas a hacerles perder el trabajo, y que se hayan publicado con carácter general y dirigido a todos los socios, constituyen indicios suficientes que revelan una presunción o apariencia de lesión del derecho a la libertad sindical, que la cooperativa no ha sido capaz de rebatir aportando una justificación objetiva que pudiera amparar su conducta. Por ello, el TS concluye que la Cooperativa, con su actuación, ha pretendido socavar el prestigio del sindicato, vulnerando con ello su derecho de libertad sindical.

De acuerdo con el artículo 182.1 LJS, declarada la existencia de vulneración de la libertad sindical del sindicato recurrente, la sentencia dispone el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho, condenando a la Cooperativa a publicar durante tres meses el contenido de la sentencia por los mismos medios utilizados para llevar a cabo la vulneración del derecho, y a la reparación del daño mediante el pago de una indemnización de treinta mil euros por daños morales. En cambio, no se ordena el cese de la actuación lesiva puesto que, como consta probado, los comunicados ya habían sido retirados de la web.

En la determinación del importe de la indemnización, el TS se apoya en su propia doctrina sobre el artículo 183 LJS, dictada a propósito del papel del juez en la fijación de la indemnización cuando no se puede probar el daño; de la finalidad preventiva y no meramente resarcitoria de esta; y del papel orientador de la tabla de sanciones pecuniarias de la LISOS, plenamente admitido por la jurisprudencia constitucional [STC 247/2006, de 24 de julio de 2006 (*BOE* de 18 de agosto de 2006)] y considerado razonable e idóneo por Sala IV TS [SSTS de 8 de julio de 2014 (Rec.282/2013) (ECLI:ES:TS:2014:3495) y de 2 de febrero de 2015 (Rec.279/2013) (ECLI:ES:TS:2015:809)]. En concreto, en este caso, se toma como referencia la cuantía máxima del nivel mínimo previsto para las multas por infracciones muy grave en materia de relaciones laborales individuales y colectivas. En concreto, se opta por el nivel mínimo, por la extraordinaria complejidad jurídica del asunto que, a juicio del TS, aunque no justifica la conducta empresarial, parece actuar como atenuante, pero se escoge la cuantía máxima prevista para ese nivel mínimo porque la conducta se había prolongado varios meses, por la publicidad de la lesión; y porque se consideró una conducta reincidente, aunque otros hubiera sido los afiliados afectados.

4. CONCLUSIONES

La STS de 8 de mayo de 2019 (Rec. 42/2018) reconoce el derecho de los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado a afiliarse al sindicato de

su elección porque realizan un trabajo subordinado, dentro del ámbito de organización y dirección del Consejo Rector, y porque ni la Constitución ni la Ley les han exceptuado del ejercicio del derecho. Este reconocimiento se refiere al derecho de afiliación, sin hacer mención alguna al resto de facultades que integran el contenido de la libertad sindical, pero se acompaña de una remisión al artículo 3.1 LOLS, lo que parece indicar que, como ocurre respecto de los trabajadores autónomos que no tienen trabajadores a su servicio, ese derecho de afiliación sindical de los socios trabajadores no va acompañado de un derecho a fundar o constituir sindicatos o entidades sindicales que tengan por objeto la defensa de sus intereses singulares (García Murcia 2019, 8) ¿Es esta la única limitación? La sentencia no entra en la cuestión, se limita a reiterar la necesaria interpretación restrictiva que ha de hacerse de las limitaciones y excepciones al ejercicio del derecho de libertad sindical, previstas constitucional y legalmente.

El reconocimiento de ese derecho de afiliación de los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado al sindicato de su elección trae como consecuencia lógica el derecho de ese sindicato al libre ejercicio de la actividad sindical en el seno de la cooperativa. El fundamento vuelve a estar en los artículos 28.1 CE y 1.1 y 3.1 LOLS. Pero, tampoco en este punto queda claro el alcance de este reconocimiento, esto es, hasta dónde puede el sindicato desplegar la acción sindical en el seno de la Cooperativa, en defensa de los socios trabajadores (García Murcia 2019, 8). Una duda que conecta con la que suscita cómo van a coexistir este cauce de participación sindical de los socios trabajadores y el que les corresponde como socios, especialmente cuando los intereses laborales y societarios entren en contradicción (García Jiménez 2020, 4).

5. BIBLIOGRAFÍA

- GARCÍA JIMÉNEZ, M.: «Derechos de sindicación y libertad sindical en las cooperativas de trabajo asociado», *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, núm. 36, 2020, pp.1-21.
- GARCÍA MURCIA, J.: «La libertad sindical en las cooperativas de trabajo asociado», *Revista Jurisprudencia Laboral*, núm. 5, 2019, pp.1-12.
- MERINO SEGOVIA, A.: «Sindicalismo y participación en las cooperativas de trabajo asociado», en VV.AA. (Fajardo García, G. dir.): *Cooperativa de trabajo asociado y estatuto jurídico del socio trabajador*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 551-563.

40. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LIBERTAD SINDICAL EN UN CONTEXTO DE CONFLICTO: JUICIO DE PONDERACIÓN Y SACRIFICIO DE DERECHOS

Comentario a la STS (Civil) 385/2018 de 21 de junio de 2018 (Rec. 5042/2017)

ANA DE LA PUEBLA PINILLA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid. ORCID: 0000-0003-4850-928X

Palabras clave: Libertad sindical, libertad de expresión, derecho al honor, juicio de ponderación.

1. ANTECEDENTES: EL CONFLICTO LABORAL COMO CONTEXTO PARA EXCESOS VERBALES

El contexto en el que se producen los hechos que determinan el planteamiento de la demanda que se resuelve en la sentencia comentada remite a un conflicto colectivo en la empresa Seguridad Integral Canaria SA. El propietario de dicha empresa resulta ser una persona conocida en la sociedad canaria por ser, además de empresario, presidente de un afamado club de fútbol. En el marco de una huelga convocada en la citada empresa se produce una rueda de prensa en la que se informa de las causas de la huelga y se denuncian las medidas de represalia adoptadas frente a los miembros de los comités de empresa de varios centros de trabajo. En esa rueda de prensa, uno de los intervinientes, delegado sindical en una empresa de seguridad privada, distinta a aquella en que se desarrolla la huelga, refiriéndose al propietario de Seguridad Integral

Canaria, afirma que «detrás de un empresario corrupto, de un empresario corruptor, hay un político corrupto». Meses después, en relación con la misma persona y a raíz del mismo conflicto, el citado delegado sindical afirmará que «no ha tenido intención de dañar su honor, pues no se daña el honor de alguien que no lo tiene, lo que hace imposible el daño».

Estos son los hechos que determinan la demanda del empresario frente al delegado sindical por lesión del derecho al honor. En la misma se incluyen varias solicitudes: la publicación de la sentencia en los mismos medios en que se divulgaron las declaraciones ofensivas; la condena al demandado a abstenerse de realizar declaraciones referidas al demandante de carácter vejatorio, humillante o calumnioso y, en fin, la condena al abono de una indemnización de 60.000 euros o la que el Juzgado estime conveniente por los daños, incluidos los morales, producidos al actor por la difusión de las citadas declaraciones.

El Juzgado de primera instancia de Las Palmas de Gran Canaria estimó parcialmente la demanda y tras declarar la existencia de una intromisión en el derecho al honor del actor acogió todas las peticiones, incluida la condena a indemnizar al actor aunque rebajando la cuantía a 4.000 euros. Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria confirmó íntegramente el pronunciamiento de instancia.

2. CUESTIÓN O CUESTIONES PLANTEADAS. LIBERTAD DE EXPRESIÓN *VERSUS* DERECHO AL HONOR

En su recurso ante el Tribunal Supremo frente a la citada sentencia de la Audiencia Provincial, el demandado alega vulneración de los artículos 20.1.a) y 28.1 de la Constitución. Considera, en esencia, que las manifestaciones realizadas constituyen una manifestación de la libertad de expresión realizadas en el marco de un contexto que no puede calificarse como ajeno al ámbito público. Se apela, en este sentido, a que es público y notorio que gran parte de la actividad económica del demandante se apoya en contratos con las Administraciones Públicas, a que su éxito en los procesos de licitación se explica por las ofertas económicas a la baja –posibles por los bajos salarios abonados a sus trabajadores– y a que, en fin, está imputado por haber abonado como dietas importes correspondientes a horas extraordinarias.

En este contexto, la cuestión que se plantea a la Sala Primera del Tribunal Supremo es básicamente si expresiones como las proferidas por el demandado en un contexto de conflicto laboral como el existente constituyen efectivamente una intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandado o, por el

contrario, resultan justificadas y amparadas en la libertad de expresión y el legítimo ejercicio de la libertad sindical.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL. EL JUICIO DE PONDERACIÓN COMO CRITERIO DE DECISIÓN CONSTITUCIONAL

El Tribunal Supremo no comparte la valoración realizada por la sentencia recurrida y considera que los hechos enjuiciados no constituyen una vulneración del derecho al honor del demandante. El fallo de la sentencia de 21 de junio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2287) es pues estimatorio del recurso revocando la sentencia de instancia y desestimando la demanda formulada por lesión del derecho al honor.

Para llegar a tal conclusión, afirma el Tribunal Supremo que «la afectación del derecho al honor sufrida por quien se considera perjudicado ha de ceder frente al derecho de libertad de expresión y de crítica respecto de las actuaciones que puedan tener una trascendencia pública, en este caso por una cuestión de carácter sindical o profesional». Con cita de anteriores pronunciamientos, la Sala Primera recuerda que no se trata de valorar si se ha producido o no un atentado al derecho al honor sino de ponderar si tal intromisión es ilegítima. Y no lo será «cuando se trate de poner de manifiesto actuaciones que tengan un cierto interés público o social y que, sin perjuicio de comportar molestia y causar desagrado a quien resulta ser el destinatario de tales imputaciones, no alcanzan la categoría de insulto o descalificación innecesaria para la propia finalidad de la denuncia que se efectúa».

El contexto de conflicto social y sindical existente resulta determinante para la solución alcanzada por la Sala Primera del Tribunal Supremo. Es ese contexto, generado en torno a una huelga iniciada por los trabajadores y a unas represalias empresariales frente a los cabecillas del conflicto, el que enmarca las declaraciones del demandado y permite excluir el reproche de ilegitimidad que pudiera hacerse a las mismas. No significa esto, como recuerda el Tribunal, que haya una prevalencia absoluta de las libertades de expresión e información, o de la libertad sindical, sobre los derechos de la personalidad. Se trata, por el contrario, de una prevalencia funcional, de modo que, en tanto tales libertades se ejerciten conforme a su naturaleza y función constitucionalmente delimitadas, justificarán el sacrificio del derecho al honor. Aplicado ese juicio de ponderación al supuesto suscitado resulta que «El empleo del término corrupto, o de empresario corruptor, o la afirmación de que el demandante carece de honor, debe valorarse en un contexto muy concreto como es el grave

conflicto social y sindical existente con ocasión de una huelga iniciada por los trabajadores y de los expedientes sancionadores a alguno de ellos, en una empresa del actor, en el que de una forma incidental, junto a la denuncia de la cercanía del empresario con la administración, se vertieron tales expresiones, y es en este marco concreto, y no en otro, de interés público o sindical, por la proyección social, pública y empresarial del afectado, en el que se han de valorar tales expresiones para hacerlas prevalecer sobre el honor del demandante, pues de otra forma resultaría restringido en términos incompatibles con el núcleo de este derecho, si se antepusiera el honor del demandante como obstáculo para el ejercicio del derecho a la crítica de sus actuaciones».

El conflicto entre derecho al honor, libertad de expresión y libertad sindical se ha suscitado en numerosas ocasiones en el contexto de conflictos de carácter socio laboral. El clima de tensión que habitualmente acompaña a los conflictos laborales, especialmente si se materializan en una huelga, resulta un medio propicio para palabras gruesas, amenazas, acusaciones o insultos. Lo habitual es que este tipo de conflictos se dirima en el marco de la relación laboral: la respuesta del empresario ante expresiones que puede considerar lesivas de su derecho al honor consiste normalmente en ejercer sus potestades disciplinarias, sancionando incluso con el despido al trabajador que incurre en tales excesos verbales. Una reacción que, en el caso analizado en la sentencia que se comenta, resultaba lógicamente imposible dado que el trabajador demandado no era empleado del empresario objeto de las expresiones que generaron la demanda.

Los tribunales del orden social de la jurisdicción abordan habitualmente el análisis de estos conflictos en el marco de la demanda del trabajador frente al despido o decisión disciplinaria de la empresa que se pretende nula por lesionar la libertad de expresión y la libertad sindical del trabajador. Para ello, una vez excluido el carácter ultrajante o injurioso de las expresiones utilizadas, apelan al contexto en el que se vierten las expresiones que motivan la sanción disciplinaria y, en ocasiones, a la propia condición representativa del trabajador para estimar que el ánimo ofensivo, insultante o vejatorio de las expresiones utilizadas por un representante de los trabajadores resulta no reprochable jurídicamente si se emiten en un contexto de conflicto laboral.

Pero tampoco resultan ajenos al enjuiciamiento que llevan a cabo los tribunales del orden social los criterios que maneja la Sala Primera para ponderar los derechos de libertad de expresión y derecho al honor, criterios avalados por la doctrina del Tribunal Constitucional. En numerosas ocasiones ha recordado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que, tal y como tiene dicho la Sala Primera en caso de conflicto entre los derechos al honor, a la liber-

tad de expresión y a la información (imprescindibles los dos últimos para el adecuado ejercicio de la libertad sindical): «a) Debe respetarse el ámbito propio y característico de cada derecho fundamental, siendo reiterada la jurisprudencia constitucional y de esta Sala según la cual la libertad de expresión comprende el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, tal y como recoge el art. 20.1. a) de la Constitución, gozando de un campo de acción más amplio que la libertad de información –porque no comprende, como esta, la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo-.... b) La ponderación debe respetar la posición prevalente que ostentan los derechos a la libertad de expresión e información sobre el derecho al honor por resultar esenciales como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático. Y también debe respetar que la libertad de expresión, según su propia naturaleza, comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige». Una ponderación que hunde sus raíces en la doctrina del Tribunal Constitucional que apela a tal criterio de enjuiciamiento como garantía del pluralismo, tolerancia y espíritu de apertura sin los cuales no existe una sociedad democrática (STC 6/2000, de 17 de enero, *BOE* de 18 de febrero de 2000).

Precisamente, el propio Tribunal Constitucional aplicará el criterio de ponderación en una serie de sentencias publicadas muy poco después de la STS (civil) de 21 de junio de 2018 que aquí se comenta. Una serie que se abre con la STC 89/2018, de 6 de septiembre (*BOE* 12 de octubre de 2018) y continúa con las SSTC 108, 109, de 15 de octubre (*BOE* de 20 de noviembre de 2018); 118/2018, de 29 de octubre (*BOE* de 6 de diciembre de 2018) y 127/2018, de 26 de noviembre (*BOE* 24 de diciembre de 2018). Unos conflictos cuyo origen es el mismo que el que determina el pronunciamiento del tribunal de casación. En los casos analizados por el Tribunal Constitucional se trataba de valorar si el despido de varios trabajadores que habían participado también en aquella rueda de prensa, la que motivó la demanda civil frente al delegado sindical, resultaban o no lesivos de las libertades de expresión y sindical de los trabajadores despedidos.

En estos casos, las sentencias impugnadas ante el Tribunal Constitucional habían declarado que «la conducta del demandado traspasó los límites inherentes que impone el respeto al derecho al honor de los responsables de la empresa y también de la Administración receptora del servicio, sustentando dicha afirmación en que el ejercicio de la libertad de expresión no puede justi-

ficar sin más el empleo de expresiones o apelativos insultantes, injuriosos o vejatorios». Pero, según el Tribunal Constitucional, la sentencia impugnada omite, o no atribuye significación suficiente, a ciertos aspectos que son esenciales para determinar si el recurrente en amparo hizo un uso legítimo de su derecho fundamental a la libertad de expresión en el ámbito sindical. Se trata, entre otras cuestiones, de atender a aspectos como los siguientes: la condición del demandante; el contenido del mensaje; la necesidad y finalidad del mismo; la proyección o notoriedad pública de los destinatarios a los que iba dirigido; el modo en que quedó en su caso afectado su honor o su prestigio profesional o empresarial; la forma, medio o lugar en que se proyectó; su difusión y el grado de conexión con actividades de interés público; el daño sufrido por la empresa, así como el contexto en que se realizaron. La valoración de todas estas circunstancias es la que permite excluir la lesión del derecho al honor. Recuerda además el Tribunal que ya se ha pronunciado sobre si existe una intromisión ilegítima en el derecho al honor por el empleo del término corrupción o por manifestar que alguna persona pudiera tener algún tipo de relación con actividades de ese carácter, indicando que dependiendo del contexto y finalidad en que dicha palabra fuera empleada su utilización quedaba amparada por el ejercicio de la libertad de expresión (STC 216/2013, de 19 de diciembre, *BOE* 17 de enero de 2014).

4. CONCLUSIÓN. LA PREVALENCIA DE LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN Y SINDICAL EJERCITADAS CONFORME A SU NATURALEZA CONSTITUCIONAL

En definitiva, la Sala Primera del Tribunal Supremo, acogándose a la doctrina constitucional y anticipando la solución que el propio Tribunal Constitucional aplicará a conflictos suscitados en el mismo contexto, aplica el juicio de ponderación entre derechos fundamentales avalando la prioridad de la libertad de expresión y de la libertad sindical que, en la medida en que se ejercitan conforme a su naturaleza y su función constitucionales, contribuyendo al debate público y defendiendo los derechos de los trabajadores, pueden justificar el sacrificio de derechos de la personalidad, como ocurrió con el derecho al honor del demandante en el asunto enjuiciado.

41. CONDENA A LOS SINDICATOS CCOO Y ATP-SAE A REPARAR LA LESIÓN DEL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL DEL SINDICATO UTIL, IMPIDIENDO SU INTEGRACIÓN EN LOS COMITÉS INTEREMPRESAS DE UN GRUPO EMPRESARIAL

Comentario a la SAN 12/2024 de 30 de enero de 2024 (Rec. 290/2023)

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL

Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (UAM)

Director del Bufete De La Villa. ORCID: 0009-0005-8456-8916

... time creates what he devours...

Aldous L. HUXLEY, 1894-1963.

Palabras clave: Vulneración de la libertad sindical, comité interempresas y comité intercentros, el canon de proporcionalidad en los órganos de representación unitaria, cuantía indemnizatoria por daños morales.

1. ANTECEDENTES

1.1 El Sindicato Unión de Trabajadores Independientes y Libres (UTIL, *BOE* de 27 abril 2022) planteó demanda en procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales, contra las empresas A, B y C –del Grupo D– y contra los sindicatos CCOO, ATP-SAE, SIPA, UGT y CGT, por vulneración del derecho de libertad sindical, impidiéndole de mala fe integrar los Comités Interempresas de D. Solicitando la nulidad radical de la constitución de los citados Comi-

tés, de las comisiones de trabajo que emanaran de ellos, de los acuerdos adoptados o participados por los mismos, así como el cese inmediato del comportamiento antisindical y el abono, por cada una de las partes demandadas, de una indemnización de 30.001 euros por los daños morales.

1.2 Las empresas A, B y C y algunos de los sindicatos codemandados opusieron la excepción de falta de legitimación pasiva y CCOO opuso excepción de inadecuación de procedimiento. Todos ellos, no sin matices, se opusieron asimismo a la pretensión ejercitada.

1.3 Son hechos probados relevantes los siguientes: 1.º) Celebradas elecciones a Delegados de Personal en el centro de trabajo E de la empresa A, del grupo D, fue elegido el candidato de UTI. Este proceso electoral fue independiente de los realizados en otros centros de trabajo del Grupo D; 2.º) Las empresas A, B y C cuentan con Comités Interempresas regulados por el artículo 45 del Convenio Colectivo del Grupo D; 3.º) El Comité Intercentros del Grupo propuso, previa convocatoria de los sindicatos, incluido UTIL, la siguiente composición del Comité Interempresas: 7 miembros CCOO, 4 SIPA, 3 ATP-SAE, 2 UGT, 2 CGT y 1 UTIL; 4.º) Tras la intervención de los sindicatos afectados –con abstención de UGT y voto en contra de CGT–, se alteró tal distribución de miembros, ampliando a 4 los de ATP-SAE, y privando a UTIL de representación, al no formar parte su candidato de ninguno de los Comités de empresa del Grupo D; 5.º) En cuanto al Comité de Seguridad y Salud Laboral Intercentros, quedó constituido por 2 UGT, 2 CGT, 4 SIPA, 4 ATP-SAE y 7 CCOO, sin presencia de UTIL.

2. CUESTIONES PLANTEADAS

2.1 La excepción procesal de falta de legitimación pasiva, opuesta por todas las empresas A, B, C y por algunos sindicatos codemandados, es improsperable según la Sala puesto que «[...] la legitimación *ad causam* consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud para actuar en el mismo como parte. Se trata de una cualidad de la persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que se trata de ejercitar o que le es exigida en caso de legitimación pasiva. De ahí que en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 16-5-2000, 28-12-2001 y 28-2-2002) se afirme que la legitimación *ad causam* es cuestión preliminar al fondo pero que puede exigir un examen de fondo, distinguiendo entre la falta de legitimación *ad processum*, entendida como absoluta incapacidad para litigar, que se rela-

ciona con el art. 7 LEC, cuando indica que solo podrá comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de los derechos y la falta de legitimación *ad causam* que equivale a ausencia de acción u obligación, la cual está estrechamente vinculada a la cuestión de fondo y deriva de la concreta situación de una persona respecto de la pretensión ejercitada. En el presente caso, dado que se ejercita una acción de vulneración de derechos fundamentales, es preciso analizar la intervención de cada uno de los sujetos demandados en orden a determinar la posible existencia de la indicada vulneración y las consecuencias jurídicas a aplicar en su caso, lo que exige necesariamente un posicionamiento de este tribunal acerca de los hechos acontecidos y de la concreta conducta desplegada por cada uno de los codemandados [...] para condenarlos o absolverlos».

2.2 La excepción procesal de inadecuación de procedimiento interpuesta por CCOO, se desestima igualmente por la Sala «[...] pues la posible vulneración del derecho de libertad sindical que sostiene la parte actora a través de actos que han impedido su participación en el Comité Interempresas no puede sino ventilarse a través de la modalidad procesal regulada en los arts. 177 y siguientes LRJS, con independencia de las consecuencias jurídicas que en su caso puedan declararse si se apreciase la citada vulneración».

2.3 Cuestión básica para resolver la *litis* es la determinación de la naturaleza jurídica de los Comités Interempresas, no regulados por cierto en el ET. A tal efecto, la sentencia remite a su anterior sentencia 261/2004, de 21 de enero, dictada en el procedimiento 182/2013. En esa sentencia, se mantuvo la doctrina, que se reproduce literalmente «[...] el Comité Interempresas nace en sustitución del Comité Intercentros [y] así lo proclama expresamente el art. 38.1 del propio Convenio [del Grupo D], y ello puede explicar la argumentación de la demanda, centrada en la analogía de ambos órganos, en la “identidad de razón” del art. 4.1 del Código Civil, para cuya aplicación basta la semejanza. En este sentido se podría decir justificadamente que, reconocida la “identidad de razón” en la propia norma convencional y tratándose de institutos semejantes –meros corolarios del paso de una descentralización material o productiva a otra formal o jurídica–, el criterio de proporcionalidad fijado en la ley para el Comité Intercentros debe aplicarse al Comité Interempresas. Pero existen otras razones que nos impiden compartir ese razonamiento. En primer lugar, que el ámbito de autonomía colectiva, como ámbito constitucional (art. 37) no debe interpretarse restrictivamente desde la ley que lo garantiza, y por lo tanto la analogía como técnica jurídica de ampliación de la normatividad legislativa, ha de emplearse para consolidar y no para restringir el ámbito

de negociación restrictiva de derechos y por tanto rechazable al postergar la función garantizadora de la ley, en función censora. Por otra parte, el Comité Intercentros y el Comité Interempresas, se contrastan en la impugnación desde una perspectiva muy concreta: el ámbito de actuación. En efecto, los elementos que sirven para sostener la “identidad de razón”, el carácter de órganos de segundo grado, la extracción de su representación de los Comités de centro, son periféricas a la cuestión cardinal, que es una cuestión del ámbito representativo, pues se pretende que la representatividad se compute en el ámbito del Grupo y no en el de cada Empresa. Y aquí la diferencia entre el ámbito empresarial y el ámbito supraempresarial es una distinción estatutaria cardinal (art. 87 ET y concordantes), irrelevante para el Comité Intercentros –ontológicamente de ámbito empresarial– pero cardinal en el Comité Interempresarial. El cómputo de representatividad del Comité Intercentros tiene como techo “la empresa” y este techo lo respeta la regulación del Comité Interempresas precisamente al fijar “cada empresa” como parámetro representativo. Otra cosa es que su “techo” sea más amplio. Se evidencia pues así una diferencia relevante que excluye la razón de semejanza en la regulación del cómputo de la representatividad de ambos Comités. Y sin semejanza carece de sentido el planteamiento analógico. De hecho, el planteamiento de semejanza analógica, desde la perspectiva del ámbito, tendría más sentido en relación al Comité de Empresa Europeo, que regula, en desarrollo de la Directiva 94/45/CE la Ley 10/97, en cuyo art. 17 se establece un sistema de elección que no se proyecta sobre la globalidad del ámbito, sino que se fragmenta por Estados».

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

3.1. *Fuente reguladora*: Es rechazable, como fundamento de la demanda de UTIL, el art. 63.3 ET, con base en doctrina judicial precedente que reitera la Sala. Porque el régimen jurídico del Comité Interempresas del Grupo D se contiene en el art. 45 del Convenio Colectivo de dicho Grupo, precepto dedicado expresamente a la regulación del Comité Interempresas. De conformidad con esa fuente normativa, la Sala transcribe el texto íntegro del citado artículo y obtiene las siguientes consecuencias:

- a) El Comité Interempresas del Grupo D, formado por las empresas A, B y C, está compuesto de 19 miembros.
- b) Estos 19 miembros han de ser elegidos de entre los miembros de los Comités de Empresa existentes.

c) Los miembros del Comité Interempresas se repartirán proporcionalmente en función de los delegados obtenidos globalmente en las elecciones sindicales que se celebren simultáneamente en todos los centros de trabajo de las empresas A, B y C.

d) En caso de igualdad en el número de delegados, decidirá el número de votos obtenidos.

3.2 *Sobre el derecho de UTIL a formar parte con su delegado de personal, del Comité Interempresas aunque no forme parte de ninguno de los Comités de Empresa del Grupo.* Y ello porque en el seno de éste se realizaron dos procesos electorales. Uno en el centro de trabajo E de la empresa A, resultando elegido delegado el candidato de UTIL. Otro, el celebrado en los restantes centros de trabajo, cuyos resultados obran en autos y son pacíficos. El primer proceso electoral fue convalidado por sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de Albacete de 25-10-22, por lo que «[...] cercenar la consideración de representante del sindicato UTIL en los resultados electorales, supone obviar las particularidades del supuesto que nos ocupa, así como la necesaria proporcionalidad entre el número de delegados elegidos en las elecciones sindicales en su conjunto, máxime cuando los Delegados de Personal, en virtud de lo dispuesto en el art. 62.2 ET, ejercen ante el empresario la representación para la que fueron elegidos, ostentando las mismas competencias establecidas para los Comités de Empresa [...] Y máxime cuando el Comité [Interempresas] trata los temas laborales comunes a todos los centros de trabajo, siempre siguiendo la regla de proporcionalidad expresada en el citado precepto», conforme a la cual, y habida cuenta de los coeficientes de proporcionalidad que no son objeto de contradicción (FJ Cuarto).

3.3 *Vulneración del derecho fundamental de libertad sindical de UTIL y sus efectos.* Por consiguiente, la exclusión de UTIL de la composición del Comité Interempresas comportó una vulneración de su derecho de libertad sindical, frente a la que únicamente pueden responder los sindicatos codemandados CCOO y ATP-SAE, pues las empresas A, B y C no participaron en la composición del Comité, la CGT votó a favor de que el delegado de UTIL integrara el Comité, UGT se abstuvo en las votaciones y la oposición de SIPA fue estrictamente técnica, acerca de la necesidad de formar parte de un Comité de Empresa, cuestión no exenta de polémica. Y «[...] dado que ha quedado constatado que el sindicato UTIL fue vetado a la hora de formar parte del Comité Interempresas, la reparación [...] no puede quedar restringida a la condena de una indemnización por daños morales, sino a la imposibilidad de que desplieguen efectos los actos en los que se concretó la vulneración del derecho

fundamental, esto es, la constitución del citado Comité, y del Comité Interempresas de Seguridad y Salud y en su caso los acuerdos que hayan podido acordarse» (FJ Quinto).

3.4 *La cuantía de la indemnización por daños morales, depende de las circunstancias del caso*, debiendo atender «[...] a un conjunto de elementos como la antigüedad del trabajador en la empresa, la persistencia temporal de la vulneración del derecho fundamental, la intensidad del quebrantamiento del derecho, las consecuencias que se provoquen en la situación personal o social del trabajador o del sujeto titular del derecho infringido, la posible reincidencia en conductas vulneradoras, el carácter pluriofensivo de la lesión, el contexto en el que se haya podido producir la conducta o una actitud tendente a impedir la defensa y protección del derecho transgredido [...] Bien que en el caso de autos la petición actora de condenar a la misma indemnización a todos los codemandados es inatendible, por las razones ya expuestas; y respecto de los dos sindicatos que vulneraron el derecho fundamental de UTIL la cuantía indemnizatoria debe moderarse, fijándose conjunta y solidariamente en 300 euros, frente a los 30.001+30.001 solicitados, puesto que el daño sufrido por UTIL queda reparado por su derecho a estar representado en el Comité Interempresas y en el Comité Interempresas de Seguridad y Salud, así como al quedar sin efecto los acuerdos que hubieran podido adoptarse por los citados órganos en tanto que fueron irregularmente constituidos» (FD Sexto).

4. CONCLUSIONES

El mayor interés de la sentencia –aparte del reconocimiento del derecho fundamental violado– está en negar la equiparación entre el Comité Interempresas y el Comité Intercentros, lo que arrastra la inaplicación a aquél, por analogía con éste, del régimen legal del artículo 63.3 ET. El Comité Interempresas será, por tanto, únicamente en cada caso, lo que determine la autonomía colectiva, generalmente reflejada en la negociación colectiva, como en el caso de autos. Y también es de interés resaltar de la sentencia la pauta que ayuda a diferenciar la hegemonía de un determinado sindicato, resuelta simplemente en «supremacía de cualquier tipo», con la prepotencia que preside las conductas, lamentablemente frecuentes, de buscar la aniquilación de los sindicatos competidores.

NEGOCIACIÓN COLECTIVA

42. INFORMACIÓN Y CONSULTA: COMISIÓN NEGOCIADORA Y LEGITIMADOS

Comentario a la STJUE 5 de octubre de 2023 (C-496/22), asunto EI y SC Brink's Cash Solutions SRL

POMPEYO GABRIEL ORTEGA LOZANO

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada. ORCID: 0000-0001-9880-4231

«Frente a lo que se pudiera pensar, puede deducirse y afirmarse que la doctrina constitucional en estos casi veinticinco años en materia de negociación colectiva no ocupa una posición modesta, aun cuando, como se sabe, el derecho a la negociación colectiva no es, por su ubicación sistemática en la CE (art. 37.1), un derecho fundamental»

Juan GARCÍA BLASCO, 2004, 68.

Palabras clave: Libertad, sindical, despido, colectivo, consultas, negociación.

1. ANTECEDENTES

Se reclama por el trabajador la obligación imperativa de la empresa de informar y consultar a los trabajadores individualmente, aun cuando no existiera un sindicato o representantes designados para defender sus intereses. Por el lado de la mercantil, se alega que, al no haber sido renovados los mandatos de los representantes de los trabajadores, se encontró en una situación atípica de falta de

interlocutor social. Se aduce así que la ausencia de coordinación de los trabajadores hizo imposible la designación de representantes durante el procedimiento de despido colectivo. Por tanto, se defiende de este modo que la empresa no podía dar lugar a la información y consulta a los representantes de los trabajadores y, en la medida en que la normativa nacional de que se trata prevé que dicho procedimiento debe llevarse a cabo con el sindicato o los representantes de los trabajadores y no con los trabajadores individualmente considerados, quedó dispensada de informar y consultar individualmente a los trabajadores. En suma, lo que debe resolverse es si la normativa nacional (Derecho de Rumanía) que no impone al empresario la obligación de consultar individualmente a los trabajadores afectados por un despido colectivo, cuando no se han designado representantes de los trabajadores, sin que exista obligación de proceder a tal designación, se opone a la Directiva 98/59. Adviértase que esta situación no podría ocurrir en España, puesto que el artículo 67.3 ET resuelve la cuestión anticipándose al problema cuando establece que «la duración del mandato de los delegados de personal y de los miembros del comité de empresa será de cuatro años, entendiéndose que se mantendrán en funciones en el ejercicio de sus competencias y de sus garantías hasta tanto no se hubiesen promovido y celebrado nuevas elecciones».

2. CUESTIÓN O CUESTIONES PLANTEADAS

Según órganos jurisdiccionales, a falta de representantes de los trabajadores, un empresario no está obligado a respetar la fase de información y consulta de los trabajadores. En estas circunstancias, la Curtea de Apel București (Tribunal Superior de Bucarest, Rumanía) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales: «1) ¿Se oponen el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra b), y el artículo 6 de la Directiva [98/59], en relación con los considerandos 2 y 6 de esta, a una normativa nacional que permite al empresario abstenerse de consultar a los trabajadores afectados por un procedimiento de despido colectivo, debido a que estos no han designado representantes ni tienen la obligación legal de hacerlo? 2) ¿Deben interpretarse el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra b), primera frase, y el artículo 6 de la Directiva [98/59], en relación con los considerandos 2 y 6 de esta, en el sentido de que, en la situación anteriormente referida, el empresario tiene la obligación de informar y de consultar a todos los trabajadores afectados por el procedimiento de despido colectivo?».

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

El artículo 2 de la Directiva 98/59/CE establece que cuando el empresario tenga la intención de efectuar despidos colectivos, «deberá consultar, en tiempo hábil, a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo». Consultas que deberán versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias. Lógicamente, a fin de permitir que los representantes de los trabajadores tengan la posibilidad de formular propuestas constructivas y eficaces, el empresario deberá, durante el transcurso de las consultas, cumplir una serie de obligaciones: a) proporcionarles toda la información pertinente, y b) comunicarles, en cualquier caso, por escrito: i) los motivos del proyecto de despido; ii) el número y las categorías de los trabajadores que vayan a ser despedidos; iii) el número y las categorías de los trabajadores empleados habitualmente; iv) el período a lo largo del cual está previsto efectuar los despidos; v) los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores que vayan a ser despedidos, si las legislaciones o prácticas nacionales confieren al empresario competencias en tal sentido; vi) el método de cálculo de las posibles indemnizaciones por despido distintas a las de las legislaciones o prácticas nacionales. ¿Y qué ocurre si en la empresa no existen representantes legales de los trabajadores? De conformidad con el ordenamiento jurídico español hay otras figuras jurídicas pertinentes, como, por ejemplo, las comisiones *ad hoc*. Pero ¿y si en algún ordenamiento de un Estado miembro no se localizan figuras sustitutorias? Es lo que ocurre en el ordenamiento jurídico de Rumanía y en la que se da respuesta con la STJUE 5 de octubre de 2023, asunto EI y SC Brink's Cash Solutions SRL (C-496/22) [ECLI:EU:C:2023:741] (y que pasamos a ver).

Como hechos a resaltar, en el contexto de la pandemia causada por el coronavirus SARSCoV2 y de la declaración del estado de emergencia en Rumanía, la mercantil experimentó un descenso considerable de su actividad que terminó repercutiendo en sus beneficios y, por ende, obligada a realizar una reestructuración de la empresa a través de un despido colectivo. En el procedimiento de despido colectivo decidió suprimir 128 puestos de trabajo. Los días 12, 13 y 15 de mayo de 2020 notificó su intención de iniciar dicho procedimiento de despido a las autoridades afectadas, a saber, la Agenția Municipală pentru Ocuparea Forței de Muncă București (Agencia Territorial de Empleo del Municipio de Bucarest, Rumanía), la Inspekția Muncii (Inspección de Trabajo, Rumanía) y la Inspectoratul Teritorial de Muncă al Municipiului București (Inspección Territorial de Trabajo del Municipio de Bucarest, Rumanía). En esa notificación se indicaba expresamente que los despidos de los

trabajadores afectados tendrían lugar entre el 19 de mayo y el 2 de julio de 2020. Dado que el mandato de los representantes de los trabajadores anteriormente designados había expirado el 23 de abril de 2020 sin que se hubieran elegido nuevos representantes, no se envió dicha notificación a esos representantes. La misma notificación tampoco fue comunicada individualmente a cada uno de los trabajadores afectados por dicho procedimiento de despido.

Para dar respuesta jurídica a dicha cuestión, el TJUE recuerda que el objetivo de la citada Directiva consiste en que los despidos colectivos vayan precedidos de una consulta a los representantes de los trabajadores y de la información a la autoridad pública competente [STJUE 17 de marzo de 2021, asunto, *Consulmarketing*, C-652/19 (TJCE 2021\65)]. Igualmente, también se recuerda que el derecho de información y de consulta que regula la Directiva 98/59 está destinado a los representantes de los trabajadores, y no a los trabajadores a título individual [STJUE 16 de julio de 2009, asunto *Mono Car Styling*, C-12/08 (TJCE 2009\237)], así como que el artículo 2, apartado 3, de esa Directiva confiere a los trabajadores afectados una protección colectiva y no individual [STJUE 13 de julio de 2023, asunto *G GmbH*, C-134/22 (JUR 2023\298342)]. Además, para el TJUE, de la obligación de que se notifique a la autoridad pública competente cualquier proyecto de despido colectivo con todos los informes útiles referentes a dicho proyecto y a las consultas con los representantes de los trabajadores, se deduce que únicamente los representantes de los trabajadores deberán recibir del empresario una copia de la notificación de que se trata y que estos podrán dirigir sus eventuales observaciones a esa autoridad pública, pero no se concede tal posibilidad a los trabajadores a título individual. Por consiguiente, debe concluirse que «las disposiciones de la Directiva 98/59 no imponen al empresario la obligación de informar y consultar individualmente a los trabajadores afectados por un proyecto de despido colectivo» [STJUE 5 de octubre de 2023, asunto *EI y SC Brink's Cash Solutions SRL*, C-496/22 (JUR 2023\368942)]. Además, tiene en cuenta el TJUE que los intereses de los trabajadores individualmente considerados pueden no estar en consonancia con los intereses de los trabajadores considerados en su conjunto y, por otra parte, los trabajadores individualmente considerados carecen de legitimidad para intervenir en nombre de los trabajadores en su conjunto. En consecuencia, «dado que las disposiciones de la Directiva 98/59 no imponen al empresario la obligación de informar y consultar individualmente a los trabajadores afectados por un proyecto de despido colectivo, esas disposiciones deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que, en caso de falta de representantes de los trabajadores, no obliga al empresario a informar y consultar individualmente a cada trabajador afecta-

do por un proyecto de esa índole» [STJUE 5 de octubre de 2023, asunto EI y SC Brink's Cash Solutions SRL, C-496/22 (JUR 2023\368942)].

Por otro lado, en la profunda valoración del asunto, se llega a la conclusión de que la normativa nacional controvertida en el litigio principal no impone a los trabajadores la obligación de designar representantes. Ahora bien, aunque la Directiva 98/59 no impone tal obligación a los trabajadores, el TJUE realiza una advertencia: «corresponde a los Estados miembros garantizar el efecto útil de las disposiciones de esta Directiva. Así pues, incumbe a estos adoptar todas las medidas oportunas para que se designe a los representantes de los trabajadores y cerciorarse de que los trabajadores no se encuentren en una situación en la que, por motivos ajenos a su voluntad, se les impida designar a esos representantes». Es por ello que el TJUE entiende que corresponde al órgano jurisdiccional remitente –como único competente para interpretar el Derecho nacional de Rumanía– apreciar si las disposiciones nacionales son o no suficientes a este respecto. Por ello, el órgano remitente deberá examinar «si las disposiciones del Derecho rumano que regulan la designación de los representantes de los trabajadores y que limitan la duración del mandato de estos a dos años pueden interpretarse, cuando en la práctica resulte imposible, por razones no imputables a los trabajadores, designar nuevos representantes, en el sentido de que garanticen la plena eficacia de las disposiciones de los artículos 2 y 3 de la Directiva 98/59».

En virtud de todo lo expuesto, para el TJUE, los artículos 1, apartado 1, párrafo primero, letra b), 2, apartado 3, y 6 de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998 deben interpretarse en el sentido de que «no se oponen a una normativa nacional que no impone a un empresario la obligación de consultar individualmente a los trabajadores afectados por un proyecto de despido colectivo, cuando estos no han designado representantes de los trabajadores, y que no obliga a dichos trabajadores a proceder a tal designación, siempre que esa normativa permita, en circunstancias ajenas a la voluntad de los propios trabajadores, garantizar la plena eficacia de las disposiciones de la Directiva 98/59, en su versión modificada» [STJUE 5 de octubre de 2023, asunto EI y SC Brink's Cash Solutions SRL, C-496/22 (JUR 2023\368942)].

4. CONCLUSIÓN O CONCLUSIONES

El TJUE llega a la conclusión de que la normativa nacional controvertida en el litigio principal no impone a los trabajadores la obligación de designar representantes. Interpretación del TJUE que podría chocar, a nuestro juicio,

con la finalidad de información y consulta de la Directiva 98/59/CE cuando no existan representantes de los trabajadores, ni procedimientos alternativos de sustitución de los mismos en circunstancias excepcionales. El procedimiento del despido colectivo se sustenta en una fase de consulta-negociación con los representantes de los trabajadores, guiado por una negociación sostenida por el principio de buena fe y con la finalidad de alcanzar un acuerdo colectivo, versando sobre las causas motivadoras del expediente y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos; por tanto, una obligación general y específicos deberes de información a fin de permitir que los legitimados puedan formular propuestas constructivas durante el transcurso de las consultas y en tiempo hábil, lo que queda analizado en esta sentencia desde una perspectiva europea. El procedimiento de extinción colectiva se instrumentaliza a través de la imposición de una serie de limitaciones de información y consulta con los representantes de los trabajadores que actúan como condicionantes internos de las facultades del empleador. El dato de que no se requiera llegar a un acuerdo y solo sea suficiente intentarlo, supone que nos insertemos en una institución de carácter consultivo, aun cuando se extralimita de lo que sería una consulta meramente estricta al exigirse el desarrollo de una negociación y no una simple solicitud de opinión o informe no vinculante: el derecho de consulta-negociación es una obligación jurídica de medios –no de resultado–; agotado el período de consulta-negociación, el empleador puede tomar por propia iniciativa la decisión de despedir, obviamente, sometido al procedimiento legalmente establecido. Por otro lado, la representación legal de los trabajadores «tendrá derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por este, sobre las siguientes cuestiones: a) las reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales, de aquella» (art. 64.5 ET). Se trata de una consulta específica: la consulta informe. Esta no garantiza legalmente la apertura de un proceso de negociación colectiva, a diferencia del procedimiento de consulta-negociación del artículo 51 ET (Monereo Pérez, 2012, 336 y 337).

5. BIBLIOGRAFÍA

- GARCÍA BLASCO, J.: «La jurisprudencia constitucional relativa al derecho a la negociación colectiva», en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, ISSN 0213-0750, núm. 76, 2004.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: «El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012», en *Temas Laborales*, núm. 115, 2012.

43. ¿PUEDEN LOS PRESUPUESTOS AUTONÓMICOS SUSPENDER CONDICIONES RETRIBUTIVAS DEL PERSONAL DEL SECTOR PÚBLICO, PREVIAMENTE FIJADAS A TRAVÉS DE LA NEGOCIACIÓN?

Comentario a la STC 127/2019 de 31 de octubre de 2019 (BOE de 6 de diciembre de 2019)

ANE VÁZQUEZ BELTRÁN

Asesora Técnica del Departamento de Hacienda
y Administración Pública. Gobierno de Aragón

Palabras clave: Normativa básica, negociación colectiva, empleados públicos, suspensión de acuerdos, pactos y convenios colectivos, presupuesto público.

1. ANTECEDENTES

La Sentencia del Tribunal Constitucional objeto de este comentario resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado contra los artículos 21.7, 27.5 y disposiciones adicionales decimotercera, decimocuarta y decimoctava de la Ley 9/2018, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2019, por suspender la aplicación de determinados aspectos retributivos, fundamentalmente relacionados con la acción social, negociados en el ámbito del sector público autonómico, incumpliendo con los requisitos previstos por la normativa básica estatal para proceder a dicha suspensión. El Tribunal Constitucional lo desestima, con un voto particular que,

aunque respalda también la constitucionalidad de la norma, discrepa parcialmente con la argumentación jurídica de la Sentencia.

2. CUESTIONES PLANTEADAS

Las cuestiones que se plantean en este recurso, a las que se opone la representación del Gobierno de la Comunidad de Madrid, obligan al Tribunal Constitucional a dirimir, en primer lugar y de forma principal, si la Ley 9/2018, de 26 de diciembre, incurre en inconstitucionalidad mediata, por suspender acuerdos, pactos y convenios colectivos, infringiendo la normativa básica estatal, en particular, los artículos 32.2 y 38.10 del Estatuto Básico del Empleado Público, cuyo texto refundido fue aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

Asimismo, se requiere en el recurso al Alto Tribunal que se pronuncie sobre otras tres posibles vulneraciones de derechos fundamentales que se le atribuyen a la norma autonómica, también negadas por la representación procesal del Gobierno de la Comunidad de Madrid. La primera de ellas, relativa al derecho a la libertad sindical, por no haber respetado el procedimiento fijado en la normativa básica estatal para excepcionar la fuerza vinculante del resultado de la negociación colectiva. La segunda, relacionada con el derecho a la tutela judicial efectiva, en la medida en la que al aprobar una norma de rango legal para suspender acuerdos, pactos y convenios colectivos, sin poder hacerlo, se limita el acceso al control judicial. Para terminar, la que afecta al derecho de igualdad, por establecer, con las citadas suspensiones, distintos regímenes retributivos para el personal autonómico, sin una base objetiva.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

3.1 **Sobre la inconstitucionalidad mediata de la Ley 9/2018, de 26 de diciembre**

Comienza el Tribunal Constitucional su exposición jurídica, recordando que para que se produzca la inconstitucionalidad mediata, deben concurrir simultáneamente dos circunstancias: que la norma básica estatal infringida se haya dictado legítimamente al amparo de una competencia

que el texto constitucional haya reservado al Estado y que la contradicción entre dicha norma básica estatal y la norma autonómica sea efectiva e insalvable por vía interpretativa. Por eso, el primer elemento a determinar es el que concierne a los títulos competenciales en virtud de los cuales se aprueban los artículos 32.2 y 38.10 del Estatuto Básico del Empleado Público, cuya contravención por la norma autonómica se proclama en el recurso interpuesto.

Estos dos preceptos citados abordan de forma similar la posibilidad de suspender el resultado de la negociación colectiva en el ámbito público, pero al referirse el artículo 32.2 a los convenios colectivos del personal laboral y el artículo 38.10 a los acuerdos y pactos de los funcionarios públicos, los títulos competenciales en base a los cuales parecen dictarse tienen efectos muy distintos. En relación con el personal funcionario, la situación no plantea dudas, puesto que la regulación se fundamenta en el artículo 149.1.18.^a de la Constitución Española (CE), que atribuye al Estado la determinación de las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos. El personal laboral, sin embargo, se encuentra en un escenario distinto, al ampararse su regulación en el artículo 149.1.7.^a de la CE, que le atribuye al Estado la competencia exclusiva y plena en materia de legislación laboral, lo que lleva al Alto Tribunal a cuestionar la petición de inconstitucionalidad mediata de la norma legal autonómica por contradecir la normativa estatal, al no poseer esta última carácter básico, en lo que atañe al personal laboral de las administraciones públicas.

Aún así, el intérprete constitucional no refuta de plano esta primera alegación efectuada, porque, a la vista del tenor de los preceptos y disposiciones de la Ley 9/2018, de 26 de diciembre, considera que el título competencial habilitante para examinar la posible inconstitucionalidad mediata es el 149.1.13.^a de la CE, relativo a las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica. Para justificar su posicionamiento, explica que las suspensiones dirigidas a la contención del gasto de personal pueden encuadrarse en este título competencial estatal, por un doble argumento: que las medidas alcanzan a los dos tipos de personal, funcionario y laboral, y que son coyunturales y de eficacia limitada.

Esta tesis mantenida es discutida en el voto particular formulado, que advierte de la necesidad de acotar la vis expansiva del artículo 149.1.13.^a de la CE, que, por sus conexiones con la estabilidad presupuestaria y la contención del gasto público, se está imponiendo a otras importantes competencias estatales, en diversos ámbitos materiales.

La conclusión alcanzada sobre el artículo 149.1.13.^a de la CE suscita una objeción adicional, relativa a la elección del título competencial habilitante de la normativa básica estatal, que parece haberse seleccionado en función de cuáles son los preceptos y disposiciones impugnadas. El hecho de que el artículo 149.1.13.^a de la CE, junto al artículo 156.1 de la CE, faculte a las Comunidades Autónomas a ordenar sus gastos y, en consecuencia, a adoptar medidas como las contenidas en la Ley 9/2018, de 26 de diciembre, no es motivo suficiente para inferir que los artículos supuestamente vulnerados son básicos. Y todo ello sin perjuicio de que se pueda defender que, aunque los artículos 32 y 38 del Estatuto Básico del Empleado Público estén regulando la negociación colectiva de los empleados públicos y, por tanto, cuestiones aparentemente alejadas de las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, la redacción de esos concretos apartados segundo y décimo de los mismos, que expresamente aluden a las circunstancias económicas que deben concurrir para poder proceder a la suspensión, puedan incardinarse en el título competencial del artículo 149.1.13.^a de la CE, tal y como concluye el Alto Tribunal.

A continuación, una vez resuelto el asunto del título competencial habilitante, el Tribunal Constitucional centra su análisis en determinar si la Ley 9/2018, de 26 de diciembre, ha eludido los instrumentos diseñados por la norma básica estatal para la adopción de las suspensiones, rechazando esta posibilidad al entender que estas medidas suspensivas no se encuentran vedadas para el legislador autonómico y reservadas a los órganos de gobierno de las administraciones públicas. Los preceptos y disposiciones recurridas son actos del poder legislativo, al que no se cita en los artículos básicos. En el caso de que se hubiera querido cercenar la capacidad legislativa autonómica de forma tan intensa, debería haberse recogido expresamente esta restricción, porque, de otro modo, podría alcanzarse la paradójica situación de que existieran ciertas decisiones reservadas a las administraciones públicas, inaccesibles para el legislador.

Asimismo, añade el Alto Tribunal que las normas recurridas no se adoptan con el fin de regular el régimen de suspensión de los acuerdos, pactos o convenios colectivos que hayan alcanzado las administraciones públicas con los representantes de su personal, sino en el ejercicio de la autonomía presupuestaria que el artículo 156.1 de la CE le confiere a la Comunidad Autónoma para controlar su gasto público en materia de personal, en un contexto de estabilidad presupuestaria y consolidación fiscal. Valora, además, el presupuesto público autonómico como el cauce más adecuado para promover este tipo de

iniciativas, al ser el vehículo que permite dirigir la política económica del poder ejecutivo y el instrumento fundamental para plasmar su programa de gobierno.

Se opone el voto particular a este planteamiento, al sostener que la norma legal autonómica es constitucional, pero sólo porque la contradicción no es efectiva e insalvable por vía hermenéutica. Defiende el magistrado, en este sentido, que aunque la norma básica estatal se refiera a los órganos de gobierno de las administraciones públicas, ningún reproche constitucional puede efectuarse a que la suspensión haya sido adoptada por el legislador autonómico, por hallarse la elección del sujeto competente para acordarla, en el marco de la potestad autonómica de autoorganización.

Sin embargo, no puede compartirse la tesis que se sostiene en el voto particular de que las funciones que desempeñan ambos poderes, legislativo y ejecutivo, son intercambiables, en base a la potestad de autoorganización autonómica. Por el contrario, la separación entre poderes debe respetarse y, por eso, al configurarse la norma legal como un acto legislativo no va a encontrarse compelido por lo establecido para los órganos de gobierno de las administraciones públicas, es decir, para el poder ejecutivo.

3.2 Sobre la vulneración del derecho de libertad sindical del artículo 28 de la CE

La estrecha relación entre esta alegación y la anterior le permite deducir rápidamente al Tribunal Constitucional que la supuesta transgresión del derecho de libertad sindical, argüida por haberse quebrado la eficacia vinculante de los acuerdos, pactos y convenios colectivos en vigor sin respetar la normativa básica estatal, ya no puede producirse, al haberse desestimado la inconstitucionalidad mediata solicitada.

No obstante, aprovecha para recordar que el legislador puede establecer limitaciones al derecho a la negociación colectiva en aras a la protección de otros intereses constitucionalmente relevantes y que, por tanto, no puede confundirse la fuerza vinculante de los acuerdos, pactos y convenios colectivos con su intangibilidad frente a las normas de rango legal, aunque sean sobrevenidas, ya que, en virtud del principio de jerarquía normativa, el producto de la negociación colectiva debe someterse a las normas de mayor rango jerárquico, estatales y autonómicas.

En cuanto al procedimiento a seguir para proceder a la suspensión, mantiene el intérprete constitucional que sólo hacía falta informar a las organizaciones sindicales de sus causas, por lo que la hipotética violación, al no ser sustantiva, carecería de la nota de radical y arbitraria eliminación o desconocimiento de la autonomía colectiva, que podría propiciar la contravención del derecho fundamental a la libertad sindical. Por otro lado, salva también el Alto Tribunal la requerida necesidad de justificación de las causas para llevar a cabo las suspensiones, por encontrarse puestas de manifiesto en los preceptos y disposiciones impugnadas. Podría debatirse, pese a lo indicado, esta última aseveración, si se tiene en cuenta que la normativa básica estatal exige para suspender, por un lado, que concurren causas graves de interés público derivadas de alteraciones sustanciales de las circunstancias económicas y, por otro lado, que las excepciones a la fuerza vinculante se promuevan sólo en la medida estrictamente necesaria para proteger dicho interés público.

3.3 Sobre la contravención de la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE

Este reproche de inconstitucionalidad descansa en los mismos fundamentos que los dos anteriores, razón por la cual, al sentenciar el Tribunal Constitucional que los preceptos y disposiciones legales impugnadas pueden suspender aspectos relativos a la acción social del personal del sector público autonómico, ya no es posible declarar la violación del artículo 24.1 de la CE.

Sólo si la norma legal fuera inconstitucional por otros motivos, que impidieran de forma derivada el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, podría entenderse incumplido este artículo constitucional, pero si la Ley 9/2018, de 26 de diciembre, es conforme a la Carta Magna, pertenece a su propia naturaleza de norma de rango legal el no poder ser enjuiciada por los jueces y tribunales ordinarios.

3.4 Sobre la infracción del derecho de igualdad del artículo 14 de la CE

Una última mención merece este motivo de inconstitucional esgrimido, por tratarse del único que atañe al contenido de las suspensiones de los artícu-

los 21.7 y 27.5 y de la disposición adicional decimoctava, al considerar que, como consecuencia de las mismas, se establecen regímenes retributivos desiguales para el personal del sector público, sin una justificación razonable. El Tribunal Constitucional descarta también esta alegación, al sostener que para contravenir el derecho a la igualdad, la disparidad de trato entre grupos o categorías de personas debe ser infundada o discriminatoria y, en el supuesto examinado, las diferencias introducidas, que son meramente temporales, pueden justificarse en la distinta coyuntura en la que cada presupuesto se aplica y se definen de forma general, siendo de aplicación a todo el personal del sector público autonómico.

4. CONCLUSIONES

Como se ha indicado a lo largo de las líneas que preceden, el Tribunal Constitucional desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra los artículos 21.7, 27.5, disposiciones adicionales decimotercera, decimocuarta y decimoctava de la Ley 9/2018, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid, manifestando en síntesis y de forma principal que:

1.^a No transgreden los artículos 32.2 y 38.10 del Estatuto Básico del Empleado Público, porque la Comunidad Autónoma puede impulsar medidas que suspendan aspectos retributivos para su personal, con origen en la negociación colectiva, de acuerdo con los artículos 149.1.13.^a y 156.1 de la CE, siendo, además, la norma de rango legal que aprueba el presupuesto autonómico el mecanismo adecuado para hacerlo.

2.^a No quebrantan el derecho a la negociación colectiva y, por ende, tampoco el derecho a la libertad sindical, por no haber incumplido el procedimiento previsto en la normativa básica estatal, de obligado cumplimiento sólo para los órganos de gobierno de las administraciones públicas, al haberse llevado a cabo la suspensión recurrida por una norma de rango legal autonómica, a la que el resultado de la negociación colectiva se encuentra sometida.

3.^a No infringen el derecho a la tutela judicial efectiva, por tratarse de una norma autonómica de rango legal constitucional y que, por tanto, se somete a los controles previstos para las leyes, por el ordenamiento jurídico.

■ LIBERTAD SINDICAL, NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y HUELGA

4.^a No vulneran el derecho de igualdad, al establecerse con las suspensiones diferentes regímenes retributivos, pero en base a criterios temporales que pueden encontrar justificación y que se implantan con carácter general, sin discriminar infundadamente a ningún colectivo de empleados públicos.

44. LA IMPOSIBILIDAD DE DELIMITAR LA UNIDAD ELECTORAL LABORAL BÁSICA POR LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Comentario a la STS 739/2024 de 28 de mayo de 2024 (Rec. 12/2022)

MANUEL GARCÍA MUÑOZ

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. ORCID: 0000-0002-4243-4355.

Palabras clave: Centro de trabajo, unidad electoral, grupo de empresas.

1. ANTECEDENTES

En virtud del artículo 82 de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado, para 1990, se creó Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA), como ente de derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada. Posteriormente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 7 del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, se constituye la sociedad mercantil «Aena Aeropuertos, S.A.», con las funciones y obligaciones que hasta ese momento desarrollaba AENA, en cuanto a la gestión y explotación de los servicios aeroportuarios y las demás que por norma nacional o internacional se asigne a los gestores aeroportuarios, respecto a los aeropuertos y helipuertos gestionados por AENA, en la fecha de entrada en vigor del mencionado Real Decreto-Ley (03/12/2010), continuando AENA en el ejercicio de las competencias en materia de navegación aérea. A continuación, el artículo 18 del Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, cambia la denominación de la sociedad mercantil «Aena Aeropuertos, S.A.» a Aena, S.A., así como de la entidad pública empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) a ENAIRE. Finalmente, por man-

dato del artículo 111.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, se añade a su identificación la mención «sociedad mercantil» o la abreviatura «S.M.E.»

Asimismo, como consecuencia de las modificaciones operadas, el 14 de julio de 2011 se suscribió el I Convenio colectivo del Grupo Aena entre la representación empresarial y CC.OO, UGT y USO, como resultado de la transformación del V Convenio colectivo de Aena (Entidad Pública Empresarial Aena y Aena Aeropuertos S.A.), publicándose en el BOE de 20 diciembre de 2011. En su artículo 1, de acuerdo con el texto publicado en el BOE de 19 de octubre de 2019, se establece que su objeto es regular las condiciones de trabajo de las empresas del Grupo (Entidad Pública Empresarial Aena, Aena S.M.E., S.A. y la empresa AENA SCAIRM S.M.E., S.A.), en sus centros de trabajo actuales y futuros, así como de las sociedades filiales y sociedades mercantiles concesionarias o cualquiera que pueda surgir en un momento posterior de la reordenación societaria y reorganización de la Entidad Pública Empresarial Aena (con transferencia de personal y cargas de trabajo entre la distintas empresas) y el personal que presta sus servicios en ellas y se encuentra incluido en su ámbito de aplicación, esto es, todas las personas contratadas laboralmente por algunas de las empresas del Grupo Aena, salvo que conformen una relación jurídica excluida por el artículo 1.3 del ET, estén encuadradas en la relación laboral especial de alta dirección, sean directores generales y corporativos del Grupo Aena o controladores de la circulación aérea.

A su vez, en atención al objeto y ámbito personal del convenio colectivo, en su artículo 157.2, se establece «una única unidad electoral, a efectos de la elección de la representación laboral correspondiente, en cada centro de trabajo del grupo Aena, en la que estarán incluidos todos los trabajadores afectados por el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo del Grupo, con independencia de la entidad y/o sociedad del grupo Aena a la que dichos trabajadores estén vinculados laboralmente. A estos efectos, se entenderá por centro de trabajo cada uno de los aeropuertos, cada uno de los centros de control de tránsito aéreo y cada una de las sedes centrales de las entidades y/o sociedades del grupo Aena». Especificándose, en el apartado 3 de este artículo que «la representatividad de los respectivos sindicatos se determinará por los resultados del proceso electoral, obtenidos en el conjunto de centros de trabajo del Grupo Aena».

El 31 de enero de 2019 se celebró un acuerdo entre el Grupo Aena y los sindicatos CCOO, UGT y USO para la promoción de elecciones sindicales en todos los centros de trabajo del Grupo Aena y en Aena Scairm SME S.A. y se presentaron preavisos de elecciones en algunos centros de esos centros de trabajo, que dieron lugar, tras su impugnación por diversos motivos, sobre todo para que las elecciones se limitaran a una única empresa y para que incorporara el personal de control, a laudos de dispar parecer y, ante las solicitudes de su anulación, a las correspondientes sentencias judiciales.

Finalmente, para que se declarara la nulidad del artículo 157.2 del I Convenio colectivo del Grupo Aena, la Confederación Intersindical Galega (CIG) presentó demanda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, a la que se adhirieron la Confederación de Sindicatos Profesionales Aéreos (CSPA) y el Sindicato Libre de Trabajadores Aéreos (SLTA) y se opusieron, como demandadas, Aena SME, S.A., Aena Scairm S.M.E, S.A., ENAIRE, con adhesión a las alegaciones de las anteriores, y CC.OO y UGT, que fue estimada y declaró la nulidad de este precepto. Acto seguido, la parte demandada, interpuso recurso de casación que, a su vez, fue impugnado por la parte demandante, así como por el Ministerio Fiscal, que consideró procedente el recurso presentado.

2. CUESTIÓN O CUESTIONES PLANTEADAS

El objeto del debate se centra, en la vertiente procesal, en determinar si la parte actora, CIG, cuenta con legitimación activa y SLTA (adherido a la demanda) con legitimación pasiva, así como en el aspecto sustantivo, si legalmente es posible que la norma convencional delimite, a efectos de elecciones a representantes unitarios, «un colegio electoral único por cada centro de trabajo que incluya a todo el personal laboral que presta servicios en las empresas y entidades del Grupo Aena». Aspecto que, ya en un primer momento, fue rechazado por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, al considerar que los artículos 61 a 63 del ET solamente permiten constituir una unidad electoral que agrupe a centros de trabajo ubicados en la misma provincia o municipios limítrofes, sí cada uno no cuenta con el número mínimo de trabajadores para constituir un comité de empresa, pero sí conjuntamente, al sumar los trabajadores de los diversos centros, así como un comité intercentro, si concurren los requisitos legales y se prevé su conformación en el convenio colectivo. Pero, en este supuesto, no concurren estas circunstancias, ya que, entre otras, el convenio no «pluraliza» los centros de trabajo, sino las empresas que realizan su actividad en un mismo centro de trabajo. Igualmente, la Sala desestima las excepciones procesales de falta de legitimación activa de CIG y pasiva de SLTA, reproduciéndose éstas, así como los motivos de fondo que sustentan el recurso de casación interpuesto por la parte demanda e impugnado por la demandante.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, del mismo modo, previamente, resuelve las objeciones formales planteadas por la recurrente, consistentes, de un lado, en la falta de legitimación activa de la demandante CIG, debido a que considera que no ostenta suficiente implantación en el ámbito del conflicto, que

comprende el territorio nacional, puesto que únicamente tiene presencia en los órganos de representación unitaria constituidos en Galicia, la sección sindical se limita a este ámbito autonómico y no acredita el número de afiliados en el nacional, si bien tampoco es compartida por el órgano enjuiciador. Básicamente, porque que el artículo 165 de la LRJS atribuye «legitimación activa para impugnar un convenio colectivo, por los trámites del proceso de conflicto colectivo», entre otros sujetos, a los «sindicatos y asociaciones empresariales interesadas», que, según los pronunciamientos destacados por el Tribunal en esta sentencia, son aquellos en los que se puede apreciar un vínculo entre ellos y el objeto de la controversia, sin que sea necesario que dispongan de la implantación requerida para negociarlo, de acuerdo con el denominado «principio de correspondencia», en atención, además, al principio *pro actione* que permite interpretar las normas aplicables en conexión con el derecho del sindicato accionante a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24 de la CE. En este sentido, como se recoge en otro pronunciamiento, también citado en esta sentencia, se resalta que el «*principio de correspondencia*» se relaciona con el proceso de conflicto colectivo y el «*principio de interés*» con el de impugnación de convenio. Asimismo, como se expresa, con referencia jurisprudencial igualmente recogida en la sentencia, el interés puede provenir de contar el sindicato con afiliados en el ámbito del conflicto o con representación en la empresa o sector, evitándose así que el sindicato se convierta por sí mismo, en palabras del Tribunal Constitucional [(STC 210/1994, de 11 de julio (BOE de 4 de agosto de 1994)], en «*guardián abstracto*» de la legalidad. A juicio del Sala, el interés, en los términos descritos, está presente en este supuesto y, por tanto, no puede prosperar la excepción formulada por la recurrente. Igualmente, de otro lado, tampoco puede tener éxito la falta de legitimación pasiva de la entidad SLTA, también alegada por aquella, ya que, a pesar de que no formó parte de la comisión negociadora del convenio ni tiene presencia en los órganos de representación unitaria, dispone de una sección sindical, que justificó la demanda frente a ella, si bien, en el desarrollo del proceso, se adhirió a la parte actora, de acuerdo con el artículo 17.2 de LRJS en conexión en artículo 13 de la LEC, como señala la Sala.

A continuación, examina la cuestión principal de fondo, en atención a las alegaciones formuladas por los sujetos (empresas y sindicatos) integrantes de la parte recurrente, que se concreta, como se ha adelantado, en determinar si el precepto convencional, impugnado en su momento por la demandante, se acomoda a las disposiciones legales de aplicación (principalmente, ET y normativa de desarrollo en materia electoral y, complementariamente, las normas referidas a la reordenación y modernización de Aena) en cuanto a qué deba reconocerse como centro de trabajo y en qué términos, a efectos de elecciones a órganos de representación unitaria. En nuestra opinión, de la argumentación jurisprudencial

contenida en la sentencia, puede deducirse que el objeto del debate se reduce, en primer lugar, a la definición legal e interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de centro de trabajo, y si, al menos, en el terreno de las denominadas elecciones sindicales, alude a la empresa individualmente considerada, a no ser que se aprecie un grupo de empresas patológico, o puede comprender más de una empresa, como establece la disposición convencional discutida. A este respecto, la Sala señala (con cita de la STS de 5 de mayo de 2021, rec. 3160/2018, ECLI:ES:TS:2021:1762) que, según el artículo 1.5 del ET, «a los efectos de esta ley se considera centro de trabajo la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, ante la autoridad laboral», sin que este último requisito sea determinante, ya que el elemento relevante es la identificación de una unidad técnica que permita a la empresa (singular), en su conjunto, desarrollar su actividad productiva y que el TJUE (con referencia a la SJUE de 13 de mayo de 2015: C-392/13), define, igualmente, «el centro de trabajo en el marco de una empresa» (singular). Asimismo, expone que de la regulación recogida en los artículos 61, 62 y 63 del ET se extrae que la unidad electoral se circunscribe al centro de trabajo y el tipo de órgano que procede constituir viene determinado por el número de trabajadores que se encuentran adscritos a cada centro de trabajo, de modo que las referencias a la empresa o centros de trabajo se realizan a cada empresa y no a las que concurren en un mismo centro, aun conformando un grupo de empresas (no patológico), sin que se contemplen otras excepciones que la agrupación de centros de trabajo en la misma provincia o municipios limítrofes, en las términos establecidos legalmente, o para la composición de un comité intercentro, pero no para las empresas que coincidan o compartan un mismo centro de trabajo.

En segundo lugar, aunque explícitamente no se mencione, en nuestra opinión, se puede colegir que tanto la disposición del ET que define el centro de trabajo, como las que regulan la constitución de los órganos de representación unitaria, instituidos legalmente, al tener carácter de derecho necesario absoluto, por referirse al orden público laboral, no admiten modificaciones por la negociación colectiva. Efectivamente, la sustitución de estas reglas o, incluso, su matización por vía convencional, no solo podría suponer la configuración de los órganos de representación unitaria y el proceso para su elección de un modo diferente al diseñando legalmente, es decir, como se puede extraer de la sentencia (probablemente, comité de empresa, si se pluralizan los centros de trabajo, en lugar de delegados de personal en el centro de trabajo individual), así como la toma de decisiones y estrategias legítimas de los sujetos interesados en la participación, de un modo u otro, en las elecciones sindicales, sino también la posibilidad de alterar el efecto asociado de computar su resultado para la medi-

ción de la representatividad. En cambio, como puede desprenderse del artículo 61 del ET, nada obstaría, en nuestra opinión, a que el convenio colectivo pudiera prever representantes, individuales o plurales, distintos a los instituidos legalmente, en unidad territorial y funcional que pueda coincidir o no con el centro de trabajo, de los trabajadores adscritos a una o más de una empresa, con las competencias, funciones, garantías y procedimiento para su designación establecidos por las partes negociadoras, en y para su ámbito de actuación.

Finalmente, de la argumentación de la Sala, puede derivarse, respecto al supuesto enjuiciado, entendemos extensible a otros similares, que tampoco sería de aplicación, seguramente, ni siquiera de forma análoga, la posibilidad recogida en la disposición adicional 5.^a de la Ley 9/1987, de 13 de mayo y en la disposición adicional 3.^a del Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, de considerar un único centro de trabajo la totalidad de establecimientos de una misma provincia dependientes de un departamento u organismo, si los trabajadores se encuentran bajo la cobertura de mismo convenio colectivo, en tanto que, anteriormente, en otros pronunciamientos, se ha declarado por el Tribunal Supremo que «Aena no es una Administración pública, ni una entidad de derecho público», aunque se rija, en algunos aspectos, por principios propios de aquellas. Además, recuerda la Sala, las empresas que integran el grupo disponen de propia personalidad jurídica y plena capacidad privada y pública y ejercen sus funciones de forma autónoma e independiente.

4. CONCLUSIÓN O CONCLUSIONES

En nuestra opinión, la Sala, a través de esta sentencia, de un lado, confirma la línea jurisprudencial [STS de 31 de enero de 2001 (Rec. 1959/200) (ECLI:ES:TS:2001:589)] que sostiene que, en el proceso de elecciones sindicales y en la conformación de los órganos de representación, el centro de trabajo es la unidad electoral básica, con la única excepción del artículo 63.2 del ET, relativa al comité de empresa conjunto. De otro, disipa la duda que podría surgir de esta última sentencia citada sobre si la negociación colectiva, a modo de mejora para poder atribuir representación unitaria a determinadas empresas, podría modificar la unidad electoral, en forma similar a la prevista para el comité intercentro, cerrándose esta posibilidad, al menos, en los supuestos en los que, como en el enjuiciado, no se pretende la pluralización de centros, sino de empresas, para la elección y designación de los representantes unitarios configurados por la ley.

**45. PLAN DE IGUALDAD NO NEGOCIADO
POR «INCOMPARECENCIA» SINDICAL**
Comentario a la STS 545/2024 de 11 de abril (Rec. 123/2023)

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) (s.e.)

Palabras clave: plan de igualdad, comisión negociadora, imposibilidad de constituir la.

1. ANTECEDENTES

La empresa recurrente en casación intentó registrar en el correspondiente registro el plan de igualdad que había elaborado unilateralmente ante la imposibilidad de constituir la comisión negociadora para negociar dicho plan, por la incomparecencia de los interlocutores sindicales para proceder a esa constitución. La empresa no tiene representantes unitarios o electivos de los trabajadores, por lo que se dirigió hasta en reiteradas ocasiones a UGT y a CCOO para que participaran en la constitución de la comisión negociadora. UGT no respondió y CCOO contestó que no podía participar en la negociación «debido a la cantidad de requerimientos» que tenían para hacerlo. La empresa intentó constituir la comisión negociadora durante un periodo superior a un año.

La empresa contrató a personal especializado para elaborar el plan de igualdad y subsanó el plan, de conformidad con el requerimiento de la administración para la modificación/inclusión del contenido mínimo obligatorio.

La Directora General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Economía Social (en adelante, el Ministerio) desestimó la inscripción del plan de igualdad por no haberse producido la constitución de la comisión negociadora. La empresa recurrió en alzada esta resolución, pero el recurso fue desestimado.

La empresa interpuso demanda de impugnación de la resolución administrativa denegatoria ante la sala de lo social de la Audiencia Nacional, que declinó su competencia invocando el artículo 11.4 b) LRJS. Como consecuencia de lo anterior, la empresa presentó su demanda de impugnación en la sala de lo social del TSJ de Madrid.

La sentencia de la sala de lo social del TSJ de Madrid 178/2023, de 24 de febrero (autos 1360/2022), estimó la demanda de la empresa, dejó sin efecto la resolución impugnada (y la anterior resolución que confirma) y condenó al Ministerio a inscribir el plan de igualdad.

El Ministerio, representado y asistido por el Abogado del Estado, interpuso recurso de casación contra la sentencia del TSJ de Madrid. En la sentencia objeto del presente comentario (la núm. 545/2024, de 11 de abril, dictada en el rec. 123/2023), la sala de lo social del Tribunal Supremo ha desestimado el recurso de casación y ha confirmado y declarado firme la sentencia del TSJ de Madrid.

2. CUESTIÓN PLANTEADA

La cuestión que resuelve la STS es, naturalmente, si, en las condiciones descritas, y ante un plan de igualdad «cuyo contenido sustantivo no ofrece reparos», dice la sentencia, el Ministerio debió de inscribir el plan de igualdad en el correspondiente registro.

Ya se ha adelantado que la respuesta del TS es positiva: en esas condiciones, la sentencia entiende que, en efecto, el Ministerio debió inscribir el plan en el registro.

Razón por la que la que la STS desestima el recurso de casación del Ministerio y confirma la sentencia del TSJ de Madrid que había ordenado el registro.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

La respuesta favorable a la inscripción del plan de igualdad parte, en primer lugar, de una detenida exposición de la «regulación aplicable»: la

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI), modificada por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo (arts. 45 y 46); el ET (arts. 17.5, 85.1 y 2 y 90.5); el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo (arts. 5 y 11); el recién citado Real Decreto 713/2010, que, tras su modificación por el Real Decreto 901/2020, pasa a denominarse registro y depósito de convenios, acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad [arts. 2.1 f), 6, 8 y 11].

La STS expone, en segundo lugar, e igualmente de forma detenida, la previa «doctrina de la sala» sobre los planes de igualdad, respecto la «legitimación negocial de la parte trabajadora» (SSTS de 11 de marzo de 2014, rec. 77/2013; 403/2017, de 8 de mayo, rec. 85/2016; y 507/2023, de 12 de julio, rec. 136/2021); la «negociación por comisiones *ad hoc*», que «no cabe» en los planes de igualdad (SSTS 126/2017, de 14 de febrero, rec. 104/2016; 95/2021, de 26 de enero, rec. 50/2020; y 303/2022, de 5 de abril, rec. 99/2020); el «plan de igualdad con negociación bloqueada» (SSTS 832/2018, de 13 de septiembre, rec. 213/2017; 95/2021, de 26 de enero, rec. 50/2020, recién citada; y 571/2021, de 25 de mayo, rec. 186/2019); la «nulidad del plan gestado sin acuerdo» (SSTS 403/2017, de 8 de mayo, rec. 85/2016, ya citada; y 832/2018, de 13 de septiembre, rec. 213/2017, asimismo citada); y, en fin, la «nulidad del plan acordado por comisión de seguimiento» (de nuevo, STS 571/2021, de 25 de mayo, rec. 186/2019).

Bajo el título de «recapitulación», el útil apartado 6 del fundamento de derecho tercero de la STS sintetiza así las «reglas interpretativas» sentadas por la sala IV del TS sobre el «entramado normativo expuesto»:

«1.^a) Si el plan de igualdad se aprueba en concordancia con lo previsto en convenio sectorial es precisa negociación colectiva; si el plan de igualdad está en el convenio de la propia empresa, cabe que una comisión se encargue de su desarrollo y aplicación.

2.^a) En empresas obligadas a disponer de [plan de igualdad] es imperativo negociar[lo] con arreglo a las normas del ET que regulan la negociación colectiva.

3.^a) La comisión negociadora del plan de igualdad debe constituirse por acuerdo entra la empresa y los representantes legales de los trabajadores, sin que pueda ser sustituida por una comisión *ad hoc*.

4.^a) Las dificultades para pactar el plan no justifican su aprobación al margen del cauce previsto; es posible acudir tanto a los medios judiciales cuanto extrajudiciales de solución del conflicto para exigir que se negocie de buena fe.

5.ª) Solo de manera muy excepcional (bloqueo negocial reiterado e imputable a la contraparte, negativa a negociar, ausencia de órganos representativos) podría aceptarse que la empresa estableciera un plan de igualdad obviando las referidas exigencias, pero entendido como provisional.»

El importante fundamento de derecho cuarto de la STS comentada, rotulado «el plan de igualdad en ausencia de interlocución asalariada», comienza por recordar que la mayoría de las sentencias dictadas hasta ahora por el TS se han pronunciado sobre supuestos en los que no se aplicaba, por razones temporales, la regulación normativa derivada del Real Decreto-ley 6/2019 y del Real Decreto 901/2020.

No obstante, la STS señala la relevancia de la STS 571/2021, de 25 de mayo (rec. 186/2019), que sienta la «regla general» de que «la negociación colectiva del (plan e igualdad) debe respetarse, incluso cuando existan dificultades para pactarlo», de manera que «solo de manera muy excepcional (bloqueo negocial reiterado e imputable a la contraparte, negativa a negociar, ausencia de órganos representativos) podría aceptarse que la empresa estableciera un plan de igualdad obviando las referidas exigencias, pero entendido como provisional.»

Tras lo anterior, la STS sienta la doble premisa sobre la que afrontar la resolución del recurso de casación del Ministerio, examinando, en primer lugar, si las normas aplicables proporcionan «una solución directa o indirecta» y, en segundo lugar, si concurren en el presente supuesto las «excepcionales circunstancias» a que aluden las sentencias del TS.

En este contexto, la STS analiza la infracción que denuncia el recurso del artículo 5.3 del Real Decreto 901/2020.

En lo que ahora interesa reseñar el precepto reglamentario establece lo siguiente:

«En las empresas donde no existan las representaciones legales ... se creará una comisión negociadora constituida, de un lado, por la representación de la empresa y, de otro lado, por una representación de las personas trabajadoras, integrada por los sindicatos más representativos y por los sindicatos representativos del sector al que pertenezca la empresa y con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación. ..., esta comisión sindical estará válidamente integrada por aquella organización u organizaciones que respondan a la convocatoria de la empresa en el plazo de diez días.»

La STS recuerda que la sentencia de la sala III del TS 383/2022, de 28 marzo (rec. 359/2020), descartó que el Real Decreto 901/2020 hubiera incurrido en exceso reglamentario (*ultra vires*). En concreto, respecto de lo preceptuado en el artículo 5.3 del Real Decreto 901/2020, la sentencia de la sala III

establece que «no puede considerarse carente de previsión legal ni una creación reglamentaria *ex novo* y al margen de la ley, sino la especificación para la negociación de los planes de igualdad de lo que ya se establecía en normas con rango de ley.»

La STS objeto de comentario señala que el artículo 5.3 del Real Decreto 901/2020 da «una solución pragmática y específica para que la comisión negociadora pueda constituirse de manera rápida», de donde la sentencia extrae la conclusión de que «no pueda considerarse irrazonable la conclusión de que el transcurso de un plazo mucho más dilatado que el de diez días aparezca a los ojos del tribunal de instancia como una situación excepcional.»

Por su parte, el artículo 5.6 del Real Decreto 901/2020, que recalca el recurso de casación, dispone que «en caso de desacuerdo, la comisión negociadora podrá acudir a los procedimientos y órganos de solución autónoma de conflictos, si así se acuerda, ...» Pero la STS señala que el precepto reglamentario está abriendo esa razonable vía de solución extrajudicial «si así se acuerda», por lo que la norma parte de «un presupuesto aquí ausente: que exista una comisión negociadora»; sin esa realidad, advierte el TS, «la prescripción resulta inaplicable y, por definición, no concurre su vulneración por parte de la sentencia.»

La STS acaba concluyendo que «el caso encaja en el supuesto delimitado por nuestras SSTs 832/2018, 95/2021 y 571/2021: «bloqueo negociador imputable exclusivamente a la contraparte; negativa de la misma a negociar, ausencia de cualquier tipo de representación».» La sentencia rechaza que se pueda «sentar una obligación (contar con plan de igualdad de empresa pactado) sin posibilidad de cumplimiento en un caso como el presente (ausencia de representación legal de los trabajadores e incomparecencia sindical a la constitución de la comisión negociadora).»

El TS realiza una importante diferenciación «entre los convenios colectivos y los planes de igualdad.» La diferenciación es la siguiente: «en ambos casos existe deber de negociar, de actuar con buena fe y de someter a registro el resultado positivo; en ambos casos cabe acudir a medios de solución ajenos a la propia comisión negociadora para conseguir el desbloqueo; también en ambos supuestos hay que garantizar la representatividad de la comisión y de los acuerdos adoptados. Sin embargo, la consecución del convenio colectivo no es una obligación para la empresa, mientras que sí existe ese deber cuando se trata del (plan de igualdad de empresa) (art. 45.2 LOI). El derecho a la negociación colectiva (art. 37.2 CE) genera en la contraparte el deber de negociar (art. 89.1.II ET), pero no el de acordar. La ausencia de acuerdo en el caso del (plan de igualdad de empresa) genera su inexistencia y la comisión de una

infracción laboral muy grave (art. 8.17 LISOS), así como la imposibilidad de acudir a determinadas convocatorias públicas (art. 71.1.d de la Ley 9/2017).»

La STS hace dos últimas consideraciones. La primera sobre el «registro» y el artículo 11 del Real Decreto 901/2020, llegando a la conclusión de que «la ausencia de acuerdo en la consecución del (plan de igualdad) no debe impedir que acceda al registro, aunque sin que ello suponga que la autoridad laboral, de manera obligada y acrítica, deba efectuar la inscripción y publicación del plan.»

La segunda es sobre el posible carácter provisional del plan de igualdad no negociado, toda vez que en cuanto sea posible debiera propiciarse una negociación de dicho plan, aspecto, no obstante, no cuestionado en el recurso y sin que la regulación reglamentaria vigente contemple inscripciones provisionales.

4. CONCLUSIÓN

Cuando la empresa ha tratado infructuosamente por todos los medios de constituir la comisión negociadora del plan de igualdad, lo que la sentencia llama expresivamente «incomparecencia sindical» no puede impedir la inscripción en el registro del plan unilateralmente realizado por la entidad empleadora, si la administración no objeta el contenido de dicho plan.

46. LEGITIMACIÓN PARA IMPUGNAR LA MODIFICACIÓN DE UN CONVENIO COLECTIVO NEGOCIADO POR UNA COMISIÓN TRAS UN PERIODO LARGO DE INACTIVIDAD DESDE SU CONSTITUCIÓN

Comentario a la STS 511/2024 de 20 de marzo de 2024 (Rec. 102/2022)

MANUEL GONZÁLEZ LABRADA

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Zaragoza. ORCID: 0000-0002-8480-4692

Palabras clave: Impugnación de convenio colectivo, legitimación procesal, legitimación inicial e inactividad de la comisión negociadora.

1. ANTECEDENTES

La Federación Estatal de Servicios, Movilidad y el Consumo de la UGT (FESMC-UGT) impugnó ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional la modificación del III Convenio colectivo de tripulantes de cabina de pasajeros de Air Europa Líneas Aéreas, SAU, proceso en el que se personó el sindicato Aviación Actúa Contra el Fraude Sindicato Independiente (ACEFSI) y se adhirió a la demanda. Esta se dirige frente a la comisión negociadora integrada por la empresa Air Europa Líneas Aéreas SAU, el Sindicato Independiente de Tripulantes de Cabina de Líneas Aéreas (SITCPLA), Comisiones Obreras (CCOO), Unión Sindical Obrera (USO), y las secciones sindicales de dichos sindicatos. Demanda que fue estimada por la SAN de 11 de enero

de 2024 (ECLI:ES:AN:2022:20) y confirmada por la STS de 20 de marzo de 2024 (Rec. 102/2022).

La modificación del III Convenio colectivo de la empresa fue realizada en la reunión de 7 de julio de 2021 en el seno de la mesa negociadora del IV convenio colectivo, que se constituyó el 23 de noviembre de 2016 e integrada por la empresa y las organizaciones sindicales demandadas, se presentó a registro el 3 de septiembre de 2021 y se dictó la correspondiente resolución de la autoridad laboral, tras los trámites de subsanación, el 30 de septiembre de 2021, publicándose en el *BOE* de 14 de octubre de 2021. Previamente, el 15 de junio de 2021 se suscribió, un acuerdo de modificación de condiciones de trabajo en el seno de la comisión de seguimiento del ERTE por fuerza mayor de la empresa Air Europa que afectaba al III Convenio de empresa cuyo registro y publicación fue denegado por la Autoridad Laboral. A esta reunión asistieron los sindicatos SITCPLA, CCOO, USO y ACEFSI, pero este último sindicato no suscribió el acuerdo.

Sin embargo, el sindicato AACEFSI no fue convocado a la citada reunión de 7 de julio y consta en los hechos probados que en febrero de 2021 promovió demanda de conflicto colectivo frente a la empresa Air Europa y los sindicatos USO, SITCPLA y CCOO. para que se le reconociera su derecho a formar parte de la comisión negociadora del IV convenio colectivo de tripulantes de cabina de pasajeros de Air Europa, ya que obtuvo representación en las elecciones sindicales de 2020. Al ser convocado el día 2 de septiembre de 2021 a una reunión entre la empresa y las organizaciones sindicales para la constitución de la mesa negociadora del IV convenio y reconocerle el resto de sindicatos la legitimación a AACEFSI para formar parte de dicha comisión, desistió de su demanda el 8 de septiembre. Este mismo día se celebró una reunión entre las secciones sindicales del colectivo de tripulantes de cabina de pasajeros y la representación de Air Europa en la que participaron el SITCPLA, CCOO., USO y AACEFSI para la constitución de la mesa negociadora del IV convenio y en la que se propuso la composición del banco social. Igualmente, consta otra reunión de la comisión negociadora el 28 de octubre de 2021.

Otros hechos y con relevancia para el proceso son, por un lado, la comunicación del sindicato demandante FESMC-UGT Madrid, el día 8 de agosto de 2019, a la empresa de la constitución de la Sección Sindical UGT-TCP Air Europa al amparo de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, designando a una persona trabajadora como Delegada Sindical. Por otro, consta que el sindicato UGT cumplimentó el impreso de presentación de candidaturas en las elecciones a delegados de personal o comité de empresa de la empresa Air Europa (Hecho probado Tercero).

2. CUESTIONES PLANTEADAS

1. La sentencia aborda la legitimación activa y el concepto de interesados para impugnar un convenio colectivo, a partir de la excepción de falta de legitimación activa del demandante alegada por el recurrente, así como la falta de legitimación de otra organización sindical para personarse como parte.

2. Por otro lado, se plantea qué efectos tiene el transcurso del tiempo sobre la constitución de una comisión negociadora, por haber estado inactiva durante un largo periodo, y si debe ceder ante las variaciones posteriores por los cambios de representatividad o la legitimación inicial de nuevos sujetos negociadores.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

1. Frente a la alegación de la empresa de que el sindicato demandante FESMC-UGT carece de legitimación activa por no tener representación en la empresa, ni acreditar la afiliación ni la implantación suficiente, el TS parte para resolver esta cuestión de la «diferencia entre promover la impugnación de un convenio y activar un conflicto colectivo» y señala, con cita en la STS 26 junio 2003 (rec. 124/2002) (ECLI:ES:TS:2003:4475) «que no cabe confundir el principio de correspondencia que rige el proceso de conflicto colectivo con el principio del interés, que es el propio de la modalidad de impugnación de convenios». La legitimación activa exigida por el artículo 165.1.a) LRJS para impugnar un convenio colectivo descansa en que los sujetos enumerados en dicho artículo tengan la cualidad de «interesados», es decir «Lo que el precepto exige, en suma, para la legitimación activa en orden a impugnar por ilegalidad un convenio colectivo es un interés del Sindicato que interpone la demanda, conforme al artículo 165. 1 a) de la LRJS, en el sentido de vínculo entre dicho sindicato y el objeto del pleito de que se trate (art. 17.2 de la LEC)».

Seguidamente aborda la condición para ser interesado en la impugnación de un convenio colectivo y la despoja del «ámbito de actuación territorial según sus Estatutos, el mayor o menor número de representantes que tenga en la empresa y el de centros de trabajo en que aquellos desarrollen su actividad», para a continuación, y trayendo diferentes pronunciamos del propio TS, atribuir la condición de interesado cuando concurren diferentes circunstancias: «la representatividad o representación en el sector o empresa afectados»; «la constancia de afiliados en el ámbito del litigio»; «la participación y obtención de votos, aunque sea claramente minoritaria, en las elecciones de representantes de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo afectados por el proceso». Sobre la base del

principio *pro actione* y con cita en varias sentencias, la legitimación se extiende al «Comité de empresa de uno de los centros de trabajo para impugnar el convenio colectivo que afecta a todos los centros y trabajadores», es decir, la afectación del órgano de representación unitario por el convenio impugnado y que sus representados estén incluidos en el ámbito de aplicación constituye un interés legítimo que habilita su posición procesal activa.

Concluye la sentencia, que FESMC-UGT está legitimada para intervenir en el proceso de impugnación del convenio porque «cuenta con afiliados en la empresa, habiendo constituido una sección sindical, de modo que se ve afectado por el convenio colectivo que trata de impugnar, habiendo participado en la empresa en las elecciones a miembros de los órganos de representación de la misma, con independencia de su resultado», además de tener la condición de sindicato más representativo, y actuar en defensa del interés general, actuación que viene reforzada por la adhesión a su demanda por el sindicato ACEFSI a quien se le ha reconocido su legitimación para formar parte de la comisión negociadora del IV Convenio.

Legitimación activa también la extiende el TS a este último sindicato e indica que puede personarse en el proceso como interviniente adhesivo en virtud del artículo 155 LRJS, que solo exige para la personación que su ámbito de actuación se corresponda con el conflicto, circunstancia que concurre en ACEFSI. Respecto de la alegación del recurrente que dicho sindicato tiene legitimación pasiva y no activa, el TS entiende que el convenio impugnado se negoció «en la mesa de negociación del III Convenio Colectivo de la empresa, sin su intervención, antes de que se aceptase su participación por el resto de los sindicatos integrantes de la misma», en una mesa de negociación que debería estar disuelta y cuyos integrantes carecían de legitimación.

2. La doctrina judicial del TS ha venido sosteniendo que la legitimación inicial para negociar un convenio colectivo ha de existir y acreditarse en el momento de la constitución de la comisión negociadora, doctrina que se ha mantenido y reiterado en supuestos en los que en posteriores elecciones sindicales se ha producido una variación de los resultados afectando a la representatividad, de modo que dicha variación no altera la composición inicial de la mesa de negociación cuya finalidad es «garantizar la necesaria correspondencia entre la legitimación inicial y el nivel de representatividad de la comisión negociadora, de una parte, y la determinación de la denominada legitimación decisoria». Es decir, rige el criterio de no alteración de su composición por variación de los resultados electorales o perpetuación de la comisión negociadora una vez constituida.

Sin embargo, según el TS, con cita en su sentencia 1053/2023, de 30 de noviembre (rco. 98/2021), este planteamiento cede «cuando concurren dos cir-

cunstancias: de una parte, que el sindicato esté legitimado para negociar y, de otra, que se trate de comisiones con función negociadora, entendiéndose por tal la capacidad de establecer modificaciones del convenio o nuevas normas no contenidas en el mismo». La sentencia objeto de comentario no solo analiza estas dos cuestiones, sino que para resolver el recurso introduce, además, otro elemento de análisis: «si el criterio temporal de atender al momento en que se constituyó la comisión negociadora debe ceder ante las circunstancias concurrentes». Dicho de otra manera, si la comisión negociadora está legitimada para negociar tras un periodo largo desde que se constituyó, por efecto del criterio de no alteración de su composición, o se ve afectada por su inactividad y circunstancias sobrevenidas que alteran la legitimación inicial por el derecho de nuevas organizaciones a participar, incluso, en mi opinión, también cabría considerar, una alteración de la legitimación decisoria por efecto de cambios en la representatividad, siempre y cuando esa inactividad no sea una estrategia dilatoria con fines fraudulentos o abusivos.

El TS no cuestiona el carácter negociador de la comisión que aprobó la modificación del III convenio (7 de julio de 2021), que es la misma que negoció inicialmente dicho convenio con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2016, ni tampoco es controvertida la legitimación del sindicato ACCEFSI para participar en la mesa de negociación porque cuenta con presencia en la representación unitaria del centro de trabajo de Madrid, con una representatividad del 28% resultante de las elecciones de abril de 2020, y fue convocada el 8 de septiembre de 2021 para constituir la mesa negociadora del IV Convenio, de modo que tenía derecho a participar en la modificación del III Convenio colectivo.

Sentada la concurrencia de ambos criterios, el aspecto significativo de esta sentencia reside en el momento de constitución de la comisión negociadora y la determinación de sus integrantes, es decir, su fecha de constitución. Si debe tomarse la fecha de 23 de noviembre de 2016 u otra posterior. El TS enjuicia las diferentes vicisitudes y pone de manifiesto que «ha existido un largo período de vacío negociador», pero lo relevante a efectos de su razonamiento es que «No se trata solo del tiempo transcurrido, casi cinco años, y de los cambios en la representatividad, sino que la Comisión Negociadora ha permanecido durante un lapso considerable (más allá del plazo de prescripción anual que marca el artículo 59.1 ET y que coincide con el apuntado del artículo 84.4 ET) sin actividad alguna». Es decir, lo relevante no es el tiempo que transcurra desde la fecha de constitución de la mesa negociadora sino su inactividad e introduce un criterio legal para medirla: un año por la vía de establecer un plazo para la negociación por aplicación de los artículos 59.1 y 86.4 LET (no el 84.4 como figura en la sentencia). Ahora bien, considero que este plazo de inactividad no puede fundamentarse

en el plazo de prescripción del artículo 59 LET ya que está previsto para las acciones derivadas del contrato de trabajo y la aplicación restrictiva de los plazos de prescripción y de caducidad no pueden ser fundamento de una aplicación analógica. Por otro lado, más acertada es la aplicación analógica del artículo 86.4 LET, aunque, en la redacción dada por el artículo 1.10 del Real Decreto-ley 32/2021, está pensada para los bloqueos de la negociación, cuando la inactividad esté causada por una mera dejadez de las partes negociadoras –y no por la dinámica negocial, su desenvolvimiento y avatares– parece razonable aplicar dicho plazo. En tal caso, si con posterioridad al año de inactividad se producen modificaciones en la composición inicial en el banco social como consecuencias de cambios en la representatividad se tendría que constituir una nueva comisión negociadora, pero esta solución está abonada a la litigiosidad por las tensiones resultantes entre quienes quieren perpetuarse en la comisión negociadora ya constituida y aquellos otros que pretenden acceder a ella.

4. CONCLUSIÓN O CONCLUSIONES

En relación con la legitimación activa para impugnar un convenio colectivo, la STS concluye que el artículo 163.1 a) «exige, en suma, para la legitimación activa en orden a impugnar por ilegalidad un convenio colectivo es un interés del Sindicato que interpone la demanda, conforme al artículo 165.1 a) de la LRJS, en el sentido de vínculo entre dicho sindicato y el objeto del pleito de que se trate (art. 17.2 de la LEC). (...) careciendo de trascendencia cuál sea el ámbito de actuación territorial según sus Estatutos, el mayor o menor número de representantes que tenga en la empresa y el de centros de trabajo en que aquellos desarrollen su actividad».

El otro aspecto relevante de la STS es el relativo a la inactividad prolongada de la comisión negociadora y sus efectos sobre la validez de su constitución y señala: «No se trata solo del tiempo transcurrido, casi cinco años, y de los cambios en la representatividad, sino que la Comisión Negociadora ha permanecido durante un lapso considerable (más allá del plazo de prescripción anual que marca el artículo 59.1 ET y que coincide con el apuntado del artículo 84.4 ET) sin actividad alguna», por lo que la comisión negociadora que aprobó la modificación parcial del III Convenio sin la participación del nuevo sindicato no respeta su derecho a formar parte de la comisión negociadora.

47. PRIMACÍA DEL CONVENIO COLECTIVO SECTORIAL SOBRE LOS PACTOS INDIVIDUALES

Comentario a la STS 509/2024 de 20 de marzo de 2024 (Rec. 98/2022)

ARTURO ACEBAL MARTÍN
Abogado REICAZ

Palabras clave: Fuentes del Derecho, primacía del convenio colectivo sectorial, disposición de los derechos laborales por los trabajadores.

1. ANTECEDENTES

El Sindicato Unión General de Trabajadores de Asturias, planteó demanda de Conflicto Colectivo, solicitando que se declare la obligación empresarial de que cada vez que se decida la apertura de los centros de trabajo ubicados en el principado de Asturias en domingos y festivos, será preceptivo para la prestación de servicios en tales fechas, el consentimiento individual de los trabajadores.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias dicta sentencia de 31/01/2022, estimatoria de la demanda.

La empresa demandada, disconforme con la sentencia del Tribunal, formula Recurso de Casación ante el Tribunal Supremo, el cual es desestimado por el Alto Tribunal, previo Informe del Ministerio Fiscal favorable a tal desestimación.

2. CUESTIÓN PLANTEADA

El artículo 5 del Convenio Colectivo del sector del Comercio en General del Principado de Asturias estipula lo siguiente:

«No obstante, y habida cuenta de que se establecerá en la Comunidad Autónoma, la posibilidad de apertura en domingos y festivos, la empresa que decida abrir su establecimiento, se pondrá de acuerdo con sus trabajadores para dicha apertura compensando ese exceso de jornada, bien con el descanso de día y medio dentro del mes siguiente, o a la compensación económica de 12,66 euros por hora, a elección del trabajador».

La postura del Sindicato demandante es defender la interpretación literal del precepto, como pura consecuencia de la aplicación de la norma convencional, en tanto que la postura de la empresa demandada, es la de defender la inaplicabilidad de dicha norma convencional, en base a la existencia de contratos con los trabajadores en los que figuraba como jornada de trabajo «de lunes a domingo», así como la instauración de un complemento salarial denominado «plus domingo fijo».

En conclusión, lo debatido es si los acuerdos previos son compatibles con el posterior convenio colectivo.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

El Tribunal Supremo, al desestimar el Recurso de Casación, obviamente, adopta la tesis de la parte demandante, convalidada por la sentencia de instancia, basándose para ello, en dos ámbitos argumentales:

- 1) La interpretación de los convenios colectivos.
- 2) La irrenunciabilidad de derechos.

En relación con el primer apartado, recopilando la doctrina jurisprudencial en la materia (sentencias de 05/02/2020, 13/10/2020, 14/12/2020, 21/12/2022, etc.), señala que «no hay que olvidar que el primer canon hermenéutico en la exégesis de los contratos –naturaleza atribuible al convenio colectivo– es «el sentido propio de sus palabras» (art. 3.1.CC) el «sentido literal de sus cláusulas» (art. 1281 CC) que constituyen «la principal norma hermenéutica –palabras e intención de los contratantes», de forma que cuando los términos de un contrato son claros y terminantes, no dejando lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, debe estarse al sentido literal de sus cláusulas, sin necesidad de acudir a ninguna otra regla de interpretación.

Sentado lo anterior, pasa a argumentar, de forma extensa y sistemáticamente adecuada, el por qué considera que la no aplicabilidad del precepto convencional (art. 5 del Convenio de referencia), implicaría una renuncia de derechos por parte de los trabajadores de la demandada.

El artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores aborda las «Fuentes de la relación laboral» y su apartado 1 prescribe que los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan:

- a) Por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado.
- b) Por los convenios colectivos.
- c) Por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados.
- d) Por los usos y costumbres locales y profesionales.

En el caso que se analiza, resulta patente, la concurrencia de dos de las antecitadas fuentes de la relación laboral (convenio colectivo y contrato de trabajo), produciéndose una colisión entre ambas, que debe de ser resuelta en el sentido de la aplicación de la más favorable para el trabajador, como acertadamente lleva a efecto la sentencia analizada. El artículo 3.5 ET establece que «los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo» que incorpora en el Estatuto (no por primera vez dado que existen precedentes en normas anteriores) el clásico principio laboral de la irrenunciabilidad de derechos por el trabajador, con el que se pretende asegurar el efectivo disfrute de los derechos que al trabajador le reconocen las disposiciones legales y convencionales vigentes en cada momento mediante la declaración de nulidad de aquellos actos del trabajador que impliquen abdicaciones de éstos.

Es por ello, por lo que el Tribunal, asumiendo íntegramente las consideraciones jurídicas de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, da respuesta a la litis, en el sentido de la prevalencia del convenio colectivo, frente a los pactos individuales suscritos entre empresa y trabajadores, por cuanto la aplicación de éstos supondría una renuncia de derechos convencionales.

Siendo aplicable a las partes en litigio el Convenio Colectivo del Sector del Comercio en general del Principado de Asturias –al que se someten voluntariamente desde enero de 2021–, la claridad de la redacción de su artículo 5

del Convenio choca con la realidad de lo fijado en los contratos de los trabajadores en cuanto a la determinación de la jornada ordinaria para la prestación de servicios.

El desenlace de esta confrontación cae del lado de regulación convencional, dado que prevé derechos de contenido necesario, como es el descanso semanal y los festivos laborales, esencial para conseguir el reposo de los trabajadores a que se refiere y persigue en la Directiva 2003/88, el art. 37 ET y así destaca la STS 57072022, de 22 de junio.

Desde luego, carece de validez y resulta inadmisibile que los trabajadores hubiesen realizado una disposición absoluta y para siempre de sus derechos, cuando la eficacia de una norma convencional –posterior al contorno determinado por la voluntad de las partes– cambie tal configuración, como ocurre en este caso. El propio sistema de prelación de las fuentes de derechos y obligaciones que dibuja el artículo 3.1 ET, donde tiene prioridad los convenios colectivos sobre los pactos individuales, así lo exige.

4. CONCLUSIONES

En nuestro criterio, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2024, es plenamente acorde con el vigente ordenamiento jurídico y con la uniforme doctrina judicial.

Para analizar el papel de la autonomía individual y el de la autonomía colectiva en la regulación de las condiciones de trabajo y, más en particular, el establecimiento individual de condiciones laborales, cabe tener en cuenta la supremacía del convenio colectivo como fuente normativa del ordenamiento jurídico laboral frente al contrato de trabajo como fuente de obligaciones laborales, pues el artículo 37.1 CE atribuye carácter normativo y eficacia *erga omnes* a los convenios que cumplan los requisitos previstos legalmente. Ahora bien, esto no significa despojar de actuación a la autonomía individual de las partes de un contrato de trabajo, pues el artículo 3.1 c) ET la incluye entre las fuentes de las relaciones laborales, si bien dentro de la jerarquía de normas. Así, la autonomía individual concretada en el contrato de trabajo aparece sujeta a los dictados de las normas estatales y colectivas, cuyas previsiones no puede contradecir ni tampoco empeorar, aunque sí mejorar.

Tanto la fijación inicial de las condiciones de trabajo en el contrato individual como su modificación por la vía de los pactos novatorios, no pueden, por una parte, ser peyorativos para el trabajador ni subvertir el carácter inderogable de las disposiciones convencionales.

La posición del TC es claramente a favor de la protección de la autonomía colectiva en detrimento de la individual, en aras de salvaguardar la fuerza vinculante del convenio colectivo y el derecho a la negociación colectiva, de forma tal que la autonomía individual, o mejor dicho, la decisión unilateral de la empresa no puede proceder a la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en convenio «cuando ello, atendiendo a la trascendencia, importancia y significado de las condiciones laborales afectadas, eluda o soslaye la función negociadora de las organizaciones sindicales o vacíe sustancialmente de contenido efectivo el convenio».

La libertad individual negocial manifestada a través del contrato de trabajo está garantizada legalmente después, ello sí, del convenio colectivo, y en tanto que la contratación no sea menos favorable o contraria al ordenamiento legal y convencional, no pudiendo pues, operar frente a la ley y al convenio colectivo, puesto que se debe tener presente el principio de mayor favorabilidad en el cumplimiento de la función reguladora de las condiciones de trabajo que la autonomía individual cumple. Es decir, en tanto que esas condiciones contratadas no sean contrarias a la ley o a la norma convenida y superen *in melius* las convenidas colectivamente, se considera a la autonomía individual como instrumento válido para el establecimiento de condiciones diferentes.

Es por ello, por lo que la decisión judicial contenida en la sentencia citada, la consideramos, amén de su fundada argumentación, plenamente ajustada a Derecho, tanto en lo concerniente a establecer la voluntariedad del trabajo en domingos y festivos en la empresa demandada, como a la aplicación, en caso de acontecer, de los parámetros cuantitativos y cualitativos del Convenio de Comercio en general.

48. CONFLICTO COLECTIVO: INTERPRETACIÓN PERMISOS RETRIBUIDOS

Comentario a la STS 496/2024 de 20 de marzo de 2024 (Rec. 79/2022)

MIGUEL MARZO RAMO
Presidente de CEOE Aragón
Ex director de Recursos Humanos del Grupo Pikolin

Palabras clave: Permiso retribuido, acompañamiento médico, familiares no dependientes, conciliación laboral y familiar.

1. ANTECEDENTES

La sentencia de la Sala Cuarta (Social) del Tribunal Supremo (STS) de 20 de marzo de 2024 surge a raíz de un recurso interpuesto por el sindicato FS-CCOO ante la decisión de la empresa demandada, para que se declare *el derecho de las personas trabajadoras al disfrute de las 35 horas para acompañamiento al médico del padre o la madre, sin que sea necesario que los mismos estén a cargo de la persona trabajadora, ni sean dependientes*. Es entonces cuando surge el hecho controvertido a raíz de que la empresa demandada no estaba permitiendo el uso de las 35 horas para acompañamiento de familiares o parejas de hecho de los trabajadores, sin que exista relación de dependencia. El caso fue elevado a los tribunales, concluyendo en el Tribunal Supremo, que debía decidir sobre la procedencia del permiso retribuido en este contexto. La sentencia da origen a los recursos planteados por los tres sindicatos (FS-CCOO), (USO) y (CSIF) contra la sentencia núm. 220/2021 dictada por la

Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el día 21/10/2021 en procedimiento de conflicto colectivo.

Esta sentencia de la Audiencia Nacional que nos ocupa, se enmarca en un contexto de creciente preocupación por el incremento de solicitudes de conciliación de la vida laboral y familiar, nuevos permisos e interpretación y aplicación práctica de los mismos en el entorno laboral.

Destacamos esta sentencia, al optar por una interpretación literal del convenio colectivo y reafirmar la suficiencia de la motivación de la sentencia recurrida y la ausencia de indefensión jurídica alegada por los sindicatos. No obstante, este enfoque podría ser visto como un reto para los sindicatos y trabajadores que buscan interpretaciones más flexibles que faciliten la conciliación. Sin embargo, para las empresas representa un criterio sólido de cara a la interpretación práctica de la aplicación de permisos de conciliación de la vida familiar y laboral, no cabiendo en los mismos cualquier circunstancia y limitándolos a la existencia de necesidad de acompañamiento y conciliación real de la vida laboral y profesional.

2. CUESTIÓN O CUESTIONES PLANTEADAS

La cuestión a resolver en los tres recursos de casación interpuestos se centra en determinar si las personas trabajadoras incluidas en el ámbito del conflicto colectivo tienen derecho al disfrute de las 35 horas para acompañamiento al médico del padre o la madre, sin que sea necesario que los mismos estén a cargo de la persona trabajadora ni sean dependientes, y en consecuencia con lo anterior, que se condene a la empresa a estar y pasar por esta declaración. La sentencia recurrida desestima la demanda, argumentando que el permiso retribuido solo se justifica en situaciones donde se necesita conciliar la vida laboral y familiar, específicamente cuando hay dependencia entre la persona asistida y el trabajador. La relación familiar por sí sola no justifica la necesidad de acompañamiento ni la existencia de la conciliación de la vida laboral y profesional.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

La sentencia mencionada desestima por completo los recursos planteados por los tres sindicatos, dando la razón a la empresa en su interpretación sobre la utilización de la bolsa de 35 horas. La sentencia razona que la volun-

tad de las partes consiste en reconocer horas de permiso retribuidas con cargo al empresario cuando el trabajador presente una necesidad de conciliar su vida laboral y familiar, teniendo en cuenta que se trata de un acuerdo adoptado en el marco del plan de igualdad. Estima la sentencia recurrida que la necesidad de conciliar solo se justifica cuando existe dependencia entre la persona precisada de asistencia médica y el trabajador, de modo que cuando el pacto se refiere a personas dependientes a cargo de la persona trabajadora, este requisito lo han de cumplir todos los familiares en primer grado del trabajador: hijos y padres que acuden al médico. Del mismo modo la sentencia argumenta que carece de sentido pretender que el permiso se extienda a dichos familiares (pensemos en hijos mayores de 18 años o en padres que no están al cuidado del trabajador, pensemos incluso que unos y otros pueden vivir de forma independiente), sin existencia de necesidad de conciliar y, por ende, dependencia, máxime cuando ningún requisito adicional se exige atendiendo a la gravedad o imposibilidad de acudir a la consulta médica. Como argumenta también el Ministerio Fiscal, la Audiencia Nacional ha interpretado razonablemente el convenio colectivo en cuestión, ya que la voluntad de las partes de reconocer ese permiso cuando sea necesaria la necesidad de conciliar, cierra la posibilidad de disfrutar ese permiso en aquellos casos en los que la persona cuyo acompañamiento se solicita, lleve a cabo una vida completamente independiente del trabajador y, por tanto, no esté a cargo de la persona trabajadora como previene el precepto. Según el Tribunal, la normativa laboral vigente delimita claramente el alcance de estos permisos a situaciones de dependencia de los familiares. Y concluye que una interpretación como la pretendida consistente en que se reconozca el derecho al acompañamiento al médico del padre o la madre, sin que sea necesario que los mismos estén a cargo de la persona trabajadora ni sean dependientes, ampliaría de modo abusivo, por carencia de causa razonable, el uso de este permiso que es retribuido con cargo al empresario. Criterio compartido también por el Ministerio Fiscal quien solicita la desestimación del motivo porque considera que la Audiencia Nacional ha interpretado razonablemente el convenio colectivo y la voluntad de las partes durante la negociación del mismo.

El tribunal aplicó una interpretación estricta y literal de las disposiciones del convenio colectivo, subrayando la importancia de adherirse a la letra del texto contractual para evitar ampliaciones que no hayan sido explícitamente acordadas por las partes. Este enfoque respeta el principio de seguridad jurídica, aunque podría ser criticado por no considerar suficientemente la intención subyacente de las partes en favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar.

Comentario adicional sobre el recurso de FS-CCOO:

El sindicato FS-CCOO interpone un recurso alegando la nulidad de la sentencia recurrida por falta de motivación. Afirma que la sentencia no justifica adecuadamente los criterios utilizados para su conclusión, lo que ocasiona indefensión e inseguridad jurídica. Sin embargo, tanto el Ministerio Fiscal como la parte impugnante solicitan la desestimación del recurso, sosteniendo que la sentencia está suficientemente motivada.

El Tribunal, aplicando la doctrina consolidada, rechaza la nulidad por falta de motivación. Se argumenta que la sentencia recurrida ha detallado adecuadamente los hechos probados y ha fundamentado su decisión basándose en la necesidad de conciliar la vida laboral y familiar. Asimismo, se considera que la decisión no es arbitraria ni irrazonable y está respaldada por una interpretación adecuada del convenio colectivo y del plan de igualdad.

En la argumentación destaca que la extensión de la motivación resulta indiferente, y que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuales han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado la sentencia.

El FS-CCOO también alega una incorrecta interpretación del plan de igualdad, argumentando que el criterio literal debería prevalecer. Sin embargo, la interpretación de la Audiencia Nacional, avalada por el Ministerio Fiscal, sostiene que el permiso retribuido para el acompañamiento médico se justifica únicamente cuando existe una dependencia o necesidad real de conciliación.

El Tribunal confirma que la interpretación de la sentencia recurrida se ajusta tanto a la literalidad del precepto como a la interpretación sistemática, histórica y teleológica del mismo. Destaca que el criterio literal indica que el permiso de acompañamiento se aplica a familiares a cargo de la persona trabajadora, lo cual excluye a los hijos mayores de edad y a los padres que no dependen del trabajador.

El Tribunal reitera que la finalidad del permiso es facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar en situaciones de necesidad real. Así, ampliar el permiso a familiares que no dependen del trabajador sería abusivo y contrario a la intención de las partes negociadoras del convenio.

En conclusión, la Sala desestima el recurso interpuesto por el FS-CCOO, validando la interpretación y aplicación de la normativa realizada por la Audiencia Nacional y confirmando que la sentencia recurrida está adecuadamente motivada y fundamentada en derecho.

El motivo único del recurso presentado por CSIF se basa en el apartado e) del artículo 207 de la LRJS, que se refiere a la infracción de normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. CSIF cita la STS núm. 417/2021, de 20 de abril, argumentando que la sentencia recurrida infringe los criterios de interpretación de convenios y acuerdos colectivos.

CSIF sostiene que la sentencia recurrida contraviene la interpretación literal y finalista del convenio, ya que entiende que la intención de las partes era permitir que los trabajadores puedan acompañar a sus hijos y padres a consultas médicas, sin necesidad de que estos sean personas dependientes o estén a su cargo. Según CSIF, basta con que el trabajador alegue la necesidad de acompañamiento, sin que se requiera demostrar la dependencia de los acompañados.

El Tribunal, por motivos de coherencia y economía expositiva, remite al razonamiento ya expuesto en el fundamento jurídico segundo, donde se abordaron similares cuestiones planteadas en el recurso de FS-CCOO. En dicho fundamento se concluyó que la sentencia recurrida no ha infringido las normas de interpretación de convenios colectivos ni la doctrina aplicable.

El Tribunal reafirma que la interpretación de la sentencia recurrida es conforme a la normativa y jurisprudencia aplicables. La exégesis realizada ha considerado los criterios literal, sistemático, histórico y teleológico, concluyendo que el permiso retribuido de 35 horas para acompañamiento médico se destina a facilitar la conciliación familiar en casos de dependencia real. La interpretación de CSIF de que no es necesario demostrar la dependencia contravendría la finalidad del permiso y ampliaría de manera abusiva el uso del mismo.

El recurso presentado por USO se fundamenta en dos motivos principales, ambos amparados por el artículo 207 de la LRJS: el primero basado en el apartado c) y el segundo en el apartado e).

El Tribunal remite a lo expuesto en el fundamento segundo, primer apartado, donde se concluye que la sentencia recurrida cumple con el estándar de motivación exigible, respetando el derecho a la tutela judicial efectiva. Por tanto, el Tribunal desestima este motivo del recurso.

Análisis de la Doctrina Invocada en el recurso por parte del sindicato USO. De las sentencias alegadas por el sindicato, STS 3 de mayo de 2018 (140/2017), STS 22 de octubre de 2019 (78/2018) y STS 13 de noviembre de 2019 (75/2018) el Tribunal concluye que ninguna de las sentencias citadas por USO contiene soluciones aplicables al caso actual ni precedentes vinculantes. Aunque todas abordan medidas de conciliación, la especificidad del precepto

del plan de igualdad en el presente caso requiere una interpretación particular basada en los hechos y preceptos concretos, lo que hace que la doctrina invocada no sea aplicable.

4. CONCLUSIÓN

El criterio afirmado por el Tribunal es que los permisos retribuidos para acompañar a familiares a consultas médicas no se extienden a familiares no dependientes. Esta conclusión se fundamenta en una interpretación estricta de la normativa laboral vigente y de la voluntad negociadora de las partes, subrayando que cualquier ampliación de estos derechos debe estar respaldada por una disposición legal o pactada colectivamente que así lo establezca.

**49. LA LEGITIMACIÓN «SINDICAL» PARA NEGOCIAR
EN LA EMPRESA: ENTRE LA LEY Y LA JURISPRUDENCIA**
Comentario a la STS 472/2024 de 13 marzo de 2024 (Rec. 56/2022)

GLORIA P. ROJAS RIVERO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de La Laguna. ORCID 0000-0003-0885-9277

Palabras clave: Negociación colectiva, libertad sindical, legitimación para negociar, convenio colectivo extraestatutario.

1. ANTECEDENTES

La sentencia de la Audiencia Nacional (AN) desestima la demanda de conflicto colectivo de UGT-FICA, a la que se adhirió la Federación de Industria de CCOO, en la que se solicita la anulación del convenio colectivo firmado el 8 de abril de 2019 entre Cableven SL (actualmente Circet Cableven SLU) y la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO, o que se declare su carácter extraestatutario y su eficacia limitada a los afiliados del sindicato firmante y a quienes se adhieran al mismo voluntariamente. La sentencia es desestimatoria y recurrida en casación por UGT-FICA.

2. CUESTIÓN O CUESTIONES PLANTEADAS

La sentencia aborda un conflicto colectivo sobre la validez del convenio negociado por la empresa Cableven SL y la sección sindical de CCOO, en el que se

excluyó a UGT-FICA por no tener constituida sección sindical en la empresa. La sentencia de la Sala de lo Social de la AN entendió que el convenio colectivo era válido y de eficacia general al haber sido negociado y suscrito por la sección sindical de CCOO, que contaba con 7 de los 12 representantes unitarios en la empresa, completando la legitimación inicial, la complementaria y la plena o decisoria, ésta última, la mayoría absoluta, relevante para la eficacia general del convenio.

La cuestión principal a resolver por el TS es, por tanto, si la exclusión de UGT-FICA de la mesa negociadora del convenio colectivo de Cableven SL, por no tener una sección sindical constituida, implica la nulidad del convenio.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

La sentencia de la AN parte de que la actora no ha formulado pretensión alguna sobre tutela de libertad sindical y que la acción de nulidad del convenio (o subsidiariamente su calificación como extraestatutario) debe ser desestimada porque CCOO tenía la legitimación necesaria y mayoría absoluta en la representación de los trabajadores, lo que otorga validez al convenio suscrito, añadiendo que, incluso «si no se hubiera respetado la libertad sindical de UGT en su vertiente del derecho a la negociación colectiva», el convenio sería válido.

En vía de recurso, el Ministerio Fiscal y las partes impugnantes (Circet Cableven S.L y FS-CCOO) apoyaron la sentencia de la AN. El motivo de revisión fáctica fue desestimado y no merece mayor comentario.

En el motivo de censura jurídica, la recurrente denuncia la vulneración del derecho de libertad sindical y de negociación colectiva y, en consecuencia, la infracción de los artículos 178.2, 184 y 26.2 de la LRJS y doctrina de la Sala IV del TS (sentencias de 10-12-2013 y de 26-1-2009), así como de los artículos 7, 28.1 y 37.1 de la CE, 2.2, a), b) y d) y 8.1 de la LOLS y 87.1 de la LET, y doctrina de la Sala IV (STS 16-1-2018).

El TS recuerda jurisprudencia en la que se afirma que «las secciones sindicales son meros órganos del sindicato y que a éste corresponde originariamente el derecho a la negociación colectiva en cuanto forma parte de la actividad sindical [art. 2.2 d) LOLS en relación con el art. 28 CE]. Por ello, en principio, la negociación directa por el sindicato o indirecta a través de sus secciones es un problema de régimen interno o de oportunidad, pues no sería lógico obligar a que el derecho a la negociación colectiva tenga que ejercitarse de forma compleja a través de numerosas secciones sindicales en lugar de instrumentarlo a través del sindicato». Cita el TS su sentencia 154/2020, de 19 de febrero, en la que se reitera realmente la recogida en sentencia de 28 de febrero de 2000 (RJ 2000/2246), de cuya ponencia se hizo cargo el magistrado Desdentado Bonete.

No se alcanza a entender qué trascendencia tiene para este caso esta argumentación, por más que haya servido para resolver asuntos anteriores que, por cierto, nada tienen que ver con este. En efecto, la STS de 28 de febrero de 2000 señalaba exactamente que «no sería lógico que tuvieran que ejercitar el derecho dieciséis secciones y no el sindicato, cuando hay un sindicato con disposición a negociar que, en aquel caso de convenio franja, ha obtenido el refrendo que prevé el artículo 87.1, 2.^a LET [hoy párrafo 4.º]. El problema de delimitar la legitimación entre secciones y sindicato podría surgir cuando existiera un conflicto entre éstos sobre su intervención en la negociación colectiva, pero no cuando no existe discrepancia en este punto y cuando además la actuación del sindicato no sólo tiene el refrendo de los trabajadores, sino que además facilita la negociación en el plano instrumental, al eliminar el coste de la actuación conjunta de las secciones, que, por otra parte, no tendrían por sí mismas el necesario soporte de la legitimación, al ser secciones de centro y no de empresa».

La aplicación de argumentaciones aisladas a sucesivos supuestos de hecho que nada tienen que ver con el originario, ha desembocado en una doctrina que resulta incomprensible y sorprendente.

Una cosa es que la determinación del ámbito de la sección sindical le corresponda definirla al sindicato, como facultad de autoorganización interna incluida en el contenido de su derecho fundamental de libertad sindical *ex* artículo 28.1 CE, y otra que las secciones sindicales tienen derecho a la negociación colectiva en los términos establecidos en su legislación específica, que no es otra que lo dispuesto en el artículo 87.1 LET, como a continuación se encarga de recordar el Alto Tribunal, de forma totalmente acertada: las secciones sindicales están legitimadas, en convenios que afecten a toda la plantilla, cuando sumen en su conjunto la mayoría de los miembros del comité; mientras que el artículo 8.2, b) LOLS reconoce el derecho a la negociación colectiva de eficacia general a las secciones sindicales de sindicatos más representativos y de las que tengan presencia en el comité o cuenten con delegados de personal.

Se extiende el razonamiento del TS señalando que la exclusión de una negociación vulnera la CE cuando se rechaza arbitrariamente la participación en un proceso de negociación colectiva de un sindicato legalmente legitimado para ello (SSTC 73/1984, 187/1987, 184/1991). Que la legitimación para negociar corresponde, para el convenio de empresa, a la representación unitaria o a las secciones sindicales, y que para cada una de tales opciones existen previsiones específicas. Que de los artículos 89.1 y 87.5 LET y de doctrina constitucional (SSTC 73/1984, 187/1987 y 184/1991) se colige que el derecho a formar parte de la comisión negociadora no comporta –ciertamente– el de ser llamado por los restantes legitimados, pero sí a tener conocimiento de que la negociación se inicia y a no ser rechazado si se pretende esa participación (SSTS de 22 septiembre 1998 y 24 julio 2008).

Hasta aquí, todas estas referencias, aunque un tanto deslavazadas, pueden resultar útiles.

A continuación la Sala reitera lo manifestado en la STS 569/2022, de 22 de julio, cuyo ponente es García-Perrote, en la que se afirma que «nada impide que en el ámbito de una empresa en la que no existan secciones sindicales válidamente constituidas, la negociación de un convenio de empresa se lleve a cabo directamente entre la empresa y los sindicatos que ostenten la mayoría de la representación unitaria en la misma»; se cita la STS 730/2017, 27 de septiembre de 2017, pero sin advertir que en aquel caso la negociación del convenio se llevó a cabo «por la representación sindical, por quienes tenían la mayoría de los miembros del comité de empresa y de delegados de personal, sin que el hecho de que en los concretos negociadores concurriese, también, la condición de miembros del comité de empresa desvirtúe lo dicho, por cuanto intervenían como miembros de un sindicato». También se advierte en esta sentencia que «numerosas resoluciones de la Sala IV, a raíz de la sentencia del Pleno de 18 de julio de 2014 (RJ 2014, 4781), revisando el criterio que se venía manteniendo por la doctrina anterior, consideran que la determinación del ámbito de la sección sindical corresponde definirlo al propio sindicato, como facultad autoorganizativa interna incluida en el contenido de su derecho fundamental de libertad sindical *ex* artículo 28.1 CE y que la opción a la que se refiere el artículo 10.1 LOLS entre nombrar delegados sindicales a nivel de empresa o de centro de trabajo pertenece al sindicato en cuestión como titular del derecho de libertad sindical».

Y hasta aquí de acuerdo pero, en adelante, la sentencia ahora comentada calca exactamente la de 2017 afirmando que «el argumento de que la única sección sindical constituida en el ámbito de toda la empresa fuera la de CCOO, no es justificación suficiente para excluir a UGT de la comisión negociadora del convenio colectivo empresarial, cuando resulta acreditada la existencia de representantes unitarios o electivos de los trabajadores que son de UGT» (en aquel caso un 13,46% del total, en este, que ahora se comenta, un 41,6%).

Repite de ella, también, lo que dice el artículo 87.1, 2.º LET de que las secciones sindicales han de «acordar» ser ellas las legitimadas para negociar en el ámbito empresarial y aquí el único acuerdo es entre la empresa y CCOO para excluir a UGT de la negociación. Algo olvida la Sala en este caso –que es importante en la argumentación que aplica– y es lo que dijo en la sentencia de 2017: «el hecho de que el sindicato no haya tomado la decisión de constituir, conforme a sus estatutos, una sección sindical en el ámbito de la empresa, no permite a otra sección sindical así constituida, por mayoritaria que sea, acordar que la negociación se lleve a cabo con las secciones sindicales, si ello tiene como consecuencia la exclusión de la comisión negociadora de un sindicato que tiene presencia en la representación unitaria o electiva. Al menos, este sin-

dicato ha de tener la oportunidad de constituir, si sus estatutos lo permiten, la sección sindical a la que la ley reconoce legitimación para negociar [art. 8.2.b) LOLS y arts.87.1 y 88.1 ET]; de interés puede ser, al efecto, el supuesto examinado en la STS 948/2016, 14 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 5876)».

Y esto sí que se puede aplicar al caso de autos porque es exactamente lo que aquí ha ocurrido.

El TS, a partir de aquí, entiende que debe analizarse la vulneración del derecho a la negociación colectiva de UGT por ser excluida. Si UGT cuenta con 5 de los 12 representantes unitarios en la empresa, la exclusión de un sindicato con legitimación inicial de la posibilidad de formar parte de la mesa negociadora, por el simple hecho de no haber constituido una sección sindical de empresa, es contrario a nuestra doctrina, afirma.

Es más, UGT no recibió comunicación alguna del inicio de las negociaciones. Sólo consta que «... a expresa solicitud de los delegados sindicales de UGT, se autoriza a formar parte de la negociación como asesores con voz, pero sin voto, a los Sres. Javier y Lázaro». Si UGT no tenía sección sindical, dice ahora la Sala, menos aún podría tener delegados sindicales. «Los denominados “asesores con voz, pero sin voto” podrán ser representantes unitarios, pero no consta siquiera relación de afiliación sindical con UGT, por lo que no puede concluirse, respetando el relato de hechos probados, que UGT conociera la negociación del convenio. La presencia de dos representantes unitarios elegidos que presentaron candidatura bajo unas siglas sindicales no supone en absoluto la comparecencia del sindicato en la negociación» (cita la STS 22/2018, de 16 de enero, entre otras).

La estimación del primer motivo de censura jurídica conduce inevitablemente a la estimación del segundo, esto es al reconocimiento de que se ha vulnerado la libertad sindical de UGT-FICA, lo cual implica la anulación del convenio colectivo negociado.

¿Con qué consecuencias, se pregunta el TS? Si bien en la demanda se pedía la anulación del convenio y subsidiariamente la declaración de su carácter extraestatutario, en el recurso la petición se ciñe a la nulidad del convenio; aun así, el Alto Tribunal dice verse obligado a seguir su doctrina (SSTS 28-6-2012 y 11-11-2009, entre otras) y declarar la naturaleza extraestatutaria del mismo entre sus firmantes y, por tanto, su eficacia limitada a los trabajadores/as afiliados/as al sindicato firmante y a quienes libremente se adhieran.

4. CONCLUSIÓN

La doctrina jurisprudencial parece clara, por reiterada, en varios pronunciamientos, incluido el comentado ahora: la exclusión de un sindicato con le-

gitimación inicial para negociar (que la tiene por su presencia en el comité) de la posibilidad de formar parte de la mesa negociadora, por el simple hecho de no haber constituido una sección sindical de empresa, lesiona la libertad sindical en su vertiente funcional de negociación colectiva, y conduce a la declaración del carácter extraestatutario del convenio negociado.

Sin embargo, dos cuestiones disonantes en ella causan asombro. La primera, el artículo 87.1 LET solo reconoce legitimación para negociar en la empresa a la sección sindical, no al sindicato, a excepción, desde la reforma de 2011, de los grupos de empresas (párrafo 3.º). El derecho a la negociación colectiva, que forma parte del derecho a la libertad sindical (SSTC 27/1983, 98/1985 y 39/1986) está desarrollado en la LET –como derecho de configuración legal, que no constitucional– sólo en tanto derecho a formar parte de la comisión negociadora de convenios colectivos de eficacia general. Sin duda, partiendo de la CE, el derecho a la negociación colectiva se reconoce a todo sindicato y la referencia a la LET no es posible observarla como una limitación, sino como una remisión a una particular opción negociadora, la de eficacia general (STC 57/1989). El carácter estatutario o extraestatutario de una negociación no pertenece al esquema constitucional del derecho. Pertenece o es «simple consecuencia de que se cumplan o no los requisitos de mayoría representativa del Estatuto de los Trabajadores» (STC 108/1989). Lo que significa que sólo habrá lesión de la libertad sindical en la negociación colectiva de empresa cuando se prive del derecho a la sección sindical, no al sindicato, que no está legitimado formalmente en la empresa. Entender lo contrario supondría que los artículos 87.1 LET y 8.2, b) LOLS vulneran los artículos 37 y 28 CE, inconstitucionalidad no planteada hasta ahora. La aplicación de la doctrina jurisprudencial que se comenta llevaría al absurdo de que cualquier sindicato con presencia en el comité podría reclamar para sí el derecho a negociar el convenio de empresa sin constituir sección sindical, teniendo tal convenio eficacia general si la presencia en el comité es mayoritaria, o extraestatutario, si no lo es, subvirtiendo así la regulación legal que claramente establece la vía sindical a través de las secciones sindicales (arts. 87.1 LET y 8.1 LOLS).

La segunda cuestión, declarar la violación de la libertad sindical de un sujeto que se entiende legitimado y no declarar la nulidad del acto lesivo, sino dejarlo vivo con naturaleza extraestatutaria, no parece de recibo; la posibilidad de negociar convenios de eficacia limitada debería reservarse a los supuestos «patológicos» –o extralegales– de abandono o falta de firma en la negociación, negativa a negociar, ausencia de depósito y registro (STS 14-12-2017, RJ 2017/130), o el más típico caso de falta de legitimación legal por ausencia de representatividad.

50. REPRESENTATIVIDAD DE LOS FIRMANTES DEL CONVENIO COLECTIVO: UNA GRAN LAGUNA LEGAL DIFÍCIL DE CUBRIR

Comentario a la STS 454/2024 de 12 de marzo de 2024 (Rec. 328/2021)

ANTONIO MÁRQUEZ PRIETO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga. ORCID: 0000-0002-1883-8421

Palabras clave: Derecho a la negociación colectiva, eficacia del convenio colectivo, impugnación de convenio, comisión negociadora, representatividad.

1. ANTECEDENTES

Las demandas de impugnación de convenio colectivo, presentadas ante la Audiencia Nacional por los sindicatos CCOO, USO y CGT, pedían la declaración de nulidad del Convenio Colectivo para las Empresas y las Personas Trabajadoras de Transporte Sanitario de Enfermos/as y Accidentados/as (publicado en el *BOE* el 25 de septiembre de 2020 y firmado entre el sindicato UGT y la organización patronal ANEA). De los tres sindicatos demandantes los dos últimos (USO y DGT) solicitaban una declaración de nulidad parcial que afectara a determinados artículos del convenio, en tanto que el primero (CCOO), aun pidiendo subsidiariamente una nulidad parcial, solicitaba de forma principal que fuese declarada la nulidad total del convenio, alegando que UGT no contaba con la representación necesaria establecida en el artículo 89.3 del Estatuto de los Trabajadores y, consiguientemente, el convenio no podría alcan-

zar la eficacia general propia de un convenio estatutario. Ésta fue la pretensión atendida por la Audiencia Nacional, declarando en su sentencia (de 22 de julio de 2021) que, por no contar UGT con la representación necesaria exigida por el mencionado artículo 89.3 ET, el convenio impugnado sólo puede ser considerado extraestatutario, sin llegar a adquirir eficacia general, sino limitada.

El recurso de casación, interpuesto por ANEA y UGT contra la sentencia de la Audiencia Nacional, insiste en el carácter estatutario del convenio colectivo, basándose en la alegación de que el sindicato UGT disponía de la mayoría absoluta de los miembros de la comisión negociadora, a pesar de contar sólo con el 44,70% de los representantes legales de los trabajadores del sector.

2. CUESTIÓN O CUESTIONES PLANTEADAS

Sobre la base de lo expuesto, la cuestión debatida parece centrarse en cuál haya de ser la correcta interpretación del artículo 89.3 ET, según el cual los acuerdos de la comisión negociadora de un convenio colectivo (estatutario) «requerirán, en cualquier caso, el voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones». Ése es, de hecho, el único argumento que el Tribunal Supremo aborda en profundidad, dedicando menos atención a los otros dos motivos del recurso, sobre revisión de hechos declarados probados, cuya matización el Tribunal considera irrelevante. Y, en tal sentido, parece que bastaría con aclarar —como se hace en la sentencia— si la mayoría a que alude el precepto debe ser entendida estrictamente a título personal (número de firmantes del convenio en proporción a los componentes de cada representación en la comisión negociadora) o según la representación proporcional (en función del porcentaje que represente cada miembro de la comisión negociadora). Puede adelantarse que el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación, confirmando la nulidad del convenio colectivo impugnado por carecer el sindicato firmante de mayoría suficiente, al no contar con la mayoría de los representantes legales de los trabajadores, basándose en pronunciamientos anteriores y en coincidencia con el parecer mayoritario de la doctrina científica (García Blasco, J., Bibliografía).

Sin embargo, centrar la atención en la existencia —o no— de justicia en la relación jurídica, nos permite una visión más amplia. No deberíamos limitarnos a determinar la interpretación correcta del precepto, desde un orientación unidimensional que consista sólo en la aplicación de la ley, concluyendo que esta sentencia simplemente reitera la doctrina jurisprudencial existente. El enjuiciamiento de este caso (que presenta complejidades fácticas y jurídicas)

supone una oportunidad: el enfoque de justicia en la relación jurídica permite analizar los vacíos existentes, no sólo en el aspecto de la institucionalidad legal (el déficit del art. 89.3 ET, que requiere ciertamente una reforma o una interpretación, mientras tanto, capaz de rellenar dicha laguna); sino también en las otras dos dimensiones: la realidad fáctica o de los hechos (recíprocos) y la racionalidad argumentativa (propia de los fundamentos de Derecho).

Siguiendo el esquema establecido, de forma coordinada, para el conjunto de comentarios de esta obra colectiva, entre los apartados denominados «Antecedentes» y «Criterio del Tribunal» (que sugieren el paralelismo con los hechos y los fundamentos jurídicos) se intercala este apartado, sobre «Cuestión o cuestiones planteadas». Me acojo, en cuanto al apartado actual, a su nominativo plural (cuestiones), para dar aquí entrada a las tres cuestiones del enfoque tridimensional de justicia en la relación jurídica (justicia relacional): en primer lugar, la realidad, como dimensión fáctica, o de *comportamientos recíprocos*; esta primera realidad es incluida, por obra del legislador, o de los agentes sociales negociadores (o por el efecto de otras fuentes jurídicas), en una segunda dimensión, la de la juridicidad o *institucionalidad* jurídico-legal (que anuda consecuencias jurídicas a los supuestos fácticos, con el fin de regularlos); y a su vez estas dos dimensiones pueden ser analizadas e integradas en la fundamentación o *argumentación jurídica* del tribunal (el papel del jurista puede ser incluso más amplio que el del juez, compartiendo ambos esta dimensión de la racionalidad argumentadora). El abordaje particularizado de estas tres cuestiones no es algo extraño a la técnica del comentario jurisprudencial, siendo también normal que el Tribunal Supremo individualice a veces en sus sentencias distintos apartados dentro de sus fundamentos de Derecho. De hecho, la sentencia analizada menciona varias veces la STS 475/2021, de 4 de mayo de 2021 (Rec. 164/2019, ECLI:ES:TS:2021:1786, Ponente: A.V. Sempere Navarro) que, de forma ejemplificativa –por su habitualidad–, identifica diversos apartados, como pueden ser «Hechos y datos relevantes», «Preceptos relevantes» o «Consideraciones de la Sala», que podrían sugerir, de forma paralela, las tres cuestiones planteadas, correspondientes a las tres dimensiones del enfoque de justicia relacional. En este caso las tres dimensiones presentan importantes vacíos de justicia, como se expone a continuación.

En cuanto a la primera dimensión (hechos o comportamientos recíprocos) el vacío de justicia que presenta el caso, y que ha provocado este enjuiciamiento, se debe a que: 1) los sindicatos negociadores del convenio colectivo no han logrado unificarse en una proporción suficiente de representación conjunta, sino que se evidencia la lucha entre los sindicatos inicialmente presentes (UGT y CCOO.) y el que queda excluido (USO) y, posteriormente la disputa

de los sindicatos demandantes (se añade CGT) contra el que ha firmado el convenio colectivo impugnado (UGT); 2) el tiempo tan dilatado de negociación –¡diez años!– habría hecho más acuciante lograr dicha unidad sindical, además de que el proceso judicial iniciado por el sindicato excluido ha contribuido a dicha demora; y 3) uno de los negociadores iniciales (CCOO) demanda al que ha firmado el convenio (UGT) por carecer de mayoría suficiente, a pesar de habérsela reconocido al inicio de la negociación (lo que, con independencia de su valoración jurídica, contribuye a agrandar el distanciamiento o es consecuencia del mismo).

En la dimensión de la institucionalidad normativa el vacío de justicia es el más grave e inexplicable. No solo es un problema la ambigüedad de la redacción del artículo 89.3 ET: el necesario «voto favorable de la mayoría de cada una de las representaciones» podría entenderse referida a los componentes de la comisión, en sentido personal, o en alusión a la representatividad que dichos componentes ostentan. Sino que, además, el legislador, muy claramente, ha cuidado el reforzamiento de las menciones que aseguren una representatividad mayoritaria del conjunto del ámbito de aplicación del convenio para el momento de constitución de la comisión negociadora, modificando en dos ocasiones (Ley 11/1994 y Real Decreto-ley 7/2011) el contenido del artículo 88 ET, previendo incluso supuestos de sectores en los que no existan órganos representativos laborales o empresariales. En cambio, en lo relativo al artículo 89.3 ET, no se han previsto posibles supuestos específicos (en función a la complejidad posible de la realidad fáctica, o de la reducción de consensos a la hora de firmar finalmente el convenio que se esté negociando), sino que la única modificación operada en el precepto (mediante la Ley 11/1994, art. Octavo.Diez) ha sido para reducir el porcentaje de mayoría exigido (del «voto favorable del sesenta por ciento» se ha reducido al «voto favorable de la mayoría»). Este camino, de reducción del reforzamiento de la mayoría, no es el mismo seguido por la doctrina y la jurisprudencia, a la cual –como se expone en el apartado siguiente– no le resulta fácil intentar cubrir una brecha tan importante.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

La tercera de las cuestiones enunciadas, relativa a la dimensión de la racionalidad jurídica argumentadora, como se ha apuntado, no logra atender de modo plenamente satisfactorios a los graves desafíos que, para este caso y supuestos semejantes, presentan las dos primeras dimensiones (re-

reciprocidad fáctica e institucionalidad normativa). Ciertamente la sentencia analizada se apoya en la doctrina anterior de la propia Sala IV del Tribunal Supremo a la hora de exigir que el convenio colectivo estatutario venga avalado por el voto favorable de cada una de las dos representaciones «como voto proporcional o «mayoría representada en la mesa de negociación y no al número de los componentes de cada uno de los bancos que integran la mesa» [SSTS 1889/2020, de 11 de junio de 2020 (Rec. 138/2019) (ECLI:ES:TS:2020:1889), 3790/2008, de 3 de junio de 2008 (Rec. 3490/2006) (ECLI:ES:TS:2008:3790), 809/2006, de 17 de enero de 2006 (Rec. 11/2005) (ECLI:ES:TS:2006:809), 12945/1993, de 23 de noviembre de 1993 (Rec. 1780/1991) (ECLI:ES:TS:1993:12945)]. Aunque también recurre la sentencia a pronunciamientos a veces descentrados del supuesto analizado, por referirse a la mayoría necesaria, no para firmar el convenio, sino para constituir la comisión negociadora, *ex art. 88 ET* [SSTS 1786/2021, de 4 de mayo de 2021 (Rec. 164/2019) (ECLI:ES:TS:2021:1786), 4145/2006, de 20 de junio de 2006 (189/2004) (ECLI:ES:TS:2006:4145)] o se trata de un caso en que la mayoría en sentido proporcional ha sido expresada como intención de las partes [STS 1213/1999, de 22 de febrero de 1999 (Rec. 4964/1997) (ECLI:ES:TS:1999:1213)], o incluso son pronunciamientos que aceptan el convenio firmado por quien tiene mayoría en la comisión negociadora pero no en el sector [STS 7557/2001, de 4 de octubre de 2001 (Rec. 4477/2000) (ECLI:ES:TS:2001:7557)], sin olvidar que alguna sentencia del mismo Tribunal Supremo ha defendido que el artículo 89.3 ET se refiere al número de componentes de la comisión negociadora y omite toda remisión al grado de representatividad [STS 7324/2002, de 5 de noviembre de 2002 (Rec. 11/2002) (ECLI:ES:TS:2002:7324)]. Finalmente, la argumentación de la sentencia analizada es muy amplia, atendiendo al contexto jurídico más extenso que ofrece el conjunto del ordenamiento jurídico (como resulta propio de esta tercera dimensión, contextual, que incluye a las dos primeras en la racionalidad jurídica de fundamentos). Conforme a la misma concluye que la única forma de garantizar la eficacia general del convenio para todo el sector que constituye su ámbito «no es otra que la de exigir que esa mayoría de cada una de las dos representaciones, a la que se refiere el artículo 89.3 ET, abarque realmente a la mayoría de representantes designados como resultado de las elecciones sindicales en el sector». Deberíamos entender dicha afirmación como indicación dirigida al legislador (ya que dicha interpretación no se extrae de forma directa y evidente de la norma).

4. CONCLUSIÓN

Intentando trascender el supuesto concreto de la sentencia analizada, y proyectándola a la problemática general correspondiente, hay que decir que el vacío de justicia en la dimensión de reciprocidad (de conductas), que es habitual, y que suele ser lo que motiva la necesidad de enjuiciar incumplimientos, en este caso es grande y, al mismo tiempo, revelador de vacíos frecuentes tan importantes como diversos. Ello habría debido provocar hace ya tiempo una reforma legal adecuada a la dificultad planteada por la realidad fáctica (siendo por tanto el vacío legal el más grave). Ante lo cual la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha debido afrontar un desafío harto difícil, una laguna de magnitud considerable, que no se podría considerar aún del todo cubierta (lo que sí se lograría con una modificación legislativa). Ahora bien, aunque no pueda decirse que la línea jurisprudencial sea del todo unánime o incontrovertida, sí está suficientemente consolidada en sus pronunciamientos mayoritarios.

5. BIBLIOGRAFÍA

- GARCÍA BLASCO, J., «La jurisprudencia constitucional relativa al derecho a la negociación colectiva», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 76, 2004, pp. 67-84.
- «La negociación colectiva en las administraciones públicas», en VV.AA. (Gárate Castro, F. J., coord.), *Las relaciones laborales en las administraciones locales, Fundación Democracia y Gobierno Local*, 2004, pp. 211-224.
- «De la eficacia normativa del convenio colectivo y los efectos de su nulidad: a propósito de la S. Audiencia Nacional 58/2008, de 21 de octubre», *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, núm. 1, 2009.
- GARCÍA BLASCO, J. y VALLEJO DACOSTA, R., «Los criterios jurisprudenciales recientes sobre composición y actuación del órgano negociador de los convenios colectivos», *Aranzadi Social*, núm. 5, 1991, pp. 75-92.

51. LEGITIMACIÓN NEGOCIAL EN LOS PLANES DE IGUALDAD DE GRUPO DE EMPRESAS

Comentario a la STS 448/2024 de 7 marzo de 2024 (Rec. 83/2022)

IÑIGO SAGARDOY DE SIMÓN
Catedrático de Derecho del Trabajo.
Universidad Francisco de Vitoria

Palabras clave: Libertad sindical, sindicatos, grupo de empresas, plan de igualdad, legitimación negociada.

1. ANTECEDENTES

1. La sentencia que ahora se comenta aborda la legitimación para constituir la comisión negociadora del Plan de Igualdad en un grupo de empresas.

2. Las empresas que están afectadas por el Plan de Igualdad son dos: Siena Educación, S.A. y Fundación Diálogos. Son empresas vinculadas, pero diferentes.

3. En ambas empresas se aplican cuatro convenios colectivos: «VIII Convenio Colectivo de enseñanza y formación no reglada»; «Convenio Colectivo nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado»; «Convenio Colectivo nacional de prensa no diaria»; «Convenio Colectivo estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares 2019-2020».

No obstante lo anterior, la actividad principal de las empresas se corresponde con la regulada en el «Convenio colectivo de enseñanza y formación no

reglada» negociado por UGT y CCOO, de la misma forma que el «Convenio colectivo nacional de prensa no diaria». Ambos convenios, agrupan a un total de 96 personas frente a las 5 personas de las empresas cuya actividad se acoge al «Convenio colectivo nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado» negociado por FSIE, UGT y USO.

Esto es relevante, como se verá, porque Unión Sindical Obrera (USO) es una de las organizaciones firmantes de uno de los convenios aplicables en Siena Educación, concretamente el «Convenio Colectivo nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado», sector en el que ostenta el 25,10% de representación, pero USO no es firmante del «Convenio Colectivo de Enseñanza y Formación no reglada», sector en el que cuenta con una representación del 4,92% y que es el que se corresponde con la actividad principal de la empresa.

4. El 1 de diciembre de 2020, la empresa actuando conforme el RD 901/2020, envió un comunicado de convocatoria para la creación de la mesa negociadora a los sindicatos más representativos y representativos del sector: FSIE, USO, CCOO y UGT. El 22 de enero de 2021, previa convocatoria empresarial, se celebra una reunión, mediante videollamada, con el fin de acreditar la legitimidad de la mesa negociadora del I Plan de Igualdad de Siena Educación y Fundación Diálogos. En dicha reunión, cada una de las organizaciones sindicales presentes realizaron las alegaciones oportunas en orden a defender sus propios criterios sobre la legitimación de la parte social para formar parte de esta mesa negociadora. Así, UGT y CCOO manifestaron su desacuerdo con la presencia de USO y FSIE, alegando que únicamente tienen que estar presentes los sindicatos más representativos de la actividad principal de la empresa y que dicha actividad es la regulada por el Convenio de enseñanza no reglada. Por su parte FSIE y USO se opusieron a este criterio exponiendo sus argumentos basados, principalmente, en su carácter de sindicatos representativos en uno de los convenios aplicables y en el propio contenido de esta negociación dirigida a aprobar Planes de Igualdad que afectan a todos los trabajadores de la empresa independientemente de cuál sea el convenio que se les aplique.

5. A la vista de que la actividad principal de la empresa está encuadrada, como ya se dijo, en el Convenio colectivo de enseñanza y formación no reglada, la empresa acaba constituyendo la comisión negociadora del Plan de Igualdad únicamente con UGT y CCOO.

6. Tras un intento de mediación que concluyó sin acuerdo, el sindicato USO impugna la composición de la comisión negociadora del citado Plan de

Igualdad ante la Audiencia Nacional reclamando el derecho a formar parte de esa comisión.

7. La sentencia de la Audiencia Nacional 246/2021, de 22 de noviembre (procedimiento 256/2021), desestimó la demanda formulada por USO en la que solicitaba la nulidad de la actual composición de esa Comisión Negociadora y de sus acuerdos, y reclamaba el derecho a tener un representante en ella.

8. Ante esta sentencia se recurre en casación por USO reclamando el derecho a tener un miembro en la Comisión Negociadora del Plan de Igualdad; y denunciando que UGT y CCOO no pueden tener el mismo número de representantes porque, según explica, CCOO tiene casi el doble de delegados que UGT en el ámbito del Convenio Colectivo de Enseñanza y Formación no reglada. Siendo este el litigio resuelto en la sentencia que se comenta.

2. CUESTIONES PLANTEADAS

Las cuestiones planteadas son esencialmente, al margen de alguna a la que luego haré referencia en relación con la revisión de los hechos probados de la sentencia de instancia, las siguientes:

1. Determinar si cuando se negocia un Plan de Igualdad para dos o varias empresas se está ante un Plan de Igualdad de empresa, negociado en paralelo o yuxtapuestamente para cada una de las empresas; o, de contrario, se está ante un Plan de Igualdad de un grupo de empresas.

2. En función de lo anterior es claro que conforme a la solución de esa primera cuestión, cambia la legitimación negocial, siendo esta es la segunda cuestión a resolver, debiendo determinar el TS la legitimación negocial aplicable e, incluso, en su caso si la misma debería aplicarse conforme a la representatividad sindical acreditada en el conjunto de todas las actividades de las empresa, o solo conforme a la actividad principal, o siendo suficiente para obtener legitimación negocial acreditar representatividad en cualquiera de las actividades de las empresas, incluso aunque se tratase de una actividad minoritaria.

3. Finalmente se cuestiona si la composición de la Comisión Negociadora del Plan debe ser proporcional al grado de representatividad acreditado por cada organización o caben otras soluciones.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

1. Antes de analizar los motivos del recurso sobre el fondo jurídico y resolver las cuestiones expuestas, el TS examina y se pronuncia al respecto de

las solicitudes de rectificaciones de hechos formuladas por la Federación de Enseñanza de Comisiones Obreras, de las que solo se acepta una, que supone modificar los hechos probados que pasan a ser rectificadas, en concreto el quinto, añadiendo una frase en el siguiente sentido:

«El “Convenio colectivo de enseñanza y formación no reglada” y el “Convenio colectivo nacional de prensa no diaria”, agrupan a un total de 96 personas trabajadoras de Siena Educación SA»,

y que en atención a un documento obrante en autos en el que consta que

«la actividad principal de la empresa está enclavada en el ... “Convenio colectivo de enseñanza y formación no reglada” negociada por UGT y CCOO de la misma forma que el “Convenio colectivo nacional de prensa no diaria”. Ambos convenios agrupan a un total de 96 personas frente a las 5 personas de la empresa cuyo convenio es “Convenio colectivo nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado” negociado por FSIE, UGT y USO».

Es importante tener en cuenta que el proponente de esta revisión de hechos no es el recurrente, sino uno de los impugnantes del recurso, que solicita la revisión en apoyo del fallo que defiende, lo que admite el TS, confirmando la posibilidad de que la parte impugnante del recurso cuestione también los hechos probados, sin duda para reafirmar las conclusiones de la sentencia y contribuir, así, al rechazo del recurso que la contraparte plantea. Es sin duda un supuesto poco frecuente, pero, como se ve, plenamente admisible.

2. Tras lo anterior, el TS analiza los motivos del recurso sobre el fondo, desestimando ambos. Respecto al primero porque, aunque el sindicato USO alega que se trata de un Plan de Igualdad de empresa en la que el mencionado sindicato debiera tener un representante, el TS, en coherencia con un motivo subsidiario de fundamentación del fallo de la sentencia al amparo del artículo 211.1 en relación con el artículo 207.e) de LRJS, concluye considerando que se trata de un Plan de grupo de empresas, y no de empresa, y por tanto la legitimación es la del artículo 87.2 del ET, esto es la atribuida a:

a) sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel estatal, así como, en sus respectivos ámbitos, las organizaciones sindicales afiliadas, federadas o confederadas a los mismos.

b) sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel de comunidad autónoma respecto de los convenios que no trasciendan de dicho ámbito territorial, así como, en sus respectivos ámbitos, las organizaciones sindicales afiliadas, federadas o confederadas a los mismos.

c) sindicatos que cuenten con un mínimo del diez por ciento de los miembros de los comités de empresa o delegados de personal en el ámbito geográfico y funcional al que se refiera el convenio.

Ello deriva de que, al tratarse de un Plan de Igualdad de grupo de empresas, no se aplican el artículo 5.2, párrafo 1.º, ni el artículo 5.3 del Real Decreto 901/2020, porque no se implementó un Plan de Igualdad de empresa, sino que su ámbito, al alcanzar a Siena Educación SA y a la Fundación Diálogos, es el propio de un grupo de empresas, por lo que la legitimación se rige por los artículos 2.6 y 5.2, párrafo 6 del Real Decreto 901/2020 en relación con el artículo 87 del ET, lo que obliga a concluir que –al amparo del apartado 1 y 2.a) del artículo 87 ET– la legitimación para negociar el Plan de Igualdad de estas empresas le correspondía a solo dos organizaciones, CCOO y UGT.

Por su parte, USO no tiene la condición de sindicato más representativo a nivel estatal, ni autonómico y tampoco cuenta con un mínimo del 10% de los representantes unitarios de los trabajadores en el ámbito de este Plan de Igualdad, por lo que no esté legitimada para negociar el Plan lo que conduce a la desestimación del primer motivo del recurso planteado por la citada organización sindical.

3. También se desestima el segundo motivo del recurso por similares motivos. Al ser una comisión para un Plan de Igualdad supraempresarial no puede prosperar el recurso de USO en el sentido de denunciar que UGT y CCOO deben tener distinta presencia porque CCOO tiene el doble de representantes que UGT en el ámbito sectorial de referencia. El TS considera que está bien constituida la comisión otorgando un puesto a cada uno de los mencionados sindicatos más representativos por ser una negociación de grupo y no de empresa y venirles la legitimación no de su concreta representatividad en un sector, sino de su condición de sindicatos más representativos en el ámbito estatal. Además de que el TS recuerda que, con independencia del número de miembros que forman la comisión negociadora, el número de comparecientes en las reuniones en modo alguno impide el pleno respeto al porcentaje electoral a la hora de conformar la necesaria mayoría en los acuerdos que se adopten, que respondería, en su caso, a la representatividad acreditada por cada sindicato y no al número de personas que le representen en la mesa negociadora.

4. El TS, así, desestima el recurso de casación ordinario y confirma la sentencia recurrida, entendiendo que comisión negociadora del Plan de Igualdad, tal y como está constituida, es ajustada a derecho.

4. CONCLUSIONES

La sentencia comentada permite extraer algunas conclusiones interesantes que enumero a continuación:

1.^a) La primera es de orden procesal, pues, como se avanzó, la sentencia confirma la posibilidad de que la parte que no recurre, sino que impugna el recurso, suscite una petición de revisión de hechos, no en ataque al fallo, sino para lo contrario, para reafirmarlo y defenderlo. Supuesto no habitual pero que es perfectamente posible en términos procesales.

2.^a) Como conclusión esencial de orden sustantivo, cabe aludir a que la sentencia considera que cuando un Plan de Igualdad se negocia para varias empresas se trata de un Plan de Igualdad que debe ser tratado como un Plan de un grupo de empresas y por tanto sujeto a las reglas de legitimación negocial previstas para la negociación en los grupos de empresa (art. 87.1 y 2 ET). Viene a reiterarse así la doctrina establecida en la STS 303/2022 de 5 de abril (Rec. 99/2020) en relación con un Plan aplicable a 7 empresas. Es una doctrina que puede compartirse pues, incluso en supuestos en los que pueda dudarse de si existe o no grupo de empresas, se trataría, en todo caso, de una negociación para una pluralidad de empresas, sujeta a las mismas reglas de legitimación que las negociaciones realizadas en los grupos (art. 87.1 ET).

3.^a) Finalmente el TS considera adecuado o, en todo caso, irrelevante que la comisión por parte sindical sea paritaria. Es un tema en el que incluso el TS podría haber planteado la legitimación procesal de USO para suscitarlo, una vez que había rechazado su legitimación negocial y a la vista de que ninguna de las partes legitimadas para negociar cuestionaba la composición de la mesa negociadora; pero el TS no se lo plantea, resuelve el motivo y confirma dos aspectos interesantes: el primero, que al venir la legitimación, no de una determinada presencia en el ámbito concreto, sino de la mayor representatividad en el ámbito estatal, no es tan exigible una composición proporcional; y, en segundo y esencial lugar, que lo relevante, incluso aunque se exigiese un respeto a la proporcionalidad, no sería tanto exigirla en los miembros presentes, cuanto en el valor de la representatividad de cada uno en el momento de adoptar acuerdos, lo que no se impide por el hecho de que en la mesa ambos sindicatos, por consenso entre ellos, cuenten con una presencia igual, argumento convincente que deriva de una doctrina muy consolidada sobre la forma de adoptar acuerdos en las mesas de negociación.

**52. RESPETO A PREVIOS ACUERDOS COLECTIVOS
AL ORGANIZAR EL REGISTRO DE JORNADA**
Comentario a la STS 410/2024 de 5 de marzo de 2024 (Rec. 143/2021)

CARMEN SÁNCHEZ TRIGUEROS
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia. ORCID: 0000-0002-5010-225

Palabras clave: Pausa por desayuno. Tiempo de cortesía. Registro de jornada. Tiempo de trabajo efectivo.

En la sentencia analizada se debate si la implantación de un sistema de registro horario con arreglo a lo establecido en el artículo 34.9 ET puede dejar sin efecto las condiciones de trabajo previstas en un pretérito acuerdo colectivo. Conforme al mismo debe considerarse tiempo de trabajo efectivo: 1) la pausa para el desayuno para un aparte de la plantilla (en esencia, quienes prestan actividad con control rígido de horario, sea o no con banda flexible); y 2) los marcajes efectuados en los 15 minutos posteriores a la hora pactada de inicio de la jornada.

La sentencia tuvo un amplio eco en los medios de comunicación tanto generales (con algún desenfoque, al no dar relevancia al previo Acuerdo colectivo) cuanto especializados (recalcando la necesidad de mantener los derechos preexistentes a la implantación del Registro).

La cuestión parece no solo actual sino también pertinente para una obra de merecido homenaje al profesor García Blasco, que ha dedicado buena parte de su extensa y fructífera trayectoria profesional a temas relacionados con la autonomía colectiva y el poder empresarial.

1. ANTECEDENTES

A) Génesis del conflicto

La contienda surge a raíz de la Guía elaborada por la empresa (Caixabank SA) para instruir a su plantilla acerca de cómo llevar a cabo dicho control horario. En ella, publicada en la intranet corporativa el 27 de diciembre de 2019 bajo el título «Registro horario de la jornada de trabajo», se establece, entre otras cláusulas, que: 1) al inicio «De forma automática el sistema grabará la hora real indicada en el ordenador»; 2) no se computa como tiempo efectivo la pausa para el desayuno, salvo que se haya dedicado a tareas profesionales o comerciales; 3) «(...) la jornada establecida en Caixabank es de 1.665 horas anuales, por lo que no es posible confirmar si se han producido excesos de jornada hasta que no finaliza el año natural (...)».

B) Sentencia de la Audiencia Nacional

El conflicto girará alrededor de la vigencia del citado acuerdo y de las modificaciones introducidas irregularmente, según las demandantes, por la empresa.

Mediante su sentencia 90/2020 de 27 de octubre la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional estimó parcialmente las demandas. Concluye que la pausa de desayuno es, o mejor dicho debe seguir siendo, tiempo efectivo de trabajo, y más si nos atenemos al fragmento del acuerdo sectorial estatal antes transcrito.

Pero desestima la petición de considerar como tiempo efectivo de trabajo el marcaje efectuado en los quince minutos posteriores al inicio de la jornada. Entiende que del Acuerdo de 1991 no puede derivar lo reclamado, además de que la ficción de considerar hora de entrada la prevista (no la real) resulta incompatible tanto con lo dispuesto en el artículo 37.9 ET como con la doctrina de la STJUE de 14 de mayo de 2019 (Deutsche Bank), pues no garantiza el efectivo cómputo de la jornada realizada por el trabajador.

Contra la sentencia de instancia se interpusieron recursos de casación por la parte empresarial y las organizaciones sindicales CCOO, UGT y SECB.

C) Síntesis de la STS 90/2020

Un resumen al contenido de la STS examinada es el siguiente:

- Posible incongruencia interna de la SAN 90/2020 respecto de la vigencia del Acuerdo colectivo de 25 de octubre de 1991 en materia de tiempo de trabajo. La STS 410/2024 aplica consolidada doctrina sobre el tema y desestima los motivos de los recursos de CCOO, UGT y Caixabank, porque la redacción (aunque algo confusa) no genera indefensión.

- Posible incongruencia omisiva de la SAN 90/2020 respecto de la ausencia de mención, en la fundamentación jurídica, a diversos documentos reseñados por el relato fáctico. La STS 410/2024 invoca reiterada doctrina sobre ello y desestima el motivo del recurso formalizado por CCOO.

- Solicitudes para revisar los hechos probados a fin de añadir valoración de documentos (recurso de CCOO) o reproducir el texto de Acuerdo Colectivo publicado en BOE e invocado en hechos probados (recurso de UGT). Nuevamente la STS 410/2024 invoca la consolidada doctrina sobre el tema y desestima esos motivos.

- Posible ausencia de condición más beneficiosa (CMB) que permita invocar el eventual derecho a que se considere tiempo de trabajo el de pausa por desayuno (recurso de Caixabank). La STS 410/2024 trae a colación nuevamente doctrina sobre el tema y desestima el motivo porque incurre en «petición de principio», ya que presupone que la SAN basa su criterio en razones diversas de las reales.

- Recurso sobre el tema de fondo planteado por el Sindicato de Empleados de Caixabank (SECB), referido a la pausa por desayuno. La STS 410/2024 recuerda los requisitos formales que debe cumplir el escrito interponiendo el recurso de casación y considera que en el caso quiebran, por lo que debe desestimarse.

- Estima los recursos sindicales (CCOO, UGT y SECB) respecto del fondo: Debe considerarse tiempo de trabajo efectivo el de «marcaje» efectuado en los 15 minutos posteriores a la hora pactada de inicio de la jornada, para quienes tengan control rígido de horario y no sean empleados con categoría de jefe o asimilado, ni empleados con cargo y categoría no Jefe.

2. CUESTIÓN PRINCIPAL PLANTEADA

A los efectos del presente comentario van a quedar fuera los temas procesales o colaterales, centrándose la atención en el alcance que puede tener la implantación del Registro de jornada.

E) Es sin duda el Fundamento de Derecho sexto el que debe concitar mayor atención, ya que en el mismo se analiza si el tiempo de marcaje debe considerarse como tiempo efectivo de trabajo (tesis de las organizaciones sindicales) o no (tesis de la sentencia recurrida). El TS estimará parcialmente los recursos sindicales, y lo hará previo recordatorio de la jurisprudencia sobre la interpretación de los convenios y acuerdos colectivos, de la que ahora conviene señalar que en la actualidad «frente a la opción (anterior) de dar por buena, en todo caso, la interpretación efectuada por la sentencia de instancia, la Sala considera que lo que le corresponde realizar en supuestos como el presente, en los que se discute por el recurrente aquella interpretación, consiste en verificar que la exégesis del precepto convencional efectuada por la sentencia recurrida se adecúa a las reglas de interpretación que se derivan de los artículos 3 y 1281 y ss. CC, tal como las ha venido analizando la Sala en la jurisprudencia recién expuesta».

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

Con carácter previo a la decisión sobre el tema examinado, ha resultado conveniente recordar la virtualidad del Registro de jornada.

A) **Doctrina sobre registro de jornada**

La STS 762/2021 de 7 julio (rec. 179/2019) remite al cauce pertinente (MSCT, descuelgue) la alteración de la distribución horaria y el cómputo del tiempo de trabajo, sin que la implantación del registro de jornada pueda servir a tal efecto.

La STS 299/2022 de 5 abril (rec. 7/2020) valida el sistema de registro implantado (a través de Acuerdo colectivo) solo tras comprobar que «no altera régimen horario alguno, ni modifica el convenio colectivo».

La STS 41/2023 de 18 enero (rec. 78/2021) admite la validez del Acuerdo sobre registro de jornada en el sector de Cajas de Ahorro, que prevé la elaboración de una Guía por parte de cada empresa. «Sea como fuere, a través de esa guía o de cualquier otro mecanismo, a las empresas les corresponde la obligación de garantizar que los trabajadores conozcan perfectamente el modo y manera en el que deben registrar cada uno de los periodos temporales de su jornada de trabajo. Al igual que sucede en cualquier sistema de control horario, el trabajador debe disponer de las pautas necesarias para saber en cada momento como debe activar cada una de las funciones y opciones en la herramienta de registro de jornada».

La STS 161/2023 de 22 febrero (rec. 34 2020) legitima el sistema de registro que rechaza la prolongación de jornada porque las horas extra ya solo eran posibles, con anterioridad, si estaban previamente autorizadas.

La STS 565/2023 de 19 septiembre (rec. 260/2021) ha descartado que el sistema de registro de jornada pueda servir para introducir cambios en las condiciones de trabajo o desconocer cualesquiera derechos.

La STS 994/2023 de 22 noviembre (rec. 113/2021) ha descartado que la fecha de publicación en la intranet de la herramienta informática multiplataforma sobre registro de jornada sea la que marca el inicio del plazo de caducidad para impugnar una MSCT. «No solo porque el objeto de esa herramienta sea el más genérico de implantar el obligado sistema de registro de jornada de trabajo, sino porque con esa implementación no se incluye una específica y expresa decisión sobre la alteración de aquella condición de trabajo que es objeto del litigio».

B) La interpretación del Acuerdo colectivo

La relevancia de lo pactado aparece claramente cuando el TS se adentra en la cuestión sobre naturaleza del tiempo de flexibilidad para el marcaje de llegada al trabajo. Su literalidad es el argumento crucial para estimar los recursos sindicales. Si se efectúa un marcaje en los quince minutos posteriores a la hora de entrada, el Acuerdo prescribe que se ha efectuado al inicio de la misma y, por tanto, es tiempo de trabajo efectivo. No hay otra razón que explique que sólo los marcajes efectuados fuera de estos márgenes, es decir, más allá de los 15 minutos posteriores, se registrarán con la hora real.

Dos cánones interpretativos lo avalan. Primero, *a sensu contrario*, los efectuados dentro de los 15 minutos inmediatamente posteriores, se considerarán realizados al inicio de la jornada, luego tales minutos computan como trabajo efectivo. Segundo, esta conclusión interpretativa se ve reforzada por la sistemática pues son únicamente los «retrasos que superen los 15 minutos de margen al inicio de la jornada», los que generarán una deducción de los excesos de jornada a razón de hora por hora.

4. CONCLUSIONES

Mediante su sentencia 410/2024, de 5 de marzo, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha estimado los recursos interpuestos por tres sindicatos (CCOO, UGT y SECB) frente a la sentencia de la Audiencia Nacional y declarado que

para los empleados afectados por el conflicto debe considerarse como tiempo de trabajo el denominado «de marcaje».

Poco antes la STS 41/2023 había recomendado que cada empresa elabore una Guía para que los empleados dispongan de las pautas necesarias para saber en cada momento como debe activar cada una de las funciones y opciones en la herramienta de registro de jornada. En este caso Caixabank preparó esa Guía, pero entendió que como el registro de jornada debe ser fiel reflejo de la realidad ya no era posible que los minutos posteriores a la hora de entrada fueran considerados como efectivamente trabajados.

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha concluido que quien accede a su trabajo durante los 15 minutos posteriores a la hora de inicio de la jornada tiene derecho a que su fichaje se considere realizado de manera puntual. A tal conclusión llega tras recordar que el sistema de registro de jornada no puede servir para introducir cambios en las condiciones de trabajo o desconocer cualesquiera derechos y a la vista de que Acuerdo de empresa fechado 1991 alberga esa previsión.

Por el contrario, la sentencia desestima el recurso empresarial y mantiene el derecho a que el tiempo de desayuno sea contabilizado como tiempo de trabajo efectivo, también por así desprenderse de Acuerdos previos a la implantación del nuevo sistema de registro de jornada.

53. DINÁMICA DE LA LEGITIMACIÓN NEGOCIAL COLECTIVA

Comentario a la STS 342/2024 de 22 febrero (Rec. 23/2022)

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO
Catedrático de Universidad (s.e.)
Magistrado del Tribunal Supremo

Palabras clave: Negociación colectiva, legitimación negocial., comisión negociadora, momento para controlar la representatividad.

La materia a que se dedica este libro homenaje (libertad sindical, negociación colectiva, huelga) entronca a la perfección con la trayectoria académica y profesional del homenajeado. Los temas afectados son enjundiosos: el sistema de fuentes, el papel de los sujetos colectivos, las relaciones de fuerza en el ámbito productivo, la posición individual de quienes trabajan, la concordancia de instrumentos internacionales con normas internas, el papel de la Administración, la delimitación competencial de los órdenes jurisdiccionales, los conflictos y su solución (judicial o no), las conexiones entre autonomía y heteronomía, el papel del intérprete, por enumerar algunos. Son materias en las que el profesor García Blasco lleva décadas demostrando solvencia y agudeza intelectual, pero también una visión completa de lo que supone el ordenamiento jurídico.

Estamos ante cuestiones que solo pueden abordarse con profundidad cuando se tiene la capacidad de alternar una visión panóptica del Derecho (incluso de las Ciencias Sociales), los conocimientos técnicos necesarios para comprender y concordar el entramado normativo (en ocasiones, demasiado escueto) y el sentido crítico para contextualizar la concreta institución regulada. Si a ello añadimos el entusiasmo personal por transmitir los propios cono-

cimientos, la generosidad en el esfuerzo y el enorme compromiso con el entorno (académico, social, político, territorial) vamos teniendo un perfil aproximado de lo que representa el Dr. D. Juan García Blasco para la Universidad, para el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, o para el propio sistema de relaciones laborales.

Nuestras similitudes en edad, enfoque de la docencia e investigación o gestión universitaria nos han propiciado múltiples encuentros (publicaciones, Congresos, clases, foros, viajes, etc.). De todos ellos ha ido destilándose una verdadera confianza recíproca y un sincero afecto (extendido a nuestros «mayores» y personas cercanas). Lógico es, por tanto, que manifieste mi agradecimiento a quienes han promovido este *Liber Amicorum* y propiciado mi adhesión. Juan merece esto y mucho más.

De acuerdo con la Dirección de la obra, la presente colaboración se centra en la noticia y glosa de una sentencia reciente, contextualizándola debidamente y destacando su contenido.

1. ANTECEDENTES

La resolución elegida para reseña es la STS-SOC 342/2024 de 22 febrero (rec. 23/2022). Se discute en ella sobre la composición (del banco sindical) de la Comisión Negociadora de un convenio colectivo sectorial (ambulancias, Baleares). La respuesta varía si se afronta con los datos de noviembre de 2018 o de febrero de 2019. El debate surge porque solo en la segunda fecha estuvieron presentes todos los sindicatos legitimados, mientras que en la primera faltaba uno con importante representatividad; además, los datos de implantación aportados a la primera reunión corresponden a los de un certificado emitido en un momento pretérito (casi once meses antes).

La STSJ de las Islas Baleares descartó que pudiera estarse a lo acaecido el 22 de noviembre de 2018 ya que los asistentes al acto ante el Tribunal D'Arbitratge i Mediació de les Illes Balears (en adelante TAMIB) fueron convocados para participar en una mediación de desconvocatoria de huelga y además con un déficit relevante a efectos de constitución de la mesa puesto que tuvo lugar sin la presencia de un sindicato más representativo. Admite que, aun cuando se recoge un reparto de representantes entre los que sí asistieron, se salvaguardó expresamente en el acta «sin perjuicio de los establecido en el Estatuto de los Trabajadores» para que fuera respetada la configuración legal de los representantes sindicales integrantes; y que tal indicación de miembros

pudo obedecer a un compromiso preliminar, pero que no hay que olvidar que estaba ausente un sindicato más representativo.

Finalmente indica que el certificado de la Consejería de 5 de enero de 2018 resultaba muy distante en el tiempo a la fecha pretendida por los demandados (22 de noviembre de 2018) y que no contemplaba los porcentajes de representación de cada sindicato.

2. CUESTIÓN O CUESTIONES PLANTEADAS

La solución acogida en la instancia fue cuestionada, mediante el oportuno recurso de casación clásica, por uno de los sindicatos y el Tribunal Supremo va a desestimarlo.

Despojada de las singularidades del supuesto, la sentencia aborda una cuestión de claro interés general, que resuelve conforme a doctrina previa. En concreto, a partir de una doble premisa. Por un lado, la seguridad jurídica exige que la medición de la representatividad se lleve a cabo en un preciso momento y que no se reexamine en tanto dura el procedimiento de negociación. Por otra parte, cada vez que se lleva a cabo la negociación de algo diverso a lo ya acordado es preciso volver a examinar tal representatividad, sin que quienes constituyeron en su día la comisión negociadora puedan mantener la implantación acreditada tiempo atrás.

La jurisprudencia ha buscado un anclaje cronológico claro que ofrezca seguridad jurídica, con la lógica consecuencia de que la representatividad así determinada no se altera cuando se celebren nuevas elecciones. Puesto que se trata de doctrina sentada en interpretación de las normas establecidas en el Título III del ET ha de advertirse sobre su carácter imperativo, bien que ello sea compatible con la existencia de casos excepcionales. Ahora bien, el transcurso del tiempo pone a prueba la solidez de ese criterio.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

Digamos ya que la STS 342/2024 resuelve el asunto aplicando la doctrina muy consolidada que remite el control de la representatividad al momento de constituir la comisión negociadora. Ha de estarse a la representatividad acreditada en el momento de la constitución de la mesa, no en momentos pretéritos, ni en momentos futuros. La legitimación inicial para negociar se mide en el momento de constituir válidamente la comisión negociadora. A tal conclusión

llega tras invocar algún precedente respecto de supuestos en que se discutía si el dato en cuestión debía controlarse en uno u otro momento. Revisemos esos y otros pronunciamientos relevantes

A) La STS 23 noviembre 1993 (rec. 1780/1991), dictada por el Pleno, resulta especialmente relevante porque proclama los principios generales sobre la materia. Aborda un supuesto en que la comisión negociadora del convenio se constituye el 19 de febrero de 1991 y la firma se logra el 11 de abril de 1991.

B) La STS de 11 de diciembre de 2012 (rec. 229/2011) desestima la pretensión sindical de que se anule la constitución de la Mesa Negociadora de convenio autonómico (Notarías) y se convoque otra, tras haberse cerrado las negociaciones porque no es obligado reanudar las negociaciones del convenio fallido o continuar una negociación que ha decaído como consecuencia de un prolongado abandono de la actividad negociadora. En todo caso, reitera la doctrina general sobre momento de examinar la representatividad. Lo que sucede en tal supuesto es que sobreviene un convenio sectorial de ámbito estatal en cuya negociación participa, sin reserva alguna, el mismo sindicato que cuestiona luego la composición de la comisión negociadora del de ámbito inferior. Allí se aprecia la falta de acción.

C) La STS de 25 de noviembre de 2014 (rec. 63/2014) examina si el sindicato más representativo a nivel de Comunidad Autónoma tiene derecho a ser llamado cuando se negocia un convenio colectivo de ámbito estatal. Es verdad que las negociaciones se prolongan durante diez años (diciembre 2000 a diciembre de 2010) pero el sindicato en cuestión solo invoca y acredita su representatividad a partir de un momento muy posterior a la publicación del convenio en el *BOE*.

D) La STS 470/2017 de 1 de junio (rec. 183/2016) admite que una drástica reducción de plantilla provoca que decaiga la legitimación para negociar por parte de una Comisión que la había ostentado inicialmente. La atención a un periodo menor de cinco años y la admisión de que la regla general debe ceder en casos tan flagrantes merece atención.

E) La STS 754/2017 de 3 octubre (rec. 190/2016) descarta que haya habido vulneración de la libertad sindical en el convenio colectivo negociado sin presencia de un sindicato minoritario porque parece razonable a la vista de que la negociación arrancó antes de las últimas elecciones a órganos representativos.

F) La STS 439/2020 de 11 de junio (rec. 138/2019) se centra en la concurrencia de las mayorías internas a la hora de aprobar el convenio colectivo

negociado y proyecta la doctrina general a un supuesto en que la comisión se constituye en enero de 2015 y la suscripción solo surge en febrero de 2018. No aparecen acuerdos durante ese lapso; ningún sindicato ha reclamado su presencia en la comisión negociadora.

G) La STS 368/2021 de 7 de abril (rec. 44/2020) reafirma los criterios doctrinales expuestos y desestima el recurso del sindicato porque no acreditó suficiente representatividad en el momento de constituirse la Comisión negociadora (25 octubre 2019) y lo hace en pleito posterior, demostrando que la poseía desde poco después (11 diciembre 2019).

H) La STS 1053/2023 de 30 noviembre (rec. 98/2021; Pleno, con Voto Particular) aborda supuesto en que la Comisión Negociadora del convenio (para una gran empresa pública) se constituyó en diciembre de 2014; en los años 2017 y 2018 se celebraron elecciones al Comité de Empresa; las negociaciones han sido muy escasas; desde que obtuvo una representación suficiente el Sindicato USO ha venido solicitando su incorporación a la Comisión Negociadora, que le ha sido denegada reiteradamente. Parece como un punto de inflexión, porque abre las puertas de la excepcionalidad a fin de evitar que se perpetúe determinada composición de la mesa negociadora y, bajo una u otra apariencia, los datos reales de representatividad carezcan de eficacia.

I) Todo ello debe cohonestarse con la exigencia de las mayorías internas (en cada una de las dos partes o «bancos» que negocian). En tal sentido cabe recordar lo siguiente:

– La STS 23 enero 2012 (rec. 220/2010; *Nuclenor*) concluye que la doctrina del voto ponderado resulta igualmente aplicable al caso en el que por meras razones de agilidad negociadora desee limitarse el número de miembros de la Comisión y a la par quiera respetarse escrupulosamente, como es preceptivo, el derecho a la negociación colectiva proporcional por parte de quienes ostentan plena legitimación, como es el caso. Así, no quiebra el principio de proporcionalidad que impera en la negociación colectiva pactar que en la composición de la comisión negociadora estén presentes, con un solo miembro, todas las representaciones sindicales que negociaron el convenio, pero acordando que el voto sea ponderado y acorde a su representatividad.

– La STS 730/2017 de 27 septiembre (rec. 121/2016; *Randstad*) reafirma el criterio de que cuando se negocia y firma el convenio con organizaciones sindicales lo relevante no es el número de votos en un sentido, sino si el resultado representa a la mayoría de aquellos a quienes el sindicato representa, esto es un sistema proporcional del voto que se da en función de la representatividad de quien lo formula.

4. CONCLUSIÓN O CONCLUSIONES

En el expuesto escenario, la STS342/2024 reitera la validez del criterio principal (hay que estar a un único momento cronológico) y la necesidad de precisar cuándo queda constituida adecuadamente la comisión negociadora (controlando en esa fecha la representatividad de quienes negocian).

Primera. La constitución de la comisión negociadora es el momento en que debe comprobarse la legitimación y representatividad, siempre que sea posible, con los datos coetáneos.

Segunda. Las alteraciones surgidas durante el proceso negociador, en principio, no afectan a la representatividad de quienes integran la comisión negociadora, debiendo mantenerse el resultado de la evaluación hecha en el momento inicial.

Tercera. De manera excepcional (prolongación de la negociación, práctica paralización del proceso negociador, cambios que afectan a la legitimación y/o representatividad de los sujetos que negocian), el criterio estático (control al constituirse la comisión negociadora) debe dar paso al dinámico (renovación de los sujetos o de su porcentaje representativo).

Cuarta. Las mayorías internas exigidas para la suscripción del convenio colectivo han de calcularse respecto de los datos de implantación (patronal, sindical) que se haya manejado para componer la mesa negociadora (iniciales, o renovados).

Quinta. La STS 342/2024 se ajusta perfectamente a esos criterios, descartando que una anómala e inicial constitución de la Comisión Negociadora (al faltar uno de los sindicatos con legitimación, sin que le fuera imputable) pueda servir como punto de conexión temporal para determinar su composición o, mucho menos, para hacerlo con datos atrasados.

Sexta. La concordancia de este pronunciamiento con el anterior y próximo de la STS 1053/2023 quizá permita hablar de una doctrina sólida a la vez que flexible, para no anudar ciegamente la representatividad a la de un momento cualquiera, sino para elegir adecuadamente el mismo y garantizar que su mantenimiento no encubre situaciones de fraude o abuso.

54. LA INADMISIBLE EXCLUSIÓN DEL ÁMBITO PERSONAL DEL CONVENIO COLECTIVO FUNDADA EN EL ENCUADRAMIENTO PROFESIONAL AJENO A ESTE

Comentario a la STS 14/2024 de 8 de enero de 2024 (Rec. 1325/2022)

JAVIER GÁRATE CASTRO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Santiago de Compostela. ORCID ID 0000-0002-1109-7245

Palabras clave: Ámbito personal del convenio colectivo, clasificación profesional, determinación del convenio colectivo aplicable, encuadramiento profesional.

1. ANTECEDENTES

El origen de la sentencia objeto de comentario se encuentra en la reclamación salarial presentada por la trabajadora recurrente contra el Ayuntamiento de Vivero, de la provincia de Lugo. Pretendía aquella que se condenara a su administración empleadora al pago de las diferencias salariales existentes entre lo que percibía en virtud de los servicios contratados, correspondientes a la categoría de «peón grumir» (peón de grupos municipales de intervención rápida), no coincidente con alguna de las contenidas en el convenio colectivo aplicable, de 2009, del personal laboral del propio Ayuntamiento de Vivero, y lo que entendía que debía percibir, correspondiente al salario establecido para la categoría más baja de las previstas en dicho convenio (en rigor, el puesto más bajo), que era la de «limpiadora», integrada en el grupo profesional E, subgrupo de agrupaciones profesionales (trabajadores a los que no se les ha exigido

para el ingreso estar en posesión de una de las titulaciones del sistema educativo). Para mejor comprensión de la solución que merece el caso, no sobra advertir que el indicado convenio colectivo dispone su aplicación íntegra al personal laboral que preste sus servicios en el Ayuntamiento, «en todo aquello que sea compatible con la naturaleza de su relación de empleo» (art. 3).

Recurrida en suplicación la sentencia del juzgado de lo social desestimatoria de la demanda presentada con la indicada finalidad, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia confirmó, en sentencia de 18 de enero de 2022 (recurso de suplicación 1384/2021), el fallo de instancia recurriendo a la argumentación y cita de sus sentencias sobre supuestos de hecho sustancialmente idénticos, entre ellas la de 14 de octubre de 2019, cuyo fundamento jurídico segundo reproduce literalmente. Para la Sala, aquella confirmación viene determinada, principalmente, por el hecho de que, igual que en los casos de autos de esas otras sentencias suyas, el trabajador demandante y recurrente no acreditó la realización de funciones iguales o similares a las propias de la categoría a la que pretendía equipararse a efectos salariales. Asume, así, la argumentación del juzgador *a quo*, según la cual la equiparación retributiva perseguida exigía la comprobación de tal igualdad o similitud de funciones. En términos de la sentencia de aquel, «ninguna prueba se ha practicado al respecto por la parte demandante, ni siquiera se ha puesto de manifiesto cuáles son las funciones realizadas por [los trabajadores de] una u otra categoría; por tal motivo procede la desestimación íntegra de la demanda de conformidad con lo dispuesto en el artículo 217 de la LEC».

Disconforme con el fallo de la sentencia de suplicación, la trabajadora recurre esta en casación para la unificación de doctrina invocando como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Supremo el 13 de octubre de 2017, que desestimó el recurso de unificación de doctrina (el 3510/2015) interpuesto por el Ayuntamiento del Barco de Valdeorras contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 16 de julio de 2015 (recurso de suplicación 3097/2014).

2. CUESTIONES PLANTEADAS

La principal consiste en determinar el ajuste a derecho de la exclusión del ámbito de aplicación del convenio colectivo por el mero hecho de un encuadramiento profesional que no se corresponde con las piezas o unidades del sistema de clasificación profesional previstas en aquel. Si se prefieren los términos de la sentencia de casación, «el debate jurídico [...] es si el convenio

colectivo de una entidad local debe aplicarse a un trabajador de dicha entidad, aunque su categoría profesional no esté incluida en el convenio». De la contestación a la cuestión anterior depende la de si cabe dar por bueno, en una situación como la indicada, que el salario del trabajador afectado no se rija por el convenio colectivo y quede sometido a lo que disponga el contrato de trabajo, no como condición más beneficiosa, sino *in peius*.

Por su importancia para la cabal comprensión de la estimación del recurso interpuesto, considero que el Tribunal Supremo también debería haber traído a colación la cuestión de los límites de las partes del contrato de trabajo a la hora de proceder a la realización del acto de encuadramiento profesional. El tratamiento del asunto hubiera contribuido a la mayor solidez del razonamiento de la sentencia de unificación y, por lo tanto, del fallo a que llega.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL SUPREMO

La categórica conclusión de la sentencia comentada, según la cual «el convenio colectivo de la entidad local se ha de aplicar a quien es trabajador de dicha entidad, aunque la categoría profesional atribuida a la empleada no esté incluida en el convenio colectivo», no es novedosa u original. Se apoya en el razonamiento de la sentencia de contraste, de 2017, cuya doctrina estima correcta, así como en la también sentencia de unificación de doctrina de 28 de octubre de 2020 (recurso 3453/2018), que resolvió en igual sentido la reclamación por diferencias salariales de otro trabajador «grumir» del Ayuntamiento de Vivero. Se da la circunstancia de que el ponente de esa última sentencia es el mismo que el de la comentada. No extraña, pues, que la fundamentación jurídica de esta se sirva, principalmente, de la reproducción de pasajes de aquella, que también incurrió, igual que la de contraste, en la omisión del enfoque de la solución del litigio desde el punto de vista de cuanto dispone el artículo 22 del ET acerca del diferente papel que corresponde a la autonomía colectiva y a la autonomía individual en el encuadramiento profesional de los trabajadores. Extraña y es inexplicable, en cambio, que la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, posterior a la referida sentencia del Tribunal Supremo de 2020, desconociese por completo su criterio o no hiciese referencia a ella y a las razones para apartarse de dicho criterio. También asombra que no se invocara en el recurso de suplicación ni se aportase como sentencia de contraste.

Volviendo sobre la construcción de la mencionada fundamentación jurídica, la Sala recurre a dos afirmaciones apodícticas contenidas en el funda-

mento de derecho segundo de la sentencia de contraste: 1.^a) «es imperativa la aplicación del [convenio colectivo] a quienes entablan la relación laboral» con entidad empleadora «sujeta a dicho convenio»; 2.^a) «la atribución de una categoría inexistente en el convenio o el simple uso de una denominación que no figura en su clausulado no puede amparar que una de las partes eluda su cumplimiento». Mayor enjundia tiene, como adelanté, el empleo de pasajes de la sentencia de 28 de octubre de 2020. Parafraseando sus términos, ante la encomienda de funciones o tareas que no correspondan a las propias de los grupos, categorías o piezas del sistema de clasificación profesional establecido en el convenio colectivo aplicable, «lo que habrá que determinar será cual es [dentro de ese sistema] el grupo o categoría de más adecuada asignación al trabajador, tarea para la que serán plenamente válidos los criterios de [funciones de] igual valor y equivalentes», sin que el hecho de que aquel no pueda acreditar la igualdad de valor o equivalencia del grupo o categoría que reclama pueda conducir «a que la entidad empleadora deje de aplicarle el convenio colectivo que claramente [le] incluye [...] en su ámbito personal». En semejante situación, lo pertinente es que la entidad empleadora proceda a un encuadramiento respetuoso del sistema de clasificación profesional dispuesto por el convenio colectivo mediante la adscripción del trabajador a uno de los grupos o categorías de tal sistema, sin perjuicio, naturalmente, de la impugnación que al respecto pueda realizar el afectado. En una situación como la del caso de autos, donde el trabajador demanda diferencias salariales y pretende el reconocimiento de retribuciones correspondientes a otra categoría, es la entidad empleadora quien está «en la mejor posición de acreditar las funciones y su valor», de modo que no es aceptable que se limite, sin más, a rechazar la solicitud de aquel. «Pero hay que reiterar que lo que no cabe es que, por no figurar en el convenio colectivo la categoría asignada al trabajador, la entidad empleadora deje de aplicar a ese trabajador un convenio colectivo que está constitucional y legalmente obligada a aplicarle».

Sin perjuicio de que comparta el criterio de la Sala manifestado en las indicadas tres sentencias de casación para la unificación de doctrina, me permito realizar algunas consideraciones sobre el asunto. Las hago con la única finalidad de contribuir a reforzar el acierto del aludido criterio recurriendo a la aplicación del artículo 22 del ET que, a mi juicio, brinda, por sí misma, base suficiente para llegar a la conclusión a que llega, por otro camino, el Tribunal Supremo.

Desde luego, la libertad de elección de la unidad de negociación se ve limitada por la necesidad de que cualquier exclusión de ella y del ulterior ámbito personal del convenio que afecte a un conjunto de trabajadores cuente con

justificación objetiva y razonable so pena de nulidad de la correspondiente cláusula, por oponerse a la prohibición de tratamientos discriminatorios y también, al menos en el caso de los convenios colectivos suscritos en el sector público, a las exigencias del principio de igualdad. Tanto la doctrina del Tribunal Constitucional como la jurisprudencia ofrecen claros ejemplos de lo indicado [sentencia del Tribunal Constitucional 136/1987, de 22 de julio, y sentencias del Tribunal Supremo, todas de casación para la unificación de doctrina, de 31 de octubre de 2022 (recurso 50/2019), 5 de mayo de 2009 (recurso 2019/2008) y 15 de febrero, 19 de marzo y 3 de abril de 2007 (recursos 2942/2005, 4419/2005 y 5532/2005, respectivamente)]. Ahora bien, la exclusión objeto de debate en los casos de las ya conocidas tres sentencias del Tribunal Supremo no tiene su origen en el ejercicio de la autonomía colectiva (recuérdese que el convenio colectivo aplicable incluye en su ámbito a todo el personal laboral contratado por el empleador público). Se trata de una exclusión parcial, relativa a la materia salarial, y unilateral, decidida por el empleador, no para otorgar aquí una condición más beneficiosa, como hubiera sido posible, sino para abonar un salario de importe inferior al más bajo fijado por el referido convenio. Si nula es la cláusula del convenio colectivo que excluya del ámbito de este, en todo o en parte, a uno o varios trabajadores sin justificación objetiva y razonable, nula es también cualquier decisión empresarial que aplique aquella sin mediar ese tipo de justificación y, con mayor razón, cualquier decisión empresarial que proceda a la referida exclusión a pesar de que no existir previsión alguna al respecto en el convenio colectivo aplicable y, por lo tanto, con desconocimiento de su eficacia general.

Una empresa no puede considerar que uno o varios de sus trabajadores están excluidos de la unidad de negociación y del ámbito personal del convenio colectivo por el hecho de que las labores, tareas o funciones encomendadas y realizadas hayan dado lugar, de forma irregular, a su encuadramiento en un grupo o en una categoría o unidad clasificatoria que no figure en el sistema de clasificación profesional establecido en el aludido convenio. Ciertamente, compete a la autonomía individual la determinación de las funciones o tareas contratadas o, lo que es igual, la determinación del contenido de la prestación de trabajo pactada; así resulta del artículo 22.4 del ET, que concuerda con lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil. Aunque tal determinación se hace, por lo general, remitiendo las funciones o tareas pactadas a las propias de alguna o algunas de las unidades o piezas del sistema de clasificación profesional que incorpore el convenio colectivo aplicable, también es posible –y no creo que sea propósito del artículo 22.4 del ET impedirlo– que las partes del contrato acuerden la realización de funciones o tareas no correspondientes a

las aludidas unidades; ahora bien, semejante posibilidad no sirve para que la sucesiva operación de encuadramiento profesional, a realizar también por «acuerdo entre el trabajador y el empresario» (de nuevo, art. 22.4 del ET), se haga al margen de aquel sistema de clasificación profesional preexistente, establecido por el convenio o pacto colectivo aplicable. Aunque el acto de encuadramiento profesional también compete a la autonomía individual, el ejercicio de esta se encuentra limitado por el sistema de clasificación profesional establecido en ejercicio de la autonomía colectiva.

No cabe un encuadramiento unilateral por parte de la empresa ni el encuadramiento bilateral en una pieza o unidad clasificatoria no contemplada en el sistema de clasificación profesional fruto del ejercicio de la autonomía colectiva. Como confirma el artículo 22.1 del ET, ni la autonomía individual ni la decisión unilateral de la empresa son fuentes de creación de grupos, categorías u otras unidades clasificatorias, como tampoco lo es la norma estatal. La torpe actuación de la empresa creando, con o sin la aquiescencia del trabajador, una categoría o un grupo específico de encuadramiento profesional no sirve para eludir, con infracción de los apartados 1 y 4 del artículo 22 del ET y desconocimiento de la eficacia general del convenio colectivo, la aplicación del sistema de clasificación profesional que figure en él. La solución a una encomienda de funciones o tareas que no encajen exactamente en las propias de alguno de los grupos o de alguna de las categorías establecidas en el convenio colectivo no es la exclusión de este, total o parcial, sino el encuadramiento en el grupo o la categoría de dicho convenio que implique la realización de funciones de igual o similar valor, equivalentes u homologables a las asignadas y desempeñadas de forma efectiva. Se trata de una operación a efectuar a partir de la comparación entre el contenido o las prestaciones de unas y otras funciones y las aptitudes profesionales, la formación y las titulaciones precisas para su adecuada realización.

55. NEGOCIACIÓN DE CONVENIO COLECTIVO Y MEDICIÓN DE LA REPRESENTATIVIDAD SINDICAL: LÍMITES DEL ANCLAJE TEMPORAL DE LA MEDICIÓN CUANDO SE LESIONA EL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL

Comentario a la STS 1053/2023 de 30 de noviembre de 2023 (Rec. 98/2021)

MARÍA NIEVES MORENO VIDA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Granada. ORCID: 0000-0002-0600-8332

Palabras clave: Libertad sindical, negociación colectiva, comisión negociadora, representatividad

1. ANTECEDENTES

La STS 5444/2023, de 30/11/2023 (núm. 1053/2023), resuelve los recursos de casación interpuestos (por UGT y CGT) contra la SAN 2972/2020, de 30 de octubre de 2020, confirmándola y declarando firme su pronunciamiento.

En síntesis, en diciembre de 2014 quedó constituida la Comisión Negociadora para negociar el I Convenio Colectivo de ISDEFE (empresa pública de consultoría e ingeniería) con la representación de la empresa y la de los trabajadores, repartidos entre todos los sindicatos con representación en la empresa en ese momento de forma proporcional a su representatividad sindical en la empresa (CSIF, CCOO, UGT y CGT). Aunque se mantuvieron algunas reuniones, en 2020 (fecha presentación de la demanda por USO) no se había lle-

gado a alcanzar ningún acuerdo. Entre julio de 2017 y mayo de 2018 se celebraron elecciones a los comités de empresa (salvo en uno de los centros de trabajo), de las que surgen dos nuevos sindicatos con representación: Somos y USO. La sección sindical de USO en ISDEFE ha venido reclamando su capacidad negociadora y su correspondiente derecho de presencia con voz y voto en la Mesa de Negociación. Dentro de un plan de trabajo para impulsar la negociación del I Convenio Colectivo de ISDEFE, durante los meses de noviembre y diciembre de 2019, se constituyeron grupos de trabajo entre los sindicatos presentes en la Mesa de Negociación para avanzar en la negociación del Convenio Colectivo de ISDEFE, en los que no estaban incluidos los sindicatos USO y Somos. Durante el periodo 2015-2019 en la Mesa de Negociación se firmaron algunos acuerdos relativos a incrementos salariales y aplicación de la jornada laboral. En todo el período transcurrido desde 2014 hasta 2020, durante dos años no fue convocada la mesa negociadora por diversos motivos y desde diciembre de 2019 no se volvió a reunir la mesa.

2. CUESTIÓN O CUESTIONES PLANTEADAS

La STS 5444/2023, de 30/11/2023 se pronuncia sobre la válida composición de la Comisión Negociadora de un convenio colectivo de empresa y la medición de la representatividad, lo que plantea, en esencia, la garantía del derecho a la negociación colectiva como parte del contenido esencial del derecho fundamental a la libertad sindical.

La cuestión se planteó en el marco de un proceso por vulneración de derechos fundamentales, en el que el Sindicato demandante (USO) interesaba que se declarase su derecho a participar en la negociación del Convenio Colectivo de la empresa, habiendo declarado en sentencia la Audiencia Nacional la no validez de la composición de la comisión negociadora adoptada en función de la representatividad existente al momento de su constitución (en 2014), y considerando que la comisión debe adaptarse a la representatividad derivada de los procesos electorales de 2017 y 2018. Los recurrentes (CGT y UGT) entienden que la jurisprudencia del Tribunal Supremo aboca un resultado contrario.

La cuestión a decidir, pues, «se ciñe a determinar si, como concluye la SAN recurrida, USO ha visto vulnerado su derecho a intervenir en la negociación de un convenio colectivo de empresa. La duda deriva de otra previa: precisar quién está legitimado (por el lado asalariado) para integrar la comisión negociadora del convenio colectivo». En consecuencia, la Sala considera nece-

sario pronunciarse sobre la válida composición de la Comisión Negociadora de un convenio colectivo de empresa y el momento de la medición de la representatividad para formar parte de la misma, clarificando y precisando el alcance de su doctrina.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

El modelo normativo de negociación colectiva parte de la premisa general de derecho necesario del respeto a los principios de representatividad y de proporcionalidad dentro de la comisión negociadora del convenio colectivo (art. 88.1 ET). Partiendo de ello la doctrina jurisprudencial sobre el momento para medir la representatividad ha establecido un anclaje cronológico claro que ofrezca seguridad jurídica, de modo que, como criterio general, el Tribunal Supremo ha sostenido en numerosas ocasiones que el momento de la constitución de la comisión negociadora es el único que resulta relevante en orden a la fijación de los niveles de representatividad, con la lógica consecuencia de que la representatividad así determinada no se puede reexaminar en tanto dura el proceso de negociación y, por tanto, no se altera cuando se celebren nuevas elecciones (STS 21 de junio 2017, rec. 136/2016; STS 2 de febrero 2023, rec. 69/2021). Conforme a ello, se mantiene en la Sentencia que un criterio distinto «resulta contrario a la seguridad jurídica al introducir incertidumbre sobre los niveles de representatividad con un cuestionamiento constante de éstos incompatible con el desarrollo normal y estable de un proceso de negociación». La finalidad de esa concreción temporal ha sido en todo momento la de garantizar la necesaria correspondencia entre la legitimación inicial y el nivel de representatividad de la comisión negociadora, de una parte, y la determinación de la denominada legitimación decisoria. Se trata de reglas de Derecho necesario (STS de 21 de junio de 2017, rec. 548/2017).

Después de analizar diversas resoluciones de la Sala, que permiten hablar de una consolidada jurisprudencia sobre el particular, la sentencia destaca cuatro grandes conclusiones que pueden extraerse [STS de 3 febrero 2015 (rec. 64/2014)]:

Primera. La exclusión de un Sindicato no firmante del Convenio (aunque hubiera participado en la negociación) para formar parte de cualquiera de sus comisiones de «administración» es totalmente legítima y no vulnera la libertad sindical, en tanto no se acredite que tal diferencia contraría un derecho, o bien se presente desproporcionada o irracional.

Segunda. Son las concretas circunstancias del supuesto [cometido de la comisión; número de miembros integrantes; funcionalidad o disfuncionalidad de una mayor representatividad, etc.] las que en su caso habrán de evidenciar si la exclusión de la organización que se haya negado a firmar pudiera no ofrecer justificación objetiva y razonable.

Tercera. No parece congruente que pretenda administrar un pacto quien ni tan siquiera lo ha aceptado, a la par que tampoco puede negarse que la actuación de las comisiones no negociadoras hayan de restringirse a la mera función de interpretación o administración de la regla establecida en convenio colectivo.

Cuarta. A la hora de decidir acerca del carácter negociador o no de una determinada comisión, el derecho fundamental de libertad sindical impone que el criterio interpretativo haya de ser necesariamente favorable al ejercicio de aquel derecho. De este modo, en los supuestos dudosos ha de resolverse a favor de su consideración negociadora, de la que debe hacerse una interpretación extensiva, favoreciendo así el derecho de libertad sindical y la participación del Sindicato no suscriptor del Convenio en una comisión que presenta visos negociadores.

La sentencia establece que, *mutatis mutandis*, esta doctrina respalda la conclusión de que no basta con que las secciones sindicales legitimadas para negociar tengan la oportunidad de ratificar lo previamente deliberado y preacordado cuando se está ante instrumentos colectivos de eficacia general. Hay que garantizar su presencia en el órgano de deliberación. De esta manera, la sentencia pone de manifiesto que «acreditada la existencia de legitimación para intervenir en la negociación del convenio, es claro que nos encontraríamos ante una infracción de graves consecuencias si se impidiera al sujeto legitimado su acceso a la Comisión Negociadora (por todas, STS 27 octubre 2014, rec. 267/2013)».

Advierte la Sala de que «el deseo de otorgar seguridad jurídica a la medición de la representatividad (constante en su doctrina) presupone la existencia de un procedimiento de negociación desarrollado conforme a la buena fe y durante un tiempo prudencial». Una cosa es, en efecto, que al constituirse la comisión negociadora haya que medir la representatividad existente y que las ulteriores variaciones de la misma carezcan de consecuencias (regla general) y otra bien distinta que ese principio deba mantenerse en todo caso (excepciones justificadas).

La sentencia considera probada la existencia de un largo período de vacío negociador. En palabras de la SAN recurrida «ha quedado acreditado que han

transcurrido dos años sin convocar la mesa negociadora por diversos motivos y además desde diciembre de 2019, tampoco ha habido reuniones de la Comisión negociadora», lo que supone un largo período de vacío negociador que pone de manifiesto el abandono de la negociación emprendida. En esas condiciones carece de sentido pretender que se está en el mismo procedimiento negociador que se inició en 2014, por lo que considera acertado que la Sala de instancia, de forma reiterada, exponga que en el caso lo procedente era «la constitución de una nueva Comisión negociadora». No se trata solo del tiempo transcurrido y de los cambios en la representatividad, sino que la Comisión Negociadora ha permanecido durante un lapso considerable sin actividad alguna. Considera la Sala que la desactualización relevante de los datos exigidos por el artículo 89 ET a quien promueve la negociación (legitimación que ostenta, materias a negociar...) hace que, en realidad, estemos ante una negociación diversa y que se desnaturalice la aplicación de su doctrina sobre atención a la representatividad en el momento de constituirse la Comisión negociadora.

El hecho de haberse acreditado un largo vacío de negociación, que se ha sustituido por acuerdos puntuales en materia de incrementos salariales y de tiempo de trabajo en el marco de lo establecido en los Presupuestos Generales del Estado al tratarse de una empresa que forma parte del Sector Público Estatal, e incluso la propia constitución de grupos de trabajo para tratar de impulsar la negociación del convenio colectivo, denota que, como establece la Sentencia, no se está ante el mismo procedimiento negociador que se inició en 2014. La Comisión Negociadora ha permanecido durante un lapso de tiempo considerable sin actividad alguna y se ha consolidado «como un órgano estable para la negociación de condiciones colectivas de trabajo en ISDEFE», llevándose a cabo una «desnaturalización» de su función dirigida a la negociación de un convenio colectivo estatutario. De esta forma, volver a plantear la negociación del I Convenio Colectivo de ISDEFE supone iniciar un nuevo proceso de negociación que implica la constitución de una nueva Comisión Negociadora que respete la representatividad existente tras los cambios producidos en ese largo período de tiempo, con una profunda alteración en el banco social debido a la celebración de elecciones sindicales.

Lo contrario podría permitir situaciones de bloqueo de la negociación colectiva y abuso de derecho por parte de sujetos que, en virtud de su legitimidad y representatividad, constituyeron en un momento determinado la Comisión Negociadora de un convenio colectivo que deja de negociarse durante un periodo de tiempo prolongado y se constituyen como Mesa estable de negociación de condiciones de trabajo, vulnerando el derecho fundamental de libertad sindical en su vertiente de derecho a negociar convenios colectivos de otros

sindicatos que puedan reunir los requisitos de legitimación y representatividad que requiere nuestro sistema legal de negociación colectiva estatutaria.

Por lo tanto, la existencia de un prolongado paréntesis de inactividad en el proceso de negociación del convenio colectivo de empresa (proceso excesivo a todas luces), de cambios importantes en la representatividad sindical durante dicho período y de un posicionamiento proactivo de un sindicato legitimado para negociar (que no se ha apartado voluntariamente de la negociación), denotan la necesidad de constituir una nueva Comisión Negociadora para llevar a cabo el proceso de negociación colectiva, sin que eso pueda suponer una ruptura del principio de seguridad jurídica pues ya no se está ante el proceso negociador anterior.

El principio de seguridad jurídica durante el proceso de negociación del convenio, desde que se constituye válidamente la comisión negociadora (cuyo respeto en cualquier situación es lo que plantea el Voto Particular y que aquí no se cuestiona en un proceso normal de negociación de buena fe), no puede en ningún caso afectar, limitándolo, al contenido esencial del derecho fundamental de libertad sindical, impidiendo el derecho a la negociación colectiva a quiénes corresponda negociar legalmente en función de su representatividad que no pueden por ello ser excluidos de la comisión negociadora.

El pronunciamiento contenido en esta Sentencia no constituye, por tanto, un cambio, propiamente dicho, en la doctrina sentada hasta ahora por el Tribunal Supremo respecto a la medición de la representatividad para la negociación del convenio colectivo (pasando a una medición dinámica), sino que lo que hace es aclarar los límites (delimitarlos más precisamente) de la fijación de un momento concreto para medir dicha representatividad, en aras a la seguridad jurídica, respecto a su validez en relación con la garantía del derecho de libertad sindical, dentro de cuyo contenido esencial se encuentra el derecho a la negociación colectiva.

4. CONCLUSIÓN O CONCLUSIONES

La conclusión de la Sentencia es la existencia de vulneración de la libertad sindical, al negar al sindicato USO, que reúne el requisito de legitimación, el derecho a formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo en proporción a su representatividad (arts. 87.5 y 88.1 ET). Tratándose de un sindicato legitimado y estando en juego su derecho fundamental a la acción sindical (arts. 28.2 CE y 2.2.d LOLS) la restricción que comporta el que no acceda a la comisión negociadora habría de estar especialmente justificada y aquí sucede lo contrario.

56. UNA VEZ MÁS SOBRE LA DOBLE ESCALA SALARIAL, EN ESTE CASO A PROPÓSITO DEL COMPLEMENTO DE ANTIGÜEDAD

Comentario a la STS 1000/2023 de 28 de noviembre (Rec. 164/2021)

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid. ORCID: 0000-0001-9586-7544

Palabras clave: conflicto colectivo, doble escala salarial, empleador público, principio de igualdad.

1. PRESENTACIÓN DEL CASO

Las batallas judiciales en pos de la equiparación salarial han sido bastante frecuentes en los últimos tiempos. A veces por diferencias que tienen que ver con el sexo, pero en otras muchas ocasiones por distinciones ligadas a las características del contrato de trabajo o a vicisitudes varias de la relación laboral. Como era de esperar, las correspondientes quejas o reclamaciones se plantean generalmente desde los postulados del principio de igualdad y no discriminación, sin perjuicio de que en más de un caso se invoque asimismo el derecho a la libertad sindical o se busque algún fundamento adicional en el derecho a la tutela judicial efectiva. Una buena muestra de esa nutrida experiencia jurisdiccional sobre diferencias salariales y su acomodo en el principio de igualdad y no discriminación la ofrece la sentencia del Tribunal Supremo 1000/2023, de 28 de noviembre, dictada en el recurso de casación 164/2021,

interpuesto por el Sindicato Unión Independiente de Trabajadores de Andalucía (UITA) contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de fecha de 26 de noviembre de 2020, en un proceso de conflicto colectivo seguido contra la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, en el que también figuraron como demandados, por su directa implicación en el asunto, las organizaciones sindicales Unión General de Trabajadores de Andalucía, Comisiones Obreras de Andalucía y Confederación General del Trabajo. La composición del proceso nos revela un primer dato de interés: no sólo se reivindica la equiparación frente a la entidad empleadora, sino también frente a los sindicatos que habían acordado con ella el pertinente régimen salarial. Otro dato interesante se refiere al objeto del proceso de base: no se trataba de la impugnación del convenio colectivo causante de la desigualdad, sino de la búsqueda de una interpretación distinta de los pasajes que, dentro del mismo, generaban ese problema.

Pero veamos, antes que nada, los antecedentes del recurso de casación que en último término fue interpuesto ante el Tribunal Supremo. La correspondiente demanda de conflicto colectivo, precedida de intento de conciliación en el SERCLA (Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales en Andalucía), fue presentada ante la Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con la pretensión de que se declarara el derecho de la totalidad de los trabajadores de la mencionada Agencia pública «a encontrarse en el ámbito de aplicación del complemento de antigüedad, devengándose el mismo en función de sus respectivas circunstancias laborales (cumplimiento de trienios), y con efectos de la fecha de entrada en vigor del convenio (septiembre de 2018)». Celebrado juicio por falta de avenencia entre las partes, y practicadas las pruebas de rigor, se consignaron con vistas a la resolución del caso los siguientes hechos probados: 1) la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía se había subrogado en la posición jurídica e institucional de las extinguidas «Fundación andaluza de servicios sociales» (FASS) y «Fundación andaluza para la atención a las drogodependencias e incorporación social» (FADAIS); 2) el personal de esas antiguas entidades fue absorbido por la nueva Agencia, con la previsión de que «continuara rigiéndose por sus convenios colectivos de origen hasta la aprobación de uno nuevo»; 3) de los diversos convenios colectivos de aplicación al personal absorbido, tan solo el de FADAIS no contemplaba complemento de antigüedad; 4) algunos de esos convenios excluían de su ámbito de aplicación a determinados tipos o grupos de personal, como el personal de alta dirección o el contratado para el cumplimiento de programas o proyectos dependientes de otras organizaciones; 5) el nuevo convenio colectivo integrador de los anteriormen-

te existentes, en vigor en la fecha de la demanda y con una regulación específica del complemento de antigüedad, fue publicado oficialmente con fecha de 2 de noviembre de 2018, y no fue suscrito por el sindicato demandante; 6) la aplicación de dicho complemento de antigüedad a los trabajadores procedentes de la FADAIS habría supuesto un incremento de la masa salarial superior a los límites fijados a tal efecto por la Ley de Presupuestos de Andalucía vigente en esos momentos.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Literalmente, el precepto convencional implicado en el asunto (art. 43.2 del nuevo convenio colectivo) disponía lo siguiente: «El complemento de antigüedad corresponderá al personal que, a la entrada en vigor del presente Convenio, lo viniera percibiendo, atendiendo a su fecha de antigüedad en la entidad de origen. En tal caso, consistirá en una cantidad fijada en la tabla 2 del Anexo II, en función del grupo profesional en cuyo desempeño se perfeccione, por cada tres años de servicios prestados. Se abonará a partir del primer día del mes en que se cumplan tres o múltiplos de tres años de servicios prestados. Este complemento se devengará en 14 pagas». Con base en el primer apartado de esa regla convencional, en el que se precisaba que el complemento en cuestión correspondería en exclusiva al personal que en el momento de entrada en vigor del nuevo convenio «lo viniera percibiendo», la petición inicial del sindicato recurrente había sido rechazada y la demanda de conflicto colectivo presentada en su momento había sido desestimada. No obstante, para la organización sindical promotora del conflicto colectivo la entidad pública demandada (y se supone que también la sentencia de instancia) había sostenido una interpretación que daba lugar a «una suerte de doble escala salarial», al excluir del devengo del referido complemento al personal que no lo había venido percibiendo con anterioridad al nuevo régimen convencional, precisamente por no habersele reconocido con las normas precedentes. Para el Sindicato UITA, era ésa una interpretación contraria al principio de igualdad de trato consagrado con carácter general en el artículo 14 CE y de manera más particular en los artículos 15.6, 17.1 y 28.1 del Estatuto de los Trabajadores, así como una lectura de la regla convencional aludida que desconocía e incumplía la jurisprudencia constitucional y ordinaria existente sobre esa clase de problemas.

Estas alegaciones, que inicialmente habían conformado la correspondiente demanda, fueron reiteradas más tarde en el recurso de casación que dio paso a la intervención del TS, en cuyo contexto, por cierto, el Ministerio Fiscal

emitió informe en el que proponía e interesaba la desestimación, también pedida, lógicamente, por la entidad empleadora y por los sindicatos que habían formado parte del lado de los demandados, salvo por uno de ellos que, tras la oportuna comparecencia (y según se nos dice en el texto de la sentencia que ahora comentamos), había mostrado su adhesión a las pretensiones del recurrente. A la postre, ésa fue también la solución dada al caso por la sentencia TS 1000/2023, en la que se parte de que «la razonada sentencia recurrida identifica perfectamente los términos del debate», y en la que, en esa misma fase preliminar de sus razonamientos, se toma buena nota de que la Agencia empleadora «se opuso entonces –y se opone ahora–» a la pretensión de extensión de efectos del convenio colectivo en cuestión «porque se superarían los límites de la masa salarial previstos en las leyes presupuestarias», además de justificar la diferencia de trato en relación con el resto de los trabajadores en la ya sabida circunstancia de que «el derecho al complemento se encontraba incluido en sus correspondientes convenios colectivos de origen». La comentada sentencia también hace, naturalmente, la preceptiva referencia a las alegaciones que en vía de recurso, y en contra de esas posturas, había hecho llegar a la Sala la organización sindical recurrente, para la que –conviene reiterarlo ahora– «el ajuste a la norma presupuestaria no puede pasar por una vulneración de derechos fundamentales como entiende que se produce en este caso, al existir una doble escala salarial incluida en un convenio colectivo creado expresamente para dotar de una regulación unitaria en el seno de la Agencia demandada a todos los convenios que venían siendo de aplicación a cada colectivo».

3. ARGUMENTOS Y RESPUESTA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Muy variados son los argumentos utilizados por la sentencia TS 1000/2023 para fundamentar su respuesta desestimatoria, aunque podríamos agruparlos en dos grandes apartados. De un lado, los argumentos que a fin de cuentas vienen a reafirmar y remachar lo decidido inicialmente por el TSJ de Andalucía en su Sala de Sevilla, que son los dos siguientes: 1) que la ley «puede desplazar la aplicación de un convenio colectivo, aunque este sea anterior en el tiempo»; 2) que la legislación aplicable en el caso de autos (conformada por las correspondientes leyes presupuestarias autonómicas, exigentes de informe previo y favorable de las consejerías competentes en materia de Administración Pública y de Hacienda para la determinación y modificación de las condiciones retributivas de las agencias públicas empresariales, y por los artículos 21 y 27 del Estatuto Básico del Empleado Público) «impide extender el

derecho al complemento de antigüedad a colectivos que antes de su integración en la Agencia no tenían derecho a dicho complemento». De otro lado, los argumentos expresados directamente por el propio TS, que podemos resumir de la siguiente manera: 1) la negociación colectiva debe respetar, aun con modulaciones, el principio constitucional de igualdad que proclama el artículo 14 CE, del mismo modo que, en términos más generales, no puede lesionar los derechos fundamentales, con la singular precisión de que «la vinculación con el principio de igualdad es mayor y más acentuada si se está, como es aquí el caso, ante un empleador público»; 2) no obstante, «nuestra jurisprudencia, de acuerdo con la doctrina constitucional, ha establecido que son válidas las configuraciones de dichos complementos que se limitan a reconocer y a mantener lo que venían percibiendo unos trabajadores y no otros», de forma que «una configuración “estática” del complemento de antigüedad, encaminada a conservar lo que ya se tenía, no vulnera el principio de igualdad respecto de quienes nunca lo han tenido».

Con esos mimbres, y partiendo del conocido relato de hechos probados (y, en especial, de la trayectoria y estructura de la negociación colectiva atinente al personal de la nueva agencia pública andaluza), la sentencia TS 1000/2023 viene a concluir que «máxime existiendo limitaciones presupuestarias para ello, la Agencia no estaba constitucionalmente obligada, por mandato del artículo 14 CE, a reconocer y extender el complemento de antigüedad a trabajadores que nunca lo habían tenido». Para el TS, los propios recurrentes venían a reconocer en sus alegaciones que «puede perfectamente acordarse que los trabajadores de Agencia no generen cantidad adicional alguna en concepto de antigüedad desde la entrada en vigor del convenio colectivo de la Agencia, conservando los trabajadores que viniesen percibiendo dicho concepto la cantidad consolidada hasta entonces», una configuración «estática» de dicho complemento que, a juicio de la sentencia TS 1000/2023, «respeto el artículo 14 CE». Distinto sería, advierte el mismo TS, «que el complemento de antigüedad se configure –o se aplique–, de forma no estática, sino “dinámica”, de manera que no se limite a conservar la cantidad estable, consolidada y estática que se venía percibiendo, sino que se conforme de forma “dinámica”, acreciendo la cuantía del complemento de antigüedad y perpetuando, así, la diferencia de trato en perjuicio de aquellos trabajadores que nunca lo han percibido». Mientras que la configuración «estática» del complemento de antigüedad –sigue apuntando el TS– se encamina «a conservar lo que ya se tenía» y por tal motivo «no vulnera el principio de igualdad respecto de quienes nunca han disfrutado de dicho complemento», la configuración «dinámica», que no sólo mantiene lo conseguido, sino que lo agranda y perpetúa, «plantea problemas

de compatibilidad con el principio constitucional de igualdad». Aunque el tribunal *a quo* no se había detenido en ese aspecto del asunto, tiene a bien el TS reconocer que cabía la posibilidad de que «la Agencia estuviera realizando en la práctica una aplicación dinámica del complemento de antigüedad», pero inmediatamente pasa a declarar que «tampoco ello nos podría llevar a estimar el recurso y la demanda inicial de conflicto colectivo», pues, «de conformidad con la jurisprudencia constitucional, el principio de igualdad no juega ni se aplica en la ilegalidad», ni da «cobertura a un imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad». En fin, para la sentencia TS 1000/2023, si razones presupuestarias habían impedido «extender el complemento de antigüedad que venían percibiendo determinados trabajadores integrados en la Agencia a los trabajadores igualmente integrados en la Agencia pero que no venían percibiendo complemento de antigüedad alguno, la eventual aplicación dinámica de dicho complemento no permite saltarse esas limitaciones presupuestarias». En consecuencia, se confirma y declara «la firmeza de la sentencia recurrida», con rechazo igualmente firme de las pretensiones del sindicato recurrente.

4. BREVE COMENTARIO

La respuesta del TS al contencioso iniciado por el sindicato UITA contra la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía es desde luego fundada, y se asienta, como es de rigor, en la doctrina precedente de ese mismo órgano jurisdiccional y en la jurisprudencia constitucional concordante. Al fin y al cabo, la diferencia de trato derivada del régimen convencional aplicable a los empleados de esa entidad pública tenía su origen en decisiones provenientes de la autonomía colectiva, y no debe considerarse más que una consecuencia de los criterios legítimamente utilizados por los sujetos negociadores (conjuntamente con la contraparte empleadora) para ordenar las relaciones de trabajo en el espacio de referencia teniendo en cuenta las circunstancias objetivas concurrentes. En verdad, poco pueden –y poco deben– hacer los tribunales respecto del régimen jurídico que haya de aplicarse en un determinado ámbito de trabajo. Poco –o nada– pueden hacer, por decirlo de otro modo, en un terreno que a la postre pertenece a lo que habitualmente se conoce como «conflictos de regulación», pues las disputas acerca de cómo debe regularse una determinada condición de trabajo no forman parte del ámbito de conocimiento propio de la jurisdicción, sino de las facultades reguladoras del legislador o de las correspondientes representaciones profesionales, que, obviamente, habrán de desenvolverse dentro del marco constitucional y legalmente

establecido, y, particularmente, dentro de los márgenes admitidos por el principio de igualdad y no discriminación, que, por cierto, tampoco tienen la rigidez que a veces se les supone (como, por lo demás, pudo verse en este caso. Ya tendrán ocasión los tribunales de interpretar y aplicar lo que se hubiera decidido al respecto, ejerciendo, en tal caso sí, la función que les es propia.

De todas formas, la decisión adoptada por los tribunales en este supuesto, y particularmente por el TS, no deja de presentar alguna zona de oscuridad y algún resquicio para la duda. Sobre todo porque la *ratio decidendi* de la solución dada al caso no aflora en el texto de la sentencia con la claridad que sería deseable. ¿Cuál es, en definitiva, el motivo que conduce a la desestimación del recurso? ¿Es la admisibilidad, desde la perspectiva del principio de igualdad y no discriminación, de las diferencias derivadas de la denominada configuración «estática» de una determinada partida salarial, o es más bien la necesidad de respetar los aludidos límites presupuestarios? Si el fundamento fuese esto último, el tribunal tendría que haber dicho algo más, en buena lógica, sobre la disparidad de impacto que tales límites tenían entre los potenciales afectados, pues no sería aceptable que sólo algunos de ellos sufrieran los efectos de esos topes legales, como cabe sospechar que pudiera haber ocurrido en este contencioso. En cambio, si nos basamos en exclusiva en la compatibilidad de ese tipo de diferencias con el artículo 14 de la Constitución poco más habría que decir de lo que ya dice la sentencia, pues esas diferencias originadas por las particulares circunstancias de un determinado ámbito de trabajo pueden ser efectivamente compatibles con el principio de igualdad y no discriminación, en especial si tienen su raíz en procesos de absorción o subrogación «empresarial», como aquí sucedía. En conclusión: si la diversidad en el régimen convencional de referencia sólo se hubiera debido al hecho de que las normas presupuestarias no daban margen para un gasto mayor, habría que decirles tanto a quienes negociaron el convenio colectivo como al propio Tribunal Supremo que sus decisiones dejan algo que desear en el plano de la equidad (y a la postre de la igualdad). Ahora bien, si la razón de dicha diferencia hubiera sido en exclusiva la conveniencia de amortizar progresivamente el complemento de antigüedad, con vistas a su desaparición definitiva, la solución dada al caso ofrecería, muy probablemente, menor espacio para la especulación.

Hagamos, para finalizar, algunas reflexiones adicionales, para lo que nos puede bastar con el mero planteamiento de unas pocas preguntas. Primera: ¿han de valorarse del mismo modo las diferencias salariales que proceden de la trayectoria particular de cada trabajador que las que devienen de la pertenencia previa a una u otra entidad empleadora, como parecía suceder en esta ocasión? Segunda: si el principio de igualdad de trato entraña mayor intensi-

dad o nivel de exigencia en el ámbito de los empleadores de naturaleza pública, como bien recuerda la sentencia TS 1000/2023, ¿cabe aplicar en tal contexto, sin mayores matices o consideraciones, la referida tesis de que son admisibles las diferencias de trato originadas por la configuración «estática» de un determinado complemento salarial? Tercera, y en un plano más general: aun cuando haya que partir de la canónica distinción entre el principio de igualdad y el principio de no discriminación, ¿cómo habría que calificar las diferencias de trato contrarias al principio de igualdad, como desigualdad injustificada o más bien como discriminación?

57. EL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE EN CASO DE SUCESIÓN DE CONTRATAS CUANDO UNA DE ELLAS ES UN CENTRO ESPECIAL DE EMPLEO: UNA VIEJA CUESTIÓN ABIERTA A NUEVOS INTERROGANTES

Comentario a la STS 459/2023 de 28 de junio de 2023 (Rec. 4205/2020)

YOLANDA MANEIRO VÁZQUEZ

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Santiago de Compostela. ORCID: 0000-0002-3345-5330

Palabras clave: Centro especial de empleo, contratas, convenio colectivo, subrogación.

1. ANTECEDENTES

Doña Angelina, trabajadora de Servicios Securitas S.A. desde 2006 con tareas de vigilancia, seguridad y protección en las instalaciones de la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante, TGSS), fue subrogada en 2015 por la nueva adjudicataria del servicio, la empresa Dimoba Servicios S.L. Dos años después se le informó de que la empresa Global Servicios-Unión de Discapacitados para el Empleo y la Formación sería la nueva y tercera empresa adjudicataria del servicio de vigilancia. El 20 de enero de ese mismo año 2017 esta empresa comunicó a Dimoba su negativa a subrogar a doña Angelina, por no existir obligación legal, convencional o administrativa para ello.

La trabajadora impugnó la extinción de su contrato ante el Juzgado de lo Social núm. 1 de Algeciras, que declaró la improcedencia del despido realiza-

do por Dimoba y absolvió a la TGSS y a Global Servicios-Unión de Discapacitados para el Empleo y la Formación. Esta sentencia fue revocada por la STSJ Andalucía (Sevilla) de 1 de octubre de 2020 (Rec. 998/2019), que estimó el recurso de suplicación presentado por Dimoba y condenó a Global Servicios por despido improcedente. Aplicando el criterio funcional, la Sala determinó la aplicación del convenio colectivo de empresas de seguridad, que contenía una previsión expresa de subrogación del personal procedente de la anterior adjudicataria.

Como sentencia de contraste la para el posterior recurso de casación para la unificación de doctrina se empleó la STSJ Andalucía (Sevilla) de 5 de diciembre de 2019 (Rec. 2952/2018). Pese a haber sido dictada en relación con la misma sucesión de contratas, la Sala andaluza consideró en ella que el centro especial de empleo carecía de la obligación de subrogarse respecto del personal de la empresa saliente, ya que «ni se lo imponía el convenio, ni el pliego, ni asumió a ningún trabajador de la empresa saliente, ni adquirió los elementos patrimoniales necesarios para continuar la actividad».

2. CUESTIÓN O CUESTIONES PLANTEADAS

La STS de 28 de junio de 2023 unificó doctrina sobre un supuesto particular: la subrogación del personal que venía prestando servicios para la contratista saliente en el caso de que la nueva adjudicataria resulte ser un centro especial de empleo y la actividad objeto de la contrata —en este caso el servicio de vigilancia y protección de las instalaciones de la TGSS— no aparezca incluida en el convenio colectivo específico de los referidos centros especiales de empleo.

La propia Sala remarcó críticamente en esta sentencia la «indeseable demora en la resolución de los asuntos que los órganos judiciales, incluida esta Sala Cuarta, vienen experimentando», que fue, en este caso, de seis años. Así, el que los hechos enjuiciados hubieran sucedido con anterioridad al 1 de enero de 2022, fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, que introdujo la nueva redacción del artículo 42.6 y la Disposición Adicional vigesimoséptima del ET, obligó a la Sala Cuarta a dejar fuera de esta sentencia «el examen de la redacción atribuida al artículo 42.6 ET a partir de la reforma operada a fines de 2021 y de las posteriores respecto del régimen jurídico de los Centros Especiales de Empleo». De acuerdo con este, el convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas «será el del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con

independencia de su objeto social o forma jurídica, salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III». A su vez, la referida Disposición Adicional vigesimoséptima establece la inaplicación de esta norma a las contratas y subcontratas suscritas con centros especiales de empleo.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

El fundamento jurídico Tercero constituye el núcleo de la sentencia objeto de este comentario, cuya longitud se explica a la vista de la extensa remisión –irónicamente referida como «breve inventario»– a la jurisprudencia anterior de la Sala de lo Social sobre la transmisión de contratas (por todas, STS de 27 de septiembre de 2018; rcud. 2747/2016) y, de modo más específico, sobre el convenio colectivo aplicable a las concertadas por los centros especiales de empleo.

La Sala articuló su respuesta sobre tres cuestiones: «1.º las previsiones sobre subrogación por cambio de contratista que albergan algunos convenios colectivos sectoriales solo son aplicables a las empresas comprendidas en su ámbito funcional y territorial. 2.º Con carácter general, a la empresa configurada como centro especial de empleo debe aplicársele su convenio colectivo específico, y no el sectorial de la actividad desarrollada en la contrata. 3.º De manera específica, las previsiones del convenio sectorial sobre subrogación asociada a la transmisión de contratas son aplicables a una empresa del tipo CEE [centro especial de empleo] que interviene, como cedente o como cesionaria».

Al hilo de estos tres parámetros, la Sala hace revisión de su abundante jurisprudencia anterior que, como ella misma indica, «se mueve en varias direcciones, no contradictorias sino complementarias». Remarca así, por una parte, la necesidad de «respetar la correspondencia entre la representatividad de quienes negocian un convenio colectivo y su ámbito de aplicación», de modo que no pueda regular relaciones laborales ajenas a su ámbito de aplicación, como ha recordado la Sala en numerosas ocasiones, entre ellas en las sentencias TS de 10 de diciembre de 2008 y 17 de junio de 2011 (Rcud. 2731/2007 y 2855/2010) y, en particular, respecto del sector de limpieza, en sus sentencias de 14 de marzo de 2005 y de 26 de abril de 2006 (Rcud. 6/2004 y 38/2009).

El Tribunal Supremo también ha venido precisando la necesidad de compatibilizar este criterio general con otro específico respecto de los supuestos en los que intervenga un centro especial de empleo en el cambio de titularidad en

las contrata de prestación de servicios (por todas, STS de 2 de febrero de 2015; rcud. 2012/2015). La reciente STS de 20 de diciembre de 2022 (Rec. 1871/2019) indicó que los trabajadores de los centros especiales de empleo «han de regir sus relaciones por el convenio colectivo propio, sean cuales sean las tareas a las que se dediquen en tanto estén vinculados a esa específica figura empresarial mediante una relación laboral especial que define el ámbito de aplicación del citado convenio».

Cierto lo anterior, en la medida en que la consideración de un centro especial de empleo constituye un «tipo singular de empresa» que «reclama la prioridad aplicativa del convenio más específico», ha de regir lo que la Sala denomina «aplicación selectiva» del convenio sectorial. Así lo ha establecido reiteradamente en sus sentencias de 4 de octubre de 2011, 7 de febrero de 2012 y 9 de abril de 2013 (Rec. 4597/2010, 1096/2011 y 304/2012), así como en su destacada STS de 22 de abril de 2013 (Rec. 748/2012), expresamente invocada por la empresa en el supuesto objeto de este comentario.

De este modo, aunque la empresa contratista presente una naturaleza jurídica particular, como sucede con un centro especial de empleo, «está obligada a sumir lo establecido en el convenio colectivo de la actividad [...] si opta libremente por concurrir a la adjudicación de una contrata [...] que se rige ya anteriormente por esa normativa convencional, porque la anterior adjudicataria se encuentra comprendida dentro del ámbito funcional de ese convenio colectivo» (STS de 3 de mayo de 2022; rcud. 2840/2021). Si, por el contrario, no existiera convenio colectivo que así lo exigiese, tampoco resultaría obligada la subrogación del personal de la empresa anterior, «al no concurrir los requisitos para que operase la sucesión legal y no estar prevista en la norma colectiva aplicable» (STS de 11 de noviembre de 2022; rcud. 2979/2021).

Así pues, conforme al denominado «criterio funcional», la aplicación selectiva de la norma convencional obliga a cualquier centro especial de empleo que aspire a obtener la contrata en cuestión a subrogarse en los contratos de otros trabajadores, sean estos o no personas con discapacidad, aunque el fin primordial de un centro especial de empleo sea el de favorecer la integración de las personas con discapacidad. Con esta aplicación selectiva, el TS solo defiende la aplicación de una norma concreta del convenio del sector, la relativa a la subrogación, con el fin de garantizar la protección de los trabajadores de la empresa saliente y la igualdad de reglas de competencia entre contratistas, pero sin defender en modo alguno la totalidad del convenio del sector (Gorelli, 2021, p. 543).

La sentencia aquí comentada unifica doctrina en la línea seguida por la jurisprudencia anterior del TS, en especial por las sentencias de 22 de abril

de 2013 y 23 de septiembre de 2014 (Rcud. 748/2012 y rec. 50/2013, respectivamente). Así las cosas, cuando un centro especial de empleo multiservicios concurre voluntariamente a la contrata de una actividad periférica –como es la vigilancia de las instalaciones de la TGSS, en el caso de autos– y distinta de la que figura en el ámbito funcional de su propio convenio, debe someterse a las normas convencionales aplicables en el sector a los solos efectos de la obligación de subrogación de los contratos de trabajo de la anterior empresa adjudicataria. Para el resto de las materias regirá el convenio colectivo específico aplicable a los centros especiales de empleo. En esta línea, la sentencia aquí comentada dispone que el centro especial de empleo que se subroga en el servicio de vigilancia de la TGSS se haga cargo del personal de la empresa anterior, tenga este o no alguna discapacidad: «al CEE multiservicio que asume la contrata de actividad a la que el convenio colectivo sectorial anuda la obligación de subrogarse sí le es aplicable esa regulación, aunque en el resto de materias haya de estarse a las pretensiones del convenio colectivo específico».

4. CONCLUSIÓN O CONCLUSIONES

Se recuerda que esta sentencia, aun fechada a finales de 2023, resuelve un supuesto de hecho anterior a la entrada en vigor de la Disposición Adicional vigesimoséptima del ET, que exime de la aplicación del artículo 42.6 ET a las contrata y subcontratas suscritas con centros especiales de empleo, en un intento de positivizar el criterio jurisprudencial mantenido por el Tribunal Supremo.

No obstante, no pueden dejar de apuntarse algunos de los problemas adicionales que, sin duda, planteará la redacción de la Disposición Adicional vigesimoséptima del ET a los futuros supuestos en los que un centro especial de empleo suceda a otra empresa adjudicataria que carezca de tal condición. Como acertadamente señala Gárate Castro, la literalidad del texto de la referida Disposición Adicional no resuelve con claridad el problema de la subrogación de los trabajadores de la contrata anterior. Si, en línea con la jurisprudencia vigente hasta el momento, se considerase que el centro especial de empleo hubiera de subrogarse respecto de los trabajadores no discapacitados procedentes de la anterior adjudicataria, es obligado plantearse cuál será el convenio colectivo aplicable a estos, si continuarán rigiéndose por el convenio específico aplicable con anterioridad a la subrogación y, en tal caso, hasta cuándo continuará siendo aplicable dicho convenio (Gárate Castro, 2024, 105-106). El artículo 44.4 del ET remite al convenio colectivo aplicable en el momento de

la transmisión hasta la fecha de expiración de este, o bien hasta la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo aplicable al centro especial de empleo, salvo pacto en contrario establecido mediante acuerdo de empresa entre el dicho centro y los representantes de los trabajadores de este, una vez consumada la sucesión.

El tema continúa abierto y, sin duda, pendiente de futuras e interesantes reflexiones por parte de los tribunales laborales.

5. BIBLIOGRAFÍA

DE LA PUEBLA PINILLA, A. (dir.), *Subrogación contractual a través de la negociación colectiva*, *Informes y Estudios Relaciones Laborales*, núm. 131, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2024.

GARCÍA BLASCO, J. (dir.), *La negociación colectiva en el sector público*, *Informes y Estudios Relaciones Laborales*, núm. 116, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Madrid, 2019.

GÁRATE CASTRO, J., *Derecho Sindical. Negociación colectiva*, volumen II, Bomarzo, 2024.

GORELLI HERNÁNDEZ, J., «Principales problemas jurisprudenciales en la relación laboral especial de trabajadores con discapacidad que trabajan en centros especiales de empleo», *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, núm. 37, 2021, pp. 511-550.

**58. LEGITIMACIÓN SINDICAL INICIAL
PARA LA NEGOCIACIÓN DE CONVENIOS DE EMPRESA**
Comentario a la STS 267/2023 de 12 de abril de 2023 (Rec. 4/2021)

JESÚS CRUZ VILLALÓN
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla. ORCID: 0000-0002-1275-5289

Palabras claves: Negociación colectiva, convenio empresa, legitimación sindical.

1. ANTECEDENTES

Se inicia la renegociación de un convenio colectivo de ámbito empresarial de una sociedad anónima. El reparto de representantes en la empresa en ese momento es el siguiente, en número de miembros de comités de empresa y delegados de personal: 14 CCOO, 13 UGT, 10 STR y 2 USO. En el acto de constitución de la comisión negociadora se acuerda que las representaciones de la dirección y de los trabajadores no excedan de 10 miembros en cada una de las representaciones, al tiempo que se pacta que, en ulteriores convenios colectivos, será necesario el acuerdo mayoritario de cada una de las representaciones para adoptar el número de miembros de la comisión negociadora a una cifra distinta. Los tres primeros sindicatos, que ostenta una representatividad conjunta del 94,87 %, acuerdan una composición de la comisión negociadora integrada por 10 miembros, distribuida con participación con voz y voto

de esos tres sindicatos, con la exclusión y, por tanto, la oposición de USO, que alcanza el 5,13 % de representatividad.

El sindicato excluido interpone demanda contra el anterior acuerdo de composición de la comisión negociadora, por vulneración de derechos fundamentales, de la libertad sindical en concreto, ante la sala de lo social de la Audiencia Nacional por negarle lo que considera su derecho de presencia en dicha negociación del convenio empresarial. La sentencia de la Audiencia Nacional desestimó la demanda, frente a la cual USO presenta recurso de casación, que da lugar a la sentencia objeto del presente comentario. En negociaciones precedentes en la misma empresa se había producido una distribución similar de la comisión negociadora, habiendo considerado el Tribunal Supremo legal esa composición (STS 5 de diciembre de 2000, rec. 4374/1999).

2. CUESTIÓN PLANTEADA

El asunto que corresponde dilucidar al Tribunal Supremo en este caso se concentra en determinar si el sindicato USO tiene derecho a formar parte con voz y voto de la comisión negociadora del convenio de empresa, en qué medida la exclusión del sindicato supone vulneración de la libertad sindical y, en caso afirmativo, si además de retrotraer las actuaciones al momento constitutivo de la comisión negociadora, procede reconocer al sindicato a ser compensado con una determinada indemnización por daños y perjuicios.

A pesar de que la sentencia aborda un aspecto muy concreto de la legitimación inicial para negociar convenios colectivos, tiene una enorme significación, por la lectura de conjunto que debe realizar para afrontar la cuestión planteada. Igualmente resulta relevante el fallo de la sentencia porque con ella el Tribunal Supremo cambia de criterio y establece una interpretación diferente a la que adoptó en la sentencia antes mencionada, que no casualmente se refería a la misma empresa y respecto de una distribución de la representatividad sindical prácticamente idéntica.

Es cierto que las reglas de legitimidad inicial pierden parte de su influencia a partir del momento en el que, recientemente el propio Tribunal Supremo, ha consolidado el criterio de que el cómputo de la mayoría de votación, para la adopción final del acuerdo de pacto del convenio (art. 89.3 ET), se efectúa respecto de la representatividad de cada organización que vota a favor de la firma, en términos de porcentaje de representantes respecto del total de los existentes en el ámbito de aplicación. Por tanto, computan también los representantes de las candidaturas que no tendrán miembros en la comisión nego-

ciadora, no influyendo, por tanto, que estas organizaciones formen o no forme parte de la comisión negociadora (STS 12 de marzo de 2022, rec. 328/2021, ECLI:ES:TS:2024:1629). Aplicado al caso concreto, téngase en cuenta que el sindicato USO que reclama su legitimidad inicial tiene un 5,13 % de representatividad en la empresa, de modo que su influencia práctica sería mínima, aunque formase parte de la comisión negociadora. A pesar de eso, la cuestión planteada no deja de tener su trascendencia, de forma que determina el grado de protagonismo en la negociación colectiva de los sindicatos minoritarios, al extremo de que su posición en el seno de la comisión negociadora puede decantar las mayorías a favor o en contra de la firma del convenio colectivo.

La normativa a tomar como referencia en este asunto en términos esquemáticos es la siguiente: 1) reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva a los «representantes de los trabajadores» (art. 37.1 CE); 2) reconocimiento del derecho a la negociación colectiva a los sindicatos «que tengan representación en los comités de empresa» «o cuenten con delegados de personal» «en los términos establecidos en su legislación específica» (art. 8.2 b LOLS); 3) se encuentra «legitimados para negociar en los convenios colectivos de empresa...las secciones sindicales que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa» (art. 87.1 ET); 4) «todo sindicato...que reúna el requisito de legitimación, tendrá derecho a formar parte de la comisión negociadora» (art. 87.5 ET); 5) El reparto de miembros con voz y voto en el seno de la comisión negociadora se efectuará con respeto al derecho de todos los legitimados...y en proporción a su representatividad» (art. 88.1 ET); 6) En los convenios de empresa los miembros de la comisión negociadora en representación de cada parte «no superará el número de trece» (art. 88.3 ET).

Hay ciertos elementos de interpretación de esta normativa asentados por la sentencia, que pueden considerarse indiscutidos por las partes, que no forman parte del debate procesal, pero que constituyen premisa de aquél. Se podrían resumir como sigue.

En primer lugar, las reglas de legitimación negocial son de orden público, sin que puedan ser alteradas por acuerdo entre las partes. En segundo lugar, todo sindicato, en concreto, toda sección sindical que reúna los requisitos legales de legitimación inicial, tienen derecho de participar con voz y voto, formando parte de la comisión negociadora. En sentido inverso, aunque un conjunto de secciones sindicales represente a la mayoría de los comités de empresa y delegados de personal y puedan constituir válidamente la comisión negociadora, ello no les permite excluir al resto de las secciones sindicales que gocen de legitimación inicial. En tercer lugar, legalmente sólo se establece un número máximo de

miembros de la comisión negociadora, interpretándose que quienes tienen legitimación inicial tienen libertad para acordar por mayoría su número exacto de miembros, siempre que ello no tenga carácter abusivo. En cuarto lugar, el texto constitucional no precisa las concretas reglas de legitimidad negociadora, particularmente la inicial, porque la misma depende de lo que determine la legislación ordinaria, respetando la necesidad de que el convenio colectivo siempre puede ser negociado por el canal sindical. En quinto lugar, la cuestión planteada remite en esencia a la interpretación de la legalidad ordinaria, lo que supone que la normativa laboral podría decantarse por exigir o no a las secciones sindicales una representatividad mínima para ostentar la legitimidad inicial; prueba de ello, es que el Estatuto de los Trabajadores así lo exige para la legitimidad inicial sindical en la negociación de convenios sectoriales (art. 87.2 ET), sin que en ningún momento se haya discutido la constitucionalidad de este requisito legal.

A la vista de todo lo anterior, el debate procesal se sitúa en interpretar si la legislación ordinaria establece también un umbral mínimo de representatividad a las secciones sindicales para ostentar la legitimidad inicial. A partir del dato indiscutido de que expresamente la norma no establece para los convenios colectivos ese umbral mínimo para los convenios de empresa, la discusión se encuentra en determinar si pudiera existir un límite implícito, derivado del efecto indirecto de la aplicación de alguna regla complementaria de las reglas sobre legitimación. En concreto, la discusión se centra en si bien el número máximo legal de 13 miembros de la comisión negociadora por cada parte o bien el respeto del principio de proporcionalidad provocan como efecto reflejo el establecimiento en determinados casos de un umbral mínimo de representatividad.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

El Tribunal Supremo en esta sentencia interpreta que el único motivo que justificaría la exclusión de la presencia en la comisión negociadora de una sección sindical minoritaria, con representación entre los comités de empresa y delegados de personal de la empresa, sería el número máximo de 13 miembros en la comisión negociadora derivado de un número excesivo de sindicatos legitimados. En este caso concreto, donde se encuentran en liza cuatro sindicatos que reclaman su legitimación inicial, no se produce este supuesto excepcional. En sentido contrario, el Tribunal Supremo interpreta que la aplicación del criterio de proporcionalidad no puede provocar la exclusión de ningún sindicato, por poco porcentaje de representatividad que tenga, porque la distribución proporcional se debe efectuar a partir de la determinación previa de los legitimados

iniciales y entre todos los legitimados iniciales. Este es precisamente el criterio novedoso, por mucho que la sentencia en ocasiones afirma que su criterio deriva de ciertos antecedentes jurisprudenciales, que rompe con interpretaciones previas del propio Tribunal Supremo, interpretación esta última que es la que defienden las otras organizaciones que acordaron excluir al sindicato minoritario. Para el Tribunal Supremo, este criterio de indiferencia de la regla de la proporcionalidad le lleva a considerar irrelevante el número de miembros que tenga la comisión negociadora, que es de libre fijación por las partes, naturalmente siempre que reconozcan la legitimación inicial a todos los que la tengan con independencia del porcentaje de representatividad que ostenten.

El Tribunal Supremo entiende que la ilícita negación de la legitimación inicial producida presenta tal relevancia que comporta vulneración de la libertad sindical, por lo que falla la nulidad de la composición de la comisión negociadora y retrotrae las actuaciones al momento previo a su constitución. A la vista de ello, entiende que el daño moral sufrido ha quedado prácticamente reparado, si bien, atendiendo a que legalmente resulta obligado imponer adicionalmente el abono de una indemnización, ésta la fija en la cuantía mínima establecida de la horquilla prevista para las sanciones en la LISOS, que aplica por analogía, y cifra en concreto en la cantidad de 626 euros.

4. CONCLUSIÓN

La sentencia, cambiando de criterio, establece un criterio claro, que aporta plena seguridad jurídica para la determinación de la legitimación inicial por parte de las secciones sindicales. A pesar de que la argumentación de la sentencia es sólida, a mi juicio, no deja de presentar algunos elementos discutibles, al extremo de que nos parecía más fundada la interpretación precedente, por cuanto que, en mi opinión, resulta mucho más razonable la aplicación del principio de proporcionalidad en estos casos como umbral mínimo a la legitimación inicial, especialmente atendiendo a una lectura finalista y sistemática de la regulación vigente.

Como premisa de partida, podría destacarse que la sentencia podría haber evitado entrar en el debate interpretativo planteado, por cuanto que su fallo, a mi juicio, sería idéntico, aunque se aplicase el principio de proporcionalidad tomando en consideración el número máximo de miembros legalmente admitidos. Si calculásemos la distribución proporcional en este caso, a USO habría que reconocerle también la legitimación inicial. Esto fue precisamente lo que hizo la precedente sentencia ya citada, que resolvió en sentido opuesto a la que

comentamos (STS 5 de diciembre de 2000, rec. 4374/1999). Recordemos que, para el Tribunal Constitucional, aunque las representaciones legitimadas, con respeto del tope máximo, pueden libremente determinar el número de miembros de la comisión, necesariamente lo tienen que hacer no distorsionando la necesaria distribución proporcional entre los miembros.

Pero, sobre todo, lo decisivo, a mi juicio, es que el principio de proporcionalidad se exige por imperativo constitucional, a partir de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional. Tan es así que en las versiones iniciales del Estatuto no constaba la regla de la proporcionalidad, sino que se introduce posteriormente para incorporar la jurisprudencia constitucional construida al efecto. Por tanto, la lectura del criterio de la proporcionalidad ha de hacerse sistemáticamente a partir del significado que le otorga la jurisprudencia constitucional y no basta con una lectura gramatical del texto del Estatuto de los Trabajadores. A tenor de ello, a mi juicio, el imperativo constitucional exige que el criterio de la proporcionalidad esté presente tanto en la fase de distribución de los miembros de la comisión, como en el previo de determinación de quienes tienen derecho a formar parte de la comisión, por tanto, de quienes ostentan la legitimación inicial. Téngase en cuenta que un reconocimiento de la legitimación inicial sin tomar en consideración la proporcionalidad, puede provocar una disminución de la representatividad del resto de las secciones sindicales que ostentan porcentajes superiores de representatividad. A mayor abundamiento, el reconocimiento de legitimación inicial a quienes tienen un porcentaje de representatividad marginal provoca que se les atribuya un protagonismo desmesurado en la práctica en la dinámica de la negociación colectiva, con capacidad, en ciertas ocasiones, de provocar demoras indebidas, bloqueos negociales *de facto*, incluso decantar en situaciones límites las mayorías de votación. El equilibrio entre el poder de los menos representativos y de los más representativos no debe llevar a la atribución de poderes exorbitantes a unas minorías marginales.

Por último, los argumentos anteriores, formulados desde una perspectiva de interpretación de la legalidad vigente, a la vista de que no se acogen en estos momentos por el Tribunal Supremo, deben llevar, ahora desde una perspectiva *de lege ferenda*, a una propuesta de reforma legal que establezca un umbral mínimo de representatividad para el reconocimiento de la legitimidad inicial para los convenios de empresa, con cierta semejanza a lo que sucede actualmente para los convenios de sector.

**59. ÁMBITO FUNCIONAL DEL CONVENIO COLECTIVO Y
FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LA COMISIÓN NEGOCIADORA
PARA LIMITAR LA ACTIVIDAD DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO
TEMPORAL EN CUANTO EXCLUIDAS DE ESE ÁMBITO**

Comentario a la STS 255/2023 de 11 de abril de 2023 (Rec. 86/2021)

SALVADOR DEL REY GUANTER

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

ESADE Law School

Palabras claves: Ámbito funcional del convenio colectivo, legitimación de la comisión negociadora, control de ilegalidad y lesividad de convenios colectivos, prohibición a la limitación de la actividad de las empresas de trabajo temporal.

1. ANTECEDENTES

La Asociación de Agencias de Empleo y Empresas de Trabajo Temporal (ASEMPLEO) interpuso demanda ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC) por la cual impugnaba y pedía la declaración de nulidad tanto por ilegalidad como por lesividad de los apartado 11 del anexo III del II Convenio Colectivo de trabajo de supermercados y autoservicios de alimentación de Cataluña, allí donde indicaba en los párrafos 5.º, 6.º y 7.º, lo siguiente: «5.º Seguimiento de los contratos de puesta a disposición: las empresas de trabajo temporal (de ahora en adelante ETTs) están obligadas a poner a disposición de la Comisión mixta copia de los contratos que establezcan con las empresas del sector. 6.º Esta comisión tiene que valorar las causas y las circunstancias de la firma de contratos, y hará el seguimiento de los contratos para evitar

actuaciones fraudulentas. 7.^a Las personas trabajadoras contratadas por ETT que presenten sus servicios en empresas vinculadas a este convenio, tienen que percibir el salario que les correspondería en el nivel del empleo que ejerzan en el sector, incrementado con un plus de eventualidad de un 10%.»

El Convenio se firmaba, por una parte, por los representantes de las patronales Grupo Provincial Empresarial de Supermercados y Autoservicios de Barcelona (GEPsAB), Gremio de Empresas Distribuidoras de Alimentación de Tarragona (GEDAT), Gremio de Empresas Distribuidoras de Alimentación de Lérida (GEDAL), y Gremio de Empresas Distribuidoras de Alimentación de Gerona (GEDAG), y, por otra, por la Federación de Servicios de CCOO de Catalunya y la Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de la UGT de Catalunya (FeSMC-UGT). Su ámbito funcional-territorial era el del sector de supermercados y autoservicios de Cataluña.

ASEMPLEO había dirigido con anterioridad a su demanda ante el TSJC sendos escritos tanto a la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo impugnado como al Director General de Relacions Laborals i Qualitat en el Treball, de la Generalitat de Catalunya en los que trasladaba su petición de que quedara sin efecto aquella regulación del apartado 11 del Anexo III por considerar que esa cláusula constituía, al imponer obligaciones a las ETTs, una limitación ilegítima, contraria a la normativa nacional y europea, en concreto la Directiva 104/2008, y la Disposición adicional Cuarta de la Ley 14/1994, de 1 de julio, en la redacción dada por el artículo 17 de Ley 35/2010, de 17 de septiembre de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, donde establece la supresión a partir del 1 de abril de 2011 de todas las prohibiciones o limitaciones a recurrir a empresas de trabajo temporal. En ambos casos no se consideró positivamente esa petición.

La sentencia del TSJC contiene el siguiente fallo: «Que, apreciando la excepción procesal de falta de legitimación activa de la actora en cuanto la impugnación por ilegalidad, y entrando en el examen del fondo del asunto respecto a la impugnación por lesividad, debemos desestimar y desestimamos la demanda interpuesta por ASEMPLEO».

Dicha sentencia fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo (TS), cuya decisión es objeto de este comentario. Hay que indicar que, evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal, éste emitió informe considerando improcedente el recurso.

2. CUESTIONES PLANTEADAS

Son tres básicamente las cuestiones planteadas. La primera se refiere a la legitimidad que puede tener ASEMPLEO para impugnar un convenio colecti-

vo del sector de supermercados y autoservicios de alimentación de Cataluña del cual no ha sido parte, legitimación a examinar, en el ámbito del artículo 90.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET), según se refiera a la legalidad o a la lesividad de esa regulación convencional. En consecuencia, la segunda y la tercera cuestión se refiere tanto al juicio de legalidad que merece la regulación señalada de dicho convenio que afecta a las ETTs que cedan personas trabajadoras a las empresas de ese sector como a la valoración que esa regulación merece desde la perspectiva de la posible lesión grave al interés de tercero.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL SUPREMO

3.1 **Sobre la legitimación de ASEMPLERO para impugnar el convenio colectivo**

Para el TS, el debate gira en primer lugar en torno a la cuestión de si la Asociación accionante se encuentra legitimada o no para entablar la acción judicial de impugnación de convenio.

La sentencia recurrida del TSJC, ante la ausencia de ASEMPLERO de la comisión negociadora, considera que la patronal impugnante no puede cuestionar la legalidad del convenio colectivo, en tanto que sus empresas, las ETTs, están fuera de su ámbito aplicativo, aunque en cuanto terceros sí tendrían esta legitimación si lo que se pretendiera fuera la declaración de lesividad del precepto en cuestión de ese convenio.

Sin embargo, para el TS, tal como se desprende de doctrina suya anterior (entre otras, STS 159/2019, de 4 de marzo de 2019, n. rec. 187/2017), considera que, al estarse afectando la actividad de las ETTs, hay que aceptar la legitimación activa de ASEMPLERO para cuestionar no ya la lesividad, sino la misma legalidad de los preceptos del convenio de ese Anexo III que incluyen en su ámbito aplicativo a las ETTs.

Para el TS «carecería de sentido impedir la impugnación del convenio colectivo (en la parte que concierne a las ETTs) con el argumento de que no están dentro de su ámbito aplicativo por el hecho de que los artículos que lo delimitan así lo indican pero, más adelante, otros pasajes incluyen en el campo aplicativo a las empresas representadas por ASEMPLERO», de forma que esta asociación acredita un interés legítimo y, por consiguiente, ostenta la condición de asociación empresarial interesada. Ello es así, concluye en este punto el TS, «porque sus representadas (las empresas de trabajo temporal asociadas) aparecen como destinatarias de obligaciones en los preceptos del convenio impugnados.»

3.2 **Sobre la ilegalidad de las previsiones referidas a empresas no representadas**

Para el TS, es ya doctrina consolidada la necesidad de que, quienes constituyen la comisión negociadora en un convenio sectorial «ajusten el ámbito aplicativo del convenio a su propia representatividad».

Cita al respecto como ejemplo, entre otras, la STS 288/2022 de 31 marzo (n. rec. 59/2020), la cual afirma, en base al artículo 82.3 ET que «[...] el convenio colectivo no puede contener cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación, ni en su contenido normativo cabe establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación [...] en el que sólo pueden estar comprendidos quienes, formal o institucionalmente, estuvieron representados por las partes intervinientes en la negociación del convenio».

En base a lo anterior, va a considerar como nulo por ilegal el párrafo en cuestión del convenio colectivo examinado, en tanto que afecta en su contenido normativo –incremento de la remuneración del 10 %– pero también obligacional –obligación de las ETTs de poner a disposición de la Comisión mixta copia de los contratos que establezcan con las empresas del sector– a empresas y personas trabajadoras de las ETTs que puedan ceder las mismas a empresas del sector, pero sin que hayan tenido presencia sus legítimos representantes en su comisión negociadora. Esa ausencia determina ya de por sí, pues, la nulidad de la cláusula del convenio sometida a recurso.

3.3 **Sobre la lesividad de las previsiones referidas a empresas no representadas**

Esta conclusión sobre la ilegalidad del convenio, a juicio del TS, no afecta a la necesidad de examinar el el recurso también desde la perspectiva de la lesividad.

En efecto, aunque en línea de principio establecida la ilegalidad podría defenderse que «nada añadiría la doble censura» si se considerara existente también la lesividad y que, a la inversa, «tampoco se alteraría la primera conclusión en caso de considerar que no hay daño que justifique su expulsión del ordenamiento jurídico», lo cierto es que «para una completa tutela judicial a las partes litigantes y para mayor claridad de la conclusión a que accedemos», se hace necesario también para el TS examinar la posible lesividad de la regulación convencional examinada, principalmente lo referido al porcentaje de

remuneración que las empresas usuarias han de abonar a las personas empleadas provenientes de ETTs, la cual había sido descartada por el TSJC.

Para el TS, en este caso, el daño grave que se exige por el artículo 90.5 ET para apreciar la existencia de lesividad es evidente desde el momento en que la regulación convencional impide a las ETTs poder remunerar a su personal cedido en las mismas condiciones que lo hacen las empresas usuarias, de forma que ese «sobrecoste que comporta la obligación de abonar una remuneración superior desincentiva la formalización de contratos de puesta a disposición».

El TS admite que, con esa remuneración superior, como indica la sentencia recurrida, se mejora la condición de quien presta su actividad. Pero la lesividad no estriba en esa condición mejorada, desde luego, sino en que esa remuneración superior se aplique selectivamente, afectando sólo a una categoría determinada con la clara finalidad de aumentar el coste de su contratación.

Ni la mejora de condiciones laborales que ello implica para el personal de ETTs contratado ni que ello derive de un convenio colectivo (suscrito por quienes carecen de representatividad para extender los efectos a las empleadoras del sector en que opera ASEMPLERO) o, por descontado, que la Autoridad Laboral haya considerado ajustada a Derecho la regulación, impiden a juicio del TS acceder a esa conclusión.

El TS también aborda la viabilidad legal del argumento esgrimido en instancia para justificar esa regulación desincentivadora de la utilización en el sector de ETTs, consistente en que con ese «sobrecoste» se limita la precariedad en el sector por la utilización de contratos temporales.

El TS considera que esta justificación no puede admitirse, en tanto que legalmente el recurso a las ETTs solo es posible hacerlo en aquellos casos en que la empresa usuaria hubiera podido, de forma válida, realizar una contratación de carácter temporal, validez que está condicionada por el artículo 6.2 de la Ley 14/1994 a aquellos supuestos válidamente admitidos en el artículo 15 ET –o en el artículo 11 ET respecto a los contratos formativos.

La conclusión de lo anterior es que el recurso a una ETT no aumenta de por sí la temporalidad, por lo que, a juicio del TS, «la previsión introducida y cuestionada resulta inocua desde la perspectiva de reducir la precariedad, que es la justificación acogida por la sentencia de instancia para legitimarla».

Por último, el TS va a enjuiciar otro de los argumentos esgrimidos para considerar la validez de la regulación convencional juzgada, consistente en que la misma sólo tiene sus efectos sobre aquellas ETTs que voluntariamente deciden actuar en el sector de supermercados funcionalmente acogidos al convenio, por lo que, a su juicio, no puede considerarse que existe un verdadero perjuicio.

El TS no admite este argumento, en tanto que considera que el daño que es objeto de análisis a estos efectos no puede entenderse como el referido al ya padecido y acreditado. Para dicho tribunal «basta con el gravamen ilegal que la norma introduce, sin necesidad de que una u otra empresa deba demostrar que ha debido soportar sus consecuencias».

El TS no profundiza, y así lo indica expresamente, en cómo la regulación convencional juzgada puede afectar al ámbito de la defensa de la libre competencia, aunque considera evidente que con la misma se produce un aumento de los costes salariales para las ETTs que no es lo previsto en el artículo 11.1 de la Ley 14/1994, en tanto que tal precepto lo que establece es una igualdad respecto a las condiciones de trabajo y empleo tal como se derivaría si el personal cedido por aquellas hubiera sido contratado directamente por las empresas usuarias, condiciones entre las cuales el propio precepto considera que se incluye la «remuneración».

Estamos, pues, ante una alteración sin base legal justificativa de la «equiparación retributiva» consagrada en este precepto, y por una representación patronal y sindical sin legitimidad para ello de forma que, concluye el TS, esa regla de equiparación retributiva, mediante esa previsión de aumento de los costes salariales de las ETTs, altera sustancialmente aquella regla.

4. CONCLUSIÓN

En base a los argumentos anteriores, el TS estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por ASEMPLEO y falla, estimando la legitimación de esta asociación para impugnar el convenio colectivo al verse afectada por el mismo, que deben declararse nulos los apartados 5.º y 7.º del apartado 11 del anexo III por contener una regulación tanto ilegal como gravemente lesiva para las empresas representadas por aquella asociación.

El recurso también impugnaba el párrafo 6.º de ese apartado 11, que atribuye a la Comisión Mixta del Convenio tareas de seguimiento de los contratos de puesta a disposición, pero para el TS, en la medida en que en esa regulación no se impone una obligación nueva a las ETTs ni les causa perjuicio, tal párrafo no se considera ni ilegal ni lesivo.

**60. LOS PREMIOS POR JUBILACIÓN PREVISTOS EN LA
NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS**
Comentario a la STS (C-A) 250/2023 de 28 de febrero de 2024
(Rec. 3554/2021)

JUAN ANTONIO MALDONADO MOLINA
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada. ORCID: /0000-0002-5673-3620

Palabras clave: Premio de jubilación, mejoras voluntarias, función pública.

1. ANTECEDENTES

Tradicionalmente, diferentes Administraciones, han contemplado «Premios de Jubilación» para sus empleados, premios que proceden con ocasión de su jubilación (en unos casos sea cual sea la modalidad, en otros solo si deriva de una jubilación anticipada, con objeto en este último caso de compensar la reducción del importe de la pensión por la aplicación de coeficientes reductores). Pues bien, estos Premios nacieron en el ámbito de la negociación colectiva, como mejoras voluntarias recogidas en los Convenios Colectivos del personal laboral. Y posteriormente, se fueron extendiendo (ya desde final de la década de los ochenta) al resto de empleados, incluyendo el personal funcionario, vía acuerdos con la Junta de Personal.

Sin embargo, a partir de 2010, determinadas administraciones comienzan a rechazar su extensión a los funcionarios, al entender que son mejoras voluntarias previstas en Convenios del personal laboral. Así, Consejo de Gobierno

de la Universidad Politécnica de Barcelona, mediante resolución 152/2010. Pero generalmente se mantuvieron los Premios.

En 2016, la Sala de lo Social del TS entró a analizar la naturaleza jurídica de los premios previstos en el Convenio Colectivo del PAS de la Universidad Autónoma de Barcelona, Universidad de Girona, Universidad Pompeu Fabra, Universidad de Barcelona, Universidad Politécnica de Catalunya, Universidad Rovira y Virgili, y Universidad de Lleida. Lo hizo para verificar si era de aplicación una norma autonómica (Ley 5/2012, de 20 de marzo, de medidas fiscales y financieras del Parlament de Catalunya) que suspendía las mejoras directas de la prestación económica de incapacidad temporal y de los sistemas de premios por vinculación o antigüedad. Pues bien, consideró que eran mejoras voluntarias por jubilación, por lo que no le era de aplicación esa suspensión (sentencia 865/2016, de 18 de octubre –recurso de casación 277/2015–), aunque es una Sentencia que versa solo sobre personal laboral.

En 2018, la Sala de lo C-A del TS se pronunció sobre si, en el caso de funcionarios de la Administración Local, dichos premios tienen naturaleza retributiva o eran medidas adoptadas dentro del campo de la acción social como ayuda ante la pérdida de ingresos que suponen tanto la jubilación voluntaria como la forzosa. Se trataba de un Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento tinerfeño de Icod de los Vinos. En este caso, el TS (STS CA 459/2018, 20 de marzo de 2018, Recurso de Casación 2747/2015) concluyó que no se trataba de medidas asistenciales pues no respondían a contingencias sobrevenidas ni a circunstancias extraordinarias, «sino que asocian a un supuesto natural, conocido e inevitable de la relación funcional, por lo demás no específico del Ayuntamiento de Icod de Los Vinos sino común a toda la función pública, una gratificación». Se trataba de remuneraciones no contempladas por la legislación estatal básica y, por tanto, carentes de cobertura.

Esta doctrina se reitera en otras Sentencias (SSTS 347/2019 y 344/2022, de 14 y 16 de marzo, recursos de casación 2717/2016 y 4444/2020, respectivamente), que han insistido en que no caben premios de jubilación o mejoras de pensión, pues sólo puede retribuirse a los funcionarios públicos por los conceptos previstos en los artículos 22, 23 y 24 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado como texto refundido por el Real Decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre. Después de esta, siguieron varios pronunciamientos al respecto, también en el mismo sentido y también en el ámbito de la Administración Local, por ejemplo, la STS de 26 de abril de 2023 Sala de lo Contencioso

Administrativo, Sección 4.^a, Sentencia núm. 530/2023 Recurso de Casación 199/2022.

En 2023 el TS (nuevamente Sala de lo C-A) se pronuncia expresamente sobre los premios de jubilación referidos funcionarios de una Universidad. Es la Sentencia 250/2023, de 28 de febrero (recurso 3554/2021) en la que se analiza la aplicación de los premios de jubilación a los funcionarios de la Universidad Politécnica de Cataluña, en la que habían solicitado la aplicación de dicho premio al igual que el personal laboral de dicha universidad.

2. CUESTIÓN O CUESTIONES PLANTEADAS

Se trata de clarificar la naturaleza salarial de la mejora que prevé el artículo 53.2 del VI Convenio Colectivo de Personal de Administración y Servicios Laboral de la Universidad Politécnica de Cataluña, que contemplaba la concesión de un premio al producirse la jubilación, si el trabajador que tuviera acreditada en la universidad una antigüedad mínima de diez años, premio consistente en el importe íntegro de tres mensualidades y una mensualidad más por cada cinco años o fracción que excedan los diez de referencia.

Y según la respuesta que se dé a lo anterior, determinar la procedencia o improcedencia de su aplicación al PAS funcionario. Para ello, procede aclarar si hay vulneración del principio de igualdad por inaplicación del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada, aplicado por la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

Respecto de la naturaleza jurídica de los premios por jubilación, se remite a la doctrina que desde 2018 tiene la Sala de lo C-A del TS, en el sentido de que:

1.º Para determinar su naturaleza se deslinda las que son medidas de acción o de asistencia social de los que presentan naturaleza retributiva. Serán medidas de asistencia social si atienden contingencias o infortunios, luego tienen un fin compensatorio ante circunstancias sobrevenidas; serán retribuicio-

nes, si se trata de cantidades que se perciben por el hecho –natural– de llegar a la edad de jubilación.

2.º De tener esa naturaleza retributiva, su percepción pugna con el carácter estatutario y no convencional o pactado de la relación funcionarial, lo que implica que la estructura retributiva del funcionario público viene determinada por una norma legal, no puede innovarse mediante pactos o mediante resoluciones administrativas o disposiciones contrarias a la normativa básica.

3.º Que las retribuciones sean materia de negociación colectiva en el ámbito funcionarial conforme al artículo 37.1 a) y b) del EBEP 2015, no es contradictorio con esa naturaleza estatutaria, pues lo convencional tiene su aplicación en aspectos como el incremento, determinación o sobre la aplicación de las retribuciones complementarias, pero no alcanza a alterar o innovar esa estructura que en lo retributivo viene determinada por ley.

En consecuencia, el TS reitera en esta Sentencia el que no caben premios, gratificaciones o compensaciones por jubilación debido a su naturaleza retributiva, luego su percepción no puede ir contra la estructura retributiva prevista en cada norma, y en este caso, en el EBEP 2015 (arts. 22, 23 y 24).

Y respecto a si la exclusión del personal funcionario este premio vulnera el principio de igualdad, basándose en el artículo 14 de la Constitución o al amparo del Acuerdo Marco incorporado por la Directiva 1999/70/CE, el TS lo rechaza. Claramente respecto del Acuerdo marco, ya que versa sobre las condiciones de igualdad del personal temporal respecto del fijo y a la estabilidad de ese personal temporal, siendo por tanto su finalidad ajena al caso de autos (aparte de que la Sala de lo C-A tiene declarado que no es aplicable a funcionarios de carrera (SSTS 428 y 460/2022, de 6 y 20 de abril, recursos de casación 1483 y 3395/2020, respectivamente).

Posteriormente, se reitera esta doctrina en SSTS (C-A) núm. 740/2023 de 6 junio (Recurso de Casación núm. 7115/2021), núm. 1317/2023 de 24 octubre (Recurso de Casación 8342/2021), núm. 1762/2023 de 21 diciembre (Recurso de Casación núm. 8341/2021).

4. CONCLUSIÓN O CONCLUSIONES

Esta doctrina ha provocado la suspensión de los Acuerdos existentes en numerosas Universidades, paralizando el abono de los premios de jubilación al personal funcionario de tales Universidades, contemplados en sus Planes de

Acción Social, ante el temor de aplicar un concepto retributivo que ha sido anulado por el TS (así, Universidades de Granada, Málaga, Sevilla, Zaragoza, entre otras).

El TS considera que es un concepto retributivo, que debe estar amparados en la Ley. En Andalucía, las Universidades han planteado recuperarlo en base al artículo 70 de la Ley 5/2023, de 7 de junio, de la Función Pública de Andalucía, que dispone que el personal funcionario «podrá percibir las ayudas de acción social y el premio por jubilación por cualquier causa en los términos que reglamentariamente se determinen». Por tanto, necesita desarrollo reglamentario, que puede hacerse por cada Universidad. El problema es que los funcionarios de los Cuerpos Docentes Universitarios se rigen por su legislación específica, quedando fuera del ámbito de aplicación la Ley de Función Pública Andaluza, aunque en lo no previsto en la misma, le resulta de aplicación esta ley, salvo en aquellas materias expresamente exceptuadas por la normativa estatal de carácter básico, con respeto en todo caso a la autonomía universitaria.

El 23 de mayo de 2024 tuvo una reunión en el Consejo Andaluz de Universidades, y se ha acordó que cada Universidad andaluza desarrolle su propio Reglamento, que –tras ser negociado en la Mesa de Negociación– permita regular como retribución adicional el premio de jubilación de su personal. En la Universidad de Granada ya se ha desarrollado reglamentariamente. Así, el 11 de junio de 2024 se celebró reunión de la Mesa General de Negociación de la Universidad de Granada, con la aprobación, del Reglamento de la Universidad de Granada por el que se desarrolla el artículo 70 de la Ley 5/2023, de 7 de junio, de la Función Pública de Andalucía para regular como retribución adicional el premio de jubilación de su personal.

Una solución en la que la negociación colectiva vuelve a tener protagonismo en este premio, que de origen convencional se extendió, siendo hoy la regulación negociada la solución a los problemas de legalidad detectados por diversos Tribunales de cuentas, que fueron corroborados por la Sala de lo Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo.

**61. FUNCIONES DE LA COMISIÓN PARITARIA
Y VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL**
Comentario a la STS 946/2022 de 30 de noviembre de 2022
(Rec. 29/2020)

SARA RICO LETOSA

Profesora Titular E. U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Zaragoza. ORCID: 0000-0002-6458-3685

Palabras clave: Comisión paritaria, nulidad, convenio colectivo, indemnización
daño moral.

1. ANTECEDENTES

En enero de 2016 se constituye la comisión negociadora del IV Convenio Colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado (en adelante, IV Convenio), integrada por la Administración General del Estado (en adelante, AGE) y las centrales sindicales CCOO, UGT, CSIF, CIG y ELA. El Convenio es firmado, en marzo de 2019, por todos los anteriores excepto ELA. Ésta expresa su disconformidad con la composición y funciones de la Comisión paritaria pese a que sí había firmado los tres convenios precedentes, que mantenían la misma regulación de las funciones de dicha comisión y de la que el citado sindicato formaba parte. En mayo de 2019, se registra y publica el IV Convenio y, meses después, se constituyen la Comisión paritaria

y subcomisiones paritarias compuestas por miembros que representan a las organizaciones firmantes, por lo que no incluyen a ELA.

Dicha Confederación Sindical interpone demanda de impugnación de convenios ante la Audiencia Nacional en la que solicita, por una parte, que se declare la ilegalidad y nulidad de determinados artículos del IV Convenio que, a su parecer, reconocen funciones negociadoras a la comisión paritaria y de todos los acuerdos que puedan adoptarse por la misma en el ejercicio de las funciones que dichos preceptos, cuya ilegalidad y nulidad se solicita, le otorgan. Por otra parte, que la actuación de la AGE y de las organizaciones sindicales CCOO, UGT, CSIF y CIG, apartándola de una comisión a la que se le atribuyen funciones negociadoras, se declare violación del derecho de libertad sindical de ELA. Y, por tal motivo, reclama la reparación de las consecuencias de dicha violación con una indemnización de 6.251 euros –la sanción correspondiente, en el momento de interponer el recurso, a las infracciones muy graves en su grado mínimo del artículo 40.1c LISOS.

La Audiencia Nacional estima parcialmente la demanda de impugnación del convenio, entendiendo que la exclusión de ELA de las funciones negociadoras, establecidas en determinados preceptos del convenio, vulnera el derecho a la libertad sindical. Por ello, anula dichos preceptos y condena a la AGE, CCOO, UGT, CSIF y CIG a indemnizar con 300 euros a ELA, quien, posteriormente interpone recurso de casación.

2. CUESTIÓN O CUESTIONES PLANTEADAS

Dos son las cuestiones planteadas en esta resolución judicial. Por una parte, analizar la posible ilegalidad y nulidad de ciertos preceptos del IV Convenio que encomiendan funciones negociadoras a la comisión paritaria, excediendo de las de interpretación, ejecución o administración del convenio; así como la ilegalidad y nulidad de los acuerdos que ésta pueda adoptar en el ejercicio de dichas funciones cuya ilegalidad y nulidad se solicita. Por otra parte, se trata de examinar si, tras haberse producido una lesión del derecho a la libertad sindical de ELA –por haber sido excluida de las funciones negociadoras–, la indemnización por daños y perjuicios concedida, y que es sustancialmente inferior a la solicitada, vulnera el artículo 182.1 LRJS en relación con el artículo 40.1.c) LISOS.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

a) **Funciones de la comisión paritaria**

La designación de una comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras forma parte del contenido mínimo de los convenios colectivos estatutarios (art. 85.3.e ET). Sus funciones son aquellas que les encomiende la ley y cuantas otras les sean atribuidas por el propio convenio colectivo. En concreto, el artículo 91.1 ET les encarga, sin perjuicio de las competencias atribuidas a la jurisdicción social, el conocimiento y resolución de las cuestiones derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos, teniendo dichas resoluciones la misma eficacia y tramitación que los convenios colectivos regulados en el ET.

Las comisiones paritarias se crean para llevar a cabo funciones de administración de los convenios colectivos, debiendo limitarse a ello sin poder sustituir la actuación de las comisiones negociadoras de los convenios ni, por ello, renegociar lo pactado [STS de 8 de octubre de 2019 (Rec.2/2018) (ECLI:ES:2018:4470)], no obstante pueden asumir, cumpliendo los requisitos de legitimación, competencias de negociación –[STS de 9 de julio de 1999 (Rec.4262/1998) (ECLI:ES:1999:4934)]–. En uso de la autonomía colectiva, las partes negociadoras pueden crear una organización común de encuentros o la previsión de comisiones *ad hoc*, en tanto que no tengan funciones reguladoras en sentido propio, pero sin que haya de restringirse tampoco a la mera función de interpretación o administración del convenio [STC 222/2005, de 12 de septiembre (BOE de 14 de octubre de 2005)]. La actual regulación del artículo 85.3.e ET fomenta la negociación dinámica o continua, estableciendo una regulación más abierta y obligando a los negociadores a la designación de la comisión paritaria para entender de cuantas cuestiones le sean atribuidas, lo que no excluye o prohíbe la atribución de funciones de desarrollo del convenio [SAN de 26 de noviembre de 2013 (Rec. 302/2013)(ECLI:ES:2013:5091)]. Así el TC diferencia entre *comisiones interpretativas o aplicadoras* que llevan a cabo las denominadas funciones clásicas, esto es, de administración del convenio, lo que incluiría labores de interpretación, aplicación, vigilancia y seguimiento; y las *comisiones negociadoras* que además tienen competencias para modificar o negociar nuevas cuestiones [STC 73/1984, de 27 de junio (BOE de 11 de julio de 1984; STC 213/1991, de 11 de noviembre (BOE de 17 de diciembre 1991)].

En cuanto a la composición de dichas comisiones, no es posible excluir a ningún sindicato con legitimación negocial de las comisiones negociadoras, incluso aunque no haya firmado el convenio, ya que, el sindicato no firmante, no puede quedar al margen, durante la vigencia del mismo, de la negociación de nuevas materias no conectadas ni conectables directamente con dicho acuerdo [STC 222/2005, de 12 de septiembre (*BOE* de 14 de octubre de 2005)]. Sin embargo, en las comisiones de mera administración, su composición puede responder a la composición de la comisión negociadora y firmante del convenio. Luego es posible restringir la participación en las comisiones paritarias no negociadoras a los sindicatos no firmantes del convenio; y la exclusión de un sindicato no firmante, no puede suponer que se haya vulnerado su derecho a la libertad sindical del artículo 28 CE [STS de 4 de abril de 2018 (Rec.108/2017) (ECLI:ES:TS:2018:1463); STS de 30 de mayo de 2018 (Rec.147/2017) (ECLI:ES:TS:2018:2271)].

Y es que hay que diferenciar entre funciones de administración del convenio de aquellas que implican una acción normativa típica porque suponen una modificación de las condiciones de trabajo pactadas o el establecimiento de nuevas normas. Las segundas introducen una ordenación general que innova el conjunto de reglas aplicables en el ámbito de la unidad de negociación; y las primeras aplican una regla ya existente o, simplemente, se prevén determinadas vías de colaboración sin asunción de competencias normativas. La administración pretende la interpretación o aplicación de algunas cláusulas del convenio, la adaptación de las mismas a un problema no previsto o la adaptación de su contenido según datos objetivos y prefijados, luego se está ante una cuestión interna del convenio destinada a actualizar la voluntad expresada en él. Sin embargo, si se pretende modificar las condiciones de trabajo pactadas, estableciendo nuevas reglas para regir las relaciones laborales en el ámbito de aplicación del convenio se trata de una negociación [STS de 17 de junio de 2022 (Rec. 56/2021) (ECLI:ES:TS:2022:2749)] y en ese caso no es posible excluir a los sindicatos con legitimación negocial, aún cuando no hayan suscrito el convenio.

El Tribunal, tras estudiar los preceptos del convenio que, a juicio de la recurrente, reconocen a la comisión paritaria competencias negociadoras, concluye que no sobrepasan los límites de administración o aplicación del IV Convenio. Las funciones encomendadas son de competencia o control sobre la aplicabilidad del convenio; de aplicación de las condiciones del convenio, sin llegar a alterar éstas; de comprobación de la concurrencia de los requisitos exigidos por el convenio de determinadas facultades empresariales a través de la negociación, entendida como diálogo y no como modificación de lo pacta-

do; o de análisis, estudio o propuesta de ordenación pero no modificación de preceptos del convenio cuya competencia es de la comisión negociadora del convenio.

b) **Indemnización por violación del derecho a la libertad sindical**

La lesión de derechos fundamentales y libertades públicas ocasiona siempre un daño moral que hay que reparar (art. 182.1 LRJS). Conforme al artículo 183 LRJS, el órgano judicial 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 ésta, 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.

Sin embargo, la dificultad para cuantificar el daño moral hace necesario flexibilizar las exigencias normales a la hora de determinar la cuantía de su indemnización [STS de 5 de octubre de 2017 (Rcud. 2497/2015) (ECLI:ES:TS:2017:3908), STS de 9 de marzo de 2022 (Rcud. 2269/2019) (ECLI:ES:TS:2022:907)]. No existiendo parámetros que permitan traducir en términos económicos el sufrimiento en que consiste en daño moral y resultando difícil aplicar parámetros objetivos para medir los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados que no tienen una directa traducción económica [STS de 21 de septiembre de 2009 (Rcud. 2738/2008) (ECLI: ES:TS:2009:6432)], no cabe pretender que la víctima haya de aportar bases precisas y exactas para su determinación, por lo que el Tribunal puede establecer prudencialmente la cuantía. Y es que la identificación de las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización ha de excepcionarse en el caso de los daños morales, cuando resulte difícil su estimación detallada.

Para ayudarse en el cálculo de la cuantía de la indemnización, los Tribunales suelen recurrir a los criterios sancionadores de la LISOS [STC 247/2006 de 24 de julio (BOE de 24 de julio de 2006); STS de 8 de julio de 2014 (Rec.282/2013) (ECLI: ES:TS:2014:3495)], no para aplicar directamente dichas normas, sino más bien de forma orientativa, valorando la razonabilidad que alguna de esas cifras se ofrecen para la solución del caso, atendida la gravedad de la vulneración del derecho fundamental. Sin embargo, a veces, incluso acudiendo a los elementos para la cuantificación de las sanciones de la LISOS no es suficiente para fijar con relativa precisión el daño por lo que ha de

acompañarse de una valoración de las circunstancias del caso concreto [STS de 20 de abril de 2022 (Rcud.2391/2019)(ECLI:ES:TS:2022:1605)]. Y eso es lo que ha hecho en este caso concreto el órgano judicial. Ha valorado que los preceptos anulados del Convenio reproducen exactamente lo mismo que lo dispuesto en los tres convenios precedentes que el sindicato ELA firmó; que la práctica totalidad de los preceptos impugnados han sido desestimados porque se ha considerado que no vulneraban la libertad sindical, y que al no aprobarse la LPGE, los perjuicios que podrían haberse producido derivados de la aplicación no se produjeron, por lo que la intensidad de la lesión fue mínima siendo adecuada la cuantía de trescientos euros.

4. CONCLUSIÓN

Al no reconocer los preceptos del convenio, cuya ilegalidad y nulidad se solicitan, competencias negociadoras a la comisión paritaria no se vulnera el derecho a la negociación colectiva del sindicato no incluido en la comisión paritaria, ya que no suscribió el convenio. Los criterios sancionadores de la LISOS para la fijación del importe de la indemnización por daños morales, derivados de lesión de derechos fundamentales, son orientativos para el Tribunal que suele valorar las circunstancias concretas del caso para determinar la cuantía indemnizatoria.

62. LEGITIMACIÓN PARA IMPUGNAR CONVENIOS COLECTIVOS POR ILEGALIDAD Y/O LESIVIDAD

Comentario a la STS 664/2022 de 13 de julio de 2022 (Rec. 161/2020)

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia. ORCID: 0000-0002-2111-0693

Palabras clave: Impugnación de convenio colectivo estatutario, legitimación activa, ilegalidad, lesividad.

1. ANTECEDENTES

La STS núm. 664/2022 resuelve el recurso de casación interpuesto por UGT del País Valenciano, Confederación Intersindical Valenciana y la Asociación de Propietarios y Comunidades de Propietarios de las provincias de Valencia y Castellón, contra la STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 23 de junio de 2020, dictada en procedimiento de impugnación del I Convenio Colectivo de Empleados y Empleadas de Fincas Urbanas de las provincias de Valencia y Castellón para los años 2018 a 2021 (publicado en *DOGV* de 27 de junio de 2018), promovido por la Asociación de Empresarios y Empresarias Multiservicios de la Comunidad Valenciana (AEEEM), siendo parte demandada las organizaciones firmantes del referido convenio. En la demanda rectora de dicho procedimiento, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, AEEEM terminaba suplicando se dictara sentencia a fin de que los demandados: reconocieran la nulidad del I Convenio

Colectivo de Empleados y Empleadas de Fincas Urbanas de las provincias de Valencia y Castellón; subsidiariamente, reconocieran la nulidad del segundo y tercer párrafo del artículo 2 del referido convenio, sobre ámbito funcional y personal; en defecto de lo anterior, que por el TSJ se dictara sentencia declarando la nulidad del convenio impugnado en su totalidad.

El artículo 2 del Convenio, tras ser modificado por Acta de la comisión negociadora de 22 de diciembre de 2019, dispone en su párrafo segundo: «Cuando la Comunidad de Propietarios decida externalizar servicios prestados por los empleados y empleadas de fincas urbanas, les será de aplicación el Convenio colectivo de empleados/as de fincas urbanas de las (...). En el caso de que estos trabajadores/as estén incluidos en el apartado de oficios varios del presente convenio, les será de aplicación lo dispuesto en el citado apartado».

La sentencia del TSJ valenciano, tras admitir la legitimación activa de la Asociación demandante, estima la demanda de impugnación del convenio y anula la naturaleza estatutaria del convenio impugnado, con fundamento en que la asociación patronal firmante no acreditó la representatividad, exigida por los artículos 87, 88 y 89 ET, para que el convenio tuviera naturaleza estatutaria.

2. CUESTIÓN PLANTEADA

Las cuestiones a resolver en el recurso de casación promovido contra dicha sentencia son:

a) Si la AEEEM ostentaba legitimación para impugnar el I Convenio Colectivo de Empleados y Empleadas de Fincas Urbanas de las provincias de Valencia y Castellón.

b) Si la Asociación de Propietarios y Comunidades de Propietarios de las provincias de Valencia y Castellón estaba legitimada para suscribir el referido convenio estatutario.

c) Si el artículo 2 del convenio reiterado, que regula el régimen de subcontratación en las comunidades de propietarios, vulnera la legalidad vigente y/o lesiona intereses legítimos de terceros no incluidos en el ámbito funcional y personal del convenio.

El recurso fue impugnado por la Asociación de Propietarios y Comunidades de Propietarios, UGT PV y la Confederación Intersindical Valenciana.

El Ministerio Fiscal interesó en su informe la desestimación del recurso.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

En cuanto al primer motivo de casación, planteado con fundamento en el artículo 207.e) LRJS, en el que se denuncia que la sentencia recurrida ha infringido lo dispuesto en el artículo 165.1.a) LRJS al admitir la legitimación activa de la asociación demandante (AEEEM) para impugnar la ilegalidad del convenio, pese a no tener dicha asociación interés legítimo en dicha impugnación, el alto tribunal nos recuerda cuáles son las reglas legales y los requisitos exigidos para para impugnar un convenio colectivo por los trámites del proceso de conflicto colectivo, dependiendo de si el motivo de impugnación es por ilegalidad o por lesividad grave al interés de terceros. También trae a la cita lo establecido en el artículo 17 LRJS sobre legitimación procesal.

Con invocación de doctrina forjada en decisiones precedentes (entre otras, STS de 6 abril 2022, rec. 119/2020), la Sala Cuarta acepta la falta de legitimación activa de la asociación demandante para impugnar el convenio por ilegalidad, por ser cerrada la lista del artículo 165.1.a) LRJS, hasta el punto de que ningún otro sujeto, aunque acreditara interés en ello, podría promover este tipo de procesos. En cambio, considera que AEEEM sí está legitimada para impugnar el convenio colectivo de empleados y empleadas de fincas urbanas por lesividad, toda vez que no está incluida en el ámbito funcional de aplicación del convenio impugnado.

Entrando en el fondo del asunto, la posible lesividad al interés de terceros (en este caso, las empresas de servicios y multiservicios afectadas por lo dispuesto en el convenio colectivo impugnado pese a no formar parte de su ámbito funcional), el alto tribunal sostiene que, cuando el precepto discutido regula la contratación y subcontratación, no incluye en su ámbito a las empresas multiservicios, ni tampoco a sus trabajadores. Ello es así por cuanto la versión original del artículo 2 del convenio precisa con rotundidad que será obligatorio para las comunidades de propietarios, constituidas en régimen de propiedad horizontal o vertical y, para los trabajadores/as que, por cuenta ajena, presten servicios en dichas comunidades, de manera que el convenio «no obliga de ninguna manera a las empresas multiservicios ni a sus trabajadores, puesto que las referencias a la contratación y a la subcontratación tienen exclusivamente como destinatarias a quienes se les aplica el convenio, por estar incluidas en sus ámbitos funcional y territorial, entre las que no se encuentran las empresas multiservicios». Y la misma solución se advierte en la versión definitiva del convenio. De este razonamiento podemos extraer que no se ha infringido por los sujetos negociadores del convenio impugnado el principio de correspondencia negocial que deriva de las reglas de legitimación contenidas en los

artículos 87 y 88 ET, ya que las empresas multiservicios no han sido incluidas en una unidad de negociación –comunidades de propietarios– que ciertamente les es ajena.

La conclusión es que el convenio colectivo de empleados y empleadas de fincas urbanas se limita a imponer a las comunidades de propietarios incluidas en su ámbito, la obligación de garantizar que los empleados y empleadas de las empresas externalizadas disfruten de las mismas condiciones de trabajo y empleo que los trabajadores propios de las comunidades de propietarios. A tal efecto, la comunidad de propietarios vendrá obligada a advertir a las empresas contratistas sobre las condiciones convencionales que habrán de respetar durante la vigencia de la contrata, y, como ya se dijo en STS de 12 marzo 2020 (rec. 209/2018) resolviendo un supuesto muy similar que afectó a determinados preceptos del convenio colectivo de hostelería de Alicante¹, como principal garantía para alcanzar ese objetivo se establece que los empresarios principales responderán subsidiaria y, en su caso, solidariamente de las obligaciones mencionadas.

Ahora bien, el régimen de contratación o subcontratación pactado en el convenio comporta que las empresas multiservicios o cualesquier otro tipo de empresa, que contrate o subcontrate con la comunidad de propietarios la realización externalizada de los servicios prestados por el personal de dichas comunidades, deberá garantizar a su personal todos los derechos que el convenio impugnado reconoce al personal de las comunidades reiteradas, porque ese es el compromiso asumido convencionalmente por las comunidades de propietarios, lo cual podría provocar, en su caso, un eventual daño o perjuicio a las empresas representadas por la asociación demandante.

Pero para que prospere el alegato de impugnación por lesividad es preceptivo denunciar en la demanda de qué modo el convenio provoca a los terceros afectados daños graves efectivos y reales. Y nada de eso ha sucedido en el recurso que se considera, puesto que la demanda de impugnación del convenio promovida por la Asociación de Empresarios y Empresarias Multiservicios de la Comunidad Valenciana se basó exclusivamente en el vicio de ilegalidad del convenio, siendo esa la razón por la que el TSJ valenciano estimó su demanda y declaró la nulidad del convenio impugnado como convenio estatutario, por

¹ El artículo 20 del CC de Hostelería de la provincia de Alicante establece la obligación para las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de dicho convenio que contraten o subcontraten con otras empresas actividades o servicios en las áreas de comedor-restaurante, bar, cocina, recepción, pisos y limpieza, deberán incluir en el contrato mercantil con las contratistas que presten tales actividades o servicios, que éstos cumplirán con los trabajadores y trabajadoras prestadores de los mismos, al menos, con todas las obligaciones de naturaleza salarial establecidas en el convenio colectivo a fin de evitar discriminaciones en el salario y la competencia desleal en el sector a través de la externalización productiva.

entender que la asociación patronal firmante carecía de la representatividad exigida por los artículos 87 y 88 ET para suscribirlo.

En consecuencia, queda imprejuzgada la eventual lesividad grave causada por las organizaciones firmantes del convenio impugnado a las empresas multiservicios que contraten con las comunidades de propietarios, incluidas en su ámbito funcional, la realización de determinados servicios propios de aquellas.

Se estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del TSJ de la CV, por estimar el TS la excepción de falta de legitimación activa de la AEEEM para impugnar por ilegalidad el convenio impugnado, razón por la que su demanda basada en este único motivo (ilegalidad) es desestimada.

4. CONCLUSIONES

Una asociación de empresas que no están comprendidas en el ámbito funcional del convenio colectivo carece de legitimación activa para impugnarlo por ilegalidad. En cambio, sí puede promover dicha impugnación por lesividad. A este respecto, el artículo 165.1 LRJS reconoce legitimación para impugnar el convenio a los terceros cuyo interés haya resultado gravemente lesionado, cuando el convenio se impugne por lesividad, precisando, seguidamente, que no se tendrá por terceros a los trabajadores y empresarios incluidos en el ámbito de aplicación del convenio.

Tras estimar la excepción de falta de legitimación activa de la AEEEM para impugnar por ilegalidad el convenio sectorial impugnado, el TS desestima su demanda, casando y anulando la sentencia recurrida.

No se pronuncia la sentencia comentada sobre la validez de la cláusula del I Convenio Colectivo de Empleados y Empleadas de Fincas Urbanas para las provincias de Valencia y Castellón, que impone a las comunidades de propietarios integradas en su ámbito funcional la obligación de garantizar, cuando decidan subcontratar con empresas auxiliares y multiservicios la realización de uno o varios de los servicios que la comunidad de propietarios viene obligada a prestar a sus vecinos, que dichas empresas externalizadas reconocerán a sus trabajadores los derechos laborales previstos en el convenio colectivo sectorial de la empresa comitente. De este modo se consigue la equiparación retributiva y en otras condiciones laborales (jornada máxima, descansos, mejoras voluntarias...) entre los empleados contratados directamente por las comunidades de propietarios y los de las empresas auxiliares o de servicios por la realización de unos mismos cometidos, alineación prevista en nuestro

ordenamiento jurídico para los trabajadores puestos a disposición pero que no resulta de lo previsto en el artículo 42 del ET en el ámbito de las contratas, y ello sin violentar las reglas legales sobre legitimación negocial que condicionan la determinación del ámbito funcional de aplicación de los convenios colectivos.

Con todo, existen pronunciamientos de la propia Sala IV del TS confirmando la licitud de este tipo de cláusulas convencionales que, en supuestos de externalización productiva, imponen obligaciones de garantía a las empresas comprendidas en su ámbito aplicativo: así, la ya citada STS de 12 marzo 2020 (rec. 209/2018, Convenio de hostelería de Alicante); STS de 11 noviembre 2021 (rec. 3330/2019, Convenio de limpieza y locales de Sevilla); STS de 13 septiembre 2022 (rec. 10/2021, Convenio de hostelería de Las Palmas). El Alto Tribunal argumenta que no se vulnera el principio de correspondencia negocial porque la obligación no se impone a las contratistas, ajenas al ámbito de aplicación del convenio, sino a la empresa principal. Por otro lado, este efecto indirecto de superiores costes laborales para las empresas contratistas no les provoca una lesión a los intereses de terceros, porque las contratistas repercutirán dichos costes en el precio de la contrata y los acabará asumiendo la empresa principal.

63. NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA EMPRESA Y AUSENCIA DE REPRESENTACIÓN LEGAL DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS

Comentario a la STS 383/2022 de 28 de marzo de 2022 (Rec. 359/2020)

RUTH VALLEJO DA COSTA

Titular Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (jubilada)

Universidad de Zaragoza. ORCID 0000-0002-0139-8255

Palabras clave: Planes de igualdad, negociación colectiva, falta de representación de las personas trabajadoras, ámbito de empresa.

1. ANTECEDENTES

El RD 901/2020 de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro, identifica en su artículo 5 el procedimiento de negociación de los planes de igualdad, exigiendo que estos, incluidos los diagnósticos, sean negociados con la representación legal de las personas trabajadoras e identificando la legitimación negociadora de la parte social, incluso para aquellos supuestos en los que en la empresa carezca de la representación legal de las personas trabajadoras.

Establece el artículo 5.2 RD 901/2020, que los sujetos legitimados para negociar planes de igualdad son «el comité de empresa, las y los delegados de personal, en su caso, o las secciones sindicales si las hubiere que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité» (...). Por su parte, el apartado 3 del artículo 5 RD 901/2020, en las empresas donde no existan las

representaciones legales, y a efectos de la negociación del plan de igualdad, obliga a crear, «se creará», una comisión negociadora constituida por los sindicatos más representativos y por los sindicatos representativos del sector al que pertenezca la empresa y con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación [...], que contará con un máximo de seis miembros por cada parte, debiéndose conformar la representación sindical en proporción a la representación en el sector y garantizándose la participación de todos los sindicatos legitimados. No obstante, continua el precepto, la comisión sindical estará válidamente integrada por aquella organización o aquellas organizaciones que respondan a la convocatoria de la empresa en el plazo de 10 días. Seguidamente el precepto identifica la legitimación para negociar cuando en algún centro de trabajo no exista representación legal, aunque en otro centro de trabajo sí. En estos casos, se establece que la parte social de la comisión negociadora deberá estar integrada, por un lado, por los representantes legales de las personas trabajadoras y, por otro lado, por la comisión sindical constituida para empresas sin representación; comisión negociadora que se compondrá con un máximo de 13 miembros por cada una de las partes negociadoras.

Dicha regulación trata de dar respuesta a la jurisprudencia consolidada del TS, que, en reiteradas ocasiones, se había pronunciado, sobre la legitimación para negociar planes de igualdad, negando competencia negociadora a las comisiones de igualdad creadas *ad hoc* (STS núm. 126/2017 del 14 de febrero del 2017, núm. rec. 104/2016, núm. Roj. STS 815:2017-ECLI:ES:TS:2017:815 y STS núm. 832/2018 del 13 de septiembre del 2018, núm. rec. 213/2017, núm. Roj STS 3231/2018-ECLI: ES: TS 2018:3231), exigiéndose la necesidad de que los planes de igualdad sean negociados con la representación legal de las personas trabajadoras y negando, consiguientemente, la posibilidad de que sea el empresario el que unilateralmente establezca el plan de igualdad. Doctrina reiterada por el TS en sentencia núm., 95/2021 del 26 de febrero del 2021, núm. rec. 350/2021, núm. Roj. 50/2020-ECLI:ES:TS 2021:350, por el que se unifica doctrina y crea jurisprudencia.

La confederación de empresarios CEOE interpuso recurso contencioso-administrativo solicitando en exclusiva la nulidad del artículo 5.3 del RD 901/2020, en relación a la composición de la comisión negociadora de los planes de igualdad en las empresas que carezcan de representación legal de las personas trabajadoras, por considerarla contraria a derecho. Aunque a lo largo de la demanda aducirán razones que implicarían la nulidad de todo el RD 901/2020 relacionadas con irregularidades en la correcta tramitación del procedimiento, por lo que el tribunal apreciará discordancia entre alguno de

los argumentos aducidos en el recurso y lo solicitado en el suplico que llevarán a su desestimación; no obstante, se entrará de soslayo en el fondo del asunto.

Intervienen en el procedimiento en defensa de la legalidad de dicha regulación el Abogado del Estado y los Sindicatos CCOO y UGT, que desde el inicio solicitan la no admisión del recurso por falta de legitimación activa de la CEOE, ya que se cuestiona una norma que no va referida a la negociación de los empresarios, motivos que no será admitido por el TS porque la determinación de aquellos que han de representar a la contraparte y que integran la comisión negociadora no es una cuestión ajena a la otra parte negociadora de los sindicatos.

2. CUESTIONES PLANTEADAS

El primer motivo que alega la CEOE se refiere al incumplimiento de la reserva material de ley al regular *ex novo* el artículo 5.3 RD 901/2020 las partes legitimadas para negociar planes de igualdad allí donde no existan representantes de los trabajadores. Se aduce que la negociación de los planes de igualdad es una manifestación de la negociación colectiva y por tanto está protegida por una reserva material de ley y que la determinación de los interlocutores constituye un elemento sustantivo y esencial del derecho constitucional a la negociación colectiva. En esta línea entienden que la habilitación contenida en el artículo 46.6 de la LOI, específica para planes de igualdad, no autoriza al Gobierno a regular la legitimación para su negociación y que la delegación genérica prevista en las disposiciones finales de la LOI (disposición final tercera) a la que se acoge el Gobierno en la exposición de motivos del RD, que comparte también el Dictamen del Consejo de Estado, tampoco, ya que las mismas son amplias, vagas e indefinidas.

Subsidiariamente a estas argumentaciones aducen que el artículo 5.3 RD 91/2020 contradice la Ley y la Jurisprudencia. Por un lado, argumentan que el artículo 47 LOI, sobre «trasparencia en la implantación de los planes de igualdad», en ausencia de representantes legales garantiza a los propios trabajadores y trabajadoras el acceso a la información sobre el contenido del plan; por otro lado, recuerdan que las comisiones negociadoras «híbridas o mixtas» como la prevista en el apartado segundo del artículo 5.3 (centros de trabajo con representantes y otro no), han sido vetadas por el TS en interpretación del artículo 87.1 ET, afirmando que en los convenios de empresa la legitimación inicial alcanza, de forma alternativa o excluyente y no acumulable, por lo que dicha regulación implica un incumplimiento del deber de negociar; se alega

además que el artículo 5.3 no regula que ocurre en el caso de que ningún sindicato habilitado responda a la convocatoria para negociar el plan de igualdad y, por último, se considera la posible vulneración del principio de correspondencia en el caso de los sindicatos más representativos a nivel de CCAA, pudiéndose dar el absurdo de que un sindicato mayoritario a nivel de CCAA asuma la representación de las personas trabajadoras de un centro de trabajo ubicado en otra CCAA en la que no tiene ninguna representación.

El último motivo de impugnación se refiere a la utilización de datos de carácter personal de los trabajadores que serán tratados por terceros (en este caso los sindicatos negociadores), sin norma de rango de ley que lo habilite (licitud del tratamiento).

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

Reconocida inicialmente la legitimación de la CEOE para impugnar el artículo 5.3 del RD 901/2020, seguidamente el TS desestima íntegramente todos los argumentos esgrimidos por la CEOE, en base a los siguientes motivos:

En primer lugar, sobre la legitimación para negociar, el alto Tribunal indica que la negociación de los planes de igualdad constituye una manifestación específica de la negociación colectiva, sin que exista controversia en este extremo, la cual queda legítimamente reconocida en los arts. 87 a 89 del ET, en el artículo 45 de la Ley 3/2007 LOI y por reiterada jurisprudencia del propio Tribunal Supremo. Entiende la Sala que el artículo 5.3 del RD 901/2022 es únicamente una especificación de lo que ya queda regulado en dichas normas con rango de ley, por lo que no puede considerarse una creación reglamentaria *ex novo* y al margen de la ley. Insiste además en que el ET ya reconoce legitimación negocial a las organizaciones sindicales más representativas, cuando no existen otros órganos de representación de las personas trabajadoras (citando específicamente el art. 41.4 referido a la modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo).

En segundo lugar, sobre la supuesta prohibición de las comisiones híbridas, mixtas de representantes unitarios/sindicales *ad hoc*, el Tribunal Supremo, si bien confirma que cuando el legislador utiliza en el artículo 87.1 del ET la expresión «*en representación de los trabajadores* estarán legitimados para negociar en los convenios de empresa y de ámbito inferior, el comité de empresa, los delegados de personal, en su caso, o las secciones sindicales» está indicando las diferentes opciones como alternativas y excluyentes, recuerda

que en reformas posteriores del ET se ha contemplado específicamente la posibilidad de constituir comisiones híbridas, por ejemplo, para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET); comisiones que han sido admitidas expresamente por el TS (rec. 180/2014). Por lo tanto, la regulación del artículo 87 de la norma estatutaria no implica una prohibición de estas comisiones para la negociación colectiva en materias como los planes de igualdad.

En tercer lugar, sobre el caso planteado por la CEOE de que ningún sindicato habilitado reglamentariamente responda a la convocatoria para negociar el plan de igualdad y sobre el supuesto de que un sindicato mayoritario a nivel de CCAA asumiera la representación de las personas trabajadoras de un centro de trabajo ubicado en otra CCAA en la que no tienen representación, el Tribunal entiende que dichas alegaciones no plantean un reproche o infracción de carácter jurídico, sino una crítica a la efectividad de la norma por lo que no entra a resolverlas.

Por último, sobre la vulneración del derecho de protección de datos, considera que en la medida en que los sindicatos cuentan con la legitimación para formar parte de la comisión negociadora en base a la LOI, tienen legitimidad para tratar la información que se comparta en el marco de dicha negociación.

4. CONCLUSIÓN O CONCLUSIONES

La posibilidad de que los sindicatos más representativos pueden formar parte de las comisiones negociadoras de los planes de igualdad cuando no hay representantes legales de los trabajadores, e incluso cuando los haya en un centro de trabajo y en otro no, reconocidos en esta sentencia por el TS, abre la puerta a plantear esta misma alternativa para la negociación de los convenios colectivos en el ámbito o unidad de empresa, porque debe ser el convenio colectivo el que de manera transversal incorpore el principio de igualdad, no solo referido a la igualdad de mujeres y hombres, sino en todos los aspectos relativos a los derechos fundamentales de las personas trabajadoras a los que el derecho comunitario y nuestro ordenamiento jurídico han puesto en primer orden de protección: en la Ley 4/2023, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI; en la Ley 15/2022, integral de igualdad de trato y no discriminación; en la Ley Orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual o en la Ley 2/2023, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. Materias sobre las que hay que

negociar y aplicar a nivel de empresa y sobre las que hay que informar, formar y sensibilizar a todas las personas trabajadoras. Y sin que ello pueda suponer que haya duplicar o triplicar las subcomisiones negociadoras con funciones específicas para alcanzar cada uno de los fines previstos en las distintas normativas, con el riesgo añadido de que se produzca una descoordinación en el funcionamiento de las distintas comisiones.

Hay que seguir avanzando en la articulación de mecanismos de negociación colectiva, incluido el nivel de empresa, para afrontar con mayor eficacia las necesidades empresariales superando el miedo a la individualización de las relaciones laborales.

64. LA NEGOCIACIÓN DE LOS PLANES DE IGUALDAD EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

**Comentario a la STS (C-A) 222/2022 de 22 de febrero de 2022
(Rec. 20/2021)**

REMEDIOS ROQUETA BUJ
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia

Palabras clave: planes de igualdad, Administraciones Públicas, negociación colectiva.

1. ANTECEDENTES

La STS (CA) de 22 de febrero de 2022 (Rec. 20/2021) resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras (FSC-CCOO), contra el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 9 de diciembre de 2020, por el que se aprueba el III Plan para la igualdad de género en la Administración General del Estado y en los organismos públicos vinculados o dependientes de ella. En el escrito de demanda se solicitó que se dicte sentencia por la que se declare la nulidad del referido plan de igualdad porque no hubo una negociación real sobre el mismo entre la Administración y los representantes de los empleados públicos.

2. CUESTIONES PLANTEADAS

Las cuestiones planteadas en la STS (CA) de 22 de febrero de 2022 (Rec. 20/2021) son dos: 1.^a) Dilucidar el marco jurídico aplicable a la elaboración y negociación de los planes para la Igualdad entre mujeres y hombres en las Administraciones Públicas, en particular en la Administración General del Estado. 2.^a) Determinar el alcance del deber de negociar los planes de igualdad en las Administraciones Públicas.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

3.1 **Normativa aplicable en la elaboración e implantación de los planes de igualdad en las Administraciones Públicas**

Todas las Administraciones Públicas deben elaborar y aplicar un plan de igualdad a desarrollar en el convenio colectivo o acuerdo de condiciones de trabajo del personal funcionario que sea aplicable. Así lo disponen los apartados 2 y 3 de la disposición adicional 7.^a del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), en su nueva redacción dada por la DF 24.^a de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, que tienen carácter básico. El Plan será objeto de negociación, y en su caso de acuerdo, con la representación legal de los empleados públicos en la forma que se determine en la legislación sobre negociación colectiva en la Administración Pública y su cumplimiento será evaluado anualmente por el Consejo de Ministros. De modo que ha de aplicarse específicamente la regulación que se contiene en los artículos 32 y siguientes del EBEP, con las adaptaciones correspondientes atendidas las peculiaridades de este tipo de planes, como pone de relieve la STS (CA) de 22 de febrero de 2022 (Rec. 20/2021).

En cambio, tal y como subraya la STS (CA) de 22 de febrero de 2022 (Rec. 20/2021), los arts. 45 y 46 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI), no resultan de aplicación a los planes de igualdad de las Administraciones Públicas, toda vez que se incluyen, sistemáticamente, en el capítulo relativo a los planes de igualdad de las empresas, y aluden, de modo constante, a las «empresas», a los «trabajadores y trabajadoras» y a la «normativa laboral». Igual conclusión cabe sostener en relación con el RD 901/2020 en la medida en que responde a la necesidad de dar desarrollo reglamentario a las cuestiones a que se refiere el artículo 46.6

de la LOI. El RD 902/2020 tampoco resulta de aplicación directa en las Administraciones Públicas, lo que tiene relevancia en relación con los registros retributivos, las auditorías retributivas y la herramienta para la implementación del procedimiento de valoración de puestos de trabajo con perspectiva de género desarrollada por los Ministerios de Trabajo y Economía Social y de Igualdad. En definitiva, dada la separación legislativa impuesta por la LOI en materia de igualdad entre mujeres y hombres, según se trate de empresas o de Administraciones Públicas, los RRDD 901/200 y 902/2020 dejan fuera de su ámbito de aplicación a estas últimas, tanto por lo que se refiere al personal funcionario como al personal laboral, lo que no obstará a que estas normas reglamentarias puedan o deban utilizarse como directrices o marcos de referencia en relación con los planes de igualdad en el ámbito del empleo público.

3.2 El alcance del deber de negociar los planes de igualdad en las Administraciones Públicas

El plan de igualdad en las Administraciones Públicas «será objeto de negociación, y en su caso acuerdo, con la representación legal de los empleados públicos en la forma que se determine en la legislación sobre negociación colectiva en la Administración Pública» (disp. adic. 7.ª EBEP y art. 64 LOI). Por consiguiente, dicho plan debe ir precedido de la correspondiente negociación, pues dicha exigencia viene impuesta a la Administración General del Estado por la propia Ley Orgánica 3/2007 y al resto de las Administraciones Públicas por el EBEP [STS (CA) de 22 de febrero de 2022 (Rec. 20/2021)].

Las negociaciones deberán realizarse bajo el principio de la buena fe. En efecto, el artículo 33.1 del EBEP sujeta la negociación colectiva al principio de «buena fe negociada». A mayor abundamiento, el artículo 34.7 del EBEP dispone que «ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe y proporcionarse mutuamente la información que precisen relativa a la negociación».

El deber de negociar de buena fe constituye una obligación de medio con un contenido positivo (a) y otro negativo (b).

a) Del lado positivo, supone que las partes están obligadas a proporcionarse mutuamente la información que precisen para la negociación (art. 34.7 EBEP) y que deben tener la posibilidad de alegar lo que consideren oportuno, de aportar propuestas y contrapropuestas y de tener contactos o conversaciones con carácter previo a la adopción del acuerdo o acuerdos, y que están obligadas

a observar una conducta que haga posible la conclusión del Pacto o, en su caso, del Acuerdo, esto es, a realizar todos los esfuerzos que estén en su mano para llegar a un compromiso, transigiendo dentro de sus posibilidades y justificando su negativa a aceptar las propuestas de la contraparte. El derecho de negociación colectiva no consiste solamente en la posibilidad formal de sentarse a una mesa a efectuar las propuestas que se tengan por convenientes, sino que incluye el derecho a que tales propuestas sean escuchadas y la posibilidad (aunque no la garantía, obviamente) de que sean acogidas. En definitiva, la negociación del plan debe ser real y no puede convertirse ni en una mera apariencia de negociación, ni en una negociación meramente formal sin contenido de carácter material, tal y como subraya la STS (CA) de 22 de febrero de 2022 (Rec. 20/2021).

b) Desde el punto de vista negativo, la buena fe supone evitar las obstrucciones, esto es, no simular que se negocia cuando no se está dispuesto a convenir, no dilatar las negociaciones, suministrar razones convincentes y ofrecer una contrapuesta razonable. Implica no usar de intimidación, maquinaciones dolosas ni claro aprovechamiento por una de las partes del error en que la otra pueda incurrir. Comporta también evitar por ambas partes posiciones absurdas, negativas o tendentes a desestabilizar la propia negociación. Aunque el EBEP no condena el uso de la violencia en las negociaciones, es obvio que el deber de negociar *bona fide* impide el ejercicio de la violencia por cualquiera de las partes. Acerca de lo que deba entenderse por violencia puede afirmarse con toda seguridad que el ejercicio del derecho de huelga no constituirá «violencia» en ningún caso. El panorama de fondo de la negociación puede ser de tensión e, incluso, de conflicto abierto, en forma de huelga, lo que no invalida la negociación ni sus resultados, salvo que la presión degenera en violencia sobre las personas y/o sobre los bienes.

Ahora bien, el deber de negociar y de hacerlo, además, de acuerdo con el principio de buena fe no obliga a las partes a llegar a un acuerdo, y prueba de ello es la expresa previsión legal de mecanismos para suplir los fracasos de la negociación. Conforme al artículo 38.7 del EBEP, en caso de desacuerdo, primero habrá de intentarse la mediación, si lo solicita una de las partes negociadoras (art. 45.3 EBEP), y, sólo cuando ésta fracase, podrá el órgano de gobierno correspondiente dictar un reglamento para suplir el consiguiente vacío normativo. Además, el artículo 45 del EBEP contempla la posibilidad de que las partes designen de común acuerdo y libremente a un tercero que desempeñe la tarea de dirimir, merced a una resolución de obligado cumplimiento, el conflicto de intereses suscitado (art. 45.3 EBEP). En definitiva, son tres las alternativas legalmente previstas para los supuestos de desacuerdo en la negociación, a saber: la mediación, el arbitraje y la decisión administrativa. En fin,

a falta de acuerdo alcanzado directamente entre las partes o con la asistencia de un mediador o árbitro, las Administraciones Públicas deben aprobar en todo caso el plan de igualdad y remitirlo al Registro de Planes de Igualdad.

4. CONCLUSIONES

Los planes de igualdad en las Administraciones Públicas serán objeto de negociación conforme a los arts. 32 y siguientes del EBEP, con las adaptaciones correspondientes atendidas las peculiaridades de este tipo de planes. En cambio, no resultan aplicables directamente ni los arts. 45 y 46 de la LOI ni los RR.DD. 901/2020 y 902/2020, lo que no obstará a que se puedan o deban utilizar como directrices o marcos de referencia en relación con el procedimiento para la elaboración y aplicación de los planes de igualdad en el ámbito del empleo público. A falta de acuerdo alcanzado directamente entre las partes o con la asistencia de un mediador o árbitro, las Administraciones Públicas deben aprobar en todo caso el plan de igualdad y remitirlo al Registro de Planes de Igualdad.

5. BIBLIOGRAFÍA

- FABREGAT MONFORT, G., *Garantía del principio de igualdad en el empleo público local: planes de igualdad*, Estudios de Relaciones Laborales, Barcelona, 2022.
- ROMERO RÓDENAS, M.^a J., *Planes de igualdad en la empresa privada y en el sector público*, Bomarzo, Albacete, 2021.
- ROQUETA BUJ, R., *Igualdad entre mujeres y hombres en las empresas y Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

65. LA CONCURRENCIA DE CONVENIOS COLECTIVOS DURANTE LA VIGENCIA ULTRAACTIVA DEL CONVENIO PRECEDENTE

Comentario a la STS 958/2021 de 5 de octubre de 2021 (Rec. 4815/2018)

TOMÁS SALA FRANCO

Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia. Estudio General

Palabras clave: Negociación colectiva, concurrencia de convenios, cambio de unidad de negociación, impermeabilización en periodo de ultraactividad.

1. ANTECEDENTES

El ET parte de la libertad de los negociadores en la fijación de las unidades de negociación. Sin embargo, los negociadores no tienen una absoluta libertad para establecer el ámbito del convenio, sino que está sometida a limitaciones que derivan de las exigencias del ET sobre concurrencia y articulación de convenios (por todas, STS de 24 de noviembre de 2015).

La regla general es la prohibición de concurrencia convencional consagrada en el artículo 84.1 del ET, en virtud del cual «un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto». Esta garantía de no afectación tiene por finalidad, según constante jurisprudencia, la de evitar que en el ámbito de aplicación territorial o funcional, cubierto por un convenio colectivo estatutario, se introduzca una

nueva regulación negociada, que coincida en todo o en parte, con alguno de dichos ámbitos (por todas, STS de 30 de junio de 2009).

Así, el artículo 84.1 del ET, para resolver los posibles conflictos de concurrencia entre convenios, ha optado por un criterio de prioridad temporal que deriva del principio «*pacta sunt servanda*», de forma que, si existe un convenio vigente y válido entre dos partes en el ámbito de la actividad realizada por la empresa, el mismo ha de ser cumplido y respetado por el término pactado. Como señala la STS de 30 de diciembre de 2015, «*solamente cuando esa vigencia acabe será posible que la unidad de negociación caiga bajo el ámbito de otro convenio distinto*».

En consecuencia, es imprescindible determinar, en primer lugar, cuándo acaba la «*vigencia*» del convenio colectivo prevalente y es posible el cambio de unidad de negociación o, si se prefiere, cuál es el término final de la regla de prohibición de concurrencia.

Desde luego, tanto durante la vigencia inicialmente pactada por las partes como durante la vigencia prorrogada del artículo 86.2 del ET por falta de denuncia expresa de una de las partes rige la prohibición de concurrencia de convenios. Sin embargo, no está tan claro cuando se trata de determinar si la «*vigencia*» del artículo 84.1 del ET comprende la prórroga ultraactiva prevista en el artículo 86.3 del ET.

Como regla general, el Tribunal Supremo ha mantenido que la prohibición de afectación no se aplica a los convenios en situación de ultraactividad del artículo 86.3 del ET, ya que esta prórroga de efectos «no es confundible con la vigencia a que se refiere el artículo 84 del mismo cuerpo legal», pues otra conclusión «supondría la «*petrificación*» de la estructura de la negociación colectiva y sería contraria a un sistema de libre negociación, en tanto que quedarían predeterminadas externamente las unidades correspondientes» (por todas, STS de 17 de mayo de 2004).

No obstante, esta regla general se exceptuó con el fin de proteger la unidad de negociación inferior preexistente frente a su absorción por las de ámbito superior cuando la negociación de sustitución de aquella estuviese activa y se mantuviese la expectativa de la negociación de un nuevo convenio («esta conservación de la unidad de negociación tenía la finalidad de proteger las unidades inferiores, para que éstas no quedaran absorbidas por las de ámbito superior [...] esa protección requiere además que la negociación esté activa»: STS de 17 de mayo de 2004).

Pero, más tarde, la jurisprudencia dio un paso más, entendiendo aplicable también la «*tesis de la impermeabilización*» a las unidades de negociación superior respecto de las inferiores. Así, la STS de 30 de diciembre de 2015

señaló, sin hacer distinciones, que «la prohibición de concurrencia persiste, una vez finalizada la vigencia del convenio y durante el periodo de ultraactividad del mismo, puesto que durante este periodo se mantiene la expectativa de la negociación de un nuevo convenio. La protección legal de la unidad de negociación no se refiere a un convenio aislado, sino a la unidad de negociación delimitada históricamente por la sucesión temporal de diversos convenios». Esta misma fue la línea interpretativa seguida por las SSTS de 12 de diciembre de 2018 o de 21 de enero de 2019, al señalar que el convenio colectivo denunciado mantiene totalmente su vigencia desde que se produce la denuncia hasta un año después, aunque se encuentre en situación de ultraactividad, salvo cuando se acredite que esa unidad negociadora se ha abandonado definitivamente.

2. CUESTIÓN O CUESTIONES PLANTEADAS

La posterior STS de 5 de octubre de 2021 que comentamos ha supuesto, sin embargo, aparentemente, la vuelta a la posición interpretativa tradicional del Tribunal Supremo sobre el tema. En efecto, la Sentencia señala en este sentido que «la prohibición de concurrencia entre convenios colectivos que proclama como regla general el art. 84.1 ET se extiende durante la vigencia del convenio preexistente. Expresión legal que hay que entender como la referida a la vigencia inicial prevista en el convenio o prorrogada expresamente por las partes, pero no al período posterior a tal vigencia, una vez el convenio ha sido denunciado, conocido como de vigencia ultraactiva, ya sea prevista en el propio convenio o, en su defecto, la establecida en el art. 86.3 ET».

La duda que plantea esta Sentencia es la de si para este fallo se han tenido en cuenta los hechos concurrentes en el supuesto planteado, ya que se trata de un caso en el que el convenio colectivo de empresa que pretende aplicarse establece una jornada laboral superior a la establecida en el convenio colectivo sectorial que se encuentra en régimen de ultraactividad, siendo por tanto el convenio colectivo sectorial el que se encuentra en periodo de ultraactividad: ¿se hubiera mantenido idéntica doctrina en el caso de que el convenio colectivo en régimen de ultraactividad hubiese sido el convenio de empresa o se habría excepcionado, como hasta ahora, la regla interpretativa para proteger la absorción del convenio de empresa por el de ámbito superior, manteniendo la impermeabilización de las unidades de negociación inferiores?

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

A la vista de la rotundidad de la doctrina sentada por la Sentencia, parecería que la vuelta a la tesis «clásica» se ha hecho «sin fisuras», esto es, para todos los casos, se trate de convenios de empresa o sectoriales los que se encuentren en situación de ultraactividad y, desde luego, con independencia del contenido favorable o desfavorable de los convenios concurrentes. Pero, puesto que ello supondría que se habría dejado atrás la «impermeabilización» de las unidades de negociación inferiores preexistentes y, con ella, la consiguiente protección de los niveles inferiores de negociación frente a su absorción por los de ámbito superior cuando las negociaciones de sustitución se encuentren activas y, por ende, la autonomía colectiva de estos, no parece que sea ésta la intención de la Sentencia, centrada en el supuesto planteado, tratándose de un caso en el que es el convenio colectivo sectorial el que se encuentra en régimen de ultraactividad interpretación limitada que nos llevaría a entender que la voluntad del Tribunal es la de volver a la segunda de las tesis interpretativas habidas, esto es, a la de que solamente las unidades de negociación inferiores estarían impermeabilizadas en el periodo de ultraactividad y no así las superiores.

66. NEGOCIACIÓN DE LOS PLANES DE IGUALDAD *VERSUS* NEGOCIACIÓN COLECTIVA: LAS COMISIONES *AD HOC* A DEBATE

Comentario a la STS 95/2021 de 26 de enero de 2021 (Rec. 50/2020)

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada. ORCID: 0000-0002-1248-6015

Palabras clave: Negociación colectiva, planes de igualdad, comisión «ad hoc» y representación de los trabajadores.

1. ANTECEDENTES

Se plantea un conflicto colectivo por parte de la Federación de Servicios de Comisiones Obreras contra la empresa Ayesa Ingeniería y Arquitectura S.A.U., Agrupación de Trabajadores CITA. La empresa tiene varios centros de trabajo (Madrid, Barcelona y Sevilla), sin embargo, sólo en dos de ellos (el de Barcelona y el de Sevilla) hay representación legal de los trabajadores. Pese a todo, el conflicto afecta a la totalidad de la plantilla de la empresa demandada.

Tras varios procesos electorales para constituir un comité de empresa en los centros de trabajo de Barcelona y Sevilla, en el año 2010 se negocia el plan de igualdad a través de una comisión *ad hoc*. Importante destacar que, al momento de la presentación del plan de igualdad, la empresa estaba integrada por cerca de 750 personas. Tras unas nuevas elecciones sindicales en el año 2012, la sección sindical de CCOO y el comité de empresa de Sevilla solicitan la

negociación de un Plan de Igualdad, al entender que el mismo es obligatorio por Ley dado el elevado número de trabajadores que tiene la empresa en su conjunto. La empresa se niega a negociar un Plan de Igualdad y alega que ya hay uno vigente desde el año 2010, fecha en la que no existía representación de los trabajadores. Posteriormente, se le solicita a la empresa la constitución de una comisión de igualdad y no acepta esta petición hasta el año 2015.

2. CUESTIÓN O CUESTIONES PLANTEADAS

Básicamente el conflicto se centra en torno a lo dispuesto en el artículo 45.1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en relación a los artículos 87, 88 y 89 del Estatuto de los Trabajadores, el artículo 24 de la Carta Magna y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional recogida en las sentencias 7/2015, de 24 de febrero de 2015 y del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2018.

En otras palabras, se trata de dirimir si, dado que la empresa estaba por ley obligada a disponer un Plan de Igualdad (ya que tiene más de 250 trabajadores), la negociación que se hizo en el año 2010 a través de una comisión «ad hoc» se ajusta a las reglas que dispone el artículo 87.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Por su parte, la representación de los trabajadores alega que existe mala fe por parte de la empresa, pues reiteradamente ésta se ha negado a negociar un Plan de Igualdad por los representantes unitarios o sindicales de los trabajadores. Y todo ello, conforme a las reglas que dispone el Estatuto de los Trabajadores, la Ley de Igualdad y las modificaciones legislativas introducidas a partir del año 2019.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

La Sala del Tribunal Supremo, en relación con la elaboración de los planes de igualdad en empresas de más de 250 trabajadores viene sosteniendo –de manera reiterada– que deben ser negociados con los representantes unitarios o sindicales de los trabajadores, que acrediten la legitimación, exigida por el artículo 87.1 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), porque así lo requiere el artículo 85.2 del ET (STS 11 de marzo de 2014, rec. 77/2013; 9 de mayo de 2017, rec. 85/2016; 14 de febrero de 2017, rec. 104/2016 y 13 de septiembre de 2018, rec. 213/2017). Y es que, la aprobación del plan de igualdad exige alcanzar un acuerdo con la representación legal de los trabajadores,

sin que quepa su imposición unilateral por el empresario, cuando no haya acuerdo. En el mismo sentido, la STS 9 de mayo de 2017, rec. 85/2016, ha mantenido que, «... el número 3 del artículo 45 de la Ley 3/2007 no establece la opción que dice la empresa recurrente: negociar un “plan de igualdad” o implantarlo unilateralmente si la negociación colectiva fracasa. No solo porque una interpretación lógico-sistemática del citado precepto nos muestra que es obligatoria la negociación del Plan de Igualdad en el supuesto de empresas de más de 250 trabajadores, sino, también que el citado núm. 3 lo que viene a establecer es que la elaboración y negociación de ese Plan será, igualmente, obligatoria cuando lo establezca el convenio colectivo de aplicación, aunque la empresa tenga menos de 250 empleados.

Recuerda el Alto Tribunal que, de acuerdo con la STS de 14 de febrero de 2017 (rec. 104/2016), no se podrá encomendar a una comisión *ad hoc* la negociación de un Plan de Igualdad, puesto que el mismo «... ha de contar con el acuerdo de la empresa y los representantes legales de los trabajadores, lo que no permite sustituir el mismo por un acuerdo entre la empresa y una comisión de trabajadores creada «ad hoc» para su negociación».

Por lo tanto, ¿Quiénes pueden negociar los Planes de Igualdad? Queda claro que habrán de ser los sujetos legitimados para la negociación de los convenios de empresa (conforme a lo dispuesto por el artículo 45 de la LO 3/2007, en relación con los artículos 17.5, 85.2, 87, 88 y 89 del Estatuto de los Trabajadores).

Indica, a este respecto, con contundencia el Tribunal Supremo: «... no es factible sustituir a los representantes unitarios o sindicales de los trabajadores por una comisión *ad hoc*, que es una fórmula negociadora excepcional, habilitada por el legislador, cuando no hay representación legal de los trabajadores, para acometer la negociación de determinadas modalidades de negociación colectiva, anudadas a medidas de flexibilidad interna y externa, como los períodos de consulta de la movilidad geográfica (art. 40 ET) y las modificaciones sustanciales colectivas (art. 41 ET), la suspensión de contratos y la reducción de jornada (art. 47 ET), el despido colectivo (art. 51 ET) y la inaplicación de convenio (art. 82.3 ET), sin que dicha representación *ad hoc* pueda utilizarse para la negociación de los convenios colectivos, como hemos sostenido en STS 28 de junio de 2017, rec. 203/2016, donde precisamos que «... representación *ad hoc* no aparece entre los sujetos legitimados para negociar un convenio de empresa», porque «la legitimación de las comisiones *ad hoc* solo es válida en los casos expresamente contemplados por la norma», lo que no sucede con la negociación de los planes de igualdad, cuya eficacia para el cumpli-

miento de los objetivos perseguidos, requiere que se negocien con representantes que aseguren su eficacia general.

La comisión elegida por la empresa para negociar el Plan de Igualdad ni siquiera alcanza el carácter de *ad hoc*, toda vez que las comisiones reguladas al amparo de los artículos 40, 41, 47, 51 y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores deben ser elegidas por los trabajadores de los centros sin representación. Cosa que no ha sucedido en el presente caso. Por lo tanto, la ausencia de interlocutor válido para la negociación, no comporta, de ningún modo, que pueda imponerse unilateralmente el Plan por la empresa, aunque se sometiera a un remedo de negociación compuesta por cinco trabajadores.

4. CONCLUSIÓN O CONCLUSIONES

La aprobación de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres (LOI) supuso para la doctrina un gran avance dentro de ese propósito de consecución de unas políticas de igualdad y no discriminación por razón de género, sin embargo, la realidad ha demostrado como los efectos de la misma no han sido tan notables como se esperaban. Así pues, de un lado, esta ley encomienda a la negociación colectiva que cumpla con el mandato de evitar la discriminación (García Blasco y De Val Tena, 2004, 267-289) y, de otro lado, que adopte las medidas necesarias para hacer efectivo el principio de igualdad en las relaciones laborales. Para lo cual, la Ley Orgánica de igualdad añade al contenido del artículo 85.1 del ET un nuevo apartado segundo: *Sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, en la negociación de los mismos existirá, en todo caso, el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad con el alcance y contenido previsto en el capítulo III del Título IV de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.*

Este deber de negociación de medidas de igualdad que establece el artículo 85.1 del ET en su II parte difiere del deber genérico de negociar que establece el artículo 89.1 del ET. Por lo que nos encontramos ante un deber que, se refiere en realidad, al contenido normativo y obligacional de los convenios colectivos, pero que no constituye contenido mínimo (Lousada Aroche, 2008, 35). Porque de haber sido así, se habría incluido en el apartado 3.º del artículo 85 del ET, ubicación que hubiese sido más coherente con la existencia de un auténtico deber de respetar la igualdad de trato y oportunidades entre

mujeres y hombres. En sentido, cabe afirmar que no constituye éste un límite al deber de negociar (Olarte Encabo, 2010, 199), a diferencia de lo que establece el artículo 45.1 de la LOI en donde sí se alude al *deber de adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier discriminación laboral entre mujeres y hombres*.

La relación entre ambos preceptos es clara, así pues, mientras que el deber de «adoptar medidas de igualdad» (que establece el art. 45.1 LOI) se mueve dentro del ámbito empresarial en donde deberá garantizarse el principio de igualdad, el «deber de negociar medidas de igualdad» (art. 85.1 párrafo II del ET) se ciñe al ámbito de la representación de los trabajadores (López Insua, 2020, 11-13). Este deber de negociar podrá concretarse en la discusión de un conjunto de medidas adoptadas después de realizar un diagnóstico de la situación, tendente a alcanzar la igualdad y eliminar la discriminación, a través de los llamados «planes de igualdad» (Monereo Pérez y Guindo Morales, 2018, 570). Como es sabido, la obligación de negociar estos planes presenta un carácter vinculante para la negociación estatutaria en las empresas de más de cincuenta trabajadores, lo que implica que cuando no se cumpla con ese requisito numérico las empresas no estarán obligadas a implantar planes de igualdad, salvo que por Convenio Colectivo se imponga dicha obligación. En cualquier caso, todas las empresas (sea cual sea el número de trabajadores) están obligadas a efectuar medidas para conseguir una efectiva igualdad por razón de género (tal y como indica el Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro).

En la sentencia del TS de 26 de enero de 2021 (rec. 50/2020) entiende el Supremo, de forma coherente con la Ley, que la negociación de los planes de igualdad debe acometerse necesariamente por los sujetos legitimados para la negociación de los convenios de empresa, sin que sea posible la imposición unilateral ni sustituir a los representantes unitarios o sindicales de los trabajadores por una comisión *ad hoc*. La negociación a través de este tipo de comisiones está permitida por el legislador, cuando no hay representación legal de los trabajadores, para determinadas medidas de flexibilidad interna y externa (movilidad geográfica, modificación sustancial colectiva de las condiciones de trabajo, suspensión de contratos, reducción de jornada, despido colectivo e inaplicación de convenio), pero sin que dicha representación *ad hoc* pueda utilizarse para la negociación de los convenios colectivos. Sin embargo, estas no son las circunstancias que se plantean el presente caso, por lo que se deduce que la empresa no tiene intención de negociar un Plan de Igualdad, sino de imponerlo unilateralmente, lo cual choca con la finalidad misma de la LOI.

5. BIBLIOGRAFÍA

- GARCÍA BLASCO, J., y DE VAL TENA, Á. L.: «La negociación colectiva en España», en VV.AA., *La negociación colectiva en Europa*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2004.
- LÓPEZ INSUA, B.M.: «El modelo de Planes de igualdad ante los recientes cambios normativos», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 8, núm. 4, 2020.
- LOUSADA AROCHE, J.F.: «El marco normativo de la negociación colectiva de medidas de igualdad de mujeres y hombres» en *El principio de igualdad en la negociación colectiva. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos* (Lousada Aroche, J. F, coord.), Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008.
- MONEREO PÉREZ, J.L., y GUINDO MORALES, S.: «Planes de igualdad», en VV.AA., (Sánchez Trigueros, C., dir.; Hierro Hierro, F. J y Kahale Carrillo, D.T, coords.), Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2018.
- OLARTE ENCABO, S.: «Los planes y medidas de igualdad en la negociación colectiva tras la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres», en *Gestión práctica de Planes de Igualdad*, (Molina Hermosilla, O., edit.), Albacete, Bomarzo, 2010.

67. CONCURRENCIA DE CONVENIOS EN CASOS DE EXTENSIÓN DE SU VIGENCIA TEMPORAL INICIAL

Comentario a la STS 26/2021 de 13 de enero de 2021 (Rec. 191/2019)

JUAN BONILLA BLASCO
Socio-Director del Área Laboral Cuatrecasas
Magister Juris, Universidad de Oxford

Palabras clave: Convenio colectivo, prohibición concurrencia, vigencia inicial, hostelería, restauración colectiva

1. ANTECEDENTES

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo (TS) resuelve el recurso de casación interpuesto por el sindicato UGT contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares (TSJIB) que estimó parcialmente la demanda de la Federación Española de Asociaciones Dedicadas a la Restauración Social (FEADRS) de impugnación de convenio colectivo, y analiza la prohibición de concurrencia de convenios, en concreto estatal y provincial, en el ámbito de la restauración colectiva.

Los antecedentes del caso son los siguientes:

– El I Convenio colectivo estatal de restauración colectiva, negociado conforme al artículo 83.2 del Estatuto de los Trabajadores (ET), con vigencia desde el 1 de enero de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2018, establece en su Disposición Adicional (disp. adic. 2.^a) que este se aplicará «a la finalización de la vigencia inicial ordinaria de los convenios de aplicación», ello con el obje-

tivo declarado de evitar que la actividad de restauración para colectividades quedara incluida en ámbitos y unidades de negociación distintos, singularmente, el sector de la hostelería.

– Por su parte, el Convenio colectivo del sector de hostelería de las Islas Baleares tiene inicialmente prevista su vigencia hasta el 31 de marzo de 2018. En 2017, cuando ya estaba en vigor el convenio estatal, que expresamente establecía que entraría en vigor en las Islas Baleares el 1 de abril de 2018, se acuerda ampliar su vigencia cuatro años más.

FEADRS interpone demanda impugnando el convenio. En instancia, la sentencia del TSJIB declara inaplicable al sector de la restauración social el convenio colectivo de hostelería de las Islas Baleares desde el 1 de abril de 2018, fecha en la que finalizaba la vigencia inicial ordinaria de dicho convenio, y que a partir de entonces debía aplicarse el convenio colectivo estatal de restauración colectiva, conforme a lo dispuesto en su disposición adicional 2.^a

El sindicato UGT recurre en casación alegando infracción la disposición adicional 2.^a del convenio colectivo estatal de restauración colectiva y el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Defiende que la ampliación de la vigencia temporal de un Convenio colectivo implica que no se ha producido novación alguna, por lo que sigue protegido por la prohibición de concurrencia del artículo 84.1 ET.

2. CUESTIÓN O CUESTIONES PLANTEADAS

En el caso analizado, el Convenio colectivo del sector de hostelería de las Islas Baleares tiene inicialmente prevista su vigencia hasta el 31 de marzo de 2018. En 2017, se acuerda ampliar su vigencia cuatro años más, cuando ya estaba en vigor el convenio estatal, que expresamente establecía que entraría en vigor en las Islas Baleares el 1 de abril 2018 (por error, se indica 2019).

La cuestión planteada consiste en determinar si ese Convenio colectivo del sector de la hostelería de las Islas Baleares es (i) aplicable o no al sector de la restauración colectiva –en el que opera la FEADRS–; y (ii) en su caso, desde qué fecha debe regir el convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva.

Concretamente, la FEADRS solicita la nulidad o subsidiariamente la inaplicación de varios preceptos del convenio colectivo de hostelería de las Islas Baleares que afectan al ámbito funcional, temporal y retributivo de la restauración colectiva, por entender que invaden el ámbito reservado al conve-

nio colectivo estatal de restauración colectiva, suscrito con anterioridad y que establece unas reglas de concurrencia entre convenios de distinto ámbito.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

El TS desestima el recurso de casación y confirma la sentencia del TSJIB, con base en los siguientes argumentos:

– La literalidad de la cláusula del Convenio colectivo estatal no deja lugar a dudas: se refiere al final de la vigencia «inicial» y «ordinaria», que no incluye su alteración posterior. A este respecto, vigencia «inicial» significa la pactada al generarse el convenio colectivo, y vigencia «ordinaria» es la que se establece al firmarse el convenio, en su redacción primera, sin atender a posteriores alteraciones.

– Es doctrina de la Sala que la prohibición de concurrencia ya no opera en el supuesto de ultraactividad, esto es, más allá de la vigencia inicial, por lo que es posible modificar la unidad de negociación cuando pierde esa vigencia inicial ordinaria el Convenio colectivo (SSTS 17 de mayo 2004, rec.101/2003, y 2 de febrero de 2004, rcud. 3069/2002).

– El convenio colectivo estatal de restauración colectiva es un acuerdo marco que, al amparo del artículo 83.2 ET, regula la estructura de la negociación colectiva y las reglas de concurrencia entre convenios de distinto ámbito, estableciendo que se aplicará en cada territorio a la finalización de la vigencia inicial ordinaria de los convenios de aplicación anteriores.

– Sostener que el Convenio de hostelería cuya vigencia temporal se ha ampliado es el mismo Convenio colectivo y no uno nuevo, dejaría la aplicación del Convenio colectivo estatal de restauración colectiva al albedrío de la comisión negociadora del Convenio colectivo de hostelería de Baleares, lo que podría conllevar la petrificación de la estructura de la negociación colectiva, en contra del objetivo perseguido por el ordenamiento jurídico.

– Por lo tanto, la ampliación de la vigencia temporal del convenio colectivo de hostelería de las Islas Baleares acordada en septiembre de 2017, cuando ya estaba vigente el convenio colectivo estatal de restauración colectiva, no puede afectar al ámbito funcional de este último, sin vulnerar la prohibición del artículo 84.1 ET, y supone una novación que impide que el convenio de hostelería siga gozando de la protección de dicho precepto.

– Lo contrario no respetaría la finalidad del Convenio colectivo marco, en relación con definir la estructura de la negociación colectiva del sector.

Ha aplicado la doctrina de esta sentencia el TSJ Cataluña en sentencias de 11 de abril de 2022 (núm. 21/2022) y de 6 de julio de 2023 (núm. 23/2023).

4. CONCLUSIÓN

Tras analizar la prohibición de concurrencia de convenios, en concreto estatal y provincial, en el ámbito de la restauración colectiva, el TS resuelve que un convenio sectorial de ámbito inferior no puede esquivar la aplicación de un convenio estatal posterior, mediante la prórroga de su vigencia inicial.

La sentencia del TS supone el reconocimiento de la validez y eficacia del convenio colectivo estatal de restauración colectiva como norma reguladora del sector, con independencia de los convenios colectivos de hostelería de ámbito inferior que pudieran incluirlo en su ámbito funcional. Garantiza la unidad de negociación y la homogeneidad de las condiciones laborales de los trabajadores de la restauración colectiva en todo el territorio nacional, así como la defensa de los intereses de las empresas y los sindicatos del sector.

**68. CALENDARIO DE VACACIONES, DESCUELGUE
DEL CONVENIO Y PACTOS INDIVIDUALES EN MASA**
Comentario a la STS 15/2021 de 13 de enero de 2021 (Rec. 104/2019)

VICENTE PEDRO LAFUENTE PASTOR

Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Zaragoza. ORCID: 0000-0003-0091-450X

Palabras clave: Convenio colectivo estatutario, calendario de vacaciones, descuelgue.

1. ANTECEDENTES

El Tribunal Supremo, en esta Sentencia de 13 de enero de 2021 (Rec. 104/2019) (ECLI:ES:TS:2021:290), desestima el recurso de casación interpuesto por la empresa demandada contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 22 de marzo de 2019 (Rec. 5/2019) (ECLI:ES:TSJAS:2019:879). La representación del sindicato CCOO había presentado demanda por el procedimiento de conflicto colectivo en materia de vacaciones contra la empresa Hijos de Luis Rodríguez SA, con nombre comercial MAS Y MAS, estimando la sentencia recurrida la demanda, declarando nulo el calendario de vacaciones de 2019 de la mercantil y reconociendo el derecho de la plantilla a seguir aplicando lo establecido en el Convenio Colectivo.

El Convenio Colectivo aplicable era el de Minoristas de Alimentación del Principado de Asturias. La empresa contaba con 56 centros de trabajo en Asturias, ocupando a 1.259 trabajadores. En realidad, la demandada no aplicaba la

regla establecida en el Convenio, en su artículo 8, siendo la práctica habitual que el disfrute de las vacaciones se hiciera en dos periodos: 13 días en invierno y 17 en verano, entre los meses de mayo a septiembre, realizando turnos rotatorios anuales.

Sin embargo, el Comité de Empresa, en un momento dado (septiembre de 2017), reclamó excluir de este periodo el mes de mayo, y cumplir con lo dispuesto en el Convenio Colectivo. La empresa entonces realiza algunas propuestas transaccionales, que son sondeadas con la plantilla, y valoradas por ésta positivamente. El Comité de Empresa, no obstante, entiende que se está produciendo una alteración de lo regulado en el Convenio, y reclama que esas propuestas se realicen por escrito, al ser un descuelgue del Convenio. Petición que se plasma en la apertura de un periodo de consultas con la representación de los trabajadores, aunque siguiendo el cauce del artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores (modificación sustancial de las condiciones de trabajo-MSCT), y no el del artículo 82.3 (descuelgue del Convenio).

Se celebraron tres reuniones que concluyeron sin acuerdo. La empresa no reconoció que el procedimiento a seguir fuera el de descuelgue, alegando que en los veinte años anteriores venía negociándose y acordando con el Comité de Empresa los periodos vacacionales. Éste considera que el hecho diferencial es que esta vez las propuestas empresariales están al margen del Convenio. La propuesta de la empresa de que se haga una consulta vinculante a toda la plantilla no es aceptada por el Comité. Así que la empresa reemprende las negociaciones, pero al margen del órgano representativo, reuniéndose con todas las encargadas de las tiendas, que realizan una contrapropuesta que es aceptada por la empresa, colgándose en los tableros de anuncios las dos propuestas de la empresa, consensuadas con las encargadas de tienda, manifestándose por la empresa que se habían realizado 966 solicitudes individuales que se mostraban conformes con los periodos indicados.

2. CUESTIÓN PLANTEADA

La cuestión que debe resolverse es la de si resulta ajustado a derecho el calendario de vacaciones para el año 2019 fijado por la empresa, tras finalizar el periodo de consultas sin alcanzar un acuerdo con la representación legal de los trabajadores (RLT).

Debiéndose tener en cuenta que, aunque la decisión empresarial no respeta lo regulado en el Convenio Colectivo, sí se ajusta a las peticiones efectua-

das a título individual por la gran mayoría de los trabajadores, así como por la totalidad de las encargadas de sus diferentes centros de trabajo.

La empresa, como se ha dicho, activa un procedimiento de consultas con la representación legal de los trabajadores, al amparo del artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores (LET), que finaliza sin acuerdo. Es entonces cuando inicia otro procedimiento de consultas, informal, con las encargadas de los diferentes centros de trabajo, adoptándose distintos sistemas de vacaciones, en función de las peticiones individuales de los trabajadores de la empresa, obviándose la reclamación del Comité de Empresa instando a la empresa a poner en marcha un procedimiento de desvinculación o descuelgue del Convenio, regulado en el artículo 82.3 LET.

La empresa sostiene la legalidad de su actuación porque, primero, está dando satisfacción a la mayoría de las peticiones individuales de la plantilla (997 trabajadores respecto a un total de 1.256 empleados de tiendas) y, segundo, porque mantiene que no afecta a derechos indisponibles de carácter necesario, por lo que no se ve concernido el artículo 3.5 LET.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

El precedente que sirve al Alto Tribunal para fundamentar jurídicamente su tesis es la STS de 3 de julio de 2019 (Rec. 51/2018) (ECLI:ES:TS:2019:2525), al menos en lo concerniente a la improcedencia de accionar la vía de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 LET) para reconfigurar el calendario de vacaciones, cuando debió seguirse la vía del artículo 82.3, de inaplicación del Convenio Colectivo estatutario.

Ambos procedimientos tienen semejanzas y diferencias, como manifiestan las SSTS de 17 de diciembre de 2014 (Rec. 24/2014) (ECLI:ES:TS:2014:5792), 23 de junio de 2015 (Rec. 315/2013) (ECLI:ES:TS:2015:3294) y 6 de julio de 2016 (Rec. 155/2015) (ECLI:ES:TS:2016:3906).

Como parecidos, su finalidad, que obedece en ambos casos a solventar un problema empresarial, y su listado, muy similar, de materias, si bien el del artículo 41 es lista abierta y la del artículo 82.3 es cerrada. Como diferencias, que en la modificación de las condiciones laborales se exige que ésta sea sustancial, esencial, mientras que en el descuelgue, cualquier alteración del Convenio, sea sustancial o no, debe someterse a la regulación del artículo 82.3 LET y así lo expresa el artículo 41.6 LET: «La modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el título III deberá realizarse conforme a lo establecido en el artículo 82.3».

En cuanto a otras diferencias de fondo, en la MSCT, finalmente, la decisión, a falta de acuerdo, la adopta el empresario unilateralmente, mientras que en la inaplicación del Convenio es necesario el pacto o el laudo sustitutivo. Por ello, la inaplicación en este caso del calendario de vacaciones fijado convencionalmente debió hacerse agotando las posibilidades descritas en el artículo 82.3 LET de establecer una negociación con la RLT y, en caso de desacuerdo, convocando a la Comisión Paritaria del Convenio, acudiendo a los procedimientos establecidos en los acuerdos interprofesionales o, fallando los anteriores mecanismos, sometiendo la solución de la misma a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Lo que no podía hacerse por parte de la empresa, tal y como hizo finalmente, era aplicar de forma unilateral calendarios de vacaciones que vulneraban lo dispuesto en el Convenio Colectivo, aun cuando fueran aceptados pacíficamente e incluso apoyados por la gran mayoría de los trabajadores.

Otra cuestión es si el calendario de vacaciones está incluido en el listado cerrado del artículo 82.3 LET, previsto para el descuelgue. No parece admitir dudas (STS de 27 de mayo de 2013 (Rec. 90/2012) (ECLI:ES:TS:2013:3157) al afectar directamente al supuesto descrito por el artículo 82.3 LET: «Horario y distribución del tiempo de trabajo» y también al de la “jornada de trabajo”. Por otra parte, las vacaciones están sistemáticamente ubicadas en el Estatuto de los Trabajadores en el apartado «tiempo de trabajo» (Sección V del Capítulo II del Estatuto de los Trabajadores).

Del mismo modo, es asunto capital discernir si debe mantenerse la no aptitud del procedimiento de modificación del calendario vacacional por parte de la empresa, sin seguir los trámites del descuelgue, a la luz de la singular circunstancia del caso, a saber: la aceptación muy mayoritaria por parte de la plantilla de la empresa, que voluntariamente se acoge a la opción ofrecida por la empresa, separándose así de lo regulado en el Convenio Colectivo.

Estaríamos, entonces, en un marco algo movedizo en cuanto a la certidumbre jurídica. Porque parece que, si la empresa hubiese actuado de igual modo, pero de forma específica y singular, con puntuales acuerdos individuales entre empresa y determinados trabajadores que hubieran beneficiado a éstos con un calendario de vacaciones diferente al fijado en el Convenio Colectivo, podría haberse admitido, tal y como sugiere el fallo judicial, como condición más beneficiosa, lo que lleva a plantearnos dónde estaría el umbral razonable de trabajadores afectados. En todo caso, la tesis judicial califica la actuación empresarial como «medida de carácter colectivo implementada por la empresa al margen de lo previsto en el convenio de aplicación».

Se considera que se está dando prevalencia a lo que denomina «acuerdos individuales en masa», y ello descalifica la actuación empresarial al contravenir el derecho a la libertad sindical (art. 28.1 de la Constitución, CE), como expresión del derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE). Es decir, estaríamos ante una vulneración de derechos y libertades constitucionales (Capítulo 2 de la Constitución), siendo, además, que la libertad sindical, ubicada en la Sección I, está en el núcleo duro de derechos fundamentales y libertades públicas.

Por ello, parece colegirse que la incompatibilidad de la decisión empresarial con el ordenamiento jurídico laboral radica en la sustitución indebida del derecho colectivo a la representación, recogido en el ordenamiento constitucional como manifestación del principio democrático de las relaciones de trabajo, por la promoción de pactos individuales en masa, con una finalidad ilegítima, la elusión de la negociación colectiva y del mecanismo del descuelgue en caso de no alcanzarse acuerdo. Y ello siguiendo la tesis de la precedente STS de 20 de junio de 2019 (Rec. 98/2018) (ECLI:ES:TS: 2019:2394).

El derecho a la negociación colectiva parece totalmente ineludible cuando se pretende modificar un Convenio Colectivo estatutario, máxime cuando el mecanismo del descuelgue impide que la falta de acuerdo permita la adopción de una decisión unilateral empresarial, como sí ocurre en la MSCT. Hay, en definitiva, una privación improcedente del derecho a la defensa de los intereses colectivos de los trabajadores que corresponde a la RLT, y para esa improcedencia no obsta el que los acuerdos individuales masivos hayan sido alcanzados sin vicio de la voluntad alguno.

Por un lado, estaría el marco de actuación de la negociación colectiva, como manifestación de la libertad sindical del artículo 28 CE, que se reputa como idóneo en el ámbito colectivo de la empresa, aunque, por otro, tendríamos el principio de libertad empresarial del artículo 38 CE, y de la autonomía de la voluntad, es decir, de la libertad individual de empresario y trabajador para alcanzar acuerdos beneficiosos para ambos. Se concluye, empero, que esa autonomía individual debe ceder si ello comporta eludir el derecho a la negociación colectiva o vaciarla de contenido, cuando se pretende la modificación unilateral de una disposición de un Convenio Colectivo estatutario. La STS de 29 de abril de 2014 (Rec. 242/2013) (ECLI:ES:TS: 2014:2082) viene a recoger esta tesis, amparada también por la doctrina constitucional [STC 238/2005, de 26 de septiembre (*BOE* de 28 de octubre de 2005)]. Este criterio no es reciente. Ya la STC 105/1992, de 1 de julio (*BOE* de 24 de julio de 1992), concluía que, «de prevalecer la autonomía de la voluntad individual de los trabajadores sobre la autonomía colectiva plasmada en un convenio legalmente pactado entre los sindicatos y la representación empresarial, quebraría el sistema de la negociación colectiva configurado por el legislador cuya

virtualidad viene determinada por la fuerza vinculante de los convenios constitucionalmente prevista en el artículo 37.1 CE».

Ciertamente, el Tribunal Supremo mantiene otro criterio cuando no existe regulación prescriptiva de Convenio Colectivo estatutario. La STS de 22 de febrero de 2024 (Rec. 278/2021) (ECLI:ES:TS: 2024:1354) sostiene, también respecto al calendario de vacaciones fijado unilateralmente por la empresa, que no hay vulneración de norma legal ni convencional alguna, dado que los sindicatos no tuvieron en consideración los acuerdos adoptados para negociar un calendario de vacaciones, lo que exigía una actividad negociadora que tampoco éstos tuvieron. Al actuar posteriormente la empresa de forma unilateral, no habría contravenido norma alguna, sin perjuicio de las acciones de reclamación individuales para exigir el común acuerdo que regula el artículo 38 CE.

4. CONCLUSIONES

El Tribunal Supremo, en esta interesante resolución, plantea el dilema aplicativo de si es lícito o no que la empresa adopte unilateralmente un calendario de vacaciones que contraviene lo dispuesto en el Convenio Colectivo sectorial, tras una serie de reuniones con la representación legal de los trabajadores, realizadas siguiendo los trámites de la modificación sustancial de las condiciones del artículo 41 LET. La empresa continuó su cauce negociador en reuniones con las encargadas de los centros de trabajo y al margen de la representación legal, consensuando modelos de calendarios de vacaciones que son publicados en los tablones de anuncios, y que son acogidos favorablemente por la gran mayoría de los trabajadores.

La doctrina judicial considera, siguiendo otros precedentes, que, con dicha conducta unilateral, la mercantil estaría eludiendo el cauce adecuado, el descuelgue del Convenio del artículo 82.3 LET, que no admite decisiones unilaterales a falta de pacto con la RLT. Los actos de la empresa, aun respaldados por un porcentaje muy mayoritario de la plantilla, al actuar al margen de los trámites legales y de la interlocución con la RLT, estarían vaciando de contenido derechos colectivos amparados constitucionalmente como el de libertad sindical y de negociación colectiva. Estos acuerdos individuales en masa violentarían la esencia del derecho laboral colectivo, y privaría de contenido a la negociación colectiva. La autonomía individual, la libertad de empresa o el principio de condición más beneficiosa cederían ante la contravención de los derechos de libertad sindical y negociación colectiva, que habrían de aplicarse de forma prevalente.

69. ANÁLISIS DE LEGALIDAD DE LA DOBLE ESCALA SALARIAL

Comentario a la STS 1045/2020 de 1 de diciembre de 2020 (Rec. 52/2019)

JOSÉ-RAMÓN TIL AISA

Licenciado en Derecho por la Universidad de Zaragoza
Abogado REICAZ. Director de Personal del Grupo Saica
para España, Portugal e Italia

Palabras clave: Impugnación convenio, doble escala salarial, justificación objetiva y razonable, diferencia de trato por fecha de ingreso, mantenimiento derechos adquiridos.

1. ANTECEDENTES

– El 17 de noviembre de 2015: se firma el I CCo Estatal del Sector Laboral de la Restauración Colectiva por parte de la patronal FEADRS, Comisiones Obreras (CC OO) y la Unión General de Trabajadores (UGT).

– El 22 de marzo de 2016: se publica y registra mediante Resolución de la Dirección General de Trabajo.

– Su Disposición Transitoria Cuarta recoge una relación territorial de pluses a incorporar en el nuevo Plus Personal, *si se venía percibiendo*. Los pluses tendrán el tratamiento que establezcan los diferentes CCo (provinciales o autonómicos). La cantidad resultante del plus de transporte y plus de manutención, tendrán el incremento que se pacte en este CCo (estatal), especificando posteriormente los diferentes importes.

– El 10 de abril de 2017, por Resolución de la Dirección General de Trabajo, se registra y publica un Acuerdo de Modificación del I CCo Estatal de Restauración Colectiva, dando nueva redacción a su Disposición Transitoria Cuarta: los pluses o pagas tendrán el tratamiento que traen de los diferentes CCo (provinciales o autonómicos), de tal manera que, si en los CCo de origen tenían incrementos salariales, tendrán el incremento que se pacte en este CCo (estatal). La cantidad resultante de los pluses transporte y manutención, tendrán el incremento que se pacte en este CCo (estatal).

Se sustituye: ...de tal manera que, si en los CCo de origen (provinciales y autonómicos) tenían incrementos salariales, tendrán el incremento que se pacte en este CCo (estatal), para todos los pluses, no solo para los pluses de transporte y manutención.

– El 14 de septiembre de 2018 la Unión Sindical Obrera (USO) presentó demanda contra la Federación patronal FEADRS, y las organizaciones sindicales Federación Estatal de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO), Federación Estatal de Servicios para la Movilidad y el Consumo de la Unión General de Trabajadores (UGT), Confederación Euskal Langileen Alkartasuna ELA.STV, Confederación Intersindical Galega C.I.G., Confederación General del Trabajo CGT y el Ministerio Fiscal, demandando la nulidad parcial de la nueva Disposición Transitoria Cuarta respecto a «*si se venía percibiendo*», por vulnerar el Principio de Igualdad del artículo 14 de la Constitución Española, considerando que se establece una Doble Escala Salarial por razón de la fecha de ingreso en la empresa contraria al artículo 14 CE.

ELASTV se adhirió a la demanda. FEADRS, se opuso a la demanda solicitando su desestimación, tras admitir los hechos, pero no las valoraciones. UGT, se opuso a la demanda adhiriéndose a lo argumentado por FEADRS.

– El 30 de noviembre de 2018 la Audiencia Nacional falló absolviendo a los demandados.

– USO presentó Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que fue impugnado por UGT, CCOO y FEADRS. El Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar que el recurso debe ser estimado.

– El 1 de octubre de 2020, se designó nuevo ponente al Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance, señalándose para votación y fallo el 25 de noviembre de 2020, en que tuvo lugar.

2. CUESTIÓN O CUESTIONES PLANTEADAS

– Hechos Controvertidos: El nuevo CCo Estatal como Acuerdo Marco ha integrado a los CCo Sectoriales de ámbito inferior (provinciales y autonómicos), con vocación homogeneizadora, unificando la estructura salarial y se pacta una entrada en vigor progresiva de los diversos pluses al nuevo Plus Personal, basado en que esta personas trabajadoras disfrutaban de esos Derechos Adquiridos por los diferentes ámbitos geográficos y sucesivas subrogaciones empresariales.

– Hechos Probados: El resto, ya reseñados

– La controversia litigiosa del Recurso de Casación (RC) interpuesto por USO radica en dilucidar si la Disposición Transitoria Cuarta del I CCo Estatal del Sector Laboral de la Restauración Colectiva establece una Doble Escala Salarial que vulnera el Principio de Igualdad por discriminar a las personas trabajadoras por su fecha de ingreso a la empresa, desestimada por la Audiencia Nacional.

El Sindicato USO interpuso dicho Recurso en base a dos motivos: 1.º) Alega que la sentencia recurrida incurre en falta de motivación; 2.º) Que la norma colectiva impugnada vulnera el artículo 14 CE porque instaura una Doble Escala Salarial.

La Federación Española de Asociaciones dedicadas a la Restauración Colectiva argumenta que la SAN está perfectamente motivada y que existe una justificación objetiva del complemento enjuiciado consistente en la garantía de los derechos adquiridos de las personas trabajadoras.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

1. En el primer motivo del RC se denuncia la vulneración del artículo 24 CE, argumentando que la sentencia incurre en *falta de motivación* porque se pronuncia directamente sobre la negativa a considerar si existe una Doble Escala Salarial, sin responder a las preguntas planteadas en el escrito de demanda, relativa a si provoca una Doble Escala Salarial al trasladar a la DT4.^a del nuevo CCo Estatal varios complementos extrasalariales que previamente existían en los diferentes CCo de ámbito sectorial inferior, limitando sus efectos a las personas contratadas antes de la entrada en vigor del CCo Estatal.

La motivación de las resoluciones judiciales, establecida en el artículo 120.3 CE, es una exigencia derivada del artículo 24.1 CE, con el fin de articu-

lar las razones de las decisiones mediante el control del sistema de recursos. El TC sostiene que las resoluciones deben estar motivadas, y contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer los criterios jurídicos que fundamentan las decisiones. Las motivaciones deben contener fundamentaciones en Derecho mediante la aplicación no arbitraria de las normas adecuadas al caso. No obstante, el derecho a la tutela judicial efectiva no consiste en el derecho a obtener una decisión favorable, sino en garantizar el derecho a obtener una resolución de fondo, que se pronuncie de manera motivada y no arbitraria, sobre las pretensiones de las partes conforme a Derecho, con independencia de que sea favorable o desfavorable a los intereses del recurrente.

En este caso, se motivan extensamente los argumentos que justifican la desestimación de la demanda, invocando los preceptos legales y la jurisprudencia al respecto. La sentencia de instancia niega la existencia de una Doble Escala Salarial, argumentando que no se trata de una diferencia de trato basada únicamente en la fecha de ingreso en la empresa ya que el Plus Personal varía en función del CCo provincial o autonómico que previamente se le aplicaba a cada persona; añadiendo que existe una *justificación objetiva y razonable de la diferencia de trato consistente en la consolidación de los derechos que cada persona venía disfrutando* con anterioridad a la unificación de las normas sectoriales de ámbito inferior.

2. En el siguiente motivo del RC, se denuncia la vulneración del artículo 14 CE y de la doctrina sobre la Doble Escala Salarial, alegando que la Disp. Transitoria 4.^a del CCo Estatal establece una Doble Escala Salarial que vulnera el Principio de Igualdad: «los pluses o pagas tendrán el tratamiento que traen de los diferentes CCo, de tal manera que, si en los CCo de origen tenían incrementos salariales, tendrán el incremento que se pacte en el presente CCo».

El artículo 14 CE contiene un principio genérico de igualdad que solo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, y un mandato de no discriminación por unas determinadas circunstancias «sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social», las cuales implican un juicio de razonabilidad de la diferenciación.

Reiterada doctrina constitucional niega que la igualdad de trato opere en el ámbito de los CCo con sentido absoluto, debido al Principio de Autonomía de la Voluntad de las partes negociadoras, que no puede establecer un régimen diferenciador en las condiciones de trabajo, sin justificación objetiva y sin la proporcionalidad que la medida diversificadora debe poseer para resultar conforme al artículo 14 CE, ni en este juicio pueden marginarse las circunstancias

concurrentes a la que hayan atendido los negociadores, siempre que resulten constitucionalmente admisibles [STC 112/2017, de 16 octubre (BOE de 24 de octubre de 2017)].

El TC explica que el sistema de fijación del salario corresponde a la autonomía de las personas trabajadoras y empresarios mediante el ejercicio del Derecho a la Negociación Colectiva del artículo 87.1 CE; máxime en un estado y democrático de Derecho que propugna como principios superiores de su ordenamiento jurídico la Justicia y la Igualdad (art. 1 CE), de manera efectiva y real (art. 9.2 CE), asegurando que el Principio de Igualdad implica la eliminación de cualquier discriminación basada en la circunstancias personales o sociales del artículo 14 CE, en el conjunto de factores y condiciones retributivos, para un mismo trabajo o para un trabajo al que se le atribuye igual valor.

La STC 112/2017 de octubre, argumenta que «para que la diferencia salarial fundada en el concepto de antigüedad pueda ser conforme al Principio de Igualdad es necesario que, en el seno del CCo, se introduzca algún tipo de compromiso empresarial que conlleve una contraprestación a los afectados que pueda hacer potencialmente la medida con el artículo 14 CE, y de otro lado, que con base en pautas de compensación o reequilibrio, determinen el establecimiento de la diferencia de modo transitorio, asegurando la desaparición progresiva» [STC 27/2004, de 4 de marzo (BOE de 6 de abril de 2004)].

En STS de fechas 17 de septiembre de 2020 (Rec. 3308/2028); de 7 de octubre de 2020 (Rec. 2592/2018 y 2818/2018); y 8 de octubre de 2020 (Rec. 3447/2018 y 3461/2018) se ha examinado la Doble Escala Salarial relativa al complemento de antigüedad en función de la fecha de ingreso a la empresa, declarando su nulidad en los supuestos en que se establece únicamente por la fecha de ingreso, cuando no tiene una *justificación objetiva y razonable* que salve esa diferencia de trato que en otro caso resultaría contraria al Principio de Igualdad del artículo 14 CE.

La STS de 10 de noviembre de 2010 (Rec. 140/2009) que recoge la doctrina consolidada sobre las Dobles Escalas Salariales en materia de antigüedad, en síntesis establece: 1.º que las dobles escalas salariales establecidas en los CCo estatutarios, conculcan el Principio de Igualdad *si la diferencia de trato que se establece no tiene una justificación objetiva y razonable*; 2.º que esa justificación podría estar constituida por la *garantía de los Derechos Adquiridos* para las personas trabajadoras que, de acuerdo con el régimen convencional aplicable con anterioridad, tuvieran reconocidos o en curso de reconocimiento los correspondientes conceptos; 3.º que, sin embargo esa garantía de los derechos adquiridos no se concibe de forma diná-

mica, sino *de forma estática*, limitándose a conservar los derechos reconocidos a las personas trabajadoras en el momento en que se produce el cambio normativo, sin que se produzcan «dos regímenes de antigüedad diferentes y abiertos a futuro».

4. CONCLUSIONES

1. El derecho a la tutela judicial efectiva se concreta en obtener, siguiendo los cauces y requisitos procesales adecuados, una resolución sobre el fondo y motivada en relación con las pretensiones planteadas, cuyo resultado puede ser no favorable a los intereses del solicitante, sin que ello signifique que no está motivado. Por ello, se desestima este motivo.

2. Se aprobó un CCo Sectorial Estatal, para homogeneizar y consolidar las condiciones y derechos de las personas trabajadoras que venían disfrutando con anterioridad en otros CCo provinciales, estableciendo un Plus Personal, en el que no solo operaba la fecha de ingreso, sino el CCo provincial de procedencia, *constituyendo una justificación objetiva y razonable* en su instauración, *sin que se establezca de forma dinámica*, limitándose a *conservar los derechos ya reconocidos* a personas trabajadoras en el momento del cambio normativo.

Por lo que se desestima el Recurso de Casación ordinario, confirmando la SAN de fecha 30/10/2018.

70. PRESUNCIÓN DE REPRESENTATIVIDAD EMPRESARIAL

Comentario a la STS 801/2018 de 19 de julio de 2018 (Rec. 169/2017)

JESÚS LAHERA FORTEZA
Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Complutense
ORCID: 0000-0002-9734-3952

Palabras clave: Representatividad empresarial, legitimación negociadora, convenio colectivo sectorial, participación institucional.

1. ANTECEDENTES

Es bien conocido que la representatividad empresarial de las patronales legitimadas para negociar y celebrar convenios colectivos sectoriales estatutarios (arts. 87.3.c, 87.4, 88.2 y disp. adic. 6.^a ET) no tiene un sistema fiable de medición de los umbrales de asociación y ocupación laboral. A pesar de la previsión legal de la disposición adicional 1.2 LOLS, con un mandato de desarrollo reglamentario de la disposición adicional 6.^a ET, no se ha implantado nunca un sistema de certificación oficial estatal de la representatividad empresarial con una constatación fiable y acreditada de la asociación y ocupación laboral.

Esta carencia ha motivado una consolidada jurisprudencia que otorga presunción de representatividad empresarial a las patronales firmantes de convenios colectivos estatutarios, correspondiendo a la parte demandante acreditar la falta, en su caso, de legitimación negociadora del firmante o acreditar la

propia. La STS 19 julio 2018, Rec. 169/2017, se contextualiza en esta jurisprudencia consolidada de presunción de representatividad empresarial en los convenios colectivos sectoriales estatutarios.

2. CUESTIÓN PLANTEADA

La STS 19 julio 2018 tiene el trasfondo de la impugnación judicial del convenio colectivo de logística, paquetería y actividades anexas de transporte de mercancías de Madrid por falta de legitimación de la patronal firmante UNO, organización empresarial de logística y transporte. La parte demandante es otra patronal del sector, COMAT, confederación madrileña de transportes de mercancías, sobre bases jurídicas que cuestionan el cumplimiento de la patronal UNO de los umbrales de legitimación negociadora en este ámbito convencional (arts. 87.3.c y 88.2 ET), el doble 10 por 100 asociación/ocupación laboral o 15 por 100 de ocupación laboral y el 50 por 100 de ocupación laboral.

3. CRITERIO DE LA SALA IV DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Sala IV del TS, en la sentencia de 19 julio 2018, aplica al caso su consolidada doctrina de presunción de representatividad de las patronales firmantes de convenios colectivos estatutarios, ante la constatada ausencia de un sistema fiable de acreditación oficial de la asociación y ocupación laboral de las asociaciones empresariales.

Este criterio se sustenta en esta consolidada jurisprudencia (STS 14 febrero 2005, Rec. 55/2004, 29 noviembre 2010, Rec. 244/2009, 11 noviembre 2009, Rec. 38/2008, 24 junio 2014, Rec. 225/2013) que, de manera pragmática ante la falta de certificados oficiales de representatividad empresarial, aplica esta presunción y desplaza la carga de la prueba de la asociación y ocupación laboral cuestionada a la parte demandante (FD 1). Se afirma, así, en coherencia con estos precedentes, que «la falta de nivel de representatividad empresarial corresponde a la parte demandante que la afirme porque, una vez que el convenio colectivo ha superado el control de legalidad de la Administración Pública, tiene una presunción de validez que sólo puede ser desvirtuado por la impugnación pero siempre que se acredite por la parte que demanda» para añadir, como raíz conocida del problema, que «la justificación del nivel de representatividad de las asocia-

ciones empresariales ofrece serias dificultades en la mayoría de ocasiones pues, a diferencia de lo que sucede con los sindicatos, en este ámbito empresarial ni se celebran elecciones ni existe una oficina pública certificante capaz de ofrecer datos fiables y objetivos sobre la representatividad empresarial». En la práctica, como reconoce la sala IV del TS, «en relación con la legitimación inicial del art. 87.3.c ET como en la exigible a la mesa negociadora del art. 88.2 ET se produce un reconocimiento mutuo por parte de los interlocutores sindicales y patronales».

Se establece, así, una «presunción *iuris tantum* a favor de la concurrencia en los negociadores, en este caso la parte patronal, de la legitimación negociadora que se exterioriza en el reconocimiento mutuo de la parte sindical y en el control de legalidad de la Administración Pública» (FD 2). En el caso planteado, se constata este reconocimiento mutuo y la ausencia de reproche administrativo en el control de legalidad, no existiendo impugnación judicial de oficio por falta de representatividad empresarial, y se aplica esta presunción de representatividad empresarial de la patronal firmante UNO. Del examen fáctico realizado no consta que la patronal demandante, COMAT, haya sido capaz de destruir esta presunción de representatividad empresarial, al aportar datos de asociacionismo y ocupación laboral sin este resultado, por lo queda avalado este convenio colectivo en el ámbito libremente acordado por las partes (art. 83.1 ET).

4. CONCLUSIÓN VALORATIVA EN RELACIÓN CON LA PRESUNCIÓN DE REPRESENTATIVIDAD EMPRESARIAL

La sentencia comentada, en este merecido homenaje a mi buen amigo el profesor Juan García Blasco, con quien me unen raíces turolenses, pone de manifiesto uno de los problemas estructurales, no bien resueltos, de nuestro sistema de negociación colectiva de eficacia general: la ausencia de un sistema fiable de medición de la representatividad empresarial mediante certificaciones públicas oficiales.

Esta carencia también afecta a la participación institucional de las asociaciones empresariales porque la disposición adicional 6.^a ET tampoco ha sido desarrollada a través de un sistema de certificaciones oficiales, ni en el ámbito estatal ni en el autonómico. No existe en la regulación específica de los estatutos de las asociaciones empresariales (RD 416/2015) ningún mecanismo de

registro y acreditación de su representatividad, medida por asociación y ocupación laboral, ni en la participación institucional ni en la negociación colectiva sectorial. La regulación de estos umbrales de asociación y ocupación laboral (arts. 87.3.c, 87.4, 88.2 y disp. adic. 6.ª ET) no va acompañada de un sistema de certificaciones oficiales de las patronales representativas.

Las salidas ante este problema estructural son pragmáticas y priman el blindaje jurídico de los convenios colectivos sectoriales estatutarios, de eficacia general, frente a un posible cuestionamiento de esta no acreditada representatividad empresarial. La autoridad laboral apenas impugna de oficio convenios colectivos por falta de legitimación empresarial, aunque tiene capacidad para ello en el marco de los artículos 90.5 ET y 163-164 LJS. Apenas existen experiencias de requerimiento administrativo de datos de asociación y ocupación laboral a patronales a estos efectos. La impugnación judicial de patronales no firmantes, que cuestionan esta representatividad empresarial, sí es más frecuente, pero se enfrenta, como he expuesto, a este muro de la presunción *iuris tantum* sin certificaciones oficiales de referencia de creación pragmática jurisprudencial. La acreditación sin transparencia, ni medios fiables, de los datos de asociación y ocupación laboral de las asociaciones empresariales es, en este contexto, muy complicada, en auténticas pruebas diabólicas que no suelen prosperar. En la práctica, como esta jurisprudencia pone de manifiesto, opera un sistema de reconocimiento mutuo entre las partes del convenio colectivo sectorial, de tal modo que son los sindicatos legitimados los que terminan reconociendo, de hecho, la representatividad empresarial, bajo esta presunción de legalidad. Esta estrategia sindical es comprensible porque asegura una alta cobertura convencional en un sistema de eficacia general del convenio colectivo.

Este pragmatismo, y blindaje de los convenios colectivos sectoriales estatutarios, termina explicando la propia regulación que, desde la reforma de 2011, contempla reglas de legitimación en sectores *sin representatividad empresarial suficiente* (arts. 87.3.c y 88.2 ET), otorgando una legitimación directa a grandes asociaciones empresariales representativas estatales (*10 por 100 asociación o 10 por 100 ocupación laboral*) y autonómicas (*15 por 100 asociación o 15 por 100 ocupación laboral*). La representatividad de estas grandes asociaciones empresariales, estatal y autonómica, aunque tampoco tiene medición real, se presupone y solventa el problema de la ausencia de censo fiable en estas unidades convencionales complejas, sin representatividad empresarial clara. El problema, en un círculo vicioso, es que no existen tampoco certificaciones oficiales de esta representatividad empresarial, estatal o autonómica, que ejerce de red ante déficits de legitimación negociadora por la parte patronal.

El resultado de la conjunción de la Ley, la Jurisprudencia, la Autoridad laboral y la propia voluntad de los agentes sociales, empresariales y sindicales, es un pragmatismo que termina por no cuestionar la representatividad empresarial real de los negociadores de convenios colectivos sectoriales de eficacia general. Asumida la inexistencia de un censo fiable de medición de esta representatividad y de certificaciones oficiales, es decir asumida la ficción jurídica por todos, lo importante es que sean firmados convenios colectivos de eficacia general, con *reconocimiento mutuo entre las partes*, sin importar el cumplimiento real de los criterios legales antes expuestos.

Quizás ha llegado el momento de un replanteamiento de este pragmatismo, en el que durante décadas se han sentido cómodos los interlocutores sociales empresariales y sindicales, especialmente CEOE-CEPYME. Es ya mediáticamente conocido que, a través de la participación institucional, no tanto por ahora en la negociación colectiva, existen iniciativas normativas que están rompiendo este *statu quo* patronal, dando entrada a patronales representativas autonómicas o, incluso, nuevas estatales, en algunos ámbitos. La reciente reforma de la Ley 21/1991 del Consejo Económico y Social (DF 1 Decreto-Ley 2/2024) o el Decreto 493/2024 que modifica el RD 962/2013 alterando el Consejo estatal de la pequeña y mediana empresa, van en esta dirección política. Este tipo de operación política se está haciendo sin reglas fiables de medición de la representatividad empresarial, lo que puede agravar sus resultados y consecuencias.

Como tuve oportunidad de defender en un artículo doctrinal al que me remito («La representatividad empresarial en la negociación colectiva: problemas y alternativas», *Derecho Relaciones Laborales 2019*, núm. 10) es necesario, ya, y más ahora tras este tipo de iniciativas políticas, articular un sistema fiable de medición de la representatividad empresarial, mediante certificaciones oficiales que acrediten asociación y ocupación laboral de las patronales, con proyección en la participación institucional y en la propia negociación colectiva sectorial de eficacia general. Este desarrollo normativo puede ser, a su vez, una buena oportunidad para redefinir los umbrales de legitimación negociadora empresarial en los convenios colectivos sectoriales, utilizando la doble variable asociación y ocupación laboral, conforme a la fotografía resultante de esta constatación de la realidad del tejido asociativo empresarial.

71. APLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO DE ÁMBITO SUPERIOR TRAS LA DESAPARICIÓN DE UN CONVENIO POR EL TRANSCURSO DEL (DESAPARECIDO) PLAZO MÁXIMO DE ULTRA ACTIVIDAD

Comentario a la STS 588/2018 de 5 de junio de 2018 (Rec. 427/2017)

CAMINO ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA

Profesora Titular (i) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Rey Juan Carlos. ORCID ID: 0000-0003-3496-6842

Palabras clave: Convenio colectivo, ultraactividad, vigencia, despido, indemnización.

1. ANTECEDENTES

La sentencia de 5 de junio de 2018, de la Sala IV del Tribunal Supremo (rec. ud. 427/2017), objeto de este comentario, resuelve los recursos de casación presentados contra la del TSJ del País Vasco, de 2 de noviembre de 2016, dictada en recurso de suplicación (núm. 2054/2016) contra la sentencia de 14 de abril de 2016 del Juzgado de lo Social núm. 4 de los de Bilbao (autos núm. 327/2016).

La cuestión litigiosa se plantea a raíz del despido por causas objetivas de un trabajador y, particularmente, respecto del cálculo de la cuantía de la indemnización que tiene derecho a recibir. En el momento del despido –marzo de 2015– el convenio colectivo que había venido rigiendo las relaciones laborales en la empresa –Convenio colectivo de Oficinas y Despachos de Vizcaya

(2009-2012), en adelante «convenio provincial»– había superado el plazo máximo de ultraactividad dispuesto legalmente en el momento de los hechos (art. 86.3 ET 1995). Ante esa situación, la empresa pone a disposición del trabajador una indemnización calculada conforme al salario previsto en el XVI Convenio Colectivo Estatal de Empresas de consultoría y Estudios de Mercado y de la Opinión Pública (en adelante «convenio estatal»), como convenio colectivo de ámbito superior aplicable, a tenor de lo dispuesto en el artículo 86.3 ET en la redacción entonces vigente (RD Legislativo 1/1995).

La sentencia de instancia, considerando que la indemnización debía haberse calculado según el convenio provincial, estimó la demanda del trabajador. Al entenderse que se trataba de un error inexcusable en la cuantía puesta a disposición correspondería declarar la improcedencia del despido (art. 53.4 ET); sin embargo, el Juzgado de lo Social determinó la nulidad de la extinción por encontrarse el trabajador en situación de excedencia por cuidado de hijo en el momento de producirse (art. 53.4.b ET). En consecuencia, el Juzgado de lo Social condenó a la empresa a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido.

El Tribunal Superior de Justicia, en suplicación, estimó parcialmente el recurso de la empresa al entender que, al haberse producido el despido durante la excedencia del trabajador, los salarios de tramitación debían de comenzar a computarse, no desde la fecha de la extinción del contrato, sino desde el momento previsto para la finalización de la excedencia.

Frente a este pronunciamiento se alzan tanto el trabajador como el empresario a través de sendos recursos de casación para unificación de doctrina. El primero, en relación con la determinación del cálculo de los salarios de tramitación, siendo desestimado el recurso por falta de contradicción. Por su parte, la empresa fundamenta el recurso, básicamente, en la aplicabilidad de las condiciones laborales previstas en el convenio estatal, como convenio de ámbito superior, una vez superado el plazo máximo de ultraactividad del convenio provincial.

2. CUESTIÓN O CUESTIONES PLANTEADAS

El debate jurídico de fondo se cifra en decidir si, decaído en su vigencia un convenio colectivo –sin pacto sobre la ultraactividad ni respecto del convenio aplicable finalizada ésta– debe regir lo previsto en el artículo 86.3 ET 1995 y, por tanto, entender vigente el convenio colectivo estatal (de ámbito superior)

o sí, por el contrario, puede seguir rigiendo el convenio decaído en una suerte de contractualización de las condiciones de trabajo.

Conviene recordar que en el momento de los hechos estaba en vigor el apartado 3 del artículo 86 del Estatuto de los Trabajadores anterior (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo) en la versión que introdujo la reforma laboral del año 2012, mediante la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. El régimen previsto legalmente disponía que, a falta de pacto en contrario, transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo este perdía vigencia, pasando a regir –si lo hubiere– el convenio de ámbito superior que fuera de aplicación.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

La Sala IV del Tribunal Supremo, reunida en pleno, estimó el recurso presentado por la empresa, casando y anulando la sentencia recurrida. El Tribunal Supremo entiende que es correcta la indemnización puesta a disposición conforme al convenio colectivo de ámbito superior. Por tanto, resolviendo el debate de suplicación, desestima la demanda y absuelve a la empresa de los pedimentos en su contra, ya que al no haber error en la indemnización desaparece la improcedencia del despido y, en consecuencia, la nulidad. Frente al criterio mayoritario de la Sala, expresado por el Magistrado ponente (Excmo. Sr. Blasco Pellicer), se plantea voto particular por la Excmo. Sra. Virolés Piñol, en los términos que se verán un poco más adelante.

En su argumentación jurídica –básicamente, fundamentos jurídicos tercero y cuarto–, la Sala recuerda que el sentido de la ultraactividad del convenio es la conservación provisional de sus cláusulas mientras se negocia otro que lo sustituya. No se trata ni de cubrir el vacío generado por la conclusión del convenio cuya vigencia ha terminado, ni de perpetuarlo eternamente; de ahí que, en aquel momento, la Ley limitara el tiempo de ultraactividad durante un plazo razonable –un año–, sin perjuicio del carácter meramente dispositivo de la regla de ultraactividad para la autonomía colectiva.

La regulación legal aplicable en el caso de autos –hoy ya desaparecida– revelaba una clara voluntad del legislador de agilizar los procesos de renovación del convenio colectivo, con la limitación temporal de la ultraactividad. En concreto, como recoge la sentencia, se trataba de incentivar que la negociación de un nuevo convenio se adelantara al fin de su vigencia, ya que tras ella la situación puede ser más conflictiva y dificultar el deseable proceso de diálogo sosegado y equilibrado. Cuando este adelanto de la negociación no fuera posi-

ble, se pretendía evitar una excesiva demora en la negociación y la consiguiente «petrificación» de las condiciones de trabajo.

Por su parte, el mandato legal de aplicar el convenio colectivo de ámbito superior, cuando existiera, obedecía a la voluntad del legislador de evitar el vacío normativo. En estos casos, como expresa el Tribunal Supremo, no existía una sucesión natural de convenios, sino una *sustitutio in integrum* del convenio inferior por el superior, que pasaba a regular de manera independiente las relaciones laborales en la empresa. De manera que no se producía la contractualización del convenio expirado, sino su total desaparición del ordenamiento jurídico por pérdida de su vigencia.

En definitiva, la solución legal una vez agotada la ultraactividad implicaba determinar si existe o no un convenio colectivo de ámbito superior y, en caso de existir varios, decidir cuál es precisamente el aplicable. Sin embargo, en el caso de autos no hay duda de que existe ese convenio superior y cuál es: el Convenio Colectivo estatal de empresas de consultoría. ¿Por qué, entonces, se plantea la controversia? Y ¿qué ha llevado a los tribunales inferiores a considerar aplicable lo dispuesto en el convenio decaído?

El Pleno de la Sala descarta la aplicación de la solución de la contractualización de condiciones de trabajo, adoptada en la STS de 22 de diciembre de 2014 (núm. Rec. 264/2014), puesto que tal medida se utilizó en un supuesto en el que, a diferencia del presente, no existía un convenio colectivo de ámbito superior aplicable. En otros pronunciamientos la propia Sala había descartado la aplicación del convenio «presuntamente» superior, precisamente por haber considerado que no era tal (así, la STS de 23 de septiembre de 2015 –núm. rec. 209/2014– y la STS de 27 de noviembre de 2015 –rec. núm. 316/2014–), por lo que su doctrina tampoco resulta trasladable al supuesto ahora enjuiciado.

La clave parece estar en el entendimiento de una cláusula del convenio estatal que la Sala considera superflua, pero que sin embargo es el eje sobre el que gira la discrepancia de fondo manifestada por la Magistrada disidente en su voto particular. Se trata del artículo 8 del XVI Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría que dispone: «Se respetarán como derechos adquiridos, a título personal, las situaciones que pudieran existir a la fecha de la firma de este Convenio que, computadas en conjunto y anualmente, resultasen superiores a las establecidas en el mismo». Esto implicaría, según la Magistrada, la necesidad de respetar como mejora adquirida la retribución que venía percibiendo el trabajador conforme al convenio colectivo expirado.

Realmente, como se indica en el propio voto particular, la discrepancia con el criterio mayoritario expresado en la sentencia no radica en la decisión de aplicar el convenio colectivo estatal, sino en que dicha aplicación debería

hacerse con todas sus consecuencias y, por tanto, sin pasar por alto la citada cláusula de respeto de las mejoras adquiridas. En definitiva, la aplicación de un mayor salario regulador no se produciría por el mantenimiento de las condiciones normativas del convenio provincial ya desaparecido, sino, paradójicamente, por la aplicación del convenio colectivo estatal –de ámbito superior–. Por lo anterior, siempre según el voto particular, debería haberse desestimado el recurso de la empresa y confirmado la sentencia del TSJ.

Sin embargo, el parecer mayoritario de la Sala considera mucho más limitado el alcance del artículo 8 del Convenio estatal, porque entiende que este precepto no se refiere al mantenimiento de condiciones normativas que procedan del convenio anterior, sino a las que disfrutara cada trabajador *ad personam*, como mejora de las condiciones legales o convencionales. A lo anterior se añade, como indica la sentencia, que del tenor de esta cláusula convencional no puede deducirse la voluntad de los negociadores de mantener parcialmente en vigor un convenio anterior ya expirado.

Por último, hay que señalar que la reforma del Estatuto de los Trabajadores llevada a cabo por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, puso fin al plazo máximo legal de ultraactividad del convenio colectivo. La regulación de los vigentes apartados 3 y 4 del artículo 86 del Estatuto de los Trabajadores contempla, salvo pacto en contrario, la ultraactividad indefinida del convenio colectivo hasta que se alcance uno nuevo, sin perjuicio de la obligación para las partes de someterse a los procedimientos de mediación o arbitraje previstos en acuerdos interprofesionales, transcurrido un año desde la denuncia del convenio. De haberse producido los hechos con el régimen vigente, el resultado habría sido bien distinto ya que las cláusulas normativas del convenio colectivo provincial serían aplicables indefinidamente, sin posibilidad de invocar el convenio estatal. Por tanto, el salario de referencia para el cálculo de la indemnización del trabajador sería el del convenio provincial, sin posible interferencia de un convenio superior. En el actual contexto legal, es fácil pensar que la empresa no habría decidido aplicar un convenio distinto, por lo que ni siquiera habría tenido lugar la controversia deducida ante el juez.

4. CONCLUSIÓN O CONCLUSIONES

El criterio de la Sala IV del Tribunal Supremo en relación con la regulación aplicable una vez decaída la vigencia del convenio por el transcurso del plazo máximo de ultraactividad –que preveía el Estatuto de los Trabajadores tras la reforma laboral del 2012– no es otro que seguir el mandato legal de

aplicar, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior. Esto implica la necesidad de comprobar si existe o no tal convenio y, de existir varios, determinar cuál de ellos es el aplicable. No cabe invocar en el supuesto de autos la solución de la contractualización de las condiciones de trabajo del convenio expirado, que dispuso en su día el alto Tribunal, por tratarse de un supuesto esencialmente distinto en el que no existía convenio de ámbito superior aplicable.

**72. REGLAS SOBRE ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN,
ESTRATEGIAS SINDICALES Y LIBERTAD SINDICAL
(ANTES DE LA IRRUPCIÓN NACIONALISTA CON EL RDL 2/2024).
Comentario a la STS 269/2018 de 13 marzo de 2018 (Rec. 54/2017)**

FEDERICO NAVARRO NIETO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Córdoba. Director de la Cátedra de negociación colectiva
y relaciones laborales de Andalucía. ORCID: 0000-0001-6641-9240

Palabras clave: Estructura negociación colectiva, libertad sindical.

1. ANTECEDENTES

A finales de 2013, la Federación Española de Asociaciones dedicadas la restauración social (FEADRS) se dirigió a CCOO, UGT, ELA, LAB y CIG para promover la negociación del convenio del sector de colectividades a nivel estatal. Se constituye la CN, pero ELA, LAB y CIG deciden no participar en la negociación. En 2015, ELA, CCOO y UGT se dirigieron a AERCE, que era la patronal representativa de colectividades en el País Vasco, para negociar un convenio sectorial autonómico en el sector de restauración y colectividades. AERCE respondió que lo impedía el V Acuerdo Laboral para el Sector de Hostelería (ALEH), suscrito por las patronales CEAT y FEHR y las federaciones correspondientes de CCOO y UGT. En 2016 se publicó en el *BOE* el I Convenio Colectivo Estatal del Sector Laboral de Restauración Colectiva (ICC-CR) (2015-2018). En el momento de la aprobación del ICC-CR la mayoría de convenios provinciales en el sector de colectividades han perdido su

vigencia, sin que se haya promovido su renovación. Por otra parte, ni cuando se promueve el ICC-CR, ni cuando se suscribe, existe en Navarra o en el País Vasco el pacto ordenador de la negociación colectiva que permite el artículo 83.2 ET y que podría plantear problemas de articulación con aquél.

2. CUESTIONES PLANTEADAS

ELA impugna parcialmente ante la Audiencia Nacional el ICC-CR estatal, solicitando la declaración de nulidad de determinados preceptos del mismo. Alternativamente se solicita que se plantee una cuestión prejudicial ante el TJUE para que resuelva sobre la compatibilidad o incompatibilidad de los artículos 84.3 y 4 y 85.3, e) ET con el artículo 28 de la CDFUE y, complementariamente, con el artículo 11 del CEDH. Igualmente se solicita como alternativa que se plantee una cuestión de inconstitucionalidad frente a los artículos 84.3 y 4 y 85.3, e) ET. La SAN de 28 de septiembre de 2016 (sent. 148/2016), desestima las pretensiones de la demanda.

La cuestión central en el debate, y que justifica este comentario, se refiere a la validez de un convenio colectivo estatal que regula la estructura de la negociación colectiva, las reglas de resolución de conflictos de concurrencia y numerosas materias concretas, primando dicho ámbito respecto del ámbito autonómico y el provincial.

Conviene tener en cuenta el marco estatal de referencia en el sector sobre la estructura de la negociación ex artículo 83.2 ET. En primer lugar, el ALEH cuyo artículo 10 prevé: «1. El presente Acuerdo, además de su condición de convenio colectivo sobre materias concretas, tiene naturaleza de acuerdo marco y de estructura, de los regulados en el artículo 83.2 del Estatuto de los Trabajadores...5. Las partes establecen la estructura de la negociación colectiva en todo el sector de hostelería en base al presente Acuerdo, los convenios colectivos subsectoriales estatales específicos que, en su caso, se acuerden, y los convenios colectivos sectoriales de ámbito de comunidad autónoma o provincial....»

Apoyándose en este marco normativo, el ICC-CR establece en su artículo 9.2: «(II) En desarrollo de los artículos 83 y 84 ET... el I Convenio Colectivo del Sector de Colectividades cuenta con una naturaleza de acuerdo marco que establece la estructura de la negociación colectiva del sector y las reglas de concurrencia de los convenios colectivos en el mismo; e incorpora la regulación de condiciones de trabajo, considerando las regulaciones vigentes contenidas en los convenios colectivos de ámbito territorial menor al estatal. En virtud del artículo 84.4 ET, las materias recogidas y desarrolladas en el presen-

te Convenio Colectivo, son materias reservadas exclusivamente a este ámbito. (III) En este sentido el presente Convenio Colectivo del Sector de Colectividades será de aplicación a todo el territorio del Estado, con independencia de que se hallen o no cubiertos los ámbitos de negociación colectiva territorial, en las comunidades autónomas, en las provincias o ámbito empresarial, previéndose las reglas de aplicación que correspondan cuando pudiera presentarse supuesto de concurrencia, con el fin de garantizar la vocación estatal, sin exclusión de ningún territorio de su ámbito de aplicación. (IV) Las organizaciones firmantes determinan que no se podrán crear nuevos ámbitos autonómicos, salvo acuerdo en el seno de la Comisión paritaria de este Convenio...».

Por su parte la Disposición Adicional Segunda regula las reglas de concurrencia y establece que «El presente acuerdo se suscribe al amparo de lo dispuesto en el artículo 83.2 ET... El presente convenio, y salvo acuerdo expreso, se aplicará en cada territorio (y dentro de él en cada ámbito funcional) a la finalización de la vigencia inicial ordinaria de los convenios de aplicación anteriores. Teniendo en cuenta, a tal efecto, la fecha de constitución de la mesa de negociación del presente Convenio... En consecuencia, será prioritario y excluyente este convenio desde su entrada en vigor respecto de cualquier otro posible a excepción de lo recogido en el artículo 84.2 del ET».

La demanda postula la nulidad de esos artículos del ICC-CR, entre otros, argumentando que el convenio impide que ELA pueda desplegar su derecho a la libertad sindical en su vertiente funcional a la negociación colectiva «de modo útil», puesto que pese a ser el sindicato mayoritario en el País Vasco y suficientemente representativo en Navarra, se le impide una negociación colectiva autonómica y provincial, tanto en el presente como en el futuro.

La SAN recurrida concluye que los preceptos impugnados traen causa en la regulación estatutaria sobre establecimiento de la estructura de la negociación colectiva y de las reglas de concurrencia de convenios, así como en el V ALEH, negociado conforme al artículo 83.2 ET, que no fue impugnado y vincula a los negociadores del convenio impugnado. Y descarta, en lo que nos interesa, que los apartados 3.º y 4.º del artículo 84 ET vulneren la Constitución, ni los Tratados suscritos por España, ni tampoco el ordenamiento jurídico comunitario.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

La STS comentada asume la argumentación de la sentencia recurrida. Conforme argumenta la SAN, el ICC-CR tiene naturaleza de convenio y al

mismo tiempo de acuerdo marco, y los preceptos que regulan la estructura de la negociación colectiva y las reglas de concurrencia de convenios se ajustan a los artículos 83 y 84 ET. Es este un dato que ilustra sobre la realidad de que son los convenios colectivos sectoriales, y no los acuerdos interprofesionales, los que están procediendo a integrar en su contenido reglas sobre la estructura y articulación de convenios *ex* artículo 83.2 LET.

Por otro lado, la STS se hace eco de la argumentación de la SAN en el sentido de que el artículo 83.2 no prioriza ni distingue entre los ámbitos estatal y autonómico, de manera que cada uno puede regular la estructura de la negociación colectiva y las reglas de concurrencia en su nivel. De forma que «el problema es que ambos modelos de ordenación de la negociación colectiva –estatal y autonómico– no pueden desplegarse simultáneamente, salvo que se coordinen entre sí». Conforme a los artículos 83 y 84 ET, «si el acuerdo estatal negocia en ese ámbito la estructura de la negociación colectiva, las reglas de concurrencia, así como materias concretas que se reserve para sí, no será posible negociar durante su vigencia la estructura de la negociación colectiva y las reglas de concurrencia en el ámbito autonómico, salvo que el acuerdo estatal haya autorizado dicha negociación». Así pues, el artículo 84 ET reduce las oportunidades de descentralización de la negociación colectiva e incentiva las fórmulas centralizadoras en la negociación colectiva.

Como decimos el TS avala la argumentación de la SAN recurrida conforme a la cual la ordenación de la estructura negocial fijada por el convenio estatal no lesiona el derecho a la negociación en niveles inferiores, especialmente el autonómico. Recuerda la STS, como lo hace la SAN, la doctrina constitucional, en especial la STC 8/2015. Conforme a ella en la configuración legal del derecho a negociar el legislador goza de un amplio margen de libertad para delimitar, como derecho necesario, aspectos de la estructura, contenido, alcance y límites de la negociación colectiva, debido a la superior posición que ocupa la ley en la jerarquía normativa, y el legislador está facultado para elegir el modelo de articulación que considere más adecuado. Por lo demás, el TS recuerda que, como mantiene la SAN, los sindicatos autonómicos más representativos tienen derecho a participar en la negociación de los acuerdos marcos y/o acuerdos o convenios sectoriales en pie de igualdad con los sindicatos más representativos o representativos a nivel estatal, conforme a los artículos 83.2 y 84 ET, al que se remite el artículo 6.3 b de la LOLS, en particular, participando en la unidad de negociación estatal en la fijación de las reglas sobre la estructura de la negociación colectiva del sector y las normas que, en su caso, debieran resolver los conflictos de con-

currencia entre convenios de distinto ámbito. El TS concluye, a partir de los hechos probados, que el sindicato ELA «no fue excluido de la negociación estatal, sino que no quiso participar en la misma y aunque su participación en aquel ámbito fuera inferior lógicamente a la que pudiera tener en el ámbito autonómico, podría haber defendido sus intereses en la mesa de negociación, porque este derecho no le fue negado y al no asistir voluntariamente, no puede sentirse perjudicado por no ser el convenio conforme con sus pretensiones».

El TS rechaza la petición del planteamiento de una cuestión prejudicial acerca de la compatibilidad entre las previsiones de los artículos 83 y 84 ET y los preceptos de Derecho de la UE que el recurrente considera vulnerados. En particular, se observa que el artículo 28 CDFUE exige que el ejercicio de la negociación colectiva se lleve a cabo «de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales», lo que supone aceptar, no sólo los límites que se puedan derivar de los distintos ordenamientos nacionales, sino también del propio ordenamiento europeo. Tampoco estima el TS la necesidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el TC, remitiéndose a la doctrina de la STC 8/2015. Para el TS, la eventual cuestión de inconstitucionalidad prejudicial habría de suscitarse acerca de la compatibilidad entre las previsiones de los artículos 83 y 84 ET que disciplinan la estructura de la negociación colectiva y los mandatos constitucionales. Sin embargo el TS, al igual que el Tribunal de instancia, «no alberga dudas acerca de la constitucionalidad de los preceptos cuestionados porque la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional así lo ha dado a entender». A mayor abundamiento, el TS estima que el artículo 11 del CEDH y los concordantes de otros instrumentos internacionales que reconocen la libertad sindical y/o el derecho a la negociación colectiva no son vulnerados por el artículo 84 ET. Concluye el alto Tribunal que «estamos ante el ejercicio legislativo de unas facultades discrecionales (priorizar unos u otros convenios, permitir que se dejen de aplicar convenios sectoriales de ámbito superior cuando se despliega otro inferior, etc.) que el ET (en su versión vigente) ha asumido y que, además de superar el canon de ajuste constitucional, se basan en razones (normativas, económicas, sindicales, etc.) perfectamente explicitadas por la Ley, es decir, permanentes, objetivas y conectadas con la representatividad de los interlocutores que pactan. Cosa distinta es que el diseño pueda alterarse o que no responda a las expectativas que poseen los sindicatos (o patronales) de ámbito inferior al estatal».

4. CONCLUSIONES

La doctrina de esta sentencia es relevante en el marco de una estrategia de los convenios sectoriales estatales de dinamización de la estructura negocial (como evidencia el sector de hostelería), que conlleva resistencias en los niveles inferiores de negociación (el nivel provincial) a las nuevas reglas y unidades negociales (como ejemplifican en el mismo sector de hostelería la STS 24 de septiembre de 2018, rec. 173/2017; y la STSJ Asturias 19 de octubre de 2021, rec. 1713/2021) y la presión desde el ámbito autonómico para descolgarse del ámbito estatal y fijar sus propias reglas de estructura y articulación negocial, como ejemplifica la sentencia objeto de este comentario o también la STSJ Cataluña 11 de abril de 2022, sent. 21/22 (respecto del II Convenio colectivo autonómico de colectividades de Cataluña), y la SAN 18-5-2023, rec. 69/23 (de impugnación de LB, ELA, CIG del I CC estatal de marcas de restauración moderna de 2022).

En suma, concluye el TS que, en el actual marco estatutario, la ordenación de la estructura negocial fijada por el convenio estatal no lesiona el derecho a la negociación en niveles inferiores, especialmente el autonómico, y por tanto se ratifica la conformidad de los artículos 83.2 y 84 ET con el marco constitucional, europeo e internacional. Esta doctrina por tanto apuntala la estrategia de los sindicatos y patronales más representativos estatales de centralización de las reglas de ordenación del sistema negocial. Y se refuerza con una jurisprudencia que reduce el periodo de protección del convenio inferior frente a las nuevas reglas del convenio estatal, que se circunscribe, como regla, al periodo de vigencia natural del primero, quedando entonces afectado por las previsiones del convenio estatal posterior sobre la estructura negocial (STS 24 de septiembre de 2018, rec. 173/2017).

Desde luego este conjunto de conclusiones necesitará ser replanteado a partir del RDL 2/2024, que incluye la reforma del artículo 84 ET, y cuyo alcance es, desde luego, una incógnita, tanto en lo referente a su impacto jurídico-político, como en su comprensión técnico-jurídica.

73. LEGITIMACIÓN PARA DENUNCIAR CONVENIOS COLECTIVOS

Comentario a la STS 1035/2016 de 2 de diciembre de 2016 (Rec. 14/2016)

JUAN GORELLI HERNÁNDEZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Huelva

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4452-3068>

Palabras clave: Negociación colectiva, denuncia del convenio, legitimación inicial y plena para denunciar el convenio colectivo.

1. ANTECEDENTES

El Convenio Colectivo de sector para *contact center* (antes *telemarketing*), suscrito el 23 de mayo de 2012 (*BOE* de 27 de julio de 2012), al regular la denuncia del convenio establecía en su artículo 6, que se entendería prorrogado tácitamente «salvo que el convenio fuera denunciado por cualquiera de las partes legitimadas para negociarlo, de acuerdo con el artículo 87 del Estatuto de los Trabajadores». De igual manera, su artículo 7 señalaba que la denuncia podría realizarse «por quienes estén legitimados para negociar conforme al artículo 87». El sindicato CGT (con el 14,85% de implantación en el sector y un miembro en la comisión negociadora del Convenio), presentó la denuncia del mismo. La Dirección General de Empleo desestimó la solicitud de inscripción de la denuncia, al entender

que CGT, por sí sólo, no alcanza la legitimación plena. Se recurre en alzada, siendo desestimado, al estimar que los sujetos legitimados para la denuncia del convenio son quienes ostentan la legitimación plena del artículo 88 ET; además, considera que las reglas de legitimación para negociar (arts. 87 y 88 ET) son indisponibles para las partes, tal como afirmó la STC 73/1984, por lo que el convenio no podía rebajar la exigencia legal de legitimación del artículo 88 ET (legitimación plena) y aplicar la legitimación inicial del artículo 87 ET.

Interpuesta demanda de instancia, el TSJ de Madrid (sentencia de 6 de julio de 2015, Rec. Sup. 330/2015, ECLI:ES:TSJM:2015:8678) aplica la doctrina de la STS de 21 de mayo de 1997 (Rec. Cas. 3312/1996, ECLI:ES:TS:1997:3579), a tenor de la cual, interpreta que no es factible la denuncia por sujetos que sólo gozan de la legitimación inicial, requiriéndose la legitimación plena. De otro lado, el propio convenio no puede disponer de las reglas de legitimación, rebajando las exigencias para la denuncia (estableciendo sólo la legitimación inicial para negociar), pues es contrario al artículo 88 ET. Desde este punto de vista, se evita que un sindicato de reducido nivel de representación (inicial, pero no plena) pudiese arrastrar al resto de sujetos con legitimación a una denuncia. Ante esta sentencia CGT interpone el recurso de casación que es resuelto por la sentencia que comentamos.

2. CUESTIÓN O CUESTIONES PLANTEADAS: LEGITIMACIÓN PARA DENUNCIAR CONVENIOS COLECTIVOS

La cuestión que se plantea en la sentencia analizada hace referencia de manera directa a cuál es la legitimación exigible a los sujetos que pretenden denunciar un convenio colectivo. Hasta el momento de pronunciarse la sentencia comentada, el criterio imperante en juzgados y tribunales procedía de la interpretación que de este tema estableció la STS de 21 de mayo de 1997. De ella podemos señalar varias consecuencias. De entrada, que se rechaza que sólo puedan denunciar el convenio colectivo los sujetos que lo firmaron. Dicha capacidad la tienen también sujetos que no formaron parte de la negociación del convenio o que no lo suscribieron, siempre que tengan la legitimación necesaria. En cuanto a cuál es esa legitimación, esta sentencia se inclinaba por estimar que se requiere la legitimación plena; es decir, la requerida para la válida constitución de la mesa negociadora (art. 88 ET): si bien la interpretación gramatical no aportaba una solución definitiva, al refe-

rirse el artículo 86.2 ET a «las partes», consideraba que o bien debía ser la parte laboral o la empresarial. De otro lado, a través de una interpretación que considera lógica, estimó que un convenio de eficacia general, requiere de una legitimación plena para poder negociarse (art. 89 ET) y, puesto que la denuncia es necesaria para iniciar las negociaciones del nuevo convenio, debía exigirse idéntica legitimación. En este mismo sentido se manifestó la doctrina laboral de manera unánime (así, García Blasco, J., 2000, 1490; García Quiñones, J.C., 2007, 484; Goerlich Peset, J.M., 2013, página 435; González Ortega, S., 2004, 152; Ojeda Avilés, A., 2012, 1057; Olarte Encabo, S., 2012, 1067; Rodríguez Escanciano, S., 2011, 33; Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F.: 1995, 157).

Como vamos a ver a continuación, el Tribunal Supremo da un giro radical a la cuestión, pues rechaza el anterior planteamiento jurisprudencial y opta por estimar que la legitimación inicial es suficiente para poder denunciar un convenio colectivo.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

El razonamiento de la sentencia de 2 de diciembre de 2016 parte de estimar que la denuncia es la «expresa manifestación de voluntad que se exterioriza y hace llegar a alguien [...] suele identificarse con la advertencia de que se desea poner término al vínculo que venía existiendo». A partir de aquí la sentencia se centra en cuál sea la finalidad y efectos de la denuncia: confirma que ha transcurrido el tiempo de vigencia pactado, evita la petrificación del convenio, estimula la renegociación de contenidos, evita vacíos normativos bruscos y, sobre todo, desbloquea la unidad de negociación.

Afirmado lo anterior, la sentencia se centra en una cuestión esencial para la resolución del fondo: distinguir entre dos actos que, la regulación diferencia y que no deben confundirse. De un lado la denuncia (art. 86.2 ET), de otro la iniciativa para negociar (art. 89.1 ET). El procedimiento de negociación comienza con la comunicación para iniciar la negociación y puede ser simultáneo a la denuncia (tal como señala el propio art. 89.1 ET), pero no deben ser, necesariamente, coincidentes. Ello es así, pues si bien en muchas ocasiones es posible que se denuncie el convenio para iniciar las negociaciones para ser sustituido dentro de la misma unidad de negociación; sin embargo, también es posible denunciar el convenio sin ánimo de iniciar el procedimiento de renegociación, tal como afirma la

sentencia de 2 de diciembre de 2016 (por ejemplo, para provocar un cambio de unidad negociadora y la aplicación de un convenio de ámbito distinto). Ello evidencia que denuncia y comunicación de la iniciativa de negociar, son actos diferentes.

Esta diferencia resulta ser trascendental en el razonamiento de la sentencia comentada. De hecho, en la misma se destaca expresamente una diferencia de manera sustancial la sentencia que comentamos de la STS de 21 de mayo de 1997: en esta última, el sindicato denunciante pretendía, además, iniciar el proceso de negociación; de ahí que la respuesta al problema de fondo fuese exigir la legitimación plena. Sin embargo, en la STS de 2 de diciembre de 2016, el sindicato denunciante tan solo pretende denunciar el convenio, sin poner en marcha el procedimiento para renegociar un nuevo convenio colectivo.

En consecuencia, teniendo en cuenta la diferencia existente entre denuncia y promoción de renegociación del convenio, se llega a la conclusión de que en un supuesto de denuncia para negociar un nuevo convenio (actos que deben producirse de manera conjunta o simultánea *ex art. 89.1 ET*) se requiere la legitimación plena, la establecida por el artículo 88 ET. Sin embargo, en caso de limitarse tan solo a la denuncia del convenio, advirtiendo, por tanto, de la llegada el término final previsto, se requiere tan solo la legitimación inicial para negociar; es decir, la requerida por el artículo 87 ET. Todo ello no sería sino una consecuencia de que la regulación del ET diferencia entre la promoción de la negociación y el acto de denuncia, pudiendo producirse de manera conjunta y simultánea; pero siendo también posible una denuncia totalmente independiente.

Junto con el argumento central de la diferenciación legal entre denuncia y promoción de la negociación, la STS de 2 de diciembre de 2016, utiliza otros argumentos distintos para reforzar la conclusión de que sólo es exigible la legitimación inicial a la denuncia simple (la que no se vincula a la promoción de un proceso renegociador del convenio). En primer lugar, se estima que esta es la posición más adecuada desde el punto de vista de respetar el derecho a la libertad sindical; de otro lado, la ambigüedad de la literalidad, que permite interpretaciones distintas; también la nueva regulación del artículo 89.1 ET, separando denuncia de promoción, de manera que, si el legislador los ha distinguido, no puede otorgarse a ambos el mismo régimen jurídico; la propia sistemática de los preceptos analizados, que anima a diferenciar entre la legitimación para promover la negociación y para la denuncia simple; la lógica jurídica, pues es perfectamente posible que quien denuncia no persiga la renegociación, sino el cambio de unidad

de negociación; e incluso desde el punto de vista funcional, ante situaciones en las que, por la evolución de la representatividad, sea difícil una mayoría suficiente para una denuncia con legitimación plena.

4. CONCLUSIÓN

En conclusión, si lo único que se pretende es la simple denuncia, sin inicio de negociaciones, basta con la legitimación inicial, pudiendo presentarla cualquier sujeto que goce de la misma en el momento en que es factible presentar la denuncia (haya o no participado en la negociación del convenio, lo haya firmado o no). Si, por el contrario, se pretende denunciar para iniciar la renegociación del convenio, si será necesario la legitimación plena, pudiendo la contraparte negarse a negociar el convenio (no hay obligación de negociar) por carencia de la legitimación plena.

5. BIBLIOGRAFÍA

- GARCÍA BLASCO, J.: «El contenido del convenio colectivo (En torno al artículo 85)», *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 100, vol. 2.º, pp. 1477 y ss.
- GARCÍA QUIÑONES, J.C.: «Vigencia y sucesión de convenios colectivos», en AA.VV. (F. Valdés Dal-Re, dir.): *Manual jurídico de negociación colectiva*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid 2007, pp. 463 y ss.
- GOERLICH PESET, J.M.: «Contenido mínimo del convenio colectivo», en AA.VV. (J. L. Monereo Pérez y M. N. Moreno Vida, dirs.): *El sistema de negociación colectiva en España. Estudio de su régimen jurídico*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona 2013, pp. 417 y ss.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Vigencia y ultraactividad de los convenios colectivos», *Temas Laborales* núm. 76 (2004), pp. 135 y ss.
- OJEDA AVILÉS, A.: «Artículo 85», en AA.VV. (J. L. Monereo Pérez, dir.): *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada 2012, pp. 1042 y siguientes.
- OLARTE ENCABO, S.: «Artículo 86», en AA.VV. (J. L. Monereo Pérez, dir.): *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada 2012, pp. 1062 y ss.

■ LIBERTAD SINDICAL, NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y HUELGA

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Contenido mínimo del convenio», *Relaciones Laborales* núm. 23-24 de 2014, pp. 113 y ss.

RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: «Vigencia de los convenios colectivos de trabajo», en AA.VV. (E. Borrajo Dacruz, dir.): *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, tomo XII, vol. 2.º, Edersa, Madrid 1995, pp. 131 y ss.

74. RENEGOCIACIÓN Y REPLANTEAMIENTO DE UNA MODIFICACIÓN DE CONVENIO ANTE LA CCNCC

Comentario a la STS de 15 de septiembre de 2015 (Rec. 218/2014)

IGNACIO GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Oviedo. ORCID: 0000-0002-4941-3717

Palabras clave: Convenios colectivos. Inaplicación, modificación o descuelgue. Arbitraje de la Comisión consultiva nacional de convenios colectivos. Negociación colectiva. Deber de negociar de buena fe.

1. ANTECEDENTES

En octubre de 2012, la empresa Air Europa Líneas Aéreas SAU comunicó a las representaciones sindicales de USO, SITCPLA y CCOO el inicio del pertinente período de consultas para la inaplicación parcial o modificación del II Convenio colectivo (franja) de tripulantes de cabina de pasajeros de la misma (BOE de 7 de marzo de 2009), por causas económicas y productivas, proponiendo una reducción del 15% de casi todos los conceptos económicos, salariales y extrasalariales, y la supresión de la mejora del complemento del subsidio por incapacidad temporal derivada de «enfermedad común o accidente no laboral».

Tras distintas reuniones de la comisión negociadora en el período de consultas, sin acuerdo, y el sometimiento de la propuesta a la Comisión paritaria del Convenio y al Servicio interconfederal de mediación y arbitraje (SIMA), con el mismo resultado, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.3 del Esta-

tuto de los Trabajadores y en el Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, en febrero de 2013 se solicita la intervención de la Comisión consultiva nacional de convenios colectivos (CCNCC), que, «ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo satisfactorio entre las diferentes organizaciones con representación ante esta Comisión», cada una con una propuesta distinta, declara «que no puede pronunciarse sobre la inaplicación de las condiciones salariales y mejora de la acción protectora de la Seguridad Social establecidas en el II Convenio Colectivo de la empresa de referencia que ha dado lugar a la presente controversia» (Decisión de 13 de marzo de 2013, expediente 3/2013).

En abril de 2013 y de forma prácticamente simultánea al comienzo de las negociaciones para la renovación de Convenio colectivo afectado, la empresa inicia un nuevo período de consultas para su modificación, con el mismo objeto, causas y propuestas que el precedente. Tras celebrarse algunas reuniones de la comisión correspondiente al período de consultas, con la oposición sindical, basada en la finalización de ese procedimiento anterior, así como en la referida concurrencia de un proceso de negociación para la renovación del Convenio, y superados los trámites pertinentes ante su Comisión paritaria y el SIMA, igualmente sin acuerdo, en junio de 2013 la empresa vuelve a someter la propuesta de inaplicación parcial ante la CCNCC.

En este caso, la Comisión consultiva declara que procede la modificación solicitada, si bien en los términos atenuados propuestos por la representación de la Administración en su seno: reducción de los conceptos salariales en un 8,47% y supresión del complemento del subsidio de incapacidad temporal «por contingencias comunes y profesionales» (*sic*), y con el voto particular en contra de las representaciones sindicales en ese órgano, de UGT y CCOO (Decisión de 28 de junio de 2013, expediente 6/2013).

2. CUESTIONES PLANTEADAS

La Decisión de la Comisión consultiva fue objeto de sendas demandas judiciales de impugnación de convenio colectivo, por los Sindicatos USO y CCOO, ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en las que se cuestiona, por una parte, la constitucionalidad de la intervención de un órgano de la Administración del Estado en la decisión de inaplicación de un convenio colectivo, en relación con los derechos de libertad sindical y negociación colectiva y de tutela judicial efectiva, y, por otra, el alcance de la buena fe en la negociación colectiva y de la actuación subsidiaria de la CCNCC, en relación con la reiteración del procedimiento de consultas y modificación del Convenio, en un corto período de

tiempo, con igual objeto, causas y propuesta empresarial, y concurrente con la apertura de un procedimiento de negociación para la renovación completa del Convenio afectado por el expediente de inaplicación.

Por Sentencia de la Audiencia Nacional 219/2013, de 9 de diciembre (Proc. 339/2013, ECLI:ES:AN:2013:5192), se estiman las demandas acumuladas y se declara la nulidad de la Decisión de la CCNCC objeto de impugnación, confirmándose este pronunciamiento, tras los correspondientes recursos de casación ordinaria interpuestos por la empresa y la Abogacía del Estado, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2015 (Rec. 218/2014, ECLI:ES:TS:2015:4106), objeto de este breve comentario.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

En lo que se refiere a la primera cuestión debatida, sobre la constitucionalidad de la intervención arbitral de la Comisión consultiva nacional de convenios colectivos, u órgano equivalente de las comunidades autónomas, en el procedimiento de modificación, inaplicación o descuelgue de un convenio colectivo, obligatoria a instancia de cualquiera de las partes en dicho procedimiento, y establecida por la reforma operada en el Estatuto de los Trabajadores de 1995 por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y la Ley 3/2012, de 6 de julio, del mismo nombre (art. 82.3 ET), y desarrollada por el Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre (arts. 19 y ss.), la STS de 15 de septiembre de 2015 valida su adecuación a los artículos 28.1, 37.1 y 24 de la Constitución, con el aval sobrevenido de las Sentencias del Tribunal Constitucional 119/2014, de 16 de julio (*BOE* de 15 de agosto de 2014) y 8/2015, de 22 de enero (*BOE* de 24 de febrero de 2015).

A este respecto y en relación con la posible afectación del derecho a la negociación colectiva y del reconocimiento constitucional de la fuerza vinculante de los convenios colectivos (art. 37.1. CE), y de la libertad sindical (art. 28.1 CE), la Sala estima que la intervención arbitral de la CCNCC resulta justificada, razonable y proporcionada, teniendo en cuenta que se trata de una medida excepcional, destinada a facilitar la viabilidad empresarial y el mantenimiento del empleo; subsidiaria, tras el agotamiento y bloqueo de las vías previas de negociación directa y asistida; limitada, en cuanto a las empresas afectadas y a las materias objeto de modificación, a la adecuación de esta a la finalidad pretendida, y a su vigencia, no más allá de la del convenio modificado, y susceptible, en fin, de un posterior control jurisdiccional. Amén de considerarse la composición tripartita de la Comisión consultiva y su independen-

cia y autonomía funcional. Aun cuando la posición de la Administración resulte determinante en la práctica, ante la frecuente o previsible polarización o confrontación de las posiciones de las representaciones sindicales y empresariales.

En cuanto al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), la Sentencia estima que no se ve vulnerado, al permitirse un control judicial pleno del arbitraje, en el que se incluyen no solo los aspectos formales o procedimentales, sino también el de la concurrencia de las causas que justificación el descuelgue y el de su adecuación a ellas. Un control formal o externo y también de fondo o interno: como laudo arbitral (por defectos procedimentales esenciales o incongruencia), como convenio colectivo (por legalidad o lesividad) y como medida modificativa (verificación de las causas y adecuación de las medidas).

Más complejo resulta, sin embargo, el análisis de la legalidad de la Decisión de la CCNCC objeto de impugnación, en el no menos complejo contexto de la sucesión de dos procedimientos de modificación con intervención de dicha Comisión, sin casi solución de continuidad, y de su concurrencia con un procedimiento de renovación íntegra del Convenio colectivo afectado.

La cuestión de partida que se suscita consiste en determinar el alcance de la primera Decisión de la Comisión consultiva, que, como se dijo, declara que no puede pronunciarse sobre el descuelgue solicitado, ante la imposibilidad de llegarse a un consenso o acuerdo mayoritario entre las organizaciones que la integran, cada una con una propuesta diferente, e inflexible, en el plazo y términos normativamente establecidos (arts. 82.3 ET y 8 y 16 RD 1362/2012). Una Decisión ciertamente inusual, única en tal sentido en los 64 expedientes de inaplicación de convenios resueltos por la CCNCC entre 2012 y 2019, que para la Sala supone una desestimación o rechazo y no una ausencia de resolución que dejase abierto el procedimiento y permitiese su replanteamiento, como, no obstante, se produjo.

Con ese presupuesto, el análisis se centra en valorar el segundo procedimiento de consultas y negociación sobre la modificación convencional que precede a la Decisión de la CCNCC impugnada judicialmente, teniendo en cuenta que la corrección o suficiencia de dicho procedimiento condiciona la validez de esa Decisión, como consecuencia del carácter subsidiario y de último grado de esta. Desde esta perspectiva, la Sala considera que el replanteamiento del procedimiento de inaplicación del Convenio por parte de la empresa constituye una reiteración del anterior y no una «plataforma negociadora novedosa», con causas o propuestas diferentes, que implique para la contraparte sindical su obligación de negociar de buena fe; de modo que la negativa de los sindicatos a participar activa y efectivamente en el segundo período de consultas está justificada y no supone un incumplimiento de dicha obligación,

y tampoco permite que se tenga por agotada la fase de negociación previa exigida para la actuación arbitral subsidiaria de la Comisión consultiva nacional de convenios colectivos.

A este respecto, y en el contexto de la proximidad temporal entre ambos intentos de descuelgue, se toma en consideración la sustancial identidad de las causas alegadas por la empresa, de la documentación aportada para su acreditación, y de su propuesta de medidas de modificación convencional. Pese a que se produjeron algunas reuniones con la representación sindical, aunque con su expreso y reiterado rechazo, se aminoró la propuesta empresarial de reducción salarial, desde el 15% hasta el 12%, y se aportó alguna información y documentación adicional, particularmente ya en el seno y trámite ante la CCNCC. Lo que, para la Sala, resulta insuficiente para considerar la concurrencia de una nueva y auténtica negociación que permitiese abrir otra vez el cauce arbitral cuestionado, conllevando la declaración de nulidad de la correspondiente Decisión de la Comisión y la confirmación de la Sentencia recurrida.

Llama la atención la diferente, y contundente, conclusión deducida, a partir de estos y mismos hechos, en la sede jurisdiccional social, tanto en instancia ante la Audiencia Nacional como en casación ante el Tribunal Supremo, y en la tripartita Comisión consultiva, aun con el voto en contra de las organizaciones sindicales. Para la primera, «sólo cabe inferir que «formalmente» hubo una nueva negociación e incluso que la posición de la empresa fue más abierta –llegó a proponer una reducción del 12%–; pero, realmente, se trataba de reproducir la negociación anterior y obtener el acceso a la CCNCC con el fin de que dictase una decisión acordando la inaplicación del Convenio» (SAN, parcialmente reiterada por la STS). Mientras que, para la segunda, «de la documentación obrante en el expediente se deduce claramente y sin ningún género de dudas, la celebración de varias reuniones durante el período de consultas, de las que se levantó su correspondiente Acta firmada por todos los asistentes», quedando, «por tanto acreditada, tanto de la lectura de las Actas del período de consultas, como de las de la Comisión Paritaria y el SIMA, la voluntad de negociar de buena fe por parte de la representación empresarial, en tanto no mantuvo una posición inamovible (propuso una reducción inferior a la inicialmente planteada) y facilitó la información pertinente a los representantes de los trabajadores, tal y como dispone el artículo 64.1 del ET». En fin, quizá en esta pesara la frustración del anómalo final del procedimiento precedente, y en aquella, la concurrente apertura de un proceso de negociación y renovación completa del convenio.

4. CONCLUSIONES

– La intervención arbitral de la CCNCC en el procedimiento de modificación o inaplicación de un convenio colectivo es subsidiaria, tras el agotamiento de las vías previas de negociación entre las partes, directa o asistida, correctamente desarrolladas.

– La imposibilidad o falta de acuerdo en la CCNCC por ausencia de consenso o mayorías suficientes supone la desestimación o rechazo de la solicitud de descuelgue y el fin del correspondiente procedimiento.

– Es posible volver a promover un procedimiento de inaplicación del convenio colectivo si concurre una «plataforma negociadora novedosa», con causas o propuestas diferentes.

75. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CORRESPONDENCIA A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE EMPRESA O NIVEL INFERIOR

Comentario a la STS de 20 de mayo de 2015 (Rec. 6/2014)

MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid. ORCID: 0000-0002-3195-9332

Palabras clave: Principio de corresponsabilidad, empresa pluricelular o multi-centros, convenio colectivo de empresa, negociación para centros sin representación.

1. ANTECEDENTES

Se celebraron unas elecciones sindicales en el centro de trabajo de Murcia de la empresa Viriato de las que salieron elegidos tres representantes, todos ellos del sindicato USO. El 6 de marzo de 2013 se constituye la comisión negociadora del convenio de empresa con los tres representantes de USO del centro de trabajo de Murcia para proceder a la negociación del convenio colectivo de «empresa», suscribiéndose al día siguiente el acta final del convenio que, tras alguna subsanación se registró y publicó el 14 de junio de 2013. La empresa tiene otro centro en Valencia en el que se celebraron elecciones el 23 de octubre de 2023.

La SAN de 13 de noviembre de 2013, procedimiento número 424/13, en impugnación de convenio, estimó la demanda y anuló el convenio colectivo de la empresa Viriato SL publicado en el *BOE*.

Se recurre en casación para la unificación de doctrina por los tres delegados de personal del centro de Murcia que lo firmaron y por la empresa. La Sentencia del TS confirma la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

2. CUESTIÓN O CUESTIONES PLANTEADAS

La cuestión esencial planteada radica en determinar si se ha vulnerado el principio de correspondencia en la negociación colectiva de dicho convenio de empresa nacional.

Para la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional se ha vulnerado dicho principio en la negociación de dicho convenio colectivo. El convenio de la empresa demandada se suscribió únicamente con los delegados del centro de trabajo de Murcia, y la consecuencia inexorable, según la sentencia ahora recurrida, es la nulidad del convenio, porque dichos trabajadores representaban únicamente al centro de trabajo de Murcia, lo que no les ha impedido imponer el convenio a todos los centros de trabajo de la empresa presentes y futuros, considerando que dicha actuación quiebra claramente, el principio de correspondencia entre su representatividad real y el ámbito del Convenio.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

La STS de 20 de mayo de 2015 confirma dicha sentencia y los criterios utilizados. Tras rechazar las distintas revisiones de hechos probados sugeridas en los recursos, la Sentencia del TS se detiene en el examen del artículo 87.1 ET que regula la legitimación para negociar en los convenios de empresa y ámbito inferior, expone lo que la doctrina y la jurisprudencia entiende por la triple legitimación para la correcta negociación de un convenio colectivo estatutario (legitimación inicial, plena y decisoria) sin mucha proyección al caso concreto y tan solo exponiendo una sucesión de párrafos de doctrina extraídos de sentencias, sin más, relativas a tales cuestiones.

Finalmente, trae a colación la STS Sala de lo Social de 7 de marzo de 2012 (rco. 37/2011), examinando el artículo 87.1 ET en la redacción entonces vigente (TRET de 1995, antes de su modificación por el RDL 7/2011, de 10 de junio) que entonces señalaba que «en los convenios que *afecten a la totalidad de los trabajadores* de la empresa» será necesario que tales representaciones sindicales, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité. Considera que la doctrina expuesta en tal sentencia, exigencia del principio de correspon-

dencia cuando se negocia para todos los trabajadores de la empresa es aplicable al supuesto enjuiciado. Por ello declara que la sentencia recurrida es correcta al declarar la nulidad del convenio colectivo de la empresa al estar acreditado que el convenio de la empresa demandada se suscribió únicamente con los delegados del centro de Murcia y que la consecuencia no puede ser otra que la adoptada por la sentencia recurrida de nulidad del convenio, «pues aquellos trabajadores representaban y representan únicamente al centro de trabajo de Murcia; conclusión que no podría enervarse aunque se hubiera probado que en las elecciones del centro de Murcia formaran parte del censo trabajadores de otros centros de trabajo, por cuanto de conformidad con el artículo 69.2 ET, solo son electores los trabajadores del centro de trabajo».

La sentencia, a pesar de tratar sobre un concepto conocido (principio de correspondencia) resulta especialmente importante para los laboristas pues con ella, *por vez primera, se puede afirmar que hay jurisprudencia sobre su aplicación también en la negociación colectiva en el nivel de empresa.*

En efecto, el principio de correspondencia venía siendo afirmado por el Tribunal Supremo, Sala de lo Social. Salvo error u omisión involuntaria, la primera alusión se produce en dos sentencias ya lejanas de 1993, la STS de 20 de septiembre de 1993, r. 2724/1991 y la STS de 23 de noviembre de 1993, r. 503/1992, dictadas ambas por un mismo ponente (D. Aurelio Desdentado Bonete). Pero, aun siendo reiterada la necesidad del principio de correspondencia representativa, lo cierto es que, en casi la totalidad de los supuestos existentes antes de la STS de 7 de marzo de 2012, lo que se cuestionaban eran problemas de legitimación y de representatividad suficiente en niveles sectoriales, es decir, de ámbito *superior a la empresa* y no en relación con la correspondencia a nivel inferior a la empresa en casos de empresas pluricelulares. Ello puede comprobarse simplemente examinando las sentencias normalmente manejadas por la doctrina para afirmar que era un principio conocido (aunque sin precisar que no examinaban para nada el nivel de negociación empresarial):

– *STS 23 junio 1994, r. 3968/1992*: sentencia que alude claramente a la «real representatividad» pero abordaba un problema de ámbito funcional en relación con convenios sectoriales que concreta la propia sentencia cuando señala que «la Confederación Nacional de la Construcción estaba legitimada para la negociación colectiva, pero el problema es, si estaba facultada para establecer el ámbito funcional del Convenio, alcanzando al sector del cemento, y en este aspecto, es evidente, como razona la sentencia recurrida, que la libertad, conferida por el artículo 83.1 del Estatuto a las partes para establecer el

ámbito de aplicación de los convenios, está limitada por la real representatividad que los negociadores ostenten, y los hechos probados ponen de manifiesto que la Confederación Nacional de la Construcción no representaba al sector del Cemento, y sí la entidad demandante».

– *STS 19 diciembre 1995, r. 34/1995*: examina un recurso de interpuesto por la Federación Estatal de Trabajadores y Empleados de Servicios (Comercio, Hostelería y Turismo) de la UGT porque se había impugnado el convenio colectivo de hostelería de Cádiz alcanzado por ellos y se discutía la inclusión en el ámbito del convenio de los Asilos de Ancianos de las Hermanitas de los Pobres de Jerez de la Frontera y del Puerto de Santa María.

– *STS 2 diciembre 1996, 1149/1996*: examina el ámbito de aplicación y los límites del convenio de geriátricos de Asturias, exclusión de la actividad hotelera.

– *STS 17 noviembre 1998, r. 1760/1998*: sobre la inexistencia del deber de negociar por parte de una asociación empresarial un convenio colectivo para las empresas ubicadas en el territorio de las Comunidades Autónomas del País Vasco y Navarra en el sector de grandes almacenes por falta de las mayorías exigidas para la constitución de la comisión negociadora en el nivel propuesto.

– *STS 16 de noviembre 2002 r. 1218/2001* (aunque en el dictamen de la demanda se señale que es 1218/2002) Convenios Colectivos: concurrencia: desestimación: Convenio General de Ámbito Nacional para el Sector de Regulación del Estacionamiento Limitado de Vehículos en la Vía Pública mediante el Control Horario y Convenio General de Ámbito Nacional para el Sector de Empresas Concesionarias y Privadas de Aparcamientos de Vehículos: ámbitos funcionales distintos

– *STS 18 diciembre 2002, r. 1154/2001*: convenio colectivo catalán de aparcamientos

– *STS 23 de julio de 2003, r. 75/2002*: convenio de aplicación a todo el territorio del Estado Español y reglas de representatividad en comunidades autónomas.

– *STS 20 de junio 2006, r. 189/2004*: convenios de ámbito superior al de empresa: representatividad insuficiente de las asociaciones empresariales: la asociación empresarial no cumplía con la doble exigencia de que formen parte de la asociación el 10 por 100 de los empresarios del sector y que tales empresas ocupen el 10 por 100 de los trabajadores afectados

Incluso, el TC cuando dejó claro que las reglas de legitimación eran de carácter imperativo a fin de declarar que las partes no pueden modificarlas

libremente, lo hacía en relación con algo absolutamente ajeno al supuesto de hecho planteado y en el que el problema era la «denegación de participación en una negociación colectiva a quien está facultado para ello» declarando que ello «supone una vulneración del derecho constitucional de libertad sindical conduciendo en el presente caso a la estimación del amparo» (STC 73/1984).

Tan sólo existe una sentencia que hacía referencia al ámbito empresarial y que es la STS de 28 de octubre 1996, r. 566/1996. Pero en ella se aborda un problema no de exigencia de correspondencia en la negociación dentro del ámbito de una empresa pluricelular, sino de la prohibición de que un convenio colectivo de empresa pueda afectar a «empresas que no fueron parte en la negociación»; en concreto se declara la «nulidad de las cláusulas que imponen el deber de subrogación a terceros».

La STS 7 de marzo de 2012 constituye la primera sentencia del TS en que, verdaderamente se examina el problema de si el principio de correspondencia se aplica al ámbito de la negociación empresarial. Pero lo hace, además, sobre la base de una redacción del artículo 87.1 ET en la que no quedaba duda de que para afectar «a todos los trabajadores de la empresa» debían las representaciones sindicales, en su conjunto, sumar la mayoría de los miembros del comité. Esta sentencia declaró que la inexistencia de órganos de representación unitaria en algún centro de trabajo de la empresa no puede producir el efecto de otorgar legitimación a la representación legal de otro centro de trabajo. Además, consideraba que no cabía dotar de eficacia al convenio colectivo celebrado sólo para el centro para el que la representación había sido correcta en virtud del Título III del ET. De esta sentencia debe destacarse: (I) La conclusión a la que se llega se realiza a través de una interpretación sistemática de los preceptos aplicables que se alegaban como infringidos; (II) No menciona ninguna otra Sentencia *anterior* sobre esta cuestión que le sirva de apoyo jurisprudencial, Y ello a pesar de que podía haber utilizado como criterio «obvio» si así lo fuera, la pacífica exigencia de este principio de correspondencia en los niveles superiores de negociación colectiva; (III) La única sentencia anterior que se menciona, curiosamente, es la STS 30-9-2008, r. 90/2007, y lo hace para precisar que, aunque dicha sentencia no se abordaba el mismo supuesto (ya que se trataba de delimitar el principio de correspondencia en la legitimación *para promover conflictos colectivos*: (cuestión procesal regulada por la LPL y después por la LRJS) su doctrina debe aplicarse analógicamente. Es decir, se extiende de modo expreso la exigencia el principio de correspondencia (evidente y pacífico en el ámbito de la *legitimación procesal para interponer* conflictos colectivos), al ámbito de la *negociación colectiva* en la empresa pluricelular.

Aunque en una interpretación literal y cautelara un laboralista podía entender que dicho principio y la referencia general a la necesidad de cumplimiento de la representatividad y legitimación de los arts. 87 y 88 ET (con una nueva dicción a raíz del RDL 7/2011 que luego pasa al RD Legislativo 2/2015), era aplicable también a la negociación en ámbitos empresariales, lo cierto es que sólo a partir de la STS de 20 de mayo de 2015 que comentamos puede apreciarse la existencia de jurisprudencia del TS en este sentido (y con la duda de que pueda ser jurisprudencia en sentido estricto pues la norma aplicable contiene una dicción diferente).

La importancia de esta sentencia de 2015, se puso de manifiesto de inmediato por la gran atención doctrinal recibida a la serie de sentencias dictadas por el TS en 2015, que siguieron a la comentada, reiterando la nulidad de convenios de empresa celebrados a partir de la reforma de 2012 que priorizaba el convenio de empresa en materia salarial sobre el sectorial y que llevó a negociadores (empresarios y representantes unitarios de multitud de empresas a firmar convenios empresariales de diverso nivel territorial, pero sin contar con la representación necesaria (un resumen puede verse en el blog de Ignasi Beltrán aunque en el principio de correspondencia incluye la STS 25-11-2013, r. 87/2003 supuesto no relativo a la negociación sino a legitimación en despido colectivo). De este modo, en 2015 se resuelve la duda interpretativa en cuanto a la exigencia imperativa de cumplir con el principio de corresponsabilidad en la negociación de convenios colectivos estatutarios de empresa pluricelular.

4. CONCLUSIÓN

El principio de correspondencia en la representación se aplica también en la negociación colectiva en el nivel de empresa, de modo que no se puede dar por válido un convenio colectivo negociado solo por los representantes de un centro cuando existen diversos centros de trabajo y sus representantes no han participado en dicha negociación.

**76. A VUELTAS CON LA DETERMINACIÓN DEL CONVENIO
COLECTIVO APLICABLE A EMPRESAS MULTISERVICIOS:
ENTRE LA UNIDAD DE EMPRESA Y LA ESPECIFICIDAD**
Comentario a la STS de 17 de marzo de 2015 (Rec. 1464/2014)

MARÍA DE LOS REYES MARTÍNEZ BARROSO
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León. ORCID: 0000-0001-8976-6587

Palabras clave: Convenio colectivo, empresas multiservicios, actividad preponderante, principio de especificidad.

1. ANTECEDENTES

En la sentencia comentada se analiza el supuesto de nueve trabajadoras con la categoría de auxiliar de información que desarrollan su trabajo para la empresa multiservicios Clece, S.A. en dependencias ajenas, en concreto, en los centros de trabajo del Ayuntamiento de Madrid. Su contrato laboral estaba vinculado a un contrato de gestión integral de servicios complementarios que incluía servicios de reparación y mantenimiento de equipos de edificios, mantenimiento de ascensores, mantenimiento de equipos de seguridad, limpieza y servicios de conserjería. Las actoras vieron desestimada su petición en instancia, donde plantearon una reclamación de cantidades que oscilaba entre los 2.618,02 euros y los 6.012,76 euros, si bien en recurso de suplicación, resolvió a su favor la STSJ de Madrid de 7 de febrero de 2014 (Rec. 770/2013). En dicho pronunciamiento, el tribunal consideró que habiendo reclamado las traba-

jadoras la aplicación del convenio colectivo de limpieza, y encontrándose esta actividad entre las desempeñadas por la empresa, aunque no se correspondiera con el tipo de trabajo desempeñado por las demandantes, que a la sazón desempeñaban funciones asimiladas a las de conserje, o bedel, debía estimarse la pretensión de la aplicación del mencionado convenio. El pronunciamiento fue recurrido por la empresa CLECE, S.A en recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia de contraste la STSJ de Madrid de 29 de octubre de 2012 (Rec. 718/2012), que había desestimado una pretensión contra la misma empresa multiservicios. En dicha sentencia se desestimó la aplicación del convenio de limpieza a una auxiliar administrativa con tareas de atención al público, por considerar que no había elementos fácticos sobre el objeto social de la empresa y que no podía deducirse que la actividad principal o preponderante fuera la de limpieza de edificios o locales. A juicio del Tribunal, en ausencia de convenio de empresa, siguiendo la doctrina de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, deberían aplicarse tantos convenios como actividades distintas se realizaran por la empresa (García Blasco, 2013, 1075 y ss.).

2. CUESTIÓN PLANTEADA

El asunto debatido gira en torno a la problemática cuestión de delimitar la selección del convenio colectivo aplicable en empresas multiservicios, sin convenio de empresa propio. Vaya por delante que no les está resultando fácil a las empresas multiservicios la negociación de convenios empresariales, labor a la que se han aplicado con ahínco desde el cambio de doctrinal judicial determinante del tránsito de la anomia convencional –pasando por la aplicación del convenio sectorial que mejor se aviniera a sus necesidades– a la actual aplicación de una multiplicidad de convenios sectoriales, tantos más cuantos más servicios se incluyan en el objeto social de la empresa, a lo que se añade, en su caso, la diversidad de ámbitos territoriales (Vicente Palacio, A., 2016, 68).

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

El Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, mantiene una línea de aparente continuidad respecto a la posición clásica de la jurisprudencia en materia de selección del convenio colectivo aplicable, al citar en su Fundamento de Derecho 3.º, diversas sentencias sobre la selección de convenios cuando la

empresa se dedica a más de una actividad [SSTS de 15 de junio de 2000 (Rec. 4006/1999); 10 de julio de 2000 (Rec. 4315/1999); 29 de enero de 2002 (Rec. 1068/2001); 14 de mayo de 2002 (Rec. 1254/2001); 17 de julio de 2002 (Rec. 4859/2000); 31 de octubre de 2003 (Rec. 17/2002); 31 de enero de 2008 (Rec. 2064/2007) y 20 de enero de 2009 (Rec. 3737/2007)], reproduciendo la conocida doctrina conforme a la cual la determinación del convenio colectivo aplicable se rige por «la actividad preponderante» dentro de las diversas actividades realizadas por las empresas. Esta doctrina no es novedosa, pero sí lo es la interpretación que introduce la sentencia, que se limita a proyectar esta tesis fijada en supuestos de empresas con varias actividades más o menos próximas, a las empresas multiservicios (Esteve Segarra, 2015, 24 y ss.). En un razonamiento muy escueto, que sigue reproduciéndose en sentencias recientes [entre otras, STSJ del País Vasco de 28 de abril de 2022 (Rec. 684/2022)] el Tribunal no incide en la diferencia de estas empresas respecto a las mercantiles con varias actividades, lo cual es tremendamente significativo, pues la estructura de las empresas multiservicios ofrece variaciones importantes que dotan a los criterios utilizados en la valoración de la selección del convenio aplicable de proyecciones prácticas no suficientemente tenidas en cuenta.

4. CONCLUSIÓN

Dentro de la amplia tipología de empresas de servicios, se ha consolidado una eclosión de las denominadas empresas de gestión integral, también llamadas multiservicios, caracterizadas por la versatilidad de su objeto social, en el sentido de que no son comitentes cualificadas por su dedicación técnica a una actividad, sino que su cometido lucrativo y profesional gira en torno al objeto de la contrata o contratas que atiende, concentrándose en ofrecer a otras la concertación de contratos por los que asumen la ejecución de tareas muy diversas para todo tipo de organizaciones empresariales, tanto públicas como privadas. Generalmente, su nicho de mercado reside en el *outsourcing* operativo, desarrollando actividades de bajo valor agregado (tareas auxiliares de vigilancia, mantenimiento, conserjería y limpieza) situadas en la periferia de los procesos de producción. Esta falta de adscripción y la consiguiente diversificación productiva contraría uno de los aspectos clásicos del ordenamiento laboral, que, a efectos convencionales, ubica a las empresas en función de su actividad. En dichas empresas multiservicios sin convenio propio, la sujeción a un convenio sectorial es un aspecto crucial porque en un contexto de desregulación de las empresas auxiliares, la selección de las reglas convencionales

es el elemento principal que determina las condiciones de trabajo, entre ellas singularmente el salario, que es el que determina, en última, instancia, la reclamación de cantidad planteada en el asunto debatido ante el Tribunal Supremo.

La sentencia comentada vuelve a una línea tradicional de aplicar el llamado «principio de unidad de empresa» para seleccionar un único convenio colectivo en empresas con varias actividades, dando un giro en la posición mantenida por buena parte de la doctrina judicial, y por la Comisión Nacional de Convenios Colectivos, en la determinación del convenio colectivo en empresas multiservicios, que hasta ese momento se había inclinado mayoritariamente por el llamado «principio de especificidad» (esto es, que en ausencia de convenio de empresa, debían aplicarse tantos convenios como actividades distintas se realizaran por la empresa multiservicios). En efecto, en otros supuestos se ha optado por la aplicación de varios convenios colectivos en una misma empresa, cuando en ésta falta una organización productiva preponderante y desarrolla actividades distintas e independientes [entre otras, SSTSJ Andalucía/Málaga 17 noviembre 2012 (Rec. 1602/2011) o Sevilla 20 octubre 2009 (Rec. 1017/2009)].

En definitiva, el Tribunal Supremo se ha limitado en este pronunciamiento a proyectar la doctrina jurisprudencial elaborada para otro tipo de empresas con varias actividades a las empresas multiservicios, pese a las importantes diferencias que las separan. Tras la inadmisión de varios recursos para la unificación de doctrina, el Tribunal Supremo readapta la realidad a los viejos paradigmas jurídicos, optando por la aplicación del convenio colectivo de la actividad preponderante en la empresa, como había resuelto alguna sentencia de aplicación. Cuando se aplica este criterio, los tribunales manejan parámetros como el volumen de negocio (Criterio operativo 95/2006 de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social) o el número de trabajadores ocupados [STS de 15 de junio de 2000 (Rec. 4006/99)]. Sin embargo, otras propuestas abogan por que la actividad preponderante se determine en función del tiempo empleado en la realización de las diversas actividades en cómputo anual, utilizando analógicamente la pauta establecida en el artículo 22.4 LET para la polivalencia funcional (Palomo Balda, E., 2019).

Y probablemente esta no sea la mejor solución (mala solución, en terminología de Rojas Rivero, G.P., 2018, p. 301), dado que en la mayor parte de los casos no pasa como en el enjuiciado, donde constaba en el contrato y en el objeto social una actividad concreta, siendo muy difícil determinar cuál es la actividad preponderante o principal a la vista de la multiplicidad de sectores que estas empresas pueden abarcar; a lo cual se añaden otros aspectos problemáticos, en relación con el ámbito territorial, en tanto que en muchos casos

estas empresas tienen un ámbito de actuación estatal o superior a una provincia o comunidad autónoma; así como las reglas de sucesión de convenios o las condiciones contractuales en el caso de subrogación de contratista. Por tanto, lo más prudente es concluir que en este asunto se está resolviendo un problema puntual (el de un grupo de trabajadoras cuya actividad no cae en el ámbito de aplicación de ningún convenio sectorial) pero sin pretender consagrar la doctrina de la actividad preponderante para todos los supuestos que pueden darse en las empresas multiservicios (Muñoz Ruiz, A.B., 2016, 84 y ss.).

En efecto, en el caso de las empresas multiservicios no puede determinarse siempre una actividad preponderante, y aún de haberla, las diferentes actividades prestadas para empresas clientes no guardan una actividad homogénea suficiente. El objeto social de la empresa es tan amplio que cabe entender que a su personal le resultan aplicables diversos convenios en función del tipo de actividad desarrollada, pues precisamente la empresa se caracteriza por su falta de homogeneidad productiva y por desarrollar actividades distintas según el cliente, proporcionando trabajadores y trabajadoras de distintas categorías. La aplicación del convenio colectivo correspondiente a la actividad nuclear o principal tiene lógica y sentido cuando las restantes actividades que desarrolla la empresa multiservicios carecen de un convenio sectorial específico (que fue el caso al que se enfrentó la STS de 17 de marzo de 2015), pero si existen esos otros convenios, parece más racional que se apliquen las normas convencionales que se adaptan mejor a cada actividad productiva y al tipo de trabajo desarrollado por el personal adscrito a cada una de ellas.

Si se generaliza el criterio de unidad de empresa y convenio único aparecerán problemas de falta de cobertura convencional en aquellos casos en los que precisamente la actividad principal de la empresa multiservicios no encontrase encaje en el ámbito funcional de ningún convenio sectorial, y ello a pesar de que existieran convenios sectoriales para el resto de actividades, con lo que todas las personas trabajadoras de la empresa multiservicios quedarían desprotegidas convencionalmente y sometidas a la legislación general (Palomo Balda, E., 2019).

En definitiva, este criterio de un único convenio delimitado por la actividad principal puede aplicarse a alguna empresa multiservicios con una estructura plurifuncional simple o con actividades más o menos homogéneas, pero con carácter general no puede admitirse que una única regulación convencional pueda servir para dotar de un régimen convencional unitario y comprensivo a las prestaciones laborales que se desarrollan en este tipo de entidades. Los distintos criterios utilizados indistintamente por los tribunales no deben funcionar en abstracto, sino sujetos a las circunstancias concurrentes en cada caso,

de tal manera que un mismo criterio puede no ser útil (o adecuado) para resolver todas las situaciones descritas pero sí alguna o varias de ellas (Cavas Martínez, F., 2017).

5. BIBLIOGRAFÍA

- CAVAS MARTÍNEZ, F.: «El convenio colectivo aplicable en las empresas multiservicios», *Revista de Jurisprudencia*, 15 de diciembre de 2017.
- CRUZ VILLALÓN, J.: «Incidencia de la norma laboral sobre la estructura y concurrencia de los convenios colectivos», en VV.AA. (Cruz Villalón, J., dir. y coord.): *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio*, Madrid, Cinca, 2017, pp. 15-52.
- ESTEVE SEGARRA, A.: «La selección del convenio colectivo en empresas multiservicios. A propósito de la STS 17 de marzo de 2015, Rec. 1464/2014», *Información Laboral*, núm. 9, 2015, pp. 17-30.
- GARCÍA BLASCO, J.: «La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos: ¿una institución para revitalizar la negociación colectiva en el escenario de la crisis económica», en VV.AA. (Monereo Pérez J.L. y Moreno Vida, M.^a N. dirs. y Tomás Jiménez, N., coord.): *El sistema de negociación colectiva en España*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters/Aranzadi, 2013, pp. 1075-1121.
- MUÑOZ RUIZ, A.B.: «El convenio colectivo aplicable a las empresas multiservicios: situaciones posibles y criterios judiciales para su resolución», *Trabajo y Derecho*, núm. 13, 2016, pp. 84-90.
- PALOMO BALDA, E.: «Problemas laborales ante determinados medios de externalización: empresas multiservicios y cooperativas», 2019. https://negociacioncolectiva.fesmcugt.org/wp-content/uploads/sites/49/2019/05/05_emilio_palomo_balda_empresas_multiservicios.pdf
- ROJAS RIVERO, G.P.: «Negociación colectiva y convenio colectivo aplicable en las empresas multiservicios», en VV.AA.: *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, Madrid (Cinca), 2018, pp. 275-315.
- VICENTE PALACIO, A.: *Empresas multiservicios y precarización del empleo. El trabajador subcedido*. Barcelona (Atelier), 2016, pp. 58 y ss.

77. ¿NO SE PUEDEN PACTAR COMPLEMENTOS PARA REDUCIR EL ABSENTISMO EN LAS EMPRESAS POR MEDIO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA?

Comentario a la SAN 18/2024 de 13 de febrero de 2024 (Rec. 306/2023)

JORDI GARCÍA VIÑA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Barcelona.

ORCID: 0000-0001-9827-8200

Palabras clave: Absentismo, incapacidad temporal, discriminación.

1. ANTECEDENTES

La empresa tiene un sistema de retribución variable que afecta a los trabajadores de determinados departamentos que contienen una cláusula en relación con el absentismo, que supone 5 puntos sobre la totalidad a obtener con el sistema de incentivos.

La empresa cuelga en la internet y remite a la RLT un documento en el que se hace referencia a la incidencia de los diferentes tipos de absentismo en el incentivo. Uno de los tres tipos de absentismo es el «no recuperable»: bajas médicas. Planes de incentivos: d.3 y d.4: absentismos no recuperables.

Este sistema es impugnado por considerar que es contrario a diversos preceptos de la Ley 15/2022, de 12 de julio.

2. CUESTIÓN O CUESTIONES PLANTEADAS

Se solicita declaración de nulidad de la cláusula de los planes de incentivos aplicables a los departamentos de Front Office, Tramitación y Reclamaciones, por la que se suprime o reduce el incentivo de los trabajadores por haberse encontrado en situación de incapacidad temporal, indisposición o reposo médico.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

Las tres situaciones recogidas como «absentismo no recuperable» constituyen a juicio de esta Sala una discriminación directa por razón de salud o enfermedad, penalizando la percepción del incentivo al considerar como «no recuperables» las ausencias debidas por bajas médicas, indisposiciones puntuales y reposos médicos, situaciones todas ellas vinculadas con una situación de salud desfavorable para el trabajador, ajena en todo punto a su voluntad, y de la que se desprende una evidente penalización, frente a otros trabajadores que no incurrían en dichas situaciones, incidiendo en la percepción del objetivo.

4. CONCLUSIÓN O CONCLUSIONES

El absentismo es un problema crucial en España, pero también en diversos países de la Unión Europea, donde los datos han ido creciendo en los últimos años, por lo que puede ser definido en la actualidad como un problema compartido por diversas economías.

Se trata de un fenómeno que no solo plantea interrogantes sobre la salud y el bienestar de los trabajadores, sino que también tiene implicaciones económicas y organizativas en las empresas.

Por su complejidad, requiere un análisis profundo, así como la proposición de soluciones efectivas, ya que se combinan aspectos diversos como factores individuales, sociales y organizativos, que afectan a todo el conjunto de la sociedad.

El absentismo laboral afecta a la competitividad de las empresas, a sus procesos de recursos humanos y a la motivación de directivos y trabajadores y merece que desde sus más altas instancias jerárquicas se aborde con un siste-

ma de gestión pautado y estructurado, huyendo de improvisaciones y visiones parciales que no pueden solucionar un problema ya de por sí complejo.

Es evidente que esta cuestión está muy influenciada por las cuestiones jurídicas, pero no sólo desde un punto de vista de regulación, como sucede respecto a las últimas modificaciones en la gestión de la incapacidad temporal, ya sea por los procesos o los partes médicos, o la ampliación de los permisos retribuidos, sino también por las derogaciones, especialmente la relativa al artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores o recientes sentencias sobre complementos vinculados a no ausencias presentes en convenios colectivos.

Por este motivo, no resulta conveniente enfocar la gestión del absentismo en las empresas desde una perspectiva exclusivamente de control y seguimiento de las ausencias injustificadas o del componente negativo de la voluntad deliberada del trabajador de no acudir a su puesto de trabajo. Esos modelos casi nunca conducen a una solución satisfactoria del problema, ya que suelen ser incompletos; es necesario, por tanto, ser proactivos.

Entre los mecanismos de lucha contra el absentismo en las empresas, existen diversas soluciones, teniendo en cuenta las diferentes causas que lo provocan.

En general, más del 80 % de las ausencias de los trabajadores en el puesto de trabajo se deben a situaciones de incapacidad temporal por contingencias comunes.

Teniendo en cuenta esta situación se han planteado propuestas para intentar resolver los efectos negativos que tiene el absentismo, no sólo en las empresas, sino también respecto al resto de trabajadores y a la sociedad en general.

En cuanto a las posibles soluciones, hay una parte relevante que se refiere a cuestiones médicas, principalmente reducción de listas de espera o de gestión de la incapacidad temporal, tanto desde los partes médicos, realización de pruebas, posibilidad de realizar controles o incluso, emitir altas por parte de las mutuas.

Con independencia de estas propuestas, la negociación colectiva ha sido un mecanismo habitual para regular cuestiones relativas al absentismo. Concretamente, los acuerdos interprofesionales nacionales han recogido esta materia, aunque la referencia del actual V AENC sólo se refiere a la incapacidad temporal por contingencias comunes, tratando de incentivar su desarrollo en los convenios colectivos.

Así, en términos generales, desde un punto de vista meramente cuantitativo, los convenios colectivos suelen regular de manera relevante todas aquellas materias que han sido consideradas de relevancia en análisis del absentismo, aunque con importantes diferencias.

Concretamente, hay que destacar la gran presencia de cláusulas relativas a complementos de prestaciones económicas de la Seguridad Social, fundamentalmente vinculadas a la incapacidad temporal, en todo tipo de convenios colectivos.

Igualmente, es interesante destacar la presencia de este tipo de cláusulas según el ámbito territorial del convenio colectivo, ya se refieran a la empresa, como es el caso analizado por esta sentencia, o a niveles supraempresariales.

Es cierto que no son muy numerosos los convenios colectivos que regulan algún tipo de complemento salarial vinculado a la presencia en el puesto de trabajo, como el analizado en esta sentencia, teniendo en cuenta que no está muy claro la verdadera efectividad de este tipo de cláusulas para reducir el absentismo, pero hay acuerdos que sí entendían que era positivo regular estas condiciones.

La entrada en vigor de la Ley 15/2022, de 12 de julio, introduce, según esta sentencia de la Audiencia Nacional, que además no es la única, una clara limitación a la negociación colectiva ya que entiende que este tipo de cláusulas constituye una discriminación directa por razón de salud o enfermedad.

Es cierto que tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como el resto de órganos judiciales han reiterado que la libertad de negociación implica que en el convenio se pueden establecer las condiciones que las partes tengan por conveniente, pero teniendo en cuenta que esta libertad encuentra su límite en el respecto a las leyes, según el artículo 85.1 ET.

Aceptando la amplitud de materias que pueden abordar los convenios, es evidente que la libertad de las partes no es absoluta, sino que por su propia naturaleza y por la regulación legal, presenta límites.

Así, el convenio colectivo tiene que respetar los derechos fundamentales regulados en la Constitución, y fundamentalmente, el derecho de igualdad, sin que esto implique que toda distinción dentro del convenio colectivo sea por sí misma contraria al principio de igualdad o genera algún tipo de discriminación, como en el caso que ocupa este análisis.

Por esta razón, ni la autonomía colectiva puede establecer un régimen diferenciado en las condiciones de trabajo sin justificación objetiva y sin la

proporcionalidad que la medida diversificadora debe poseer para resultar conforme al artículo 14 CE, ni en el juicio de proporcionalidad pueden marginarse las circunstancias concurrentes a las que hayan atendido los negociadores, siempre que resulten constitucionalmente admisibles.

De esta manera, este derecho no se verá vulnerado si la diferencia de trato resulta objetivamente justificada por haber superado un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida.

La sentencia de la Audiencia Nacional analizada aplica de manera automática un mecanismo de nulidad, sin tener en cuenta que no existe esta relación directa entre la situación de incapacidad temporal y por tanto del concepto de enfermedad y el no percibo del complemento, ya que sólo consta que el trabajador se encuentra en esta situación, pero no se acredita que supone una situación de enfermedad.

Igualmente, nada se dice respecto al resto de supuestos en los que el trabajador falta al trabajo por otros motivos, porque la razón de ser de estos planes de incentivos no es penalizar la situación de los trabajadores enfermos, sino incentivar su presencia en el puesto de trabajo tratando de limitar las situaciones de absentismo, que tantos problemas originan a las empresas.

Además, no tiene en cuenta la voluntad de las partes negociadoras del acuerdo o del convenio colectivo, en otros casos, y el reconocimiento constitucional de la negociación colectiva, ya que supone una clara limitación a la posibilidad de gestionar los aspectos relativos a las relaciones laborales por medio de acuerdos.

Finalmente, la sentencia, al declarar la nulidad de esta cláusula, no resuelve qué efectos jurídicos tiene dicha resolución, ya que, no queda claro si desaparece el mecanismo de los planes de incentivos, por aplicación del principio de vinculación a la totalidad, o sólo no se tiene en cuenta, para el cálculo, la referencia a las bajas médicas.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS FERNÁNDEZ, A: *Absentismo laboral*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2013.
- DE MIGUEL GARCÍA, J M: *Cómo gestionar con éxito el absentismo*, *Gestión práctica de riesgos laborales: Integración y desarrollo de la gestión de la prevención*, ISSN-e 2386-2890, núm. 115, 2014, pp. 19-22.

■ LIBERTAD SINDICAL, NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y HUELGA

GÓMEZ, L: *Absentismo laboral, responsabilidad de todos*, Consell obert: Recull informatiu del Consell General de Col·legis de Graduats Socials de Catalunya, núm. 325, 2017, p. 19.

GRILLO, G: «Absentismo laboral y compromiso de los trabajadores», *Consejeros: la revista del buen gobierno y la responsabilidad corporativa*, ISSN 1885-6829, núm. 131, octubre, 2017, pp. 46-47.

SALA FRANCO, T: Acerca del absentismo laboral, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, ISSN 2386-8090, núm. 49, 2019, pp. 16-25.

HUELGA

78. DERECHO DE HUELGA EN LOS SERVICIOS ESENCIALES Y SERVICIOS MÍNIMOS EXORBITANTES

Comentario a la STC 2/2022, de 24 de enero (BOE 23 febrero 2023)

ANTONIO BAYLOS GRAU

Profesor Emérito. Universidad Castilla La Mancha (UCLM)

ORCID: 0000-0002-5737-5669

Palabras clave: Derecho de huelga, servicios esenciales, servicios mínimos.

1. ANTECEDENTES

En diciembre de 2017, el Comité de empresa de Áreas, S.A., una empresa que gestiona establecimientos de hostelería en el Aeropuerto internacional Adolfo Suárez de Madrid-Barajas, convocó una huelga intermitente para los días 4 y 5 y para los dos días previos a Nochebuena y a Nochevieja de ese año. La huelga se debía producir en el horario de 13,00 a 15,00 horas. Afectaba a 1.216 trabajadores de los 49 puntos de venta de la empresa, que controlaba la totalidad de los puntos de venta del Aeropuerto. AENA, ante esta convocatoria, estableció que se habían de reforzar las máquinas expendedoras de alimentos y bebidas, más de 250 en las terminales señaladas y se daría al público la publicidad oportuna para que conocieran que durante esas dos horas no habría servicio de restauración en los puntos de venta del aeropuerto. Por Resolución de la Secretaría de Estado de Infraestructuras, Transporte y Vivienda del Ministerio de Fomento, de 30 de noviembre de 2017, se precisaron los servicios mínimos que debían prestarse durante la huelga, estableciendo que «los

servicios públicos esenciales para ofrecer servicio de restauración a los pasajeros en las zonas restringidas del lado aire debían prestarse mediante la apertura de la totalidad de los doce establecimientos gestionados por la empresa repartidos entre las cuatro terminales y la satélite salvaguardando en todo momento la seguridad e higiene de los servicios». La Federación Estatal de Servicios, Movilidad y Consumo de la UGT interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional contra la citada resolución de fijación de servicios mínimos, sobre la base de que la fijación de un mínimo de actividad del 100 por 100 de la plantilla prestadora de servicios en los doce centros de trabajo en la zona de embarque suponía que estas personas no pudieran ejercer su derecho de huelga, lo que implicaba un vaciamiento material de los derechos de huelga y libertad sindical del sindicato convocante, así como desconocer la necesaria proporcionalidad de los servicios mínimos en relación con las concretas características de la huelga convocada. La Audiencia Nacional desestimó el recurso por sentencia de 29 de junio de 2018 y el recurso de casación frente a esta Sentencia fue inadmitido por el Tribunal Supremo por providencia del 9 de mayo de 2019 por falta de interés casacional. El sindicato recurrió en amparo por vulneración de los derechos de huelga (art. 28.2 CE) y a la libertad sindical (art. 28.1 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

2. CUESTIONES PLANTEADAS

El primer escollo que el sindicato recurrente tenía que salvar era el de demostrar que el recurso de amparo poseía especial transcendencia constitucional. Se alegó la singularidad del caso, «al tratarse de un paro parcial o de corta duración» lo que obligaba a que el Tribunal Constitucional actualizara su doctrina, así como a la necesidad de que la jurisprudencia del Tribunal «resuelva sobre la reiterada negativa judicial a la posibilidad de que los sindicatos sostengan una pretensión indemnizatoria por vulneración del derecho de huelga (art. 28.2 CE) y de libertad sindical (art. 28.1 CE), ante la fijación anti-jurídica de servicios mínimos por parte de la administración pública».

El tema de fondo era el de la determinación del alcance de los servicios mínimos impuestos, que afectaban al 100% de los trabajadores en huelga, en una huelga parcial de dos horas de duración y en un servicio de restauración que se prestaba a los pasajeros del aeropuerto, sin que por tanto se comprometiese su derecho a la libertad de movimiento. Y por tanto la vulneración del derecho de huelga en este supuesto. Como pretensión adicional, el recurrente

sostenía la necesidad de obtener una indemnización por la vulneración de este derecho.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Respecto de la trascendencia constitucional, el TC entiende que no existe doctrina constitucional ni sobre los criterios que rigen la fijación de servicios mínimos respecto de una actividad conexas con un sector estratégico como es el aéreo ejercida mediante paros parciales de corta duración, diferente al paro durante toda la jornada o de manera prolongada a lo largo de esta, ni tampoco respecto de la posibilidad de que los sindicatos sostengan una pretensión indemnizatoria por vulneración del derecho de huelga (art. 28.2 CE) y de libertad sindical (art. 28.1 CE), ante la fijación de servicios mínimos por parte de la administración pública lesivas de esos derechos. El asunto plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica, lo que permite entender que en el futuro el tema de la vulneración del derecho de huelga en los servicios esenciales seguirá siendo objeto del control jurisdiccional también a través del recurso de amparo, del que constituye una de sus garantías fundamentales tal como lo estableció la STC 11/1981.

En cuanto al fondo del asunto, el TC lo plantea desde la vertiente clásica de su doctrina sobre la falta de motivación suficiente que justifique establecer una prestación de servicios en la zona restringida de los terminales del 100 por 100 de la actividad. El dato decisivo será que «la consideración de un servicio como esencial no puede implicar la supresión del derecho de huelga de los trabajadores ocupados en tal servicio. La limitación del derecho de huelga que consiente el artículo 28.2 CE en garantía del mantenimiento de esos servicios esenciales para la comunidad solo alcanza a establecer la prestación de los trabajos necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que el propio servicio satisface, pero sin alcanzar el nivel de rendimiento habitual ni asegurar su funcionamiento normal». El Tribunal entiende que no se ha aportado ninguna justificación que amparara la decisión de fijar en el 100 por 100 de los establecimientos de la empresa y de su plantilla en la llamada zona de aire del aeropuerto, es decir, para acreditar que «el nivel habitual de prestación de este servicio coincidiera en su integridad con lo que debe considerarse como un nivel mínimo de prestación en función de las exigencias de la salud pública». La decisión suponía «privar íntegramente del ejercicio del derecho de huelga a los trabajadores de este sector de actividad», no tan solo limitar su ejercicio, para lo que se habría requerido una «motivación específica»

sobre lo indispensable de estos servicios, motivación que no se ha producido, y que por consiguiente se ha roto el principio de proporcionalidad que debe regir la composición de intereses en conflicto. Y ello por la razón de que aunque la huelga tuviera un ámbito más amplio, el elemento clave debe ser el análisis de la corrección de los servicios mínimos establecidos para el personal de restauración del interior del aeropuerto al que se ha privado del ejercicio del derecho de huelga mediante la imposición de servicios mínimos que obligaban a mantener la plena continuidad del servicio.

En lo relativo a la segunda cuestión planteada, la anulación tanto la resolución de la autoridad gubernativa como los actos que de ella se dedujeran y las sentencias que las avalaron, no llevan aparejada, para el Tribunal Constitucional, frente a lo que mantenía el Ministerio Fiscal en su informe, la condena a una indemnización por daños morales en favor del sindicato recurrente. La STC 2/2022 decide retrotraer las actuaciones al momento previo al pronunciamiento de la sentencia judicial de instancia para que, «una vez declarada por este tribunal la nulidad de la resolución administrativa impugnada, se resuelva con plena jurisdicción sobre el resto de pretensiones de las partes y, singularmente, sobre la posibilidad de indemnización al sindicato recurrente por la declarada lesión del derecho de huelga y, en su caso, en qué cuantía». Como el procedimiento de amparo se basa en las lesiones actuales y efectivas de los derechos fundamentales, y como la denegación de la petición de indemnización por la sentencia de la Audiencia Nacional de 2018 fue motivada por no apreciar vulneración del derecho de huelga en la resolución que imponía la plena continuidad de la actividad durante la misma en las empresas situadas en la zona de aire del aeropuerto, debe ser este tribunal el que, enmendado su juicio por la sentencia constitucional, decida sobre este punto.

La Sentencia comentada debería haber sido más incisiva. No se entiende que una huelga de dos horas de duración en días alternos y alejados entre sí en una empresa de hostelería que presta sus servicios en un aeropuerto y cuya actividad puede perfectamente ser atendida y sustituida en gran parte por máquinas expendedoras de bebida y alimentación, se considere que atenta directamente al derecho a la salud de los pasajeros y que por tanto es un servicio esencial a efectos de huelga que requiere que la actividad no se paralice ni siquiera en esas dos horas sobre la totalidad del horario de apertura y funcionamiento del aeropuerto. En la propia jurisprudencia constitucional existen los suficientes elementos como para cuestionar de forma directa esta conclusión. Hay que recordar que la cláusula de la esencialidad del servicio como habilitación para la restricción del ejercicio del derecho de huelga es una noción de contenido variable en función tanto de las condiciones concretas de ejercicio

del derecho de huelga (modalidad de la huelga, duración, contexto social) como de la incidencia de la huelga en otros derechos ciudadanos o bienes constitucionalmente protegidos, pero ponderando en todo caso, como señala el artículo 10.2 DLRT, la gravedad de la lesión inferida a estos derechos, en circunstancias tales que se requiera un sacrificio de la eficacia de la acción colectiva. Puede haber servicios públicos indispensables, servicios que se definen por la ley como esenciales, pero esa noción no se corresponde con la esencialidad que requiere el artículo 28.2 CE para que opere la restricción del derecho de huelga. Por eso se insiste en la expresión «servicios esenciales a efectos de huelga», reivindicando el principio de restricción menor posible del derecho de huelga y la contemplación rigurosa de los efectos concretos de la huelga sobre otros derechos ciudadanos, que no tienen por qué siempre tener prioridad en su preservación frente a este derecho. Lo que quiere decir sencillamente que en servicios que se consideran esenciales, ante determinadas circunstancias concretas, la convocatoria de huelga no tiene por qué desencadenar el mecanismo de intervención de la autoridad gubernativa para imponer un mínimo de actividad o servicio mínimo.

En cuanto a la indemnización por vulneración del derecho de huelga siete años después del inicio del pleito, y tras la constatación de la vulneración de éste, se ordena la retroacción de las actuaciones al momento de pronunciarse la primera de las resoluciones judiciales anuladas para que, una vez declarada la nulidad de la resolución administrativa impugnada, se resuelva sobre la pretensión indemnizatoria que el sindicato recurrente ha intentado esgrimir por daños morales. Una pretensión que puede ser negada por el tribunal a quo con lo que de nuevo se abriría un largo camino de impugnaciones con un posible final en un nuevo recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Es obvio que un sistema que impide durante tanto tiempo la satisfacción del resarcimiento por la vulneración de derechos fundamentales, dejando por tanto sin sanción alguna la conducta de los poderes públicos y privados que lesionan el derecho fundamental de huelga no puede entenderse que cumpla los estándares requeridos para garantizar este derecho y la capacidad del sindicato de organizar y convocar el conflicto disponiendo del derecho de huelga en su vertiente colectiva.

4. CONCLUSIONES

La STC 2/2022 reconoce el derecho del sindicato demandante de amparo a la huelga (art. 28.2 CE), restablecer su derecho al sindicato y, a tal fin, anula

la resolución de la Secretaría de Estado de Infraestructuras, Transporte y Vivienda del Ministerio de Fomento de 30 de noviembre de 2017; la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 29 de junio de 2018, pronunciada en el procedimiento de derechos fundamentales núm. 10-2017; y la providencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2019, pronunciada en el recurso de casación núm. 574-2019 y ordenar la retroacción de las actuaciones al momento de pronunciarse la primera de las resoluciones judiciales anuladas para que, una vez declarada la nulidad de la resolución administrativa impugnada, se resuelva sobre el resto de pretensiones deducidas el recurso contencioso-administrativo y, singularmente, sobre la pretensión indemnizatoria.

5. BIBLIOGRAFÍA

- BAYLOS GRAU, A., «La jurisprudencia del Tribunal constitucional en materia de huelga en servicios esenciales», en VV.AA. (Baylos, A., Cabeza, J., Cruz, J., Valdés, F. Coords.), *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999-2010. Libro Homenaje a María Emilia Casas*, La Ley, Wolters Kluwer / Grupo Santander, Madrid, 2015, pp. 655 ss.
- «La constante depreciación del derecho de huelga en los servicios esenciales: Un breve comentario a la STC 2/2022, de 24 de enero», *Revista de Derecho Social* n.º 97 (2022), pp. 131-143.

79. LÍMITES A LA CONVOCATORIA DE HUELGAS SIMULTÁNEAS EN UNA MISMA EMPRESA

Comentario a la STC 130/2021, de 21 de junio de 2021 (*BOE* de 31
de julio de 2021)

MARÍA PILAR CALLAU DALMAU

Profesora permanente laboral de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Zaragoza. ORCID: 0000-0002-3953-4929

Palabras clave: Tutela judicial, huelga, libertad sindical, comité de huelga.

1. ANTECEDENTES

Tras la constitución en enero de 2016 de la mesa negociadora del convenio colectivo de Ferrovial Servicios, S.A., para el personal de restauración y atención a bordo de los trenes de Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles (RENFE), y actuando por la parte social el comité intercentros compuesto por siete representantes de Comisiones Obreras (CCOO), tres de la Unión General de Trabajadores (UGT), dos de la Confederación General del Trabajo (CGT) y uno del Sindicato Ferroviario (SF); un año más tarde, debido a la falta de acuerdo y a la comunicación por parte de la empresa a los representantes de los trabajadores de la pérdida y decaimiento del convenio actual mediante carta al efecto remitida a la comisión negociadora del convenio colectivo; los sindicatos CCOO, UGT, CGT, SF y Unión Sindical Obrera (USO) intentaron alcanzar acuerdo ante la comisión paritaria del convenio con el fin de evitar la huelga, sin que la reunión llegara a buen fin, promoviendo por ello, papeleta de media-

ción previa a la huelga ante el Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje (SIMA), resultando sin acuerdo.

Por ello, ese mismo día, y por los motivos reflejados para la mediación conjunta, CCOO con un comité de huelga de 12 miembros y CGT con uno de seis miembros, convocaron huelga en la empresa para los días 26 de febrero de 2017 hasta el 5 de marzo de 2017, notificándose a la Dirección General de Empleo; adheriéndose al día siguiente, los sindicatos UGT con un comité de huelga de once miembros, USO con uno de cinco miembros, y SF-Intersindical con uno de nueve miembros; convocando asimismo huelga para los mismos días y por los mismos motivos, notificándose también a la autoridad laboral.

Ante esa situación, la empresa tras reunirse con todos los comités de huelga e instarles al nombramiento de uno solo, por considerar ilegal que haya cinco comités de huelga, sin que se alcanzara acuerdo en ese extremo, ni tampoco en la determinación de los servicios mínimos, presentó demanda de conflicto colectivo, promoviendo la declaración de ilegalidad de la huelga por irregularidades en su convocatoria y consecuente ejercicio abusivo del derecho de huelga, contra el Sindicato Federal Ferroviario de CGT, Sindicato Federal Ferroviario de UGT, USO, Sección Sindical Estatal de CCOO en Ferrovial servicio de atención a bordo (SAB), y los comités de huelga designados por CCOO, UGT, CGT, SF-Intersindical y USO.

Esta demanda de conflicto colectivo que fue desestimada por la sentencia núm. 115/2017 de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 18 de julio de 2017 [(Rec.134/2017) (ECLI:ES:AN:2017:3027)] al entender sustancialmente que, era lícito que cada sindicato hiciese una convocatoria de huelga, así como la forma en que esa convocatoria se había realizado, pues los sindicatos están legitimados para convocar huelgas de manera diferenciada, sin que se haya probado ni que su conducta sea fraudulenta o abusiva al no apreciarse ilegalidad alguna, ni que los convocantes hubiesen actuado en fraude de ley o de mala fe; fue objeto de recurso de casación por parte de la empresa, estimado por sentencia N.º 328/2019 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (SSTS) de 25 de abril de 2019 [(Rec. 236/2017) (ES:TS:2019:1626)].

En su fallo, la SSTS considera la huelga ilegal por abusiva, al haberse convocado por cinco sindicatos diferentes con el mismo objeto para los mismos días, lo que a su juicio dificulta la negociación por deber hacerse con cinco comités de huelga en lugar de con uno como pretendía la empresa, con base en el apartado 2 del artículo 8 del Real Decreto- ley 17/1977 de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (RDLRT).

De esta manera, se estiman las pretensiones de la empresa ya que, aunque cada sindicato tiene derecho sólo o por separado, a convocar y/o desconvocar la huelga, resulta abusivo pretender que la negociación se lleve a cabo simultáneamente, con los cinco comités de huelga sin minorar el número de componentes que comprenden la comisión negociadora, por resultar, desproporcionado, dado lo dispuesto en el artículo 5 del RDLRT al respecto y en el apartado 1 del artículo 87 LET sobre la composición de la comisión negociadora de los convenios de empresa.

Frente a esta sentencia, la formulación de incidente de nulidad de actuaciones presentado por la CGT alegando vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho de libertad sindical, fue desestimado por auto de la SSTS de 20 de noviembre de 2019, por considerar que se pretende un nuevo examen de cuestiones ya resueltas; insistiéndose en el auto que, la huelga convocada declarada ilegal, lo es no por fraudulenta, sino por abusiva, al intentar imponer una comisión negociadora que dificultaba obtener acuerdos y conseguir el objetivo perseguido.

Finalmente, contra el auto de la SSTS de 20 de noviembre de 2019, que confirma la sentencia de la SSTS de 25 de abril de 2019, la representación de la CGT, el 10 de febrero de 2020 interpuso demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional (TC).

2. CUESTIONES PLANTEADAS

En el recurso de amparo presentado por el sindicato CGT, la cuestión que se plantea es si la empresa Ferrovial Servicios, S.A. puede requerir a los cinco sindicatos convocantes CCOO, UGT, CGT, SF-Intersindical y USO, nombrar un solo comité de huelga formado por representantes de los cinco comités y si la negativa de los mismos a hacerlo puede conllevar la calificación de la huelga como ilegal por abusiva al impedir el desarrollo de una negociación que podría facilitar un acuerdo sobre su final.

Mientras que la empresa aduce que el ser el objeto y los motivos de las cinco convocatorias de huelga los mismos, supone un único proceso de huelga aun habiéndose constituido cinco comités diferentes con un total de cuarenta y tres miembros en lugar de los doce que como máximo debe tener un comité de huelga, y constituye por tanto un grave impedimento para la negociación; el sindicato recurrente en amparo ante el TC entiende que no existe amparo normativo alguno para exigir la constitución de un único comité negociador y que, si cada sindicato puede convocar huelga con el mismo objeto y en las mismas

fechas, la constitución de un comité de huelga único reduce la capacidad de negociación de los sindicatos convocantes.

Así, en la cuestión planteada por el sindicato CGT se denuncia que, con la interpretación de la SSTS se vulneran los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva contemplada en el artículo 24 CE respecto del ejercicio de los derechos fundamentales de libertad sindical y de huelga amparados por el artículo 28 CE, en conexión con los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad. Ello, en su vertiente de acceso a los tribunales por la restricción del derecho de huelga que realiza la SSTS, que hace una interpretación limitadora del derecho sin que dicha limitación aparezca en la norma.

También se denuncia la vulneración de los artículos 7 y 28 CE y de los derechos fundamentales a la actividad sindical, en concreto, del derecho a la libertad sindical en su 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. Considera el sindicato recurrente que, si la convocatoria de huelga se realiza por distintas organizaciones sindicales, deben ser estas las que mantengan su capacidad negociadora, de desconvocar dicho ejercicio del derecho, de llegar a acuerdo parcial o total en el seno de la misma o incluso por meros criterios de oportunidad. En esta línea, el sindicato CGT afirma que la limitación de doce personas para la composición del comité de huelga contemplada en el artículo 5 del RDLRT en relación con el apartado 1 del artículo 87 LET, no hace referencia alguna a una pluralidad de convocatorias de huelga con distintos convocantes.

El sindicato alude también que, a su juicio, la sentencia recurrida es arbitraria y ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva por haberse realizado una presunción de que la huelga con cinco comités de huelga diferentes y un total de cuarenta y tres miembros, impediría llegar a acuerdo, y que, además, supuestamente debió realizarse con tal intención. Defiende que no cabe apreciar el abuso de derecho en quien actúa dentro de las previsiones legales, haciendo uso de los mecanismos para hacer valer su derecho, pues de lo contrario se establece un límite a las organizaciones sindicales convocantes de una huelga en las mismas fechas y por los mismos motivos, al obligar, sin amparo normativo alguno, a la toma de decisiones de forma mancomunada en todos ellos. Por ello, la declaración de ilegalidad de la huelga por abusividad requiere establecer un abuso de derecho por parte de los sindicatos convocantes, no establecer una presunción de que el abuso se ha producido por existir varios comités de huelga.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

En lo relativo a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva aducida por el sindicato recurrente, el TC aclara que esa tutela implica tal como se contempla en el FJ 3 de la STC 141/2020, de 19 de octubre (*BOE* de 20 de noviembre de 2020), «la exigencia de que los órganos judiciales, al interpretar los requisitos procesales legalmente previstos, tengan presente la ratio de la norma, con el fin de evitar que los meros formalismos o entendimientos no razonables de ella impidan un enjuiciamiento de fondo del asunto, vulnerando las exigencias del principio de proporcionalidad (SSTC 112/2019, de 3 de octubre, FJ 4; 80/2020, de 15 de julio, FJ 3, y 89/2020, de 20 de julio, FJ 3), por lo que no ha habido ninguna resolución que haya impedido la obtención de una respuesta judicial sobre el fondo de los derechos e intereses sometidos a tutela». Lo que ha sucedido es que la SSTS ha dictado un pronunciamiento de fondo contrario a las propuestas del sindicato recurrente, pero esto no es contrario al derecho a la tutela judicial efectiva.

En cuanto a la pertinencia de la constitución de un único comité negociador, de si la constitución de un comité de huelga único reduce la capacidad de negociación de los sindicatos convocantes, y que, si cada sindicato puede convocar huelga con el mismo objeto y en las mismas fechas, en el FJ 16 de la STC 11/1981 de 8 de abril (*BOE* de 25 de abril de 1981), ya se señaló que «la limitación numérica es un criterio sensato en la medida que los comités demasiado amplios dificultan los acuerdos». Así, el TC señala que la petición de la empresa se encuentra avalada, ya que la creación de un comité formado por representantes de los distintos comités, previsto en el artículo 8.2 del RDLRT, responde a esta idea, resultando significativo, a este respecto, que un órgano con similar función a la del comité de huelga, como es la comisión negociadora del convenio colectivo, encuentre idéntica limitación numérica en orden a garantizar su eficacia (art. 88.4 LET).

En este sentido, el TC comparte la calificación adoptada por la SSTS de la huelga como abusiva, tras la postura adoptada por los cinco comités de huelga nombrados por las centrales sindicales convocantes, «al mantener que, como existían cinco convocatorias de huelga cinco debían ser los comités de huelga, se olvidaba que las cinco convocatorias de huelga encubrían realmente una sola convocatoria por tener el mismo objeto y coincidir los paros con los mismos días en todas las convocatorias, así como que esa unidad de acción, tácitamente reconocida, implicaba una perturbación de la negociación contraria a los principios que la debían regir».

Por lo que se refiere a las alegaciones del sindicato recurrente acerca del razonamiento ilógico o arbitrario de la sentencia de la SSTS, el TC recuerda que, según reiterada doctrina recogida, entre otras, en el FJ5 de la STC 308/2006, de 23 de octubre (*BOE* de 28 de noviembre de 2006) «el derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado en el artículo 24.1 CE, comprende el derecho de los litigantes a obtener de los jueces y tribunales una resolución motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en el proceso que, no obstante, puede ser también de inadmisión si concurre causa legal para ello y así se aprecia razonadamente por el órgano judicial» [SSTC 63/1999, de 26 de abril (*BOE* de 1 de junio de 1999), FJ 2; 206/1999, de 8 de noviembre (*BOE* de 16 de diciembre de 1999), FJ 4, entre otras].

En suma, el artículo 24 CE impone a los órganos judiciales no solo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones deducidas, sino que, además, esta ha de tener contenido jurídico y no resultar arbitraria. Por ello, aplicando la doctrina constitucional expuesta, el TC concluye que la argumentación de las resoluciones recurridas no es arbitraria ni irracional sino una de las interpretaciones posibles en aras a facilitar la negociación para llegar a un acuerdo que ponga fin a la huelga.

4. CONCLUSIÓN

Hechas estas apreciaciones, el TC desestima el recurso en su integridad al considerar que, la actuación de los cinco comités de huelga convocando varias huelgas en una misma empresa por distintos sindicatos para los mismos días y con los mismos objetivos, negándose a constituir una única comisión negociadora y obligando al empresario a negociar con todos los comités, aboca a calificar la huelga de ilícita por abusiva, al ser contraria al espíritu que informa la ley.

**80. ESQUIROLAJE EMPRESARIAL Y DERECHO DE HUELGA:
LÍMITES AL PODER DE DIRECCIÓN EN LA EMPRESA**
**Comentario a la STC 17/2017, de 2 de febrero de 2017 (BOE de 10
de marzo de 2017)**

MARGARITA ISABEL RAMOS QUINTANA
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de La Laguna. ORCID: 0000-0002-2704-6565

Palabras clave: derecho de huelga, esquirolaje, poder de dirección.

1. ANTECEDENTES

El derecho de huelga puede ser considerado como un derecho de resistencia, mediante el cual se atribuye a los trabajadores y trabajadoras el poder de oponerse a una medida empresarial considerada injusta o reivindicar mejores condiciones laborales y supone el ejercicio de una acción colectiva. Básicamente, la acción colectiva consiste en cesar temporalmente la prestación de trabajo; no obstante, de forma más evolucionada, la huelga exhibe igualmente una fuerte capacidad para llevar a cabo perturbaciones en el proceso de producción sin necesidad de cesar totalmente la producción. Esta doble vertiente de la manifestación de la huelga conduce en nuestro ordenamiento jurídico a efectuar una distinción ya clásica: a) huelgas ilegales, aquellas que bajo ciertas condiciones se apartan de los cauces normativos establecidos para su regulación (art. 11 Real Decreto Ley 17/1977 de 4 de marzo de 1977, de relaciones de trabajo), b) huelgas «abusivas», aquella en las que más que plantear una

acción de paralización de la actividad se manifiestan alterando y perturbando el habitual proceso de producción (art. 7).

La huelga es ante todo un derecho fundamental laboral (Ramos Quintana, 2027, 572) cuya titularidad corresponde a las representaciones de los trabajadores (titularidad colectiva) y los trabajadores propiamente dichos (titularidad individual) habiendo quedado consagrado en el artículo 28.2 de la Constitución española como un derecho instrumental: «para la defensa de sus intereses». Así pues, concebido como un derecho de privilegiada configuración constitucional y con instrumentos de tutela de máximo nivel (art. 53.2 CE) no resulta coincidente con la otra categoría constitucional de particular semejanza. Tal es la contemplada en el artículo 37.2 CE que engloba la adopción «de medidas de conflicto colectivo», cuya delimitación queda expresada como un «derecho» que asiste tanto a los trabajadores como a los empresarios en defensa de sus respectivos intereses con carácter de «derecho cívico». Ha sido en esta última categoría donde el Tribunal Constitucional tempranamente situó el denominado cierre patronal o *lock out* cuya naturaleza no puede ser otra que la propiamente «defensiva», a fin de preservar los correctos equilibrios de intereses confrontados frente al ejercicio del derecho de huelga, considerado como derecho situado en un plano de superior categoría y protección constitucional (STC 11/1981). No es menos cierto que ha habido debates de naturaleza menos rigurosa que han buscado difuminar ciertas diferencias entre los derechos -en general- que se incluyen en el Cap. II de la CE pretendiendo encontrar bases para justificar una cierta uniformidad entre ellos, como ha sido destacado (Casas Baamonde, 1994, 5). Algo que el TC ha rechazado por entender que «los límites de los derechos fundamentales (han) de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos» (STC 159/1986, FJ 6) y en lo que se refiere a su posible parangón con el derecho de libertad de empresa (art. 38) también ha precisado esta jurisprudencia que «el derecho de los huelguistas es un derecho de incumplir transitoriamente el contrato, pero es también un derecho a limitar la libertad del empresario» (STC 11/1981, FJ 10).

En fin, la huelga supone la medida por excelencia de autotutela colectiva para conseguir mejoras en las condiciones de trabajo o para evitar el deterioro de las mismas y lo puede ser, asimismo, para presionar en un momento dado del desarrollo de la negociación colectiva, siendo cada uno de esos escenarios motivo de tratamiento jurídico similar o diverso, según distintos modelos de huelga y correspondiente marco regulatorio. Evidentemente, la huelga ha sido y continúa siendo utilizada como medida de reacción política de la clase trabajadora frente a decisiones de los gobiernos afectantes a condiciones de vida, de

trabajo y de protección social (cuya conexión con las relaciones de trabajo es lo que les otorga en nuestro país validez y licitud, como dejó establecido la conocida y tantas veces comentada STC 11/1981).

Es indispensable advertir el modo en que la irrupción tecnológica en los sistemas de producción ha venido produciendo cambios en las estrategias sindicales y en los medios y manifestación de la autotutela colectiva, particularmente en las distintas formas de expresión del comportamiento huelguístico. Las innovaciones tecnológicas y digitales han permitido que –y continúan haciéndolo– ante la convocatoria de huelgas con paralización y/o perturbación del proceso productivo se hayan efectuado por parte de algunas empresas intentos de cobertura de la producción por medio de la suplantación del trabajo humano recurriendo a elementos tecnológicos con el fin de reducir y sofocar los efectos de la huelga: ya sea con la paralización total de la actividad o con realización de la misma, pero de forma anómala frente a la habitual organización del trabajo y la producción.

2. CUESTIONES PLANTEADAS

En el caso que aborda la STC 17/2017 se interpuso recurso de amparo frente a decisiones judiciales que analizaban el alcance de una huelga promovida en el sector de la Radio Televisión pública con paralización de la actividad como fórmula escogida por sus convocantes. Lo cierto es que el ente público llegó a desplegar parcialmente actividad de emisión para los televidentes el día de la convocatoria de la huelga: logró, curiosamente, emitir un partido de fútbol de la *Champions League*. Ciertamente es que no hubo informativos, ni emisión de programas pregrabados etc. La excepción a la «inactividad» promovida por causa de la huelga la constituyó la «recuperación de la actividad» en un momento dado del día, apareciendo en pantalla el partido de fútbol de la *Champions*. Un asunto que, al parecer, no podía dejar de ser atendido por el ente público, por más que hubiese sido convocada una huelga ese día, dando prevalencia de ese modo al reclamo de consumidores de fútbol frente a la atención al conflicto laboral.

Con independencia del agotamiento de las instancias judiciales ordinarias en el caso de autos, realizado por una organización sindical denunciando el comportamiento empresarial durante la huelga, el recurso de amparo ante el TC pudo prosperar debido a su especial trascendencia constitucional. Y ciertamente lo era el hecho de que la sustitución del personal en huelga la realizara la empresa mediante un proceso de suplantación de la actividad humana por medios técnicos y

tecnológicos y, cierto es, gracias a la colaboración de algunos trabajadores que no se sumaron a la misma y que, debido a su propia «dosis» de participación en la aplicación de tecnologías sustitutivas de la mano de obra, se erigieron en artífices de la producción audiovisual en el lapso de tiempo que va desde el comienzo de un partido de fútbol hasta su finalización (una hora y cuarenta y cinco minutos).

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El epicentro de esta sentencia del Tribunal Constitucional lo constituye la demanda de amparo sustentada en supuesta actuación de esquirolaje por parte de la empresa (art. 6.5 RDL 17/1977) y consiguiente vulneración del derecho fundamental de huelga. Frente a esta prohibición legal de esquirolaje, que armoniza con la prevalencia del derecho fundamental, el TC tempranamente estableció que las actuaciones derivadas de la libertad de empresa no pueden menoscabar ni «dejar sin efecto» la eficacia de una huelga previamente convocada, como tampoco han de afectar a su «contenido esencial» (señaladamente, en la STC 123/1992, FJ 3). Se construye así un sistema de entendimiento en clave constitucional que llevará más tarde a indicar que, debido a su configuración constitucional, el derecho de huelga goza además de una singular preeminencia por su más intensa protección: en suma, la huelga ha de ser eficaz en su ejecución a fin de garantizar la efectividad de tal derecho (Escribano Gutiérrez, 2023, p. 4). Quedaba delimitada así, entre otras manifestaciones de similar contenido vertidas en sentencias afectantes a este mismo tema (STC 33/2011, sustitución de huelguistas por personal directivo), la prohibición de *esquirolaje interno*: constituido por prácticas empresariales consistentes en sustituir a los huelguistas por trabajadores de la plantilla que no se unen a la huelga, aun cuando para ello sean precisas medidas de movilidad o de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo. Una práctica empresarial que pretendía así enfrentar la prohibición clásica de esquirolaje, entendida al modo en que lo hace el RDL 17/1977, esto es, «sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa» (art. 6.5).

Por lo que se refiere al denominado *esquirolaje tecnológico*, así calificado porque el mantenimiento de la actividad productiva durante la huelga se lleva a cabo con medios tecnológicos que sustituyen la actividad humana, ha tenido en la jurisprudencia del TC iguales resistencias: aun en relación con el mantenimiento de servicios esenciales para la comunidad, sobre la sustitución de huelguistas utilizando herramientas tecnológicas, esta jurisprudencia ha entendido que la conducta empresarial no puede hacer «impracticable» el dere-

cho de huelga, ni «obstruirlo más allá de lo razonable» o «despojarlo de la necesaria protección» (SSTC 183, 184, 191, 194/2006). Profundos cambios sobrevenidos con posterioridad en la perspectiva de interpretación del alcance de los derechos fundamentales en el trabajo, llevaría años más tarde al TC a mostrar una argumentación jurídica muy diferente en relación con la dimensión de derecho fundamental de huelga y el ejercicio de los poderes empresariales en las relaciones de trabajo ante prácticas susceptibles de ser calificadas como esquirolaje interno o tecnológico (Grau Pineda, 2021, 35).

Significativa a este respecto fue la STC 17/2017 aquí objeto de comentario. Una vez más es el sector audiovisual el protagonista de una huelga en la cual se propone la paralización de la actividad productiva por el sujeto convocante reaccionando la empresa con la ejecución de dos actuaciones diferenciadas: a) recurre a un departamento distinto del habitual para lograr la retransmisión de un partido de fútbol el día de la huelga permitiendo la intervención de un trabajador que realiza una tarea técnica/tecnológica puntualmente ese día de forma excepcional; b) para lograr la difusión pública del evento deportivo se activan medios técnicos diferentes a los que venían siendo utilizados habitualmente, puesto que estos últimos habían quedado inutilizados por efecto de la huelga. Realmente, el esquirolaje practicado tuvo una doble vertiente: interna (al movilizar personal que normalmente no realizaba las tareas asignadas) y tecnológica (suplantando la actividad humana por un dispositivo tecnológico).

En la fundamentación argumentativa de esta STC lo que pudo haber sido considerado como sustitución de huelguistas por trabajadores de la plantilla no partícipes de la huelga (habitualmente no realizaban tales tareas), esto es, como esquirolaje interno propiamente dicho, pasa a ser comprendido como actos enmarcables dentro del poder de dirección empresarial, que lleva a asignar a los trabajadores tareas específicas en virtud de una determinada organización del trabajo. Y la vertiente tecnológica de sustitución de la actividad humana es objeto de valoración bajo los mismos derroteros interpretativos. Todo ello en una línea argumental que de forma evidente se inserta en el discurso de la paridad de armas (*Kampfparität*) entre ambas partes del conflicto en las relaciones de trabajo (algo proscrito y alejado de nuestro modelo constitucional desde la STC 11/1981).

4. CONCLUSIONES

La fundamentación jurídica desciende al plano de la legalidad ordinaria y se aleja del análisis constitucional y del buen uso de la precedente jurisprudencia.

dencia establecida por dicho Tribunal en relación con el esquirolaje interno. Incluso, se recurre a dicha jurisprudencia, si bien haciendo un uso *selectivo* de la misma –con claras omisiones a parte de sus contenidos– y orientado esencialmente a la finalidad de otorgar legitimidad al comportamiento empresarial durante la huelga.

El hilo argumentativo central discurre igualmente en territorios propios de la legalidad ordinaria cuando se extiende en equiparar el igual derecho que asiste a los huelguistas de detener la producción como el de los no huelguistas de trabajar. O sea, en los territorios en los que un derecho cívico (el derecho al trabajo, art. 35.1 CE) se sitúa en línea de confrontación con un derecho fundamental para imponerle límites, logrando que la libertad de trabajo reúna el potencial de erigirse en un arma a disposición de la empresa (González Ortega, 2018, 29).

5. BIBLIOGRAFÍA

- CASAS BAAMONDE, María Emilia, «Derecho del huelga y Constitución: ¿Nuevas perspectivas?», *Relaciones Laborales, Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 1994.
- ESCRIBANO GUTIÉRREZ, Juan, «Derecho de huelga y libertad de empresa en el actual contexto social, económico y tecnológico: líneas de tendencia jurisprudencial» en AAVV, *XL Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Junta de Andalucía, 2023.
- GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, «El derecho de huelga: un derecho fundamental acorralado», *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, número 418, 2018
- GRAU PINEDA, María del Carmen, *Los difusos contornos de la prohibición de esquirolaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021
- RAMOS QUINTANA, Margarita Isabel, «La huelga como derecho fundamental» en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, y CABERO MORÁN, Enrique, *Sindicalismo y democracia, El Derecho Sindical del profesor Manuel Carlos Palomeque López treinta años después (1986-2016)*, Comares, Granada, 2017.

81. LA CONTROVERTIDA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR LA ACTUACIÓN DE PIQUETES COACTIVOS DE HUELGA

Comentario a la STC 69/2016 de 14 de abril de 2016 (BOE de 20 de mayo de 2016)

ALBERTO ARUFE VARELA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña
ORCID: 0000-0002-1954-9971

Palabras clave: Daños y perjuicios, derecho de huelga, piquetes coactivos, piquetes informativos, responsabilidad civil extracontractual

1. ANTECEDENTES

El dueño de un *pub* de Albacete, arrasado tras la irrupción en él de un piquete masivo, intimidatorio y violento, que le había conminado a cerrar con ocasión de la jornada de huelga general habida en España el 29 de septiembre de 2010, demandó ante un Juzgado de Primera Instancia de la ciudad, exigiendo al sindicalista que lideraba dicho piquete con un megáfono, en concepto de reparación de daños y perjuicios civiles extracontractuales, una indemnización. Por Sentencia de 18 enero 2013, dicho Juzgado de Primera Instancia condenó al líder citado a indemnizar al dueño del *pub*, pagándole la cantidad de 816,82 euros más los intereses legales. Esta Sentencia de instancia fue directamente recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional, tras diversas incidencias procesales (por ejemplo, la relativa a que el lí-

der en cuestión achacaba falta de imparcialidad al Juez de Primera Instancia). El recurso de amparo fue admitido a trámite por el Tribunal Constitucional, aunque el debate y el fallo del asunto se remitió al pleno del propio Tribunal, evidenciándose así que en el asunto debatido lo importante no era el huevo (esto es, la pequeña cantidad recién citada, evocadora más bien de un huevo de codorniz), sino rotundamente el fuero, al estar en juego la interpretación que debía merecer el artículo 28, apartado 2, de la Constitución, regulador del ejercicio del derecho fundamental de huelga. Este recurso de amparo fue resuelto por la Sentencia del Tribunal Constitucional que aquí se comenta, aunque controvertidamente, pues frente a la opinión de la mayoría de ocho magistrados de dicho Tribunal (actuó como ponente el Presidente del propio Tribunal), otros tres magistrados disintieron de dicho fallo mayoritario, redactando dos votos particulares (uno de los cuales fue suscrito por dos magistrados).

2. CUESTIONES PLANTEADAS

En esencia, lo que se planteó al Tribunal Constitucional fue si la actuación del piquete masivo, intimidatorio y violento, liderado por el sindicalista civilmente condenado por un Juzgado de Primera Instancia, quedaba o no amparado por el tenor del apartado 2 del artículo 28 de la Constitución, de manera que, si estuviese amparado, habría que revocar la Sentencia recurrida en amparo, lo que no sucedería en caso contrario.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

La opinión de la mayoría del Tribunal Constitucional rechazó otorgar al sindicalista recurrente el amparo que pretendía, al no haber violado la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia el tenor del apartado 2 del artículo 28 de la Constitución, aunque discordó de dicha Sentencia en lo tocante a la cuantía de la indemnización que la Sentencia recurrida había otorgado al dueño del *pub* arrasado, rebajándola a solo 561 euros. La opinión de la mayoría reconoce que su fallo tiene carácter transaccional, pretendiendo colocarse en un justo medio, supuestamente virtuoso, ubicado entre las tesis defendidas por los dos votos particulares. Uno de estos votos particulares defendía la imposibilidad jurídica de rebajar la magra cuantía indemnizatoria reconocida al dueño del *pub* arrasado, al resultar aquí aplicable la juris-

prudencia civil relativa a la exigencia de responsabilidad extracontractual en caso de daño causado por miembro indeterminado de un grupo. En el extremo contrario se situaba el voto particular suscrito por dos magistrados, según el cual debía haberse otorgado el amparo solicitado por el líder sindical recurrente, de un lado, por tratarse de un piquete informativo que actuaba, eso sí, en lo que denominaba una zona gris del ejercicio del derecho de huelga; y de otro lado, porque las condenas civiles extracontractuales a piquetes disuadían el ejercicio de un derecho fundamental en sentido estricto, como es el derecho de huelga. En mi opinión, aun reconociendo que el ejercicio del derecho de huelga se presta a acalorados debates de carácter político (lo subrayó, en su día, nuestro homenajeado de hoy en su tesis doctoral [García Blasco, 1983, XII]), esta Sentencia del Tribunal Constitucional merece ser criticada por razones estrictamente jurídicas, que reconduzco –en lo más esencial– a las dos siguientes.

En primer lugar, la relativa a que tanto la opinión mayoritaria como los dos votos particulares hacen abstracción del manejo de las fuentes jurídicas más apremiantes en materia de piquetes de huelga, las cuales no aparecen mencionadas ni por los unos ni por los otros en ningún lado, teniendo en cuenta que esas fuentes jurídicas impreteribles pueden reconducirse, a su vez, a solo dos. Ante todo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de piquetes de huelga, formalizada en el caso *Laval* de 2007 (Martínez Girón y Arufe Varela, 2023, 236), según la cual el Derecho originario de la Unión Europea impone restricciones a la libre actuación de los piquetes, si se trata de piquetes coercitivos, con independencia de lo que a este respecto establezcan las disposiciones de un concreto Derecho nacional (el Derecho sueco, en dicho caso), resultando ocioso recordar que esta jurisprudencia está cubierta por el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea sobre los concretos Derechos nacionales de los Estados miembros. Y esto despejado, el hecho de que se hiciese abstracción (repito, por unos y por otros) de la doctrina del Comité de Libertad Sindical de la OIT en materia de piquetes, según la cual la exigencia de que el piquete se realice cerca de la empresa donde los trabajadores hacen legalmente la huelga (pero no lejos, y en completa desconexión con ella) no viola en absoluto los Convenios de la OIT reguladores de la negociación colectiva y la libertad sindical (ambos, ocioso es decirlo, ratificados por España).

En mi opinión, sobre la base de que la fundamental Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 11/1981 no pudo resistirse a dejar de traer a colación argumentos de Derecho comparado del Trabajo (el magistrado y maestro que la redactó era, como es sabido, un gran experto en Derecho comparado, exten-

diendo su sabiduría al Derecho alemán), también resulta imperdonable que ni la opinión mayoritaria ni los votos particulares hiciesen alusión al Derecho comparado del Trabajo más significativo en materia de piquetes de huelga, que es, por razones históricas, así como de cantidad y calidad de los casos enjuiciados sobre dicho tema, como yo tuve ocasión de poner de relieve en su día (Arufe Varela, 2016, 108), el Derecho norteamericano del Trabajo (el primer artículo doctrinal sobre el tema se publicó en una prestigiosa revista jurídica norteamericana en 1896, cuando no sólo en España, sino también en toda Europa, sobre el tema de los piquetes de huelga no se había escrito con altura de miras jurídica absolutamente nada de nada). Este olvido impidió hacer nuestros los hallazgos de la jurisprudencia norteamericana más autorizada, no sólo en lo tocante al título jurídico que permite exigir a los piquetes daños y perjuicios civiles extracontractuales, sino también en lo tocante a que los piquetes masivos, intimidatorios y violentos deben considerarse *per se* dañosos e ilegítimos. Es cierto que todo esto se hubiese evitado si el dueño del *pub*, abdicando de su libertad de empresa (por cierto, protegida por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que tiene el mismo valor jurídico que los Tratados), hubiese hecho caso a la policía nacional, la cual le aconsejaba –al efecto de evitar daños mayores, absolutamente previsibles– su empresa y «solidarizarse» con la huelga en cuestión, aunque esta prudente actitud de nuestra policía resultaría inadmisibile e injustificable en los Estados Unidos.

4. CONCLUSIONES

Lo único salvable de esta Sentencia del Tribunal Constitucional es el solitario voto particular suscrito frente a la opinión mayoritaria por una magistrada y catedrática de Derecho Civil, que no se dejó torcer el brazo ante el pulso que le echaban otros dos colegas magistrados, cuya pretensión era la de enjuiciar el supuesto de hecho aplicando criterios ideológicos, pero no jurídicos. La opinión mayoritaria sí cedió ante el pulso que le echaban esos dos magistrados discrepantes, lo que reconoció afirmando que el fallo por ella defendido tenía un carácter transaccional. Consecuentemente, la doctrina de esta Sentencia es jurisprudencia para olvidar, que debería revocarse en el futuro, en línea con el Derecho más razonable y más templado, internacional y nacional, del mundo a que pertenecemos.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ARUFE VARELA, A., «La exigencia de responsabilidad civil extracontractual a los piquetes de huelga. Un estudio de Derecho comunitario europeo, internacional y comparado con el Derecho español», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 191, 2016.
- GARCÍA BLASCO, J., *El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos*, Barcelona, Bosch, 1983.
- MARTÍNEZ GIRÓN, J., y ARUFE VARELA, A., *Fundamentos de Derecho comparado del Trabajo y de la Seguridad Social*, 3.^a ed., Barcelona, Atelier, 2023.

**82. LA POSIBILIDAD DEL EJERCICIO DEL DERECHO
DE HUELGA DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS
NO HUELGUISTAS: INCONCRECIÓN TEMPORAL NECESITADA
DE PROTECCIÓN**

Comentario a la STC 45/2016, de 14 de marzo (BOE de 22 de abril de 2016)

FRANCISCO JAVIER HIERRO HIERRO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Extremadura. ORCID: 0000-0002-5395-0224

Palabras clave: Derecho de huelga, servicios mínimos, motivación de las resoluciones administrativas

1. ANTECEDENTES

Los antecedentes de hecho cuestionados en el presente recurso de amparo constitucional son, sucintamente dada la obra que acoge esta colaboración, los siguientes:

– La trabajadora es personal estatutario del Sistema Nacional de Salud, en su vertiente autonómica.

– Con ocasión de la huelga convocada por el personal sanitario de las instituciones del Servicio de Salud autonómico (durante doce días en jornadas de veinticuatro horas), la Consejería del ramo dicta resolución estableciendo los servicios mínimos precisos para garantizar el mantenimiento de los servicios públicos esenciales de la comunidad. En la unidad de referencia de nuestra trabajadora estos servicios mínimos se concretan en la presencia de un fa-

cultativo en turno de mañana. Por el hospital, a su vez, se designa a la demandante de amparo para cubrir estos servicios mínimos durante dos días (del total de 12 que responden a la convocatoria de huelga).

– Conforme a los cauces administrativos oportunos la trabajadora pone de manifiesto su deseo de ejercer su derecho fundamental a la huelga en el supuesto de que los servicios mínimos pudieran ser cubiertos por personal que decidiera no hacer huelga. Peticiones no atendidas por cuanto se impide la observancia de los servicios mínimos.

– En los días señalados y que afectan a la demandante la unidad está atendida por 2 y 4 facultativos, respectivamente. Cómputo en el que se encuentra la trabajadora demandante.

– En amparo alega la recurrente que las resoluciones administrativas desestimatorias de sus pretensiones resultan lesivas de su derecho de huelga reconocido en el artículo 28.2 CE, siendo la cuestión nuclear dilucidar si un trabajador designado como servicio mínimo puede ser liberado de tal condición cuando, llegado el día de la huelga, se comprueba que el número de facultativos de su servicio que han decidido no secundar la huelga es mayor que el fijado como mínimos a efectos de cubrir los servicios esenciales.

– La Letrada autonómica solicita la desestimación del recurso, entendiéndose acordes a derecho las resoluciones impugnadas. Su fundamentación estriba en el caos en la prestación de los servicios mínimos que supondría el haber dado una respuesta positiva a la demanda de la trabajadora, en tanto el Servicio de Salud autonómico cuenta con un elevado número de personal.

– El Ministerio Fiscal interesa, por su parte, el otorgamiento del amparo solicitado, en tanto que la negativa a la sustitución cuestionada, restrictiva de un derecho fundamental, requiere una motivación sustancial. Concluye el Fiscal que la propuesta alternativa es una medida que no necesariamente perturba la prestación de los servicios mínimos y comporta un criterio que salvaguarda el derecho invocado. Afirmar que la medida adoptada es restrictiva del derecho de huelga, apareciendo desproporcionada por no justificada, careciendo, en fin, de una ponderación adecuada.

2. CUESTIÓN O CUESTIONES PLANTEADAS

Cabe señalar, en primer lugar, que la transcendencia constitucional de este recurso de amparo se sustenta (Pérez Tremps, 2018, p. 265), en términos del propio Tribunal, «en la necesidad de emitir un pronunciamiento sobre una particular cuestión que afecta al derecho fundamental de huelga reconocido en el artículo 28.2 CE y que no ha tenido ocasión de abordar con anterioridad este

Tribunal. En concreto, la problemática ahora suscitada alude a la posibilidad de ser relevada una determinada empleada pública, [...], de su condición de designada para la prestación de servicios mínimos en una actividad pública de interés esencial para la comunidad (servicio sanitario), cuando aquélla ha expresado su intención de ejercitar el derecho de huelga en el día de asignación, para el caso de que, llegada esa fecha, que, en el caso de autos eran las siguientes a las de la puesta de manifiesto de aquella decisión, sea relevada de tal prestación por haber concurrido a su puesto de trabajo otros profesionales sanitarios, compañeros suyos en el área asistencial, que no han secundado la huelga».

Esto es, y aquí reside la cuestión novedosa, la pretensión de la trabajadora de ser relevada de su condición de designada para la prestación de servicios mínimos no se realiza como una solicitud de sustitución *a priori*, sino como una reasignación posterior. Iniciada la jornada de huelga, comprobado que los servicios mínimos fijados se encuentran garantizados por la presencia de otro personal de igual categoría que ha decidido no secundar la jornada de huelga y habiendo expresado su voluntad de ejercitar el derecho de huelga, la demandante solicita que se reconozca su ejercicio al derecho fundamental y se le exonere de la prestación de los servicios mínimos.

Se cuestiona, en fin, si la desestimación de tal petición y la argumentación esgrimida en las resoluciones administrativas denegatorias del ejercicio del derecho de huelga se adecúan a derecho.

En otro orden de cosas, y en tanto que se ha producido un desarrollo judicial posterior sobre el particular, también se muestra el desacuerdo con la argumentación esgrimida por las sentencias judiciales contencioso-administrativas que deniegan la razón a la demandante, confirmando que las resoluciones administrativas cuestionadas son acordes a derecho. Sin embargo, tales discrepancias quedan fuera del debate constitucional ya que a estos pronunciamientos no se les imputa ninguna lesión autónoma de derechos fundamentales.

El objeto de la impugnación se ciñe, en definitiva, a las referidas resoluciones administrativas por vulneración del derecho a la huelga.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

Recordando su doctrina sobre el derecho de huelga, el Tribunal Constitucional señala, de modo sumario:

– El establecimiento de la garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales constituye una limitación expresa al derecho a la huelga, habiéndose afirmado que «[e]l derecho de la comunidad a estas prestaciones vita-

les es prioritario respecto del derecho a la huelga» (SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 18; 53/1986, de 5 de mayo, FJ 3, y 43/1990, de 15 de marzo, FJ 5).

– La principal técnica para garantizar el mantenimiento de los servicios esenciales es la de la fijación de los servicios mínimos.

– Los servicios mínimos han de ser fijados por la autoridad gubernativa, haciéndose imprescindible «ponderar las concretas circunstancias concurrentes en la huelga, así como las necesidades del servicio y la naturaleza de los derechos o bienes constitucionalmente protegidos sobre los que aquélla repercute, de modo que exista una razonable proporción entre los sacrificios impuestos a los huelguistas y los que padezcan los usuarios de los servicios esenciales» (STC 148/1993, de 29 de abril, FJ 5).

– Las medidas restrictivas de un derecho constitucional requieren de la oportuna motivación, debiendo explicitar, al menos sucintamente, los factores o criterios seguidos para fijar tales servicios, «siendo insuficientes a este propósito las 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 la proporcionalidad de la restricción que al ejercicio del derecho de huelga se impone» (STC 193/2006, de 19 de junio, FJ 2).

– Fijados los servicios mínimos por la autoridad gubernativa, es posible su concreción por los cauces de la autonomía colectiva o delegación a los órganos de dirección y gestión de la entidad afectada (SSTC 27/1989, de 3 de febrero, FJ 3; 53/1986, de 5 de mayo, FJ 5; y 296/2006, de 11 de octubre, FJ 4).

– La designación de las personas encargadas de dar cumplimiento a los servicios mínimos ha de realizarse con carácter previo al comienzo de las jornadas de huelga, a fin de asegurar que, durante el desarrollo de éstas, exista un número de trabajadores suficientes que puedan llevar a cabo tales servicios (FJ 4).

– El derecho de huelga es un derecho atribuido a los trabajadores *uti singuli*, de modo que «a cada uno de ellos corresponde el derecho de sumarse o no a las huelgas declaradas», decisión sujeta a cambios, pudiéndose adoptar al inicio, durante o ser alternada por la suma a la huelga como su descuelgue en cualquier momento de esta (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 11). No existe, por ende, un momento «determinado previo a la huelga en que necesariamente se adquiera la condición de trabajador «no huelguista», ni tampoco tal condición resultaría inmodificable. Además, ni sobre el trabajador pesa obligación normativa alguna de comunicar al empresario su decisión de adherirse o no a la convocatoria de huelga, ni tampoco sobre la empresa la facultad de indagar a este respecto» (FJ 4).

– Ante la posible interpretación de la solicitud de la demandante como requerimiento para que la sustitución se llevara a cabo antes del inicio de las jornadas de huelga afectadas la denegación de su petición es conforme a dere-

cho, ya por la escasa antelación con que se efectuó la petición, ya porque ante un proceso de jornadas de huelga intermitente de un día en un complejo con un gran número de personas prestando su actividad profesional no concurre ningún medio que permitiese a la dirección de la entidad conocer con carácter previo quiénes no iban a sumarse a la huelga en los días para los que se solicitaba el cambio. Recuérdese que no existe deber normativo de comunicar a la empresa la decisión de adhesión o no a la huelga (FJ 4). Mantiene el Tribunal, que el ámbito de la huelga (sanidad), su alcance (general) y circunstancias temporales, así como la secuencia temporal que medie entre el momento de designación del trabajador para la prestación de los servicios mínimos, el de la presentación de su solicitud de sustitución, el de la decisión denegatoria, y aquél en que haya de prestar los referidos servicios mínimos son elementos atenuantes, flexibilizadores, del rigor requerido a la motivación de los acuerdos de denegación cuestionados.

– Ante la posible interpretación de que la solicitud de la recurrente fuese realizada en el sentido de que la sustitución pretendida se realizara una vez iniciadas las jornadas de huelga y personada al comienzo de éstas, es decir, se hubiere constatado que los servicios mínimos fijados podían ser cubiertos por personal que hubiera decidido no hacer huelga en el mismo día de la jornada de huelga, se llega a la misma conclusión por el máximo intérprete de la Constitución. La condición de «no huelguista» durante toda la jornada de huelga, asevera el Tribunal, sólo puede constatarse una vez finalizada la misma. El ejercicio del derecho de huelga no tiene límite temporal en cuanto a su ejercicio, ya que nada impide que un trabajador no designado para el mantenimiento de servicios esenciales pueda decantarse por desempeñar su trabajo al comienzo de la huelga y, con posterioridad, durante su desarrollo, cambie su criterio y decida sumarse a la misma (FJ 5).

– «El derecho a la huelga de los trabajadores designados para prestar servicios mínimos no sólo puede quedar limitado por la exigencia constitucional de garantizar el mantenimiento de los servicios esenciales, sino que, además, también ha de conciliarse con el respeto al derecho de huelga de los trabajadores no designados y su consiguiente facultad de sumarse a la misma en cualquier momento de su transcurso» (FJ 5).

4. CONCLUSIÓN O CONCLUSIONES

Aunque buena parte de la fundamentación jurídica del Tribunal Constitucional se basa en argumentar la adecuación a derecho de las resoluciones administrativas cuestionadas ante la posibilidad de que la solicitud de sustitución de la recurrente se realizara con carácter previo al inicio de las jornadas de huelga

(empleando para ello la fundamentación seguida en el proceso contencioso administrativo), se participa que es a la segunda de las hipótesis planteadas, esto es, a la reasignación de la trabajadora en el mismo día de la jornada huelguista una vez constatada la presencia de personal facultativo suficiente en número y categoría para dar respuesta a los servicios mínimos fijados y no objeto de debate, y que merecen igual respuesta por la opción anterior, la pretensión clara de la que espera amparo constitucional la trabajadora (Rojo Torrecilla, 2016).

Como se ha indicado, la respuesta del máximo intérprete de la Constitución es unívoca, frente a cualquier hipótesis planteada, con argumentaciones parejas. Respecto de las segundas de las posibilidades expresadas, la protección del derecho de huelga de los no huelguistas lleva al Tribunal a afirmar que la reasignación a esos trabajadores que fueron a prestar voluntariamente sus servicios en la condición de servicios mínimos hubiera significado la vulneración de su derecho constitucional de huelga, ya que a diferencia de aquellos sobre los que sí había recaído la carga de la atención a los servicios mínimos, «sobre estos últimos no recaía en principio obligación alguna de asistir al trabajo para preservar los servicios esenciales y, consiguientemente, contaban con la facultad –que quedaría eliminada– de adherirse a la huelga en cualquier momento de su desarrollo» (Rojo Torrecilla, 2016).

Se entiende que se trata de un argumento válido, en tanto que confluye la confrontación del mismo derecho fundamental para distintos trabajadores.

Sin embargo, quizá, como señala el propio Tribunal, el establecimiento de la garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales constituye una limitación expresa al derecho a la huelga, esto es, «[e]l derecho de la comunidad a estas prestaciones vitales es prioritario respecto del derecho a la huelga» (SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 18; 53/1986, de 5 de mayo, FJ 3, y 43/1990, de 15 de marzo, FJ 5), puestas en entredicho ante la posibilidad, remota, de que los servicios queden desatendidos ante la arbitrariedad temporal en el ejercicio del derecho de huelga.

5. BIBLIOGRAFÍA

- PÉREZ TREMP, P. (2018). La especial trascendencia constitucional del recurso de amparo como categoría constitucional: entre «morir de éxito» o «vivir en el fracaso». *UNED. Teoría y Realidad Constitucional* (41), 253-270.
- ROJO TORRECILLA, E. (mayo de 2016). *La protección del derecho de huelga de los trabajadores no huelguistas pero que pueden decidir ejercerlo. Notas a la sentencia del TC 45/2016 de 14 de marzo*. Obtenido de <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/05/la-proteccion-del-derecho-de-huelga-de.html>

**83. SOBREVENIDA PÉRDIDA DE VIGENCIA DE UN PACTO
SOBRE SERVICIOS DE SEGURIDAD Y MANTENIMIENTO
EN CASO DE HUELGA: *REBUS SIC STANTIBUS*
*VERSUS PACTA SUNT SERVANDA***

Comentario a la STS 940/2024 de 25 de junio de 2024 (Rec. 209/2022)

JOSÉ LUJÁN ALCARAZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia

Palabras clave: Huelga, servicios de seguridad y mantenimiento, *rebus sic stantibus*.

1. ANTECEDENTES

Me sumo muy gustoso al homenaje al profesor Juan García Blasco con un breve comentario a una STS de 25 de junio de 2024 (Rec. 209/2002). Se resuelve en ella el recurso de casación interpuesto por la compañía *Arcelormittal España, SA* contra la STSJ Asturias de 14 de junio de 2022 que, a su vez, había estimado (parcialmente) la demanda de conflicto colectivo presentada por CCOO cuestionando la validez actual (en 2022) de un acuerdo sobre servicios de seguridad y mantenimiento alcanzado entre las partes (y otros sujetos colectivos, sindicales y unitarios) casi dos décadas atrás.

2. CUESTIONES PLANTEADAS

La lectura de esta muy interesante sentencia ofrece la posibilidad de volver sobre aspectos nucleares de la regulación jurídica del derecho de huelga; una regulación contenida principalmente, como es sabido, en el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (en adelante, RDLRT) y en la STC 11/1981, de 8 de abril, y explicada magistralmente en ese clásico de nuestro Derecho del Trabajo que es el libro del profesor García Blasco, *El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos* (Barcelona, 1983). Pero también permite considerar el valor y sentido que la negociación colectiva tiene en la rama social del Derecho y da oportunidad, asimismo, para recordar que el ordenamiento jurídico es uno y que las instituciones que lo integran alcanzan o pueden alcanzar a sus diferentes ramas.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

El elemento esencial sobre el que se proyecta el litigio que finalmente resuelve el TS es un denominado «Acuerdo sobre Servicios Mínimos» suscrito en 2005. En aquel entonces, la empresa y los Comités de Empresa de sus centros en Avilés y Gijón consideraron necesario «definir un marco de compromisos mutuos entre la empresa y la representación de los trabajadores que permita asegurar la conservación a largo plazo de las instalaciones esenciales de la Compañía en Asturias, y como consecuencia de ello, despejar incertidumbres en las decisiones que el (grupo empresarial) ha de tomar en relación a las inversiones a realizar a corto plazo y con la estrategia de crecimiento a futuro». Y para ello; es decir, para asegurar «la conservación de la vida útil de los Hornos Altos», acordaron, en esencia, que los servicios mínimos en caso de huelga serían los necesarios para asegurar el mantenimiento de la actividad de los altos hornos al 70 % de su capacidad normal.

Dieciocho años después, sin embargo, los sindicatos y las representaciones unitarias de los diferentes centros de trabajo de la empresa en Asturias consideran que aquel acuerdo ya no es aplicable al haber cambiado sustancialmente las circunstancias existentes en el momento de su firma. Frente al mismo, los representantes de los trabajadores lo que pretenden, primera extrajudicialmente, y, luego, a través de su demanda de conflicto colectivo es no solo que se declare que el acuerdo ya no está vigente, sino también que la empresa negocie un nuevo acuerdo sustitutivo del anterior.

En una consideración meramente fáctica del asunto, conviene retener, para una mejor comprensión de la decisión del TS, que ciertamente la realidad empresarial de 2005 era muy distinta de la de 2022. Y no, a estos efectos, por la sucesión de empresa producida en ese periodo de tiempo –tal y como la sentencia aclara, con buen criterio–, sino porque en la actualidad existe un tercer centro de trabajo (Aboño), frente a los dos que había en 2005; un mismo convenio colectivo regula desde 2017 las relaciones de trabajo en los tres centros; a lo largo de los años han cambiado las funciones de los trabajadores y la estructura de las plantillas; y, sobre todo, porque durante la vigencia del pacto ha sido necesario acordar de manera particular los servicios de manteniendo en varias y diferentes ocasiones sin atender a las previsiones de aquél.

Como se dice, todo el litigio gira en torno a la regulación pactada en el ámbito de la empresa de los servicios de mantenimiento en caso de huelga. Es decir, se trata de una ordenación preventiva y *ad futurum* del régimen jurídico de dichos servicios cuyo inmediato propósito es proporcionar seguridad a las partes sobre cómo actuar en las huelgas que tras su firma puedan plantearse. Al respecto, es sabido que el artículo 6.7 RDLRT establece que «el Comité de huelga habrá de garantizar durante la misma la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuese precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa». Es verdad que las partes rubricaron el resultado de sus negociaciones como «Acuerdo sobre Servicios Mínimos», pero, como la sentencia comentada cuida de precisar, «pese a la terminología empleada, dada la naturaleza de la actividad productiva de la empleadora, nos encontramos ante servicios esenciales de seguridad y mantenimiento del artículo 6.7 (RDLRT), que no ante los servicios mínimos de los servicios a que se refiere el artículo 10.2 del citado (RDLRT), residiendo la esencial diferencia entre ambos en que mientras los primeros tienen por objeto preservar el ciclo productivo de la empresa; los segundo salvaguardan el interés general de la comunidad». (Como mero apunte, casi curiosidad, nótese que el ponente de la sentencia, el magistrado y profesor Ángel Blasco, es coautor, con Ramos Moragues del estudio «Los servicios de seguridad y mantenimiento durante la huelga», cit. en bibliografía).

Es verdad que la terminología a veces se hace confusa, pero la distinción teórica es clara y en el caso a examen no ofrece duda. Aquí se trata de *servicios de seguridad y mantenimiento* cuya prestación, que debe garantizar el comité de huelga, opera hacía dentro de la propia empresa. El problema práctico que estos servicios plantean es la decisión sobre cuáles son, cualitativa y cuantitativamente, precisos o necesarios para cumplir su finalidad legal. O lo que es

lo mismo, cuál es el mínimo de esos servicios que debe prestarse. Y por ello se habla en ocasiones de «servicios mínimos» o «servicios necesarios» de seguridad y mantenimiento, lo que provoca alguna confusión con la institución que, en caso de huelga, asegura los «servicios esenciales» para los ciudadanos, los usuarios y los consumidores. Y es que, el artículo 28.2 CE también habla de «asegurar el mantenimiento», en este caso, de esos «servicios esenciales de la comunidad». Más aún cuando ya la STC 11/1981 vino a entender que la garantía de los servicios esenciales en caso de huelga se lograba —entre otras posibilidades— asegurando la prestación de un «mínimo» determinado del servicio como tal por la autoridad gubernativa, lo que terminó por provocar tanto la confusión entre «esencial» y «mínimo», como la inconveniente extensión de la idea de «servicio mínimo» para calificar los que muy correctamente el artículo 6.7 RDLRT llama servicios «necesarios».

Queda claro, en todo caso, que la resolución comentada trata sobre servicios de mantenimiento y que, precisamente para evitar los inconvenientes de su concreción ante la convocatoria de una real y actual huelga fue para lo que se celebró el acuerdo de 2005. Conviene señalar a este respecto que aunque la STC 11/1981 consideró que la regla del artículo 6.7 RDLRT era perfectamente constitucional, sí puso reparos a su inciso segundo conforme al cual «corresponde al empresario la designación de los trabajadores que deban efectuar dichos servicios». De alguna manera, en efecto, «el apartado 7 del art. 6 del Real Decreto-Ley incide en la antinomia de exigir que el comité de huelga garantice los servicios y de imputar después al empresario la facultad de hacer la concreta designación de los trabajadores». Y aunque se trata de «una posible contradicción» que por sí sola no es inconstitucional, sí lo es, sin embargo, en la medida en que la designación hecha unilateralmente por el empresario priva a los trabajadores designados de un derecho que es de carácter fundamental». En definitiva, «la adopción de las medidas de seguridad no compete 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 que el comité no preste esta participación podrá ser considerada como ilícita por abusiva».

Identificado el propósito del pacto de 2005, y con él el instituto del derecho de huelga sobre el que versa la sentencia, interesa reparar brevemente en la naturaleza del discutido acuerdo. La sentencia comentada considera con acierto que se trata de «un pacto o acuerdo de empresa (...) que pertenece a la categoría de «pactos informales de empresa» en la que se engloban todas aquellas formas negociales, aparecidas en el nivel empresarial o en niveles inferiores, que, teniendo origen colectivo se manifiestan con un elevado grado de informalidad». Es decir, «nos encontramos ante una manifestación de la auto-

nomía colectiva entendida como fuente de producción de normas cogentes, distinta del Estado, y de la autonomía individual (...), pero cuya fuerza vinculante les es congénita por mandato del artículo 37.1 (CE)». Estamos, por tanto, ante un producto de la negociación colectiva que, no siendo propiamente un convenio colectivo de los regulados en el Título III ET, tiene, sin embargo, una «eficacia claramente obligacional».

Esta calificación es crítica para la solución del caso. Primero, porque da margen al tribunal para interpretar la enigmática previsión sobre duración de un acuerdo que las partes se limitaron a calificar como «a largo plazo». Descartando expresamente por la razón indicada la posible aplicación del artículo 86.3 ET, el TS concluye que estamos en presencia de un acuerdo «de contenido claramente obligacional (...) que, aunque no limitado expresamente en el tiempo, se estableció para un «largo plazo» y no de manera indefinida, y sobre el que la concurrencia de circunstancias sobrevenidas podría acarrear, al no concurrir las circunstancias impeditivas descritas, la necesidad de considerarlo extinguido». Y es crítica, en segundo lugar, porque, con lo dicho, el tribunal puede acudir a la cláusula *rebus sic stantibus* para concluir, a la vista del sustrato fáctico, que, *in casu*, «es evidente que las circunstancias de la plantilla afectada, de su organización, y de la organización de la producción han variado totalmente de suerte que, a juicio de la Sala, resulta extraordinariamente difícil mantener la operatividad del acuerdo de 2005 casi veinte años después».

4. CONCLUSIÓN

Dos consideraciones a modo de cierre. Por una parte, para subrayar que el tribunal sabe bien el terreno que pisa; es decir, es conocedor de los problemas que plantea el acudimiento a la cláusula *rebus sic stantibus*, no solo en el orden jurisdiccional social, sino incluso en el civil. Y por eso despliega una batería de argumentos favorables a su utilización en el presente caso, como es de ver en su Fundamento de Derecho Séptimo.1.

La otra consideración es menor, casi de detalle. Conviene saber que la pretensión del sindicato demandante no era solo la pérdida de vigencia del acuerdo de 2005, sino también que se condenase a la empresa a pactar un nuevo acuerdo. Este segundo pedimento ya fue descartado, sin embargo, por el TSJ de Asturias, y del mismo parecer se manifiesta el Tribunal Supremo. Aparte otras consideraciones, porque era un hecho probado que la empresa y las representaciones de los trabajadores ya estaban en negociaciones sobre el particular, aunque con posturas tan separadas que finalmente la cuestión terminó

judicializada. Pues bien, de manera sutilísima la sentencia comentada desliza tal circunstancia para ofrecer algo así como una «prueba del algodón» de su acierto. Y es que, al tribunal no solo se ofrece como evidente la modificación sustancial de las circunstancias en que se alcanzó el pacto en 2005, sino que valora la «*encomiable voluntad de negociación* [de la empresa que, en sí misma ya] *pone de manifiesto la necesidad de un nuevo pacto que regule a futuro las necesidades de servicios de seguridad y mantenimiento en la nueva realidad organizativa y productiva de la empresa*».

5. BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA BLASCO, *El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1983.

BLASCO PELLICER, A., y RAMOS MORAGUES, F., «Los servicios de seguridad y mantenimiento durante la huelga», en Pérez de los Cobos, F. (Dir.), *Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo: Régimen legal y jurisprudencial de la huelga, el cierre patronal y el conflicto colectivo*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 459-495.

84. LA NATURALEZA ILEGAL O ABUSIVA DE LA HUELGA **Comentario a la STS 444/2024 de 7 de marzo (Rec. 16/2022)**

SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA

Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. ORCID: 0000/0003/0038/0288

Palabras clave: Huelga, ilegalidad, abusiva.

1. ANTECEDENTES

Los hechos, considerados probados por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Cataluña de 16 de marzo de 2021, que fundamentan la demanda de conflicto colectivo (núm. 80/2020) presentada por la Asociación Catalana de Empresas de Ambulancias (ACEA) contra los sindicatos CCOO de Cataluña, USOC, SINDI.CAT y FSO-UGT así como contra las dieciocho personas físicas integrantes del Comité de Huelga, son en síntesis los siguientes:

a) El origen del conflicto se encuentra en el Acuerdo suscrito por ambas partes el 9 de septiembre de 2019 (el Acuerdo, a partir de ahora) ante el Tribunal Laboral de Cataluña acerca de una serie de incrementos salariales aplicables, tanto en lo que se refiere a su cuantía como a su proyección en el tiempo, como en lo que hace a sus efectos retroactivos y a los pagos mensuales a realizar por parte de las empresas hasta septiembre de 2020, momento en el que las partes se comprometen a seguir las negociaciones del convenio colectivo.

Asimismo, consensuan la publicación del Acuerdo en el *Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña* atribuyéndole la misma eficacia que el convenio colectivo, sometiéndose a en todo caso a lo que establezca el vigente en ese momento;

b) El 23 de septiembre de 2020, los sindicatos realizaron un preaviso de huelga indefinida, haciendo constar en el mismo que su objetivo era, de una parte, la no aplicación del recorte salarial anunciado por ACEA en el concepto «cuenta de convenio» y, de otra parte, la exigencia de un plan real de equiparación de las condiciones de trabajo de las trabajadoras y trabajadores del transporte sanitario de Cataluña con las condiciones del convenio colectivo de la empresa pública Sistema de Emergencias Médicas;

c) Intentada la conciliación antes el Tribunal Laboral de Cataluña, el acto se dio por finalizado sin avenencia, simultáneamente se constituyó el Comité de Huelga ahora demandado;

d) A raíz de la convocatoria de la huelga, el Departamento de Trabajo, Asuntos Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma dictó la Orden TSF/2020 mediante la cual, para garantizar el servicio esencial de asistencia sanitaria mediante el transporte de enfermos y accidentados en ambulancias, se estableció el mantenimiento de un 85 por 100 de los servicios de traslado de enfermos y accidentados en casos de urgencia y de necesidad inaplazable, el de los pacientes de los servicios de hemodiálisis y oncología, los traslados intrahospitalarios, y el de los pacientes dados de alta en los servicios de urgencias que necesiten dicho transporte para abandonar las dependencias hospitalarias. Debido a que la huelga tuvo escaso seguimiento, las empresas dejaron de concretar los servicios mínimos y los trabajadores adscritos a los mismos;

e) La demanda de la asociación empresarial fue desestimada por el Tribunal Superior de Justicia, sentencia frente a la que interpone el recurso de casación que, impugnado por los sindicatos y las personas demandas integrantes del Comité de Huelga, da origen a la Sentencia que se comenta.

2. CUESTIONES PLANTEADAS

Se dejan al margen del comentario los motivos del recursos referidos a la adición de nuevos hechos probados, que se rechazan por el TS, aprovechando para precisar que, de los dos objetivos de la huelga, el primero, referido a la no aplicación del recorte salarial pactado, fue abandonado por los convocantes, concentrando su reivindicación por tanto en el de la equiparación real de las condiciones de trabajo con las establecidas en la empresa pública Sistemas de

Emergencias Sanitarias hechos probados. Circunstancia que la STS considera relevante, como ahora se verá a los efectos de la calificación de la huelga como ilegal. En todo caso, las cuestiones que se debaten en la STS son las de la posible calificación de la huelga, sea como ilegal o como abusiva, y a las que la sentencia dedica los Fundamentos Jurídicos Tercero a Quinto.

3. LA ILEGALIDAD DE LA HUELGA

El motivo del recurso por infracción legal se basa en lo establecido en el artículo 11, c) del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (RDL 17//1977) en el punto en el que afirma que se considera ilegal la huelga cuyo objetivo sea «alterar, dentro de su periodo de vigencia, lo pactado en un convenio colectivo o lo establecido en un laudo», esto es, lo que habitualmente se califica como huelga novatoria. Se trata, como es sabido, de un precepto establecido para garantizar la aplicación y la integridad de la norma colectiva a lo largo de su vigencia, que solamente podrá quedar afectada por pacto, acuerdo o convenio suscrito por los sujetos colectivos legitimados en cada momento.

La STS reconoce que en el Acuerdo las partes se comprometieron a aplicar determinadas reglas relativas a los pagos salariales a cuenta del convenio entre los que se encontraba el referido recorte salarial cuya inaplicación constituía el primero de los dos objetivos declarados de la huelga y así figura en la convocatoria inicial de fecha 23 de septiembre de 2020. Aunque es también cierto que, como se recoge en el relato de hechos probados, antes del inicio de la huelga indefinida, fijado para el 9 de octubre de 2020, los convocantes de la huelga, en reunión celebrada el 5 de octubre de 2020 ante el Tribunal Laboral de Cataluña, retiraron este punto, dejando como único el de obtener la equiparación salarial mencionada en el apartado b) del primer epígrafe. Por lo que la STS entiende correctamente que desaparece esta concreta y evidente causa de ilegalidad de la huelga.

El recurso entiende, sin embargo, que dicho segundo objetivo de equiparación en materia salarial en realidad supone el ejercicio de una pretensión económica cuyo efecto sería el de neutralizar y dejar sin efecto el ajuste salarial automático que se deriva de la aplicación del Acuerdo. Motivo también rechazado por la STS, si bien con argumentos que, por generales y basados en una interpretación muy reductiva de la causa de ilegalidad de la huelga, no pueden ser compartidos.

En síntesis, lo que la STS afirma es que el objetivo de la huelga de conseguir una equiparación de las condiciones de trabajo y salariales es una aspiración legítima que no merece la tacha de ilegalidad. Aunque, un tanto contradictoriamente asuma que, de tener éxito la huelga, su consecuencia sería la de conseguir unas condiciones retributivas para los trabajadores del sector del transporte sanitario de Cataluña más favorables en su conjunto que las que se vienen aplicando y cuyo establecimiento concreto deriva precisamente de lo pactado en el Acuerdo.

Para salvar esta contradicción, la STS, apoyándose en otras sentencias anteriores del mismo TS, sostiene que nada impide una huelga cuya finalidad sea reclamar una específica interpretación del convenio; manifestarse contra un incumplimiento empresarial del mismo convenio; pretender nuevas condiciones de trabajo a causa de un cambio absoluto y radical de las circunstancias en las que el convenio o acuerdo se pactó; o, en fin, exigir reivindicaciones que no implique su modificación. Añadiendo que, para solventar si tales reclamaciones pretenden la modificación *antes tempus* de lo pactado, dicha intención ha de ser clara y patente. Todo lo cual es una interpretación consolidada y que no se discute.

Lo que sí es menos asumible es que esa ilegal intención novatoria no exista cuando el éxito de la huelga supone, como consecuencia inevitable, que lo pactado y aún vigente, quede afectado de manera innegable, aunque la expresa modificación del Acuerdo no figure literalmente como uno de los objetivos de la huelga. Porque no hace falta mencionar específicamente una consecuencia cuando ésta es el inevitable resultado de las pretensiones alegadas como fin de la huelga, evidenciando que tal intención es clara y patente y eludiendo dicha mención expresa seguramente para evitar la tacha de ilegalidad. Mucho más si se tiene en cuenta el primer objetivo de la huelga, luego decaído por quedar, aunque de forma indirecta, englobado en el segundo; objetivo abandonado que estaba formulado claramente como una modificación de lo establecido en el Acuerdo. Al que las partes, no se olvide, dieron naturaleza y alcance igual al del convenio colectivo.

Algo más aceptable es la otra línea argumental de la STS que se sostiene en la afirmación de que la huelga no es ilegal si sus objetivos materiales son más amplios que los que pudieran colisionar con aspectos concretos de un pacto vigente. Algo que sucede en el caso ya que el objetivo subsistente de la huelga es el muy genérico de la equiparación de las condiciones de trabajo de los trabajadores del sector con las aplicables al personal del transporte público sanitario: lo que obviamente incluye dimensiones y aspectos que van más allá de lo salarial. Pero la generalidad de la formulación del objetivo de la huelga,

que puede salvar su legalidad, ha de entenderse que supone la exclusión de los aspectos salariales que no pueden ser modificados salvo acuerdo. Sin que esto, hay que subrayarlo, tenga en sí mismo efectos prácticos si se atiende a la lógica y al desarrollo de los movimientos huelguísticos.

Esta conclusión, que no impediría la huelga ni la haría ilegal tiene el riesgo de convertirse en una carta blanca de legalidad de toda iniciativa huelguística que, formulada con objetivos muy generales y sin concretar, legitimaría una presión que, inevitablemente y es posible que ese sea su objetivo final si bien no declarado, tenga una finalidad, aunque sea parcialmente novatoria. No se trata con esta observación de poner límites al derecho de huelga, pero sí de sostener que, existiendo en la normativa la prohibición de la huelga novatoria, debería exigirse, para aceptar su legalidad que sus objetivos se formulen de forma más precisa, evitando comportamientos que jurídicamente pueden calificarse de simulación cuando su generalidad solamente sirve para encubrir una pretensión que, hecha de forma más concreta, calificaría a la huelga como ilegal. Algo que, dadas las circunstancias descritas en los antecedentes de hecho, puede afirmarse que sucede en la huelga sometida a juicio.

4. LA CALIFICACIÓN DE LA HUELGA COMO ABUSIVA

Otro de los motivos del recurso denuncia la infracción del artículo 7, apartados 1 y 2, del RDL 17/1977 que se refieren al carácter abusivo de la huelga debido a la forma y a las circunstancias en que se ha desarrollado. Más concretamente al hecho de que, no obstante haberse convocado como indefinida, se ha realizado de forma intermitente e imprecisa, obligando a las empresas a designar numerosos servicios mínimos que hubieran sido innecesarios dada la escasa participación de los trabajadores en la huelga, pero teniendo consecuencias supuestamente desorganizadoras. Todo ello obedeciendo al objetivo de causar el menor daño posible a las empresas, con alteración grave del servicio público esencial del transporte de ambulancias, con el menor coste o sacrificio para los trabajadores huelguistas en la lógica de una llamada huelga a la carta.

Tiene razón la STS cuando rechaza de forma tajante este motivo del recurso ya que se trata básicamente de juicios de valor que no se sostienen en prueba alguna. Está probado que la convocatoria formal de la huelga le atribuía la condición de huelga indefinida, no incurriendo, al menos formalmente, en alguna de las modalidades que pueden presumirse como abusivas y que están recogidas en el artículo 7 del RDL 17/1977. Más concretamente, las rotatorias,

las que se hagan por trabajadores que presten 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, entendida como el cese de la prestación de los servicios sin ocupación del centro de trabajo. Que es, justamente, cómo la huelga en cuestión se ha convocado.

Es evidente que nadie puede garantizar el volumen de seguimiento de una huelga puesto que se trata de un derecho de ejercicio individual; lo que implica asumir desde el éxito total a su fracaso más absoluto. Que, según queda probado, el seguimiento de la huelga haya sido escaso no es algo que pueda imputarse a los convocantes como derivado de un diseño previo malicioso que pretenda generar el más alto daño productivo y organizativo que es consecuencia natural de una huelga evitando su coste, básicamente salarial, para los trabajadores. Nada hay en los hechos probados que fundamente la existencia de mala fe o de abuso del derecho que, como es sabido y recuerda la STS no puede presumirse, sino que ha de ser adecuadamente probado por quien lo alegue. Para lo que, además, la referencia del recurso a la necesidad de organizar servicios mínimos como elemento causante de un daño es sorprendente; en la medida en que tales servicios mínimos son, por definición, un límite al ejercicio del derecho de huelga garantizando la continuidad y un determinado volumen de producción que garantice el disfrute del derecho fundamental afectado por la huelga. Como tampoco son relevantes a los efectos de la calificación de la huelga como abusiva los mínimos incidentes relacionados con la actuación de los piquetes que por su poca entidad, por el hecho de que no se ha probado que constituya una estrategia diseñada por los sindicatos convocantes, impiden proyectar sobre la huelga la calificación de abusiva

5. CONCLUSIONES

Una sentencia que reproduce la consolidada doctrina, tanto constitucional como ordinaria, en relación con las huelgas novatorias y abusivas, pero de la que puede disentirse en lo relativo a la fijación de los objetivos de la huelga y su repercusión sobre su carácter ilegal por novatoria.

85. ALCANCE Y EFICACIA DE LOS ACUERDOS DE FIN DE HUELGA

Comentario a la STS 1186/2023 de 19 de diciembre de 2023 (Rec. 300/2021)

FRANCISCO VILA TIERNO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga. ORCID: 0000-0001-5718-4160

Palabras clave: Huelga, acuerdos, eficacia.

1. ANTECEDENTES

De manera breve, se pueden sistematizar los antecedentes del supuesto de hecho, mediante las siguientes premisas:

- La empresa X presta servicios de transporte de enfermos para el Servicio Extremeño de Salud;
- Se aplica el II Convenio Colectivo para las empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia de la Comunidad Autónoma de Extremadura. En dicho convenio se dispone el pago de salarios con un margen de tres días a fin de mes;
- Se convoca una huelga que finaliza con la firma de un Acuerdo de finalización de huelga (29 de noviembre de 2019) en el que se pacta, entre otros, el abono del salario el último día de mes;
- Con fecha de 29 de enero de 2021 se produce un cambio de la empresa que venía prestando estos servicios, siendo sustituida por otras tres empresas

distintas (A, B y C), cada una con parte de los trabajadores que venían desarrollando tal actividad para la empresa anterior;

– Como expresamente se señala en el Fundamento Jurídico sexto de la resolución comentada, «La subrogación del personal de transporte sanitario está regulada en el art. 27 del Convenio Colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as en relación con el art. 7 del II Convenio Colectivo para las empresas y Comunidad Autónoma de Extremadura (se trata de una materia reservada para el Convenio Colectivo estatal)».

– USO, no firmante del referido Acuerdo de fin de huelga, formula demanda contra las empresas A, B y C, para el pago de un 10% de intereses por cualquier retraso en el pago con posterioridad al reiterado Acuerdo, pretensiones que se reconocen en parte (de manera esencial), en la sentencia de instancia y en suplicación.

2. CUESTIÓN O CUESTIONES PLANTEADAS

Son varias las cuestiones planteadas, algunas de naturaleza procesal y otras de carácter sustantivo.

En este sentido, desde el punto de vista estrictamente procesal, se realizan varios cuestionamientos, en primer término, la inadecuación de procedimiento, entendiendo que la pretensión no se adecúa a lo previsto en el artículo 153.1 LRJS. En segundo lugar, se plantea una posible excepción de falta de legitimación activa (arts. 17.2 y 154.1 a) LRJS) y, por último, otra posible excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario (art. 155 LRJS).

Por su parte, en lo que respecta a las dudas de carácter sustantivo, se cuestiona, de un lado, la eficacia de un acuerdo de fin de huelga. De manera concreta, si el alcance del mismo se extiende más allá de los firmantes (fundamentalmente por los artículos 5 y 8.2 del Real Decreto-ley 17/1977, del art. 3.b) y c) ET). De otro, la aplicabilidad del interés moratorio y la determinación del 10%.

Atendiendo al objeto de este comentario, nos centraremos en el comentario sobre la eficacia y alcance del Acuerdo de fin de huelga a empresas distintas de las firmantes que han asumido la posición de la que lo suscribió en el marco de una contrata.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

El Fundamento jurídico quinto de la resolución judicial resuelve lo que señala como el fondo del asunto y que se refiere, como hemos adelantado, a si el Acuerdo de fin de huelga se aplica a una empresa que no lo suscribió.

A tal efecto, toma como preceptos referenciales, los artículos 8 y 24 RDL 17/1977, que tienen como elemento común que este tipo de acuerdo «tendrá la misma eficacia que lo acordado en Convenio Colectivo». Ello, no obstante, no significa que compartan la naturaleza de convenio colectivo estatutario, sino que se invoca la STS 1085/2021, de 3 de noviembre (rec. 22/2020), en la que los define como extraestatutarios, limitando su alcance, por su naturaleza obligacional, a los firmantes, de manera exclusiva: «la extensión de los convenios de eficacia limitada más allá del círculo personal de quienes lo suscribieron no puede hacerse, ciertamente, por procedimientos o vías que no cuenten con la libertad de quienes en él no participaron».

En este contexto, el reiterado Acuerdo fue celebrado por la empresa X y tres organizaciones sindicales distintas a la demandante.

No obstante, a pesar de lo anterior, entiende que sí debe resultar aplicable a las empresas que sustituyen a la firmante en la prestación de servicios de transporte de enfermos para el Servicio Extremeño de Salud, ya que, aunque no opera en este sector de actividad la sucesión de plantilla [con cita de las «sentencias del TS 874/2021, de 8 septiembre (rcud 1866/2020); 875/2021, de 8 septiembre (rcud 2543/2020); 876/2021, de 8 septiembre (rcud 2554/2020); 879/2021, de 9 septiembre (rcud 2143/2020); 1158/2021, de 24 noviembre (rcud 2083/2020); y 574/2023, de 20 septiembre (rcud 3196/2020)»], sí operaría una subrogación convencional como consecuencia de lo previsto en el artículo 27 del Convenio Colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as, en relación con el artículo 7 del II Convenio Colectivo para las empresas y Comunidad Autónoma de Extremadura (se trata de una materia reservada para el Convenio Colectivo estatal).

El efecto es que, tal subrogación convencional extiende la obligación asumida por la saliente, por las empresas entrantes en la contrata. También, por tanto, en lo relativo al momento de abono de las nóminas de las personas trabajadoras.

4. CONCLUSIÓN O CONCLUSIONES

Resuelve la sentencia comentada, una materia vinculada a una de las materias centrales del Derecho Laboral como es el derecho de huelga (García Blasco, 1982; 1983 y 2018), y más concretamente a una de las formas de terminación de la misma.

Hemos de comenzar diciendo que el fallo de la sentencia, en cuanto a sus efectos, son plenamente compartidos, por cuanto que se considera que, en este caso, operaría la subrogación convencional. Ello no obsta a que, sin embargo, haya algunos postulados sobre los que mantenemos algunas dudas, pero no porque no se coincida, sino porque hay extremos que se presumen, pero no se explicitan.

Cierto es, en cualquier caso, que como el fallo había recogido en su fundamentación jurídica, este tipo de acuerdos, en lo que respecta a las posibles obligaciones que asumen las partes, limitaría su eficacia a las firmantes y, sin embargo, en la sentencia comentada se extiende a unas empresas que están fuera de su ámbito, en tanto que no fueron firmantes de aquel.

En este sentido, esta resolución judicial, como se ha comentado, parte del reconocimiento del Acuerdo de fin de huelga como pacto de naturaleza extraestatutaria, pero sin comentar más al respecto. En este caso, hemos de recordar que tales pactos, como se ha reconocido de forma continua en la jurisprudencia, tendrán la eficacia de un convenio colectivo, si bien, éstos serán estatutarios o extraestatutarios, dependiendo de que cumplan lo previsto en el Título III del ET. Así, de manera concreta, la Sentencia de 22 junio de 2016 (rec. 186/2015) (ECLI:ES:TS:2016:3614), haciendo referencia a una Doctrina que ha venido reiterando desde entonces, se apoya en la Sentencia de 2 noviembre 1999 (rec. 4786/1998) (ECLI:ES:TS:1999:6863), que dispone que «sólo deben tener carácter estatutario los que se celebren con arreglo a lo establecido en Título III del Estatuto de los Trabajadores, es decir los que, cumpliendo los requisitos legitimadores de las partes y el régimen de mayorías legalmente establecido».

No se plantea en la sentencia comentada esta eventualidad, esto es, que se le reconozca tal eficacia como convenio colectivo estatutario. Pero, sin embargo, parece acoger la doctrina de la misma Sala recogida por la citada Sentencia de 22 junio de 2016 (rec. 186/2015) (ECLI:ES:TS:2016:3614), que dispone que cuando el acuerdo de fin de huelga contravenga lo establecido en convenio colectivo –dada la eficacia equivalente reconocida entre ambos– deberá aplicarse el principio de modernidad.

De este modo, si el Acuerdo de fin de huelga es posterior al convenio, se aplicará éste al entender que modifica al firmado anteriormente. Y así «el convenio colectivo que sucede a uno anterior puede disponer sobre los derechos reconocidos en aquél. En dicho supuesto se aplicará, íntegramente lo regulado en el nuevo convenio» –convenio posterior que sería el integrado por el pacto de fin de huelga–; y si consideramos, además, que ambos pactos –el contenido en el texto del IV convenio colectivo y el de fin de huelga– tenían la misma eficacia en cuanto a la fuerza de obligar, no cabe sino acudir al principio de modernidad y entender que el segundo –el de fin de huelga– engloba y modifica el firmado anteriormente en el convenio colectivo (...) establecida con posterioridad no contiene salvedad alguna acerca del mantenimiento del anterior (...) En definitiva, las partes legitimadas para suscribir el convenio colectivo establecieron dos acuerdos, disponiendo con la misma eficacia sobre el mismo objeto (...).

Sin embargo, la STS de 10 diciembre 2008 (rec. 2731/2007) (ECLI:ES:TS:2008:7231), por su parte, dispone que «el convenio colectivo no puede (...) en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación. Así lo deja precisado el invocado artículo 82.3 del citado Estatuto de los Trabajadores al disponer que los convenios colectivos regulados por su Título III obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación, en el que sólo pueden estar comprendidos quienes, formal o institucionalmente, estuvieron representados por las partes intervinientes en la negociación del convenio». Esto es, que excluye su aplicación a los no firmantes, pero en el ponente en la sentencia que ahora comentamos, busca su aplicabilidad a través del mecanismo de la subrogación convencional.

Un mecanismo al que acude tras rechazar que en este sector de actividad sea relevante como para invocar el fenómeno de sucesión de plantillas [STJUE de 11 de julio de 2018 (C-60/17), casos Somoza Herno y STS 873/2018 de 27 septiembre (rec. 2747/2016) (ECLI:ES:TS:2018:3545)].

Entiende que, en este caso, se transmiten los derechos y obligaciones precedentes por tal mecanismo subrogatorio, pero habrá que estar, entonces, a lo que establezca el propio convenio colectivo aplicable y, solo si éste no establece nada, operará lo previsto en el artículo 44 ET. A tal efecto, se ha dispuesto, incluso, que la STS de 6 junio 2001 (rec. 2847/2000) (ECLI:ES:TS:2001:4758), el respeto a lo establecido, exclusivamente a lo establecido en el mismo convenio colectivo y que como se ha recordado, por la simple sucesión de contratados no opera el citado precepto estatutario [STS de 15 de diciembre de 2022 (rec. 167/2022) (ECLI:ES:TS:2022:4808)].

De esta forma, y atendiendo que el convenio colectivo sectorial autonómico respeta lo establecido –por una reserva de materias– al estatal, debería seguirse el régimen de obligaciones establecido en el mismo que debería haberse analizado para determinar el alcance de la obligación ahora transmitida.

5. BIBLIOGRAFÍA

- GARCÍA BLASCO, J.: «Aportación del Derecho comparado en la calificación y efectos de la huelga», *Revista de Trabajo*, n.º 67-68, 1982, pp. 177-213.
- *El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos*; J. M. Bosch Editor, 1983.
- «Artículo 37.2: El derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo», en AA.VV. *Comentarios a la Constitución española* (Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Casas Baamonde, dir) vol. 1, tomo 1, 2018 (Tomo I), pp. 1239-1246.

86. DERECHO DE HUELGA Y MODALIDADES DE ESQUIROLAJE: INDEMNIZACIÓN POR VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Comentario a la STS 962/2023 de 8 de noviembre (Rec. 204/2021)

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

ORCID: 0000-0002-0230-6615

Palabras clave: Derecho de huelga, libertad sindical, esquirolaje interno y externo, indemnización por daño moral derivado de la vulneración de derechos fundamentales.

1. ANTECEDENTES

El Sindicato USO Canarias Unión Sindical Obrera (USO Canarias) interpuso demanda de Tutela de Derechos Fundamentales del que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede en Gran Canarias). Tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que: se declare la existencia de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas del Sindicato actor, con vulneración del Derecho a la Libertad Sindical (art. 28.1 CE) y el Derecho de Huelga (art. 28.2 CE), ordenando el cese inmediato de la conducta de la 1 demandada; en aplicación de lo dispuesto en el artículo 183 LRJS que determina que se acordará la reparación de las consecuencias del

actor, incluida la indemnización que corresponda, se condene a la empresa demandada al abono de la indemnización por el daño causado al Sindicato actor cifrado en la cuantía de 3.125 euros por la vulneración del Derecho Fundamental de Libertad Sindical del artículo 28.1 CE y en 25.001 euros por la vulneración del Derecho Fundamental de Huelga del artículo 28.2 CE. Todo ello junto los pronunciamientos que fueran favorables conforme a derechos incluidas las costas del presente procedimiento.

Admitida a trámite la demanda de Tutela de Derechos Fundamentales, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la demanda, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes. Con fecha 16 de abril de 2021 se dictó sentencia ahora recurrida, con el siguiente fallo: «Que debemos estimar y estimamos la demanda sobre interpuesta por doña Verónica M. Álvarez Liddell en representación de USO Canarias Unión Sindical Obrera-Canarias (USO-Canarias) frente a Grupo Kalise S.A, siendo parte del Ministerio Fiscal declarando que la conducta de la empresa demandada conforme al fundamento de derecho cuarto, quinto y sexto *supone una vulneración de los derechos a la libertad sindical y derecho de huelga de la parte actora, condenando a la misma al pago de la suma de 26.250 euros en concepto de indemnización por daños morales* a la parte actora derivados de la señalada vulneración de sus derechos fundamentales».

Contra la expresada resolución del TSJ de Canarias se preparó recurso de casación a nombre de Grupo Kalise, S.A. Su Letrado Sr. Losada Quintas, en escrito de fecha 27 de mayo de 2021, formalizó el correspondiente recurso al amparo del artículo 207.d) LRJS.

2. CUESTIÓN O CUESTIONES PLANTEADAS

Vulneración del derecho de huelga y de libertad sindical (información y negociación). Esquirolaje interno y externo. Derecho a la negociación colectiva. Indemnización por daño moral asociado a la vulneración de derechos fundamental.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

La STS-SOC núm. 962/2023, de 8 de noviembre, clarifica los requisitos necesarios para la concurrencia de la vulneración del derecho de huelga y de

libertad sindical (información y negociación; derecho a la negociación colectiva). Delimita los elementos tipificadores del esquirolaje interno y externo. Y aprecia en el caso la concurrencia de los requisitos de la indemnización por daño moral asociado a la vulneración de derechos fundamental.

La jurisprudencia, en la que se inserta esta sentencia, se enmarca en un enfoque garantista que parte de la función conformadora de la Constitución del contenido esencial del derecho fundamental de huelga (arts. 28.2, 53.1 CE y 10.2 CE). En este sentido la jurisprudencia puede actuar para hacer realidad en la experiencia jurídica ese necesario ensamblaje entre Constitución y legislación. En el modelo normativo de derecho de huelga, Constitución y legislación actúan sobre un mismo derecho fundamental, en los términos de una verdadera «colaboración internormativa» en la que cada uno de los «legisladores», el constituyente y el constituido, tiene asignada su propia función. Esto explica la importancia de la indagación científica y jurisprudencial hacia la búsqueda de aquellos elementos del sistema legal que permiten identificar más adecuadamente ese modelo normativo en el desarrollo histórico del fenómeno huelguístico.

A pesar de la intensa labor del Tribunal Constitucional y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no puede sino apreciarse las insuficiencias del «modelo legal». Se trata en realidad del modelo de regulación en buena parte diseñado por el Tribunal Constitucional ante la ausencia de un desarrollo legislativo satisfactorio de las previsiones constitucionales. Urge la aprobación de una Ley Orgánica de Huelga, que se acomode al sistema constitucional (arts. 28.2, 53.1 y 81 CE, en relación con los arts. 10.2 y 93 a 96 de la Norma Fundamental) y afronte dinámicamente (a través de una siempre necesaria interpretación evolutiva) los desafíos que para la garantía de efectividad del derecho de huelga plantean las nuevas formas de empresa y del empleo ante el impacto de la transición digital y la persistencia de poderes reforzados que pueden privar a la huelga.

El modelo actual de regulación jurídica del derecho de huelga se basa en instrumentos normativos típicamente legales, pero con un peso regulador excesivo de la jurisprudencia «normativa» e «interpretativa» del Tribunal Constitucional y de la jurisprudencia ordinaria. Un derecho fundamental en culturas jurídicas garantistas, como las de los países de referencia comparables de la Unión Europea, no puede dejar márgenes tan amplios a la elaboración jurisprudencial, sin un marco idóneo de regulación legislativa. La experiencia confirma la necesidad de promulgar una Ley Orgánica de Huelga *negociada* entre los sindicatos más representativos y el Gobierno, para dar satisfactorio cumplimiento al mandato constitucional *ex* artículo 28.2 CE, y asimismo para acomodo-

dar la regulación de este derecho fundamental a un sistema democrático evolucionado de relaciones laborales, donde debe tener un importante papel las organizaciones sindicales en la gestión del conflicto, por ellas planteado. Este nuevo marco legal debe aprovechar críticamente (y de forma autorreflexiva por parte del propio legislador) el acervo de doctrina jurisprudencial acumulada –y consolidada– respecto a la delimitación técnica y el sentido político-jurídico del derecho constitucional de huelga. Siendo para ello punto de referencia la doctrina del Tribunal Constitucional (junto a las aportaciones de la doctrina científica), ya que el modelo legal vigente es insuficiente para la garantía constitucional del derecho fundamental de huelga. Una regulación futura del derecho de huelga debería apartarse no sólo de la «filosofía inspiradora» que se ha construido en torno al RDLRT de 1977, sino que también debe ser necesariamente innovadora en numerosos aspectos concretos extraordinariamente relevantes vinculados a las exigencias que imponen las características complejas de nuestra época.

4. CONCLUSIONES

1. *La Sentencia del Tribunal Supremo en un contexto profundamente cambiado.* El Tribunal Supremo decide:

1.º) Desestimar el recurso de casación interpuesto por Grupo Kalise, S.A., representada y defendida por el Letrado Sr. Losada Quintas.

2.º) Confirmar y declarar firme la sentencia n.º 380/2021 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede en Gran Canarias), de 16 de abril de 2021, en autos n.º 12/2020, seguidos a instancia de USO Canarias Unión Sindical Obrera (USO Canarias) contra dicha recurrente, sobre demanda de Tutela de Derechos Fundamentales.

3.º) Condenar a la mercantil recurrente a que satisfaga al sindicato impugnante la cuantía de 1.500 euros en concepto de costas procesales generadas por el presente recurso.

4.º) Disponer la pérdida del depósito constituido para recurrir, así como que se dé el destino legal a la consignación efectuada.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Si se observa con atención en el fondo de todas las cuestiones más relevantes planteadas en esta relevante sentencia destaca la referencia al comportamiento debido que ha de tener el empleador destinatario de una huelga

ejercitada legítimamente. Una cuestión que se ha complejizado de manera harto significativa con la expansión de las nuevas tecnologías (señaladamente las tecnología digitales, algoritmos, inteligencia artificial, economía de plataformas) y las técnicas de externalización productiva, especialmente la técnica de la subcontratación productiva y funcional, las cuales ha permitido que los empleadores puedan neutralizar ilegítimamente la necesaria eficacia (en términos de perjuicios razonables que son inherentes al fenómeno huelguístico y a la garantía constitucional de la huelga como derecho fundamental con todas sus consecuencias legítimas en la «cultura del derecho»). Los efectos connaturales al derecho de huelga pueden ser neutralizados y obstaculizados a través del uso de los nuevos poderes directivos y organizativos del empleador. En coexistencia con los supuestos clásicos de manifestación de los fenómenos huelguísticos –y con ellos de *nuevas formas de obstrucción* al ejercicio del derecho de huelga– se vienen generalizando *nuevas formas de huelga* como las «huelgas de desconexión» (realizadas por los trabajadores de plataformas digitales) y también los distintos *mecanismos de esquirolaje tecnológico*, todo ello en el marco de un intenso proceso de innovación tecnológica en una fase histórica de digitalización de las organizaciones productivas (tanto públicas como privadas). La legislación, ni la doctrina jurisprudencial tienen ante sí el desafío de garantizar la efectividad del derecho fundamental de huelga en el contexto en el que la economía y el «sistema de empresas» se encuentran profundamente digitalizados. Es manifiesto que habría que establecer una regulación legal del derecho de huelga que desde el garantismo jurídico propio de un derecho fundamental establezca medidas que adapten su ejercicio a las nuevas tecnología mucho más sofisticadas y muy especialmente predisponga de medios para evitar la obstaculización de su ejercicio legítimo frente a los reforzados poderes empresariales. La llamada a los protagonistas del conflicto es insuficiente, sino las instituciones reguladoras no se adaptan dinámicamente a las transformaciones digitales y a las cambiantes modelos de organización de los procesos productivos. El ordenamiento jurídico –legislación y negociación colectiva– no puede ignorar el potencial destructivo del uso empresarial de las nuevas tecnología para vulnerar los derechos fundamentales.

Interesa resaltar, en relación a ello, que el derecho fundamental de huelga determina una situación jurídica-subjetiva activa y al propio tiempo una situación jurídica pasiva «refleja», consistente en la imposición del deber fundamentalmente negativo de respeto y reconocimiento *erga omnes* y una posición de especial subordinación en el empleador sobre el cual incide la huelga. La garantía jurisdiccional puede permitir enlazar inicialmente con la

segunda vertiente de la situación jurídica compleja creada por el ejercicio del derecho de huelga (posición pasiva «refleja» –o si se prefiere correlativa– de los terceros), toda vez que el derecho de huelga, como derecho fundamental de libertad, impone un genérico deber negativo de respeto y reconocimiento *erga omnes* del derecho. Sobre los que son terceros extraños (en general, no titulares), sean sujetos públicos o privados, recae un deber de abstención y de tolerancia de la esfera de acción consentida a los titulares del derecho subjetivo de huelga. Hasta tal punto es así, que los titulares del mismo ostentan la facultad de exigir en vía de derecho que sean respetados efectivamente.

Esto significa que el derecho de huelga, como especial derecho subjetivo de libertad [el Tribunal Constitucional se ha cuidado de precisar que el derecho de huelga es un «especial derecho subjetivo». Cfr. STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 10 (RTC 1981\11)], hace nacer situaciones jurídico-subjetivas pasivas puramente «reflejas» (ante todo, por lo que tienen de correlativas al ser ejercitado el derecho de huelga); deberes negativos, de no hacer y de tolerar. Este deber de respeto, siendo general, despliega su eficacia frente a todos, y se concreta y específica sin embargo en el empleador, no sólo por su proximidad a la esfera jurídica protegida por el derecho, sino ante todo por su doble condición de contraparte de la relación laboral (o relación de servicios profesionales del personal funcionario o estatutario) y de titular de la organización productiva en la que se realiza la prestación de trabajo. El empleador asume una posición pasiva y ha de soportar actividades de los titulares del derecho que de otro modo hubiera podido impedir (o responder frente a ellas) de no pesar sobre él un deber negativo anudado (en cuanto correlativo) al derecho subjetivo de huelga, en virtud de la indicación constitucional (art. 28.2 CE) y su «traducción» o concreción legislativa.

El empleador se encuentra, además, en una especial situación jurídica pasiva de subordinación y tolerancia respecto del ejercicio del derecho de libertad (que integra el bien ajeno prevalentemente protegido), porque el ejercicio de ésta incide en su propia esfera jurídica, a diferencia de otros sujetos también ajenos a la titularidad del derecho que no resultan especialmente obligados. En efecto, el empleador debe pasar (en el sentido de soportar y tolerar) por la suspensión voluntaria unilateral de la relación de trabajo o, en su caso, la relación de servicio del personal funcionario o estatutario; le corresponde o incumbe (por encima de alguna obligación positiva instrumental) ante todo un deber general de respeto (*de pati y no facere*), prohibitivo de toda conducta que tienda a privar de efectividad al derecho libertad actuado. Así, ha de estar al efecto suspensivo del ejercicio del derecho de

huelga por lo que no puede sancionar al trabajador; se limita su libertad contractual («libertad civil») en distintos aspectos: no podrá, en general, sustituir a los huelguistas por otros trabajadores no vinculados a la «empresa» en la fecha de declaración de la huelga (el denominado «esquirolaje externo»); no podrá utilizar las facultades empresariales, respecto de la movilidad funcional o geográfica de los trabajadores, con objeto de limitar o impedir el ejercicio del derecho de huelga: «esquirolaje interno» [la huelga comporta, de este modo, una limitación del uso de los poderes empresariales. Véase la STC 123/1992, de 28 de septiembre, FJ 5 (RTC 1992\123)], que permite neutralizar los efectos de la huelga); se le prohíbe el «cierre patronal de retorsión» y, en general, la imposición de medidas sancionadoras a los huelguistas en respuesta y por el sólo hecho de su participación en la huelga. Su situación se caracteriza, en definitiva, por un acusado elemento de «negatividad» como correlato del poder jurídico inherente al derecho de huelga de colocar el contrato de trabajo en fase o vicisitud suspensiva. Es bien conocida la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto cuando señala que en un sistema de derecho de huelga, «determinadas medidas de presión de los trabajadores frente a los empresarios son un derecho de aquéllos. Es derecho de los trabajadores colocar el contrato de trabajo en una fase de suspensión y de ese modo limitar la libertad del empresario, a quien se le veda contratar a otros trabajadores y llevar a cabo arbitrariamente el cierre de la empresa» [STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 9 (RTC 1981\11)]. De este modo el «*contenido esencial*» del derecho de huelga consiste en la «*cesación del trabajo*» [STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 10 (RTC 1981\11)] y «*se concede para que sus titulares puedan desligarse temporalmente de sus obligaciones jurídico-contractuales*» [STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 12 (RTC 1981\11)]. Así – para el Tribunal Constitucional– el efecto típico suspensivo forma parte de la garantía del contenido esencial o mínimo del derecho de huelga [cfr. también *in fine* STC 99/1987, de 11 de junio (RTC 1987\99)].

Teniendo en cuenta este dato jurídico, se puede decir que el empleador se encuentra en una situación jurídica pasiva que reviste una cierta complejidad, ante la yuxtaposición al deber general de respeto (de contenido negativo) que el derecho de huelga impone a todos (en tanto que derecho de libertad) de un deber específico de sometimiento (también de contenido fundamentalmente negativo) que recae en la figura del empleador y que no hace sino intensificar la situación de deber jurídico de respeto a la esfera jurídica del titular del derecho de huelga. Así, la decisión de los trabajadores de colocarse fuera del contrato de trabajo o facultad de incumplir transitoriamente el mismo adhiriéndose a la convocatoria de huelga tiene un efecto

directo en la esfera jurídica del sujeto pasivo (empleador) que debe someterse a las consecuencias jurídicas del poder de voluntad del trabajador (titular del derecho subjetivo de huelga) [STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 9 (RTC 1981\11) y STS 24 de octubre de 1989, (RJ 1989\7422)]. Esta posición pasiva se puede designar correctamente como un unitario deber negativo de respeto y sometimiento. Pero este fenómeno sólo puede ser explicado desde el momento en que el ordenamiento jurídico regula la huelga como derecho subjetivo, lo cual, no sucedería de haberse establecido un marco de libertad de huelga. La Constitución (art. 28.2 CE) no permanece neutral sobre las consecuencias del ejercicio de la libertad y por ello mismo consagra un sistema de derecho de huelga, colocando así en una posición jurídica de ventaja y de inmunidad a los trabajadores que ejercen legítimamente su «derecho a la huelga».

En este sentido, la situación de especial subordinación del empleador como destinatario de la huelga (en cuanto que el ejercicio del derecho lo constriñe *relacionalmente* a subordinar su interés y el uso del poder directivo al ajeno preferentemente protegido por el derecho objetivo) es una consecuencia necesaria del sistema de derecho de huelga que nace del artículo 28 CE (y precisamente por ello goza de la garantía del contenido esencial). Al mismo tiempo la proclamación de la huelga como derecho subjetivo de carácter fundamental permite también justificar la producción de tales efectos jurídicos aún en el caso de que el destinatario de la medida de presión no sea el empresario, sino el poder público en cuanto tal (es decir, no como «Estado empleador»), como sucede en la llamada huelga sociopolítica o de «imposición» económico-política. En cuyo caso, el empleador será mero sujeto pasivo de las consecuencias jurídicas inmediatas del ejercicio de la huelga, a pesar de no ser destinatario de la medida de presión y ser así completamente ajeno a la finalidad perseguida con la huelga.

La norma trataría de impedir que se utilicen ilegítimamente los poderes empresariales de especificación como reacción ante una huelga, evitando o neutralizando sus naturales efectos. En este sentido el Tribunal Constitucional ha considerado ilegítima la sustitución interna de trabajadores huelguistas por personal ya perteneciente a la empresa. Con base a una depurada argumentación entiende el Alto Tribunal que «la preeminencia de este derecho (de huelga) produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial. Tal sucede con la potestad directiva del empresario, regulada en el artículo 20 ET. Ahora bien, el ejercicio de tal facultad cuando se utiliza como

instrumento para privar de efectividad a la huelga, mediante la colocación de personal cualificado en puestos de trabajo con una calificación mínima, deja inermes a los trabajadores manuales cuya sustitución es fácil y puede privarles materialmente de un derecho fundamental, vaciando su contenido esencial». En definitiva, añade el tribunal, «la sustitución interna, en el supuesto que ahora y aquí nos ocupa, constituye el ejercicio abusivo de un derecho que en principio corresponde al empresario, el *ius variandi*, con una posibilidad de novación contractual, 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».

2. *La cuestión central: Jurisprudencia sobre el esquirolaje interno y tecnológico.* En la jurisprudencia constitucional existente en la que se desarrolla la visión de la huelga como derecho, también se localizan tendencias de jurisprudencia ordinaria que mantiene una visión reductiva de esta medida de presión de ejercicio colectivo por parte de los trabajadores. Es una línea que se alinea con los tiempos vividos de crisis económica y de reducción de los derechos de los trabajadores al mismo par que se refuerza los poderes empresariales.

En relación con lo anterior, la sustitución interna de trabajadores huelguistas llevada a cabo por trabajadores que se encuentran vinculados a la empresa al tiempo de la comunicación de la huelga, puede constituir un ejercicio abusivo de las facultades directivas empresariales [STC 33/2011, de 28 de marzo (RTC 2011\33)]. Así ocurrirá cuando, sea de forma intencional, o sea de forma objetiva, dicha sustitución produzca un vaciamiento del contenido del derecho de huelga o una desactivación o aminoración de la presión asociada a su ejercicio [STS 18 de marzo de 2016 (RJ 2016\1828)]. Tampoco cabe amparar esa sustitución de los huelguistas en la potestad directiva de movilidad funcional, teniendo en cuenta que se utilizan trabajadores de otras categorías profesionales. En el mismo sentido, en un supuesto en el que también se denunciaba la sustitución de los trabajadores en huelga por otros de superior nivel profesional que no la habían secundado, la jurisprudencia establece que la «sustitución interna de huelguistas durante la medida de conflicto constituye un ejercicio abusivo del *ius variandi* empresarial, derecho que, con los límites legalmente previstos, corresponde al empresario en otras situaciones. Pero en un contexto de huelga legítima el referido *ius variandi* no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones; ya que, en tal caso, quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítima-

mente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo» [STC 33/2011, de 28 de marzo (RTC 2011\33)].

Esta sentencia toma partida en el denominado esquirolaje tecnológico recogiendo la diferencia de opiniones que se produjeron en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de diciembre de 2012 [STS 5 de diciembre de 2012 (RJ 2013\1751)], e imponiendo la posición que en la citada sentencia era minoritaria como interpretación constitucional. En efecto, el Alto Tribunal recupera uno de los Votos Particulares [El Voto Particular del Magistrado Aurelio Desdentado Bonete], y lo traslada a su propia sentencia constitucional para concluir que el derecho de huelga no puede limitar el uso de medios técnicos de los que habitualmente se dispone en la empresa para mantener la actividad. Esta sentencia versa sobre la sustitución interna de trabajadores huelguistas y la utilización de medios técnicos de uso no habitual para la retransmisión por «Telemadrid» de un partido de fútbol y en la que el Tribunal Constitucional confirma que la utilización de medios ya existentes en la empresa o de procedimientos diferentes a los habituales es compatible con el derecho de huelga. En otros términos, para el Tribunal Constitucional no se vulnera el derecho de huelga cuando se desarrolla un procedimiento diferente al normalmente previsto para retransmitir un partido por televisión ni cuando se utilizan medios técnicos no habituales pero existentes en la empresa.

El Alto Tribunal confirma que exigir al empresario que no utilice medios técnicos con los que cuenta en la empresa supone imponer al empleador una conducta de colaboración en la huelga no prevista legalmente. Por ello, la utilización de medios ya existentes en la empresa es compatible con el derecho de huelga. Concluye el Tribunal Constitucional confirmando que la efectividad del ejercicio del derecho de huelga no demanda del empresario una conducta dirigida a no utilizar los medios técnicos con los que cuenta en la empresa o a abstenerse de realizar una actividad productiva que pueda comprometer el logro de los objetivos de la huelga, al igual que no obliga a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la protesta, y ello, porque lo que garantiza la Constitución es el derecho a realizar la huelga, no el resultado o el éxito de la misma. La sensación con esta sentencia es como si el Tribunal Constitucional estuviera interesado en abrir espacios para el ejercicio incondicionado de los poderes empresariales, aunque afecten a derechos fundamentales garantizados por la propia CE. La tecnología es una realidad de relevancia jurídica que, en sí misma, no constituye una amenaza a los derechos de los trabajadores, aunque tampoco puede considerarse neutra. Es así que será el uso que se haga de

la misma por parte de los poderes empresariales los que condicionarán el favorecimiento o limitación de los derechos en función de su disponibilidad.

Es lo cierto que nuestro modelo legal es obsoleto y no se corresponde con las realidades de las transformaciones económicas y tecnológicas disruptivas, lo cual favorece los poderes del empleador al amparo del principio de libertad de empresa. Es problemático encaje en la Constitución *ex* artículo 28.2, en relación con la garantía multinivel de los derechos fundamentales que se infiere imperativamente del bloque normativo formado por los artículos 93 a 96, en relación con la imperativa cláusula de apertura constitucional establecida en el artículo 10.2 de nuestra Norma Fundamental.

STC 17/2017, de 2 de febrero [STC 17/2017, de 2 de febrero (RTC 2017\17)], que ya ha sido seguida por diversa jurisprudencia menor y también por el propio Tribunal Supremo en sentencia de fecha 13 de julio de 2017, sentencia que argumenta que en este supuesto no se ha puesto en marcha una clara acreditación de un «*recurso productivo específico para contrarrestar la huelga*», sino que, por el contrario, «*ahora opera el sistema habitual de redistribución de tareas*» [STS 13 de julio de 2017 (RJ 2017\4148)]. Sentencia del Tribunal Supremo en la que el propio Ministerio Fiscal solicita la aplicación de la STC 17/2017, de 2 de febrero [STC 17/2017, de 2 de febrero (RTC 2017\17)], cuando establece lo siguiente: «ni la Constitución ni la jurisprudencia constitucional obligan a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la reivindicación, pues debe respetarse la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quisieran sumarse a la huelga; ni obligan al empresario a reducir la actividad empresarial más allá de lo que sea una consecuencia lógica del seguimiento de la huelga por los trabajadores afectados. El uso por los trabajadores que no secundan el paro de los medios técnicos de los que dispone la empresa no vulnera el citado derecho siempre que aquéllos no realicen funciones que son ajenas a su cargo para sustituir a los huelguistas. La protección constitucional del derecho a la huelga impone limitaciones al empresario, pero no le obliga –ni a él ni a los empleados que deciden ejercer su derecho a trabajar– a contribuir al éxito de la protesta. No puede exigirse al empresario que no utilice medios técnicos con los que cuenta en la empresa, pues ello supone imponerle una conducta de colaboración en la huelga no prevista legalmente». Por todo ello, resuelve el Tribunal Supremo de la siguiente manera: «no ha quedado acreditado que las empresas activasen estrategia o tecnología específica para boicotear la huelga. En todo caso, la doctrina de la STC 17/2017 de 2 de febrero (Telemadrid) aleja la sombra de la aludida vulneración». Sin embargo, otras sentencias de nuestro Alto Tribunal se muestran más garantistas y respetuosas con el derecho fundamental de huelga respecto a la utilización desviada

de los poderes de organización (aunque ya en relación a otros supuestos), exigiendo un comportamiento activo al empleador para evitar que se produzcan atentados a la eficacia real de la huelga (señaladamente, impidiendo actuaciones de los «cuadros de mando intermedios» de la empresa, cuya actuación puede derivar también en imputación de responsabilidad al propio empleador: STS 499/2021, de 6 de mayo, Rcdud, núm. 4975/2018, STS 990/2021, de 6 de octubre de 2021).

Con todo, esta sentencia viene a admitir el esquirolaje tecnológico mediante la sustitución interna de trabajadores y la utilización de medios técnicos no habituales en jornada de huelga. La doctrina imperante del Tribunal Constitucional puede resumirse así: ni la Constitución ni la jurisprudencia obligan a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la reivindicación, pues debe respetarse la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quisieran sumarse a la huelga, ni obligan al empresario a reducir la actividad empresarial más allá de lo que sea una consecuencia lógica del seguimiento de la huelga por los trabajadores afectados. En definitiva, «la efectividad del ejercicio del derecho de huelga no demanda del empresario una conducta dirigida a no utilizar los medios técnicos con los que cuenta en la empresa o a abstenerse de realizar una actividad productiva que pueda comprometer el logro de los objetivos de la huelga, al igual que no obliga a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la protesta, y ello porque lo que garantiza la Constitución es el derecho a realizar la huelga, no el resultado o el éxito de la misma».

Por todo lo anterior, concluye el Tribunal Constitucional manifestando que el empresario tiene que soportar inevitablemente un daño como consecuencia de la huelga derivado de la interrupción de la actividad en que la misma consiste, pero sería desproporcionado exigir al empresario que colabore por inacción u omisión al éxito de la huelga: «el derecho de huelga aparece configurado como una presión legal al empresario que debe soportar las consecuencias naturales de su ejercicio por parte de los trabajadores que se abstienen de trabajar, pero no se impone el deber o la obligación de colaboración con los huelguistas en el logro de sus propósitos». Además, «la utilización por parte de los trabajadores no huelguistas de los medios técnicos de los que dispone la empresa del modo en que lo han hecho en el supuesto enjuiciado, sin realizar funciones de una categoría distinta, ha permitido hacer efectiva la libertad de trabajo». En consecuencia, «no ha existido lesión del derecho de huelga. El empresario, en el ejercicio de su poder de organización, ha hecho un ejercicio regular de sus funciones. La emisión del partido fue posible porque en la empresa existían medios técnicos que per-

mitían hacerlo y porque varios trabajadores no secundaron la huelga. Los medios técnicos ya existían –no fueron adquiridos expresamente para hacer frente a los efectos de la huelga– y los trabajadores que no secundaron la huelga no realizaron funciones distintas a las que les corresponden» (Esta sentencia tiene un Voto Particular formulado por el Magistrado Ilmo. Sr., Dal-Ré al que se adhieren la Magistrada Ilma. Sra. Asua Batarrita y el Magistrado Ilmo. Sr. Xiol Ríos).

Nos encontramos ante un conflicto de poderes/derechos entre el empresario y el trabajador. Por una parte, los trabajadores huelguistas y, por otra, el empresario con su poder de dirección y su *ius variandi*. Vinculando ambos derechos con la propia CE y sus principios constitucionales, es importante valorar la prioridad de uno sobre el otro. En efecto el derecho de huelga, que se configura como un derecho fundamental constitucionalmente consagrado, en coherencia con la idea del Estado social y democrático de Derecho, es reconocido como derecho fundamental en la propia Constitución: artículo 28.2 CE. Por la otra parte, localizamos el *ius variandi* del empresario y que deriva del derecho de libertad de empresa reconocido en el artículo 38 CE, no como derecho fundamental.

Por tanto, es evidente la teórica prevalencia que debe poseer el derecho fundamental a la huelga por parte de los trabajadores que, en la sentencia STC 17/2017, de 2 de febrero, para nada ha tenido el efecto vinculado de anestesiar o de prevalecer sobre el poder de dirección del empresario, éste último utilizado con la única finalidad de minimizar o, como ocurre en este caso, eliminar la presión que ejercen los trabajadores huelguistas.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ARGÜELLES BLANCO, A.R.: *Derecho de huelga y determinación de los servicios mínimos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- BAYLOS GRAU, A.: *Derecho de huelga y servicios esenciales*, Madrid, Tecnos, 1988.
- GARCÍA BLASCO, J.: *El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos*, Barcelona, Bosch, 1983.
- GRAU PINEDA, C.: *Los difusos contornos de la prohibición de esquirolaje*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- MARTÍNEZ MORENO, C.: «El ser o no ser de la huelga, el fútbol y el esquirolaje. A propósito de la STC 17/2017, de 2 de febrero, Caso Telemadrid», en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 9, 2017.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *El derecho huelga (artículo 28.2 CE)*, en Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M. N. (Dir.): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2002, pp. 1057-1157.

— «Derechos de huelga y libertad sindical. Esquirolaje interno y externo. Indemnización por daño moral asociado a la vulneración», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 1/2024

MONEREO PÉREZ, J. L., y ORTEGA LOZANO, P. G.: *El derecho de huelga: configuración y régimen jurídico*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2019.

MORENO VIDA, M.^a N.: *La Huelga en Servicios Esenciales*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters/Aranzadi, 2007.

PÉREZ REY, J.: «El Tribunal Constitucional ante el esquirolaje tecnológico (o que la huelga no impida ver el fútbol)», en *Revista de Derecho Social*, núm. 77, 2017.

87. ACERCA DE UN SUPUESTO TANGENTE ENTRE SERVICIOS ESENCIALES Y DE MANTENIMIENTO

Comentario a la STS (C-A) 1264/2023 de 16 de octubre (Rec. 953/2023)

JAIME CABEZA PEREIRO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidade de Vigo. ORCID: 0000-0001-8847-3934

Palabras clave: huelga, servicios esenciales, servicios de seguridad, autoridad gubernativa.

1. ANTECEDENTES

Agradecido por poder intervenir en este homenaje al Prof. García Blasco, con el que he mantenido un menor trato académico del que yo hubiese deseado, siempre afectuoso, pero no muy cotidiano, expreso unas ideas sobre conceptos nucleares correspondientes al derecho de huelga. Es una materia en la que él es un autor clásico de referencia, desde su imprescindible libro de hace ya más de cuarenta años, a lo largo de los que no ha perdido ni un ápice de su vigencia.

El comentario que sigue se refiere en una STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 16 de octubre de 2023 y se centra en los conceptos de servicios esenciales por un lado y servicios de seguridad y mantenimiento por el otro, en un ámbito que puede considerarse tangente entre los dos. El difuso concepto de «derechos fundamentales, libertades públicas y bienes constitucionalmente protegidos» ha producido una doctrina legal en torno al primero de ellos que, por vía inductiva, ha ampliado hasta la desproporción las actividades susceptibles de ampararse en él.

Pero al mismo tiempo, y en paralelo, los consensos sociales han evolucionado, de modo que determinados derechos han transitado desde la periferia hasta el núcleo de los valorados como más importantes en una sociedad democrática. Todos los concernidos con la sostenibilidad ambiental, el cambio climático y la descarbonización conforman un buen ejemplo, como ha tenido ocasión de expresar recientemente la Gran Sala del TEDH en relación con el artículo 8 del Convenio de Roma en el asunto *Verein Klimaseniorinnen Schweiz y otros c. Suiza* (reclamación 53600/20, sentencia de 9 abril 2024). La sentencia que se pasa a comentar se relaciona con esos contenidos.

2. CUESTIÓN PLANTEADA

Se había convocado huelga general indefinida en la industria siderometalúrgica de Cantabria. Una empresa auxiliar dedicada por una parte, al mantenimiento de tuberías de salmuera, y más en concreto a la evitación de fugas y vertidos, y por otra, al mantenimiento de cintas transportadoras de piedra y reparación de tolvas, cambio de reductores y realización de soldaduras, solicita ante la Administración autonómica el establecimiento de servicios mínimos. Para ambas actividades fueron reconocidos los oportunos servicios mínimos en virtud de la correspondiente resolución gubernativa, que se desarrollaron por la empresa, pero solo en modalidad de retén para el caso de producirse alguna avería.

La sentencia de instancia, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cantabria, anula la resolución gubernativa, porque los servicios controvertidos no estaban dirigidos a la comunidad, sino a la entidad empleadora e, indirectamente, a la empresa principal. La normativa aplicable, de acuerdo con este pronunciamiento, no era el artículo 10 del RD-ley 17/1977, de 4 marzo, sino el artículo 6.7 del mismo, puesto que se trataba de un conflicto acerca del establecimiento de servicios de seguridad o de mantenimiento.

Se acompañaba, no obstante, de un voto particular discrepante, basado en que el servicio controvertido, aunque se desarrollaba por una empresa privada, afectaba a la salud de la colectividad y al medio ambiente, si se producía un evento dañoso en el círculo de la actividad productiva. Los trabajadores implicados realizaban tareas de reparación de averías en dos explotaciones de extracción de salmuera y caliza, ambos productos de alta toxicidad con afectación de la salud pública y del medio ambiente.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

La sentencia del TS desestima el recurso interpuesto por el Gobierno de Cantabria. Prescindiendo de las alegaciones de las partes y del Ministerio Fis-

cal, la fundamentación jurídica es escueta, y dicta una doctrina sin ningún viso de poder generalizarse. El Tribunal parafrasea la sentencia de instancia y comprueba que, desde una perspectiva doctrinal, deslinda correctamente los conceptos de servicio esencial y servicios de seguridad y de mantenimiento. Apela a su copiosa doctrina acerca del primero de ellos y pone de relieve que, en la tensión entre el derecho de huelga y otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos satisfechos con la prestación laboral afectada por la huelga, la fijación de servicios mínimos debe ajustarse a ciertos estándares para no volver impracticable el ejercicio del derecho de huelga, de modo que ha de seguirse una orientación siempre restrictiva.

Prosiguiendo con su argumentación –aunque omitiendo en este comentario algunos lugares comunes en torno a la titularidad pública o privada de los servicios esenciales, las finalidades a las que se proyectan, o el requisito de la reconocida e inaplazable necesidad–, cabe destacar cómo subraya el sometimiento de la actividad gubernativa al principio de proporcionalidad en el sacrificio de derechos. Frente a esos criterios, en el caso de los servicios de seguridad y mantenimiento, la atención se dirige a las necesidades de la empresa en el contexto de un conflicto clásico de las relaciones laborales. Se trata de permitir la reanudación de su actividad ordinaria y, a tales fines, la norma responsabiliza al comité de huelga de la garantía de la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de personas y de cosas y mantenimiento de locales, maquinaria, instalaciones, materias primas o cualquier otro activo de la empresa. Es decir, son medidas *ad intra*, de modo que se juzga una actividad empresarial, no administrativa

Con estos antecedentes, el TS constata que, de acuerdo con la valoración de los hechos efectuada por el órgano de instancia, los servicios controvertidos eran «de limpieza», aunque en sentido industrial, en relación con la actividad efectuada por unos grupos empresariales del sector minero. La función en concreto consistía en el mantenimiento de las instalaciones. De ahí que el órgano *a quo* considerase que no se trataba de unos servicios esenciales para la comunidad, con potencial afectación de la seguridad y de la salud colectivas, sino de una prestación que debía haberse negociado en la empresa sin intervención de la Administración.

El TS constata que el voto mayoritario y el particular de la sentencia del TSJ de Cantabria han trazado adecuadamente la frontera entre el objeto de regulación diferenciado de los artículos 6.7 y 10 del RD-ley 17/1977, de 4 marzo. En esa tesitura, entiende el órgano de casación que sencillamente se ha producido una controversia relativa a una distinta valoración de los hechos, sucediendo que la descripción del voto particular era más detallada en cuanto a la actividad de la empleadora de los trabajadores designados para los servicios mínimos.

Es en esa tesitura en la que el signo del fallo se torna desestimatorio: la pertinencia de aplicar el artículo 6.7 o el 10 de la norma de urgencia descansaba en el entendimiento de los hechos y en su valoración conforme a los elementos de prueba, lo cual constituye un terreno vedado al Alto Tribunal. Es decir, el TS no se pronuncia sobre si era pertinente la actuación gubernativa en el establecimiento de los servicios mínimos, sino que se limita a no casar la sentencia de instancia porque, de los hechos en ella apreciados, no se estimaba que la prestación de los servicios era necesaria por motivo de su inaplazable necesidad para el ejercicio de derechos fundamentales, libertades públicas y bienes constitucionalmente protegidos.

Con esta apreciación, el TS elude el auténtico debate de interés casacional, que en el fondo se refería a si una actividad consistente en el mantenimiento de unas tuberías, para evitar fugas y vertidos de salmuera y desarrollo de funciones de reparación de cintas transportadoras de piedra de roca caliza, así como reparación de tolvas y realización de soldaduras, debía considerarse o no un servicio esencial de necesidad inaplazable para el mantenimiento de derechos fundamentales, libertades públicas o bienes constitucionalmente protegidos. Para la sentencia de instancia no lo era, sino que constituía una actividad necesaria para el mantenimiento de la seguridad de las instalaciones de la empresa. Bien al contrario, para el voto particular de la misma, la empresa principal desarrollaba una actividad caracterizada por su alta toxicidad. La extracción de salmuera y de caliza exigían unos servicios que garantizaran la salud y el medio ambiente de la colectividad.

Ciertamente, los hechos probados de la sentencia sobre los que reposa el voto mayoritario adolecen de una excesiva parquedad, en tanto que los apreciados por el voto particular tan solo se parafrasean. Sin embargo, el material fáctico era, en mi opinión, suficiente para una decantación de fondo. Se deducía inequívocamente que los trabajos de mantenimiento se destinaban básicamente a asegurar el riesgo de fugas y vertidos de materiales contaminantes. En ese sentido, hubiera sido importante una toma de posición por parte del TS que dilucidara si ese mantenimiento del servicio tenía un sesgo fundamental de salvaguardia de los intereses de la empresa o de los de la comunidad.

4. CONCLUSIÓN

Esa dialéctica seguramente no admite en la práctica –valga la metáfora especialmente oportuna a la vista de los hechos– una solución químicamente pura. En el mantenimiento de la seguridad de la empresa suele estar involucrado, en mayor o menor medida, un interés público concurrente con el de aseguramiento

de los activos empresariales. En el caso planteado, la actividad controvertida tenía un cariz de protección del medio ambiente frente a posibles vertidos o contaminaciones por el que asoma el concepto de servicio esencial de la comunidad. La duda es si concurre en intensidad suficiente como para que la aplicabilidad del artículo 10 desplace la del artículo 6.7 del RD-ley 17/1977. Es decir, allá donde prevalezca el interés de la empresa, se mantendrá el régimen de este último, que solo debería ceder cuando la garantía de derechos o bienes públicos se manifieste como predominante.

La posición de las entidades intervinientes en el proceso ilustra la dificultad del análisis: la Administración autonómica basó su recurso de casación en el contenido del voto particular. La organización sindical que había sido parte demandante en la instancia contestó el recurso, en una postura que mereció una crítica acaso excesiva por parte de la sentencia, tomando la precaución de aludir a la desproporción de los servicios mínimos decididos, seguramente ante la eventualidad de una sentencia de signo estimatorio. El Ministerio Fiscal, por su parte, instó la estimación del recurso, en una postura contraria a la mantenida en la instancia, cuando informó a favor de la demanda porque entonces consideró que no se dilucidaba un conflicto relativo a derechos fundamentales, libertades públicas o bienes constitucionalmente protegibles. Es decir, el límite entre servicio esencial y de mantenimiento era en el caso suscitado particularmente borroso.

Haciendo ya abstracción del caso concreto, debe concluirse el comentario volviendo la vista de nuevo hacia la ardua limitación del concepto de servicios esenciales, el cual ha constituido uno de los grandes caballos de Troya del laboralismo contemporáneo. Tres anotaciones sobre él bastan para cerrar este comentario:

– La metodología por la que ha optado nuestra doctrina constitucional para su identificación, de tipo inductivo, plantea evidentes dificultades. Ningún servicio es, a priori esencial, como punto de partida; antes bien, hay que ponderar las circunstancias de cada caso concreto para analizar la inaplazable necesidad de su mantenimiento en caso de huelga. Se impone, en consecuencia, un sistema casuístico de identificación, que lleva ínsita una potencialidad expansiva. En comparación con otros modelos de lista más o menos rígida de servicios esenciales, el de nuestro modelo se caracteriza por una mayor ductilidad y, en consecuencia, por una mayor disposición a las adaptaciones sobrevenidas. El riesgo de una excesiva ampliación solo puede conjurarse con la apelación al criterio de la inaplazable necesidad, entendido en términos particularmente rigurosos.

– No obstante, la virtud de esa aproximación más adaptativa es innegable a los efectos de una mejor respuesta ante los cambios en las convicciones sociales y en las circunstancias. En cuanto a las primeras, los hechos de la sentencia

que se ha comentado ejemplifican perfectamente esos cambios: la exposición a elementos contaminantes que puedan dañar el medio ambiente, con ser una preocupación largamente sentida por la población, ha pasado a ocupar en los tiempos recientes una mayor jerarquía en el debate político y público. A partir de la Declaración de Río de Janeiro de 1992 sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, se ha desencadenado progresivamente una normativa internacional que sostiene el concepto de derechos medioambientales y su configuración como derechos humanos básicos. En ese sentido, riesgos que acaso hace años no justificaran, conforme a la moral social de entonces, la imposición de servicios mínimos, sí que ahora los exigen. En ese sentido, la huelga ha de confrontarse, con las limitaciones respectivas, con otros derechos y bienes jurídicamente protegidos.

Del mismo modo, las nuevas realidades también redefinen los conceptos. La digitalización y la revolución tecnológica generan una nueva aproximación al derecho de huelga, de la cual una de sus controversias alude al concepto de servicios esenciales. Por apuntar el debate, ajeno a los hechos de la sentencia comentada, las relaciones de la ciudadanía con el consumo y con el acceso a bienes y servicios han sufrido una gran transformación, que apela al contenido de qué y cuáles sean los bienes jurídicamente protegibles.

– Finalmente, con la indeterminación del concepto de servicio esencial y su mayor confusión con otros clásicos, como ha sido en este caso con los servicios de seguridad y mantenimiento, se realiza la importancia del principio de proporcionalidad como clave de bóveda de la limitación lícita en el ejercicio del derecho fundamental de huelga. En apariencia, en el caso planteado ante la Sala de lo Contencioso del TS era harto razonable que algún trabajador tuviese que sacrificar el ejercicio de su derecho para prestar un servicio de retén ante la eventualidad de producirse una avería. Incidentalmente, habría que proponer la pregunta de si la situación de disponibilidad para prestar servicios en caso de incidencia anulaba totalmente dicho ejercicio. Con todo, la pregunta de si esa limitación se producía a título de servicio mínimo o de servicio de mantenimiento tiene una importancia relativa, solo trascendente en el mundo de los conceptos y de los procedimientos. La exigencia constitucional, en cualquier caso, debería ser la incidencia mínima posible en el ejercicio del derecho fundamental de huelga.

Claro que, ubicado el discurso en esta última exigencia, de nuevo rebrota la problemática de unas autoridades gubernativas las más de las veces excesivamente preocupadas con el mantenimiento del servicio y con la defensa de su funcionamiento en condiciones lo más próximas posibles al ordinario. Es la esencia de la actuación política y los efectos secundarios de confiar la fijación del servicio público a la autoridad de gobierno.

**88. SERVICIOS MÍNIMOS *VERSUS* SERVICIOS DE
MANTENIMIENTO Y SEGURIDAD**
**Comentario a la STS (C-A) 1264/2023 de 16 de octubre de 2023 (Rec.
953/2023)**

RAQUEL YOLANDA QUINTANILLA NAVARRO
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos. ORCID: 0000-0002-9943-5711

Palabras clave: Servicios esenciales, servicios mínimos, servicios de mantenimiento y seguridad.

He tenido la gran fortuna de coincidir con el profesor García Blasco en distintos actos académicos, así como en proyectos de investigación y publicaciones colectivas, en las que me ha invitado gentilmente a colaborar bajo su dirección. En todas y cada una de esas situaciones ha resaltado su excelencia tanto profesional como personal, no solo por su brillantez sino también por su generosidad y buen humor, que crean un ambiente perfecto para trabajar en la academia. Como muestra, recuerdo su amabilidad cuando ostentaba la presidencia de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, al abrirme las puertas de dicha institución, para que yo pudiera investigar sobre la impugnación de los laudos dictados en sustitución de las Ordenanzas Laborales derogadas. En estos momentos en que se celebra su merecida jubilación, sirva la presente colaboración en esta obra colectiva como testimonio de mi más sincero agradecimiento y afecto al profesor García Blasco.

* * *

La huelga es definida por la STC 11/1981, de 8 de abril (*BOE* de 25 de abril de 1981) como perturbación del normal desarrollo de la actividad productiva, cuya finalidad es reivindicativa y consiste en la defensa de los intereses laborales colectivos de los trabajadores. Su reconocimiento constitucional como derecho fundamental dota al derecho a la huelga de una protección especial y de su carácter irrenunciable, entre otras garantías, a fin de que su ejercicio sea efectivo.

Hasta que no se apruebe la Ley Orgánica que regule su contenido esencial, la regulación actual del derecho constitucional de huelga se encuentra en el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, declarado parcialmente en vigor por la STC 11/1981, de 8 de abril (*BOE* de 25 de abril de 1981). La importante labor que, con carácter general, desempeña la jurisprudencia para interpretar y aplicar las normas, destaca más aún en lo relativo a las normas reguladoras del derecho a la huelga, habiéndose creado un cuerpo jurisprudencial principalmente en el orden jurisdiccional social, pero también en el contencioso-administrativo, civil y penal, junto con la doctrina del Tribunal Constitucional, que aportan relevantes criterios en relación con distintos aspectos, como la calificación o los efectos de la huelga.

La sentencia objeto del presente comentario ha sido dictada por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, que, de conformidad con el artículo 3 d) LRJS, entiende de las impugnaciones de las disposiciones que establecen las garantías de los servicios mínimos que permitan asegurar la prestación de servicios esenciales para la comunidad. En concreto, esta sentencia se detiene en la diferenciación del concepto de servicios mínimos respecto del de servicios de mantenimiento y seguridad de la empresa.

Se trata de la STS Sala de lo contencioso-administrativo, de 16 de octubre de 2023, dictada para resolver el recurso de casación interpuesto por el Gobierno de Cantabria, contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria 404/2022, de 10 de noviembre (Rec. 186/2022. ECLI:ES:TSJCANT:2022:1409), dictada en un procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales.

1. ANTECEDENTES

La huelga general indefinida estaba convocada, en esta ocasión, a partir del 2 de junio de 2022, en el sector de la Industria Siderometalúrgica de Cantabria. Los hechos suceden en la empresa Solvay Química SLU, una industria de fabricación de productos básicos de química inorgánica, tóxicos y

peligrosos (en adelante, Solvay). Esta empresa tenía subcontratados servicios con la empresa Servicios Industriales y Concesionarios Mop SL (en adelante, SICMOP).

Respecto de los servicios contratados con SICMOP, la huelga afectaba a dos centros de trabajo, el Grupo 1 Minero Sondeo de Polanco, dedicado a la extracción de salmuera y el Grupo 2 Minero Tejas-Dobra, dedicado a la extracción de caliza. En tales centros, SICMOP tenía cuatro trabajadores, dos en cada uno.

En el Grupo Minero Sondeo de Polanco, SICMOP contaba con dos trabajadores que, de ordinario y principalmente, trabajaban en el mantenimiento de las tuberías de salmuera, para evitar fugas y posibles vertidos.

En el Grupo Minero Tejas-Dobra SICMOP, tenía otros dos trabajadores: uno –electromecánico– reparaba la parte eléctrica de las cintas que transportan la piedra; y el otro –soldador– reparaba las tolvas, cambiaba reductores, realizaba soldaduras, etc; reparaciones necesarias a fin de prevenir que se parasen las cintas y no se pudiera transportar la piedra.

La empresa SICMOP solicitó unos servicios mínimos que incluían a los cuatro trabajadores, servicios que eran para «trabajos de soldadura con especialidad en calderería y electromecánica. En caso de avería en los sistemas de transporte de caliza pueden producirse accidentes de extremada gravedad para la seguridad de las personas y, por tanto, se considera importante el control de dicho riesgo en caso de que surja una emergencia.»

La Consejería de Industria, Turismo, Innovación, Transporte y Comercio, resolvió fijando los servicios mínimos para mantener la continuidad mínima en la empresa SOLVAY, a través de la empresa subcontratada SICMOP SL en la Comunidad Autónoma de Cantabria, en relación con la huelga general indefinida convocada. La autoridad gubernativa intentaba garantizar los servicios mínimos para una empresa en cuya actividad estaban involucradas sustancias peligrosas, con la única finalidad de proteger el medioambiente y el derecho a la salud de la colectividad. La Administración accedió a la solicitud planteada por SICMOP y los cuatro trabajadores quedaron incluidos en los servicios mínimos, si bien durante la huelga estarían en calidad de retén, tal y como destaca la resolución administrativa, de modo que solo se prestaría el servicio en caso de avería.

La representación procesal de Comisiones Obreras de Cantabria interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria el recurso contencioso-administrativo 193/2020, por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, contra la resolución de la Consejería de Industria, Turismo, Innovación,

Transporte y Comercio, por la que se fijaban los mencionados servicios mínimos. Dicho recurso fue estimado por la sentencia 404/2022, de 10 de noviembre (Rec.186/2022. ECLI:ES:TSJCANT:2022:1409). Interpuesto recurso de casación contra esta sentencia por la Letrada del Gobierno de Cantabria, el mismo fue admitido.

A juicio de la Letrada del Gobierno de Cantabria, los servicios que una empresa del sector en huelga presta a una tercera dentro de su ciclo productivo interno son calificables de servicio esencial si la interrupción de la prestación puede ocasionar consecuencias gravemente lesivas y/o dañosas para derechos y bienes constitucionalmente protegidos de los que es titular la Comunidad.

No obstante, la sentencia impugnada estimó la demanda: no consideró que se estuviese ante servicios esenciales, por no estar dirigidos a la comunidad, por lo que aplicó el artículo 6.7 Real Decreto-ley 17/1977, de modo que atribuía al empresario la adopción de medidas de seguridad por razón de las facultades de policía en la empresa; al mismo tiempo que recordaba la responsabilidad del comité de huelga a la hora de garantizar la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuese precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa (FJ 2.4.º).

La sentencia impugnada contó con un Voto Particular, en el que se consideraba aplicable el artículo 10.2 Real Decreto-ley 17/1977, con la argumentación de que la Administración puede intervenir fijando servicios mínimos tanto si se trata de empresas que prestan servicios públicos como si prestan servicios de reconocida e inaplazable necesidad, para garantizarlos. En este caso, según el Voto particular nos encontrábamos ante una empresa que prestaba unos servicios de reconocida e inaplazable necesidad y los servicios mínimos eran proporcionados, de modo que se fijaron para garantizar el funcionamiento al afectar a la salud de la colectividad y al medio ambiente, bienes constitucionalmente protegidos; no se fijaron para proteger el capital ni las instalaciones de SICMOP.

2. CUESTIÓN PLANTEADA

Recurrida en casación la sentencia mencionada, el Gobierno de Cantabria se apoya en los argumentos del Voto Particular de la sentencia recurrida, para defender que es aplicable el artículo 10.2 Real Decreto-ley 17/1977. En el

mismo sentido, se pronuncia el Ministerio Fiscal. Mientras que Comisiones Obreras de Cantabria considera, a los efectos del artículo 10.2 del Real Decreto-ley 17/1977, que la Administración carece de competencias para fijar servicios mínimos respecto de una actividad que no es de servicio público ni de urgente e inaplazable necesidad: se trata de una empresa siderometalúrgica que se dedica a la fabricación, tratamiento y comercialización de aceros y otros metales.

La cuestión principal que presenta interés casacional consiste en determinar la norma aplicable, esto es, si la fijación por la autoridad gubernativa de unos servicios mínimos para una empresa, en cuya actividad están involucradas sustancias peligrosas, con la única finalidad de intentar proteger el medioambiente y el derecho a la salud de la colectividad, está incluido en el ámbito de aplicación del artículo 10.2 del Real Decreto-Ley 14/1977 o dentro de las medidas de mantenimiento y seguridad de la empresa reguladas en el artículo 6.7 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, en relación con el artículo 28 de la Constitución.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

La STS Sala de lo contencioso-administrativo de 16 de octubre de 2023 recoge argumentos jurídicos en virtud de los cuales declara aplicable el artículo 6.7 Real Decreto-ley 17/1977. Se apoya en la sólida doctrina constitucional y jurisprudencial, estableciendo los criterios siguientes:

1. Ante el ejercicio del derecho de huelga los servicios mínimos se predicen de los esenciales, identificados con prestaciones vitales o necesarias para la vida en comunidad. Cuando se califican como servicios esenciales, la Administración es competente para fijar los servicios mínimos, a fin de atender a los intereses generales. Un eventual conflicto derivado de esa actuación administrativa se debe solventar en el ámbito del orden jurisdiccional contencioso-administrativo (FJ 6.º5).

2. Por «servicios públicos» se entiende no sólo aquellos que implican la prestación de forma directa o indirecta de una actividad de titularidad pública, sino «cualquier género» de servicios o actividades de reconocida o inaplazable necesidad, lo que permite tomar en consideración como derechos de terceros, la salud o seguridad, esto es, bienes con relevancia constitucional y jurídicamente protegidos (FJ 6.º4).

3. Ahora bien, si se trata de proteger bienes e instalaciones para así garantizar la viabilidad de la actividad empresarial una vez finalizada la huelga, es aplicable el artículo 6.7 del Real Decreto-Ley 17/1977, y un eventual conflicto se solventará en el ámbito del orden jurisdiccional social (FJ 6.º9).

4. En este caso se hacen pasar como servicios esenciales lo que son meros servicios de seguridad y mantenimiento, con el efecto de eludir las funciones del comité de huelga. De este modo, lo que sería un conflicto del que conocería el orden social -fijación de medidas de seguridad y mantenimiento de las instalaciones durante la huelga- se lleva al orden contencioso-administrativo (FJ 7.º4).

4. CONCLUSIÓN

En este caso, el mantenimiento de la actividad debería haber prescindido de la intervención administrativa, prevista en el artículo 10.2 del Real Decreto-ley 17/1977. En su lugar, debería haberse aplicado el artículo 6.7 del Real Decreto-ley 17/1977, puesto que nos encontramos ante servicios de seguridad y mantenimiento, no ante servicios mínimos.

89. HUELGA EN MEDIOS DE COMUNICACIÓN INFORMATIVOS DURANTE LA PANDEMIA

Comentario a la STS 537/2023 de 19 de julio de 2023 (Rec. 225/2021)

SUSANA TORRENTE GARI

Titular Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Zaragoza. ORCID 0000-0003-2985-2453

Palabras clave: derecho de huelga, servicios esenciales.

1. ANTECEDENTES

La representación de los trabajadores y trabajadoras de Canal Sur y de la empresa Radio y Televisión de Andalucía comunica a la autoridad laboral la convocatoria de una huelga para el 22 y 23 de diciembre de 2020, que afectaría a toda la plantilla de todos los centros de trabajo de Andalucía. Con fecha 21 de diciembre de 2020, la Dirección General de Trabajo y Bienestar Laboral dictó una resolución estableciendo como servicios mínimos la producción y emisión de la *programación informativa relevante*, en formato reducido, entendiéndose por tales los boletines informativos y diarios en radio y los avances informativos y diarios en televisión, que permita en todo caso difundir las declaraciones o comunicaciones oficiales de interés público, con el personal estrictamente necesario para ello. Justifica su decisión en atención a la amenaza del derecho fundamental a comunicar o recibir libremente información (art. 20.1.d CE). No obstante, concurren además las circunstancias excepcionales producidas por el SARS-COV-2, que obligaban a la máxima difusión a las medidas aprobadas por las autoridades públicas en relación con la restricción de la movilidad y circula-

ción de las personas para contener la propagación de infecciones, lo que exigía ofrecer información constante a la ciudadanía.

Los días 22 y 23 de diciembre de 2020 en Canal Sur TV sólo se emitieron dos programas informativos a las 14.30 y a las 20.30 horas en formato reducido de 20 minutos de duración cada uno, en lo que se difundieron noticias de interés relevante, pero sin circunscribirse a las relacionadas con la COVID-1.

La sección sindical de CCOO y el Comité de Huelga recurren el nombramiento de los trabajadores para cubrir los servicios mínimos y la STSJ de Andalucía, de 15 de abril de 2021 (n.º 1084/2021) (ECLI:ES:TSJAND:2021:3182) declaró que los trabajadores solo estaban obligados a informar sobre las medidas adoptadas frente al coronavirus y no incluir otro tipo de informaciones. Esta sentencia es casada y anulada por el pronunciamiento que se analiza.

2. CUESTIONES PLANTEADAS

Todo el razonamiento de ambas sentencias discurre en torno a los posibles límites del derecho de huelga cuando afecta a servicios públicos de radiodifusión y televisión, en la medida que existe una amenaza a otro derecho fundamental recogido en el artículo 20 CE; no obstante, la concurrencia de circunstancias, graves y excepcionales, provocadas por la COVID-1, hace que la situación resulte peculiar.

El artículo 10 del Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, establece la posibilidad de que, en caso de huelgas convocadas en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad, la autoridad gubernativa pueda acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios. Esta medida supone que el derecho a la huelga puede ser limitado cuando su ejercicio sea susceptible de impedir u obstaculizar el funcionamiento de servicios que atienden la garantía o el ejercicio de los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos. Pese a ello, la consideración de un servicio como esencial no significa, sin embargo, la supresión del derecho a la huelga de los trabajadores ocupados en tal servicio, sino la prestación de los trabajos necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que el propio servicio satisface, pero sin alcanzar el nivel de rendimiento habitual (STC 2/2022, de 24 de enero, *BOE* 23 de febrero de 2022).

Ese mismo precepto alude a la necesidad de que concurren circunstancias de especial gravedad para el establecimiento de servicios mínimos. Esa exigencia ha sido interpretada de manera muy diferente por los diversos pronunciamientos judiciales; y, sin embargo, la excepcionalidad de la situación de la pandemia sería, sin lugar a dudas, una de las razones que justificarían cualquier forma de intervención.

La autoridad laboral dictó una resolución en los términos ya expuestos y en cuyo Anexo se disponía: «corresponde a la empresa, con la participación del comité de huelga, la facultad de designar las personas trabajadoras que deban efectuar los servicios mínimos, velar por el cumplimiento de los mismos y la organización del trabajo correspondiente a cada una de ellas». De acuerdo con esta previsión, la dirección de la empresa, a las 17 horas del día 21 de diciembre de 2021, entregó a los representantes del personal la relación de trabajadores designados para la cobertura de los servicios mínimos mediante documento que se tiene por reproducido en la sentencia de instancia.

La cuestión que se debate es la idoneidad, o no, de unos servicios mínimos que supone la emisión de unos breves informativos cuyo contenido no se circunscribe a las medidas relacionadas con la COVID-1, sino que incluyen otros contenidos relevantes.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

El Tribunal Supremo defiende que el razonamiento de la autoridad laboral está justificado y casa y anula la sentencia recurrida que daba la razón a los huelguistas: «El carácter de servicio esencial tiene especial relevancia en la situación actual por la pandemia producida por el SARS-COV-2. Las condiciones de la pandemia en Andalucía no son las mismas que en otras comunidades autónomas, ni tampoco la situación de los contagios tiene la misma incidencia en cada una de sus provincias y pueblos. Por ello, las medidas que en cada caso se adoptan serán distintas, lo cual determina que con independencia de la existencia de otros medios de comunicación, es necesario que los medios de comunicación públicos dependientes de la Junta de Andalucía puedan dar a los ciudadanos información sobre las decisiones que se adopten, porque consiguen llevar la información donde no llegan los medios de difusión nacional, es preciso dar conocimiento de las decisiones adoptadas para evitar un perjuicio a la ciudadanía, en la excepcional situación actual».

Para llegar a esta solución, recoge todos los argumentos tradicionales de las sentencias que examinan los límites del derecho de huelga en los servicios esenciales. Así, defiende (F. Jco. 3.º):

1.- Trabajar en un servicio esencial no significa la supresión del derecho a la huelga de los trabajadores ocupados en tal servicio, sino la previsión de las garantías precisas para su mantenimiento, lo que implica la prestación de los trabajos necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que el propio servicio satisface, pero sin alcanzar el nivel de rendimiento habitual.

2.- La determinación de las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad no puede ponerse en ma-

nos de ninguna de las partes implicadas en el conflicto colectivo que supone la huelga, sino que debe ser sometida a un tercero imparcial. Su atribución a la autoridad gubernativa es la manera más lógica de cumplir el mandato constitucional, si bien queda limitada por consideraciones materiales –las garantías establecidas no pueden vaciar de contenido el derecho a la huelga o rebasar la idea de su contenido esencia– y formales –el control jurisdiccional.

3. La salvaguarda del derecho a comunicar y recibir información veraz por cualquier medio de difusión (art. 20 CE) puede operar como límite del derecho a la huelga a la hora de definir los servicios esenciales y los servicios mínimos en relación con una huelga concreta. Pero, de acuerdo con el TC (STC 183/2006, de 29 de junio, *BOE* de 20 de julio de 2006), «una información que podía emitirse con posterioridad a la jornada de huelga de veinticuatro horas, no produce menoscabo alguno del derecho a comunicar porque estaba desprovista de la actualidad e inmediatez necesarias que pudieran justificar en principio la restricción del derecho de huelga [...] y la actividad televisiva previamente grabada, desprovista de todo contenido e interés informativo, en nada concierne al derecho a comunicar y recibir información del artículo 20.1.d) de la Constitución. [...] y también se vulneró el derecho fundamental a la huelga al fijar como servicio la producción y emisión de la normal programación informativa, pues mantener un servicio implica la prestación de los trabajos necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que el propio servicio satisface, pero sin alcanzar el nivel de rendimiento habitual».

No obstante, en el caso que examina, el Tribunal destaca las especiales circunstancias de la pandemia producida por el SARS-COV-2, lo que obliga a fijar como servicios mínimos unos informativos que recojan las comunicaciones oficiales de interés público, se entienden relacionadas con la pandemia. Y ese es el contenido que se incumple; pues los informativos no se limitaban a la información sobre la enfermedad, sino que incluían algunas noticias relevantes que no estaban directamente relacionadas con la COVID-19

A juicio de la Sala, la emisión de noticias de interés relevante en dos breves informativos diarios de 20 minutos de duración cada uno, *se ajusta a los servicios mínimos fijados por la autoridad laboral y no vulnera el derecho fundamental a la huelga*. Se consigue así salvaguardar tanto el derecho fundamental a la huelga, que no queda vacío de contenido por esos breves informativos; como el derecho a comunicar y recibir información veraz por cualquier medio de difusión, que opera como límite del derecho a la huelga.

El servicio público de la televisión autonómica andaluza proporcionó información relevante durante la emergencia de salud pública causada por la COVID-19. Aun cuando se incluyeran algunas noticias que no estaban directamente relacionadas con la COVID-19, en dicha situación de emergencia sa-

nitaria inmediatamente antes de la Navidad, el derecho fundamental a comunicar y recibir información veraz por cualquier medio de difusión justifica que la televisión pública andaluza informase a los ciudadanos de las noticias más importantes durante esos breves lapsos temporales, que en modo alguno vaciaron de contenido el derecho a la huelga.

4. CONCLUSIONES

Considero que el TS evita pronunciarse sobre las razones que había defendido el TSJ de Andalucía para dar la razón a los huelguistas. No se pretende ponderar la medida en la que el derecho de huelga se ve afectado por el hecho de que, durante los 40 minutos de informativos, 5, 10 y 13 minutos se dedicaran a información relevante no sanitaria. El problema, y es lo que defiende la sentencia de instancia, es si esos minutos de información adicional obligaron a la intervención de trabajadores que habían sido nombrados para la cobertura de los servicios; y en qué medida eso suponía excederse de los servicios mínimos fijados por la autoridad laboral. De este modo, sí que la expresión «información relevante» cobra importancia en la interpretación de los trabajadores que se necesitan para atender los servicios mínimos.

No se discute la esencialidad del servicio, declarada legalmente por la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual y por el artículo 44.1 de la Ley 10/2018, de 9 de octubre, Audiovisual de Andalucía. Tampoco se pone en ningún momento en tela de juicio la excepcionalidad de la situación. Ambas partes admiten la necesidad de difundir «declaraciones o comunicaciones oficiales de interés público, con el personal estrictamente necesario».

Ni siquiera la impugnación afecta a la resolución administrativa que fijó los servicios mínimos a fin de garantizar el mantenimiento de un servicio esencial de la comunidad. La decisión de la autoridad gubernativa ha de exteriorizar los motivos que le lleven a apreciar la esencialidad del servicio, las características de la huelga convocada, los intereses que pueden quedar afectados y los trabajos que no pueden sufrir interrupción o cuya prestación debe mantenerse en algún grado; no obstante, la razón del conflicto no es la clásica impugnación por extralimitación en la determinación de los servicios; y tampoco se cuestionan las especiales circunstancias causadas por la pandemia porque, además, «los días 22 y 23 de diciembre son fechas clave en el periodo navideño. La situación de las familias, la actividad comercial, la movilidad de la población y, en relación con todo ello, las medidas ya adoptadas y las que se puedan adoptar exigen la regulación de unos servicios mínimos de acceso a la información».

La cuestión de fondo, y se concluye como posible lesión del derecho de huelga, es un acto posterior que restringió indebidamente el derecho a la huelga de los trabajadores convocados al discrepar sobre el contenido de la «información relevante». Este es el conflicto que, a mi modo de ver, obvia el TS. Si esa expresión ha de tener un sentido restringido, referido únicamente a las medidas tomadas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID; o bien, se debe atribuir un significado amplio, en cuyo caso *la empresa estaba facultada para identificar la información que por sus características tenía la cualidad de relevante*.

¿Vulnera la emisión en tan breve espacio de tiempo de información no sanitaria el derecho de huelga? Aparentemente, no. La cuestión es que, si los huelguistas hubieran entendido que esa información comprendía cuestiones no relacionadas con la pandemia seguramente hubieran impugnado la resolución administrativa. Hay, por tanto, un problema de interpretación a una expresión indeterminada.

¿Si hubiera estado detallado el tipo de información, hubiera cambiado algo? Considero que no, aunque hubiesen impugnado la resolución administrativa. La redacción de la resolución obedece a las razones de estilo más que a cuestiones materiales o de fondo. La cuestión se remite a que, en esas circunstancias, los huelguistas continúan teniendo una pretensión desproporcionada. En esos momentos, todos los informativos prácticamente informaban exclusivamente de las noticias relacionadas con la pandemia. La información imprescindible podía incluir la hora en la que había que volver a casa o el número de personas que podían estar juntas en las reuniones familiares. Si, además de ese contenido, durante muy poco espacio de tiempo y en unas circunstancias muy concretas se ofreció otra información que resultaba relevante, no parece que sean una amenaza para el derecho de huelga, en un momento en que existían amenazas ciertas para otros derechos fundamentales como por ejemplo la libertad de circulación en los confinamientos perimetrales.

El problema es que, para resolver asuntos jurídicos, no podemos acudir sólo al sentido común, o a la opinión de la mayoría (*falacia ad populum*), o a «lo normal». Muchos razonamientos jurídicos son complejos porque es necesario respetar el sentido de la norma, los principios generales del derecho y los derechos fundamentales. Y, aunque no existiese esa amenaza real, si va a ser la empresa la que interprete el contenido de la información relevante, jurídicamente es contrario a las exigencias de imparcialidad y a la atribución de la decisión a la autoridad laboral.

90. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA HUELGA NOVATORIA

Comentario a la STS 468/2023 de 4 de julio de 2023 (Rec. 224/2021)

JUAN MOLINS GARCÍA-ATANCE
Magistrado del Tribunal Supremo

Palabras clave: Huelga novatoria, ámbito territorial.

1. ANTECEDENTES

El sindicato CGT-A convocó una huelga en el Servicio de Ayuda a Domicilio (SAD) de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el día 27 de noviembre de 2020.

Sus objetivos eran conseguir los EPI suficientes, eliminar la externalización del SAD, adaptar los puestos de trabajo de las trabajadoras embarazadas desde el mismo momento en que se comunique a las empresas, eliminar las listas de espera de personas dependientes con necesidades de ayuda a domicilio.

La Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (ASADE) interpuso demanda de conflicto colectivo solicitando que se declarase la ilegalidad de esa huelga.

La sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía con sede en Sevilla de 27 de abril de 2021 (Rec. 38/2020) desestimó las alegaciones relativas a la falta de acción, falta de agotamiento de la vía previa, falta de legitimación activa de ASADE y falta de legitimación pasiva del sindicato CGT-A. Argumentó que no se trataba de una huelga política sino una huelga de impo-

sición económico-política. Tampoco fue una huelga novatoria. La parte actora sostenía que pretendía alterar el VII Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal y el Convenio Colectivo provincial de Sevilla de Ayuda a Domicilio.

El TSJ sostiene que el VII Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes se denunció en el año 2018 y su periodo de vigencia pactado ya estaba cumplido. Lo mismo sucedió con el Convenio Colectivo provincial de Sevilla para la Ayuda a Domicilio, que perdió vigencia el día 31 de diciembre de 2020.

2. CUESTIONES PLANTEADAS

ASADE formuló recurso de casación clásica con dos motivos. En el primero argumenta que la sentencia recurrida incurre en incongruencia omisiva porque no responde al argumento consistente en que la huelga es novatoria porque pretende establecer una nueva unidad de negociación colectiva incumpliendo los requisitos del artículo 83.2 ET y el artículo 7 del VII Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal. Tampoco responde al argumento relativo a que la central sindical no reúne ninguno de los requisitos de legitimación para instar y tener presencia en una mesa de negociación colectiva de carácter sectorial.

En el segundo motivo se alega que la sentencia recurrida incurre en error cuando afirma que el V Convenio colectivo provincial está denunciado cuando se convoca y/o celebra la huelga. Considera que la huelga tiene por objeto alterar, dentro de su período de vigencia, lo pactado en el V Convenio colectivo provincial de Ayuda a Domicilio de Sevilla, y se debía haber declarado su ilegalidad.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

El TS desestima el primer motivo, relativo a la incongruencia, porque la sentencia recurrida argumenta que el núcleo litigioso radica en la ilegalidad de una convocatoria de huelga, cuestión que nada tiene que ver con la interpretación y aplicación de los convenios colectivos. La sentencia de instancia explica que las organizaciones sindicales son sujetos colectivos legitimados para convocar

una huelga, sin que sean de aplicación los criterios de enjuiciamiento de la legitimación activa en los conflictos colectivos. La demanda versó sobre la petición de declaración de ilegalidad de la huelga. Se trata de una pretensión claramente deslindable de la que se pudiera articular en otro procedimiento en el que se cuestionase un eventual cambio en la unidad de negociación para este sector.

El TS también desestima el segundo motivo:

1) La doctrina jurisprudencial niega que sea una huelga novatoria la que no pretende «estrictamente» alterar un convenio colectivo sino reclamar una interpretación del mismo, su cumplimiento por parte empresarial o exigir reivindicaciones que no impliquen modificación del convenio.

2) Las únicas huelgas que en principio tienen la condición de ilícitas y abusivas por presunción legal son las huelgas rotatorias, las efectuadas por los trabajadores que prestan servicios en sectores estratégicos con la finalidad de interrumpir el proceso productivo y las de celo o reglamento.

3) Debe presumirse la validez de todas las demás huelgas, aunque las circunstancias concurrentes la pueden convertir en abusiva. El que alega su carácter abusivo tiene la carga de la prueba de los elementos básicos necesarios para que la huelga pudiera calificarse de abusiva por desproporcionada.

4) No es ilegal una huelga por el hecho de que su objetivo no se limite exclusivamente a la defensa de los intereses de los huelguistas. El calificativo profesional ha de entenderse referido a los intereses de los trabajadores en cuanto tales.

5) La huelga enjuiciada no quedó restringido a la provincia de Sevilla, sino que alcanzó al de toda la Comunidad Autónoma de Andalucía.

6) El mentado VII Convenio Colectivo extendió su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2018, lo que excluye que la huelga pretendiera novar ese convenio colectivo.

7) Sí que se encontraba vigente el convenio colectivo provincial. En la fecha de la huelga restaba poco más de un mes para que expirase el periodo de vigencia fijado por los negociadores.

8) La articulación entre los dos convenios colectivos la solventaba el convenio marco en su artículo 6. Establecía que su regulación tendría carácter de derecho mínimo necesario con respecto a la regulación que sobre esos mismos asuntos que pudiera contenerse en otros convenios colectivos de ámbito más reducido.

9) El conjunto de planos temporales, materiales y territoriales, permiten erradicar una voluntad de alterar el convenio inferior durante el escaso periodo de vigencia computable.

10) La huelga limitó su ejercicio a un solo día; afectó a todos los trabajadores del SAD de la Comunidad Autónoma, no solo a una provincia; y tenía unas reivindicaciones y finalidades mucho más extensas y diversas que las inherentes a una colisión parcial y restringida con un pacto a punto de fenecer.

4. CONCLUSIÓN

Aunque algunas de las reivindicaciones de la huelga contradecían lo pactado en un convenio colectivo en vigor, el TS niega que fuera una huelga notoria porque el ámbito territorial de la huelga era más amplio que el de esa norma colectiva, que estaba a punto de expirar, y porque los objetivos de la huelga eran mucho más amplios:

1) La huelga, cuya duración fue de un solo día, tenía un ámbito territorial mayor (la Comunidad Autónoma de Andalucía) que la citada norma colectiva (la provincia de Sevilla).

2) El convenio colectivo sectorial autonómico había sido denunciado. Solo permanecía en vigor un convenio colectivo provincial a punto de expirar. Le quedaba poco más de un mes para finalizar el periodo de vigencia pactado.

3) Los objetivos materiales de las reivindicaciones de la huelga eran más amplios que los que colisionaban con el contenido del pacto en vigor.

El artículo 11.c) del RD-Ley 17/1977 considera ilegal a la huelga que tenga por objeto alterar, dentro de su período de vigencia, lo pactado en un convenio colectivo. La doctrina constitucional considera que el derecho fundamental a la huelga goza de una singular preeminencia por su más intensa protección. El TS concluye que el derecho a la huelga no puede entenderse constreñido al que se ejerce para presionar en la negociación. Debe primar la garantía del derecho fundamental a la huelga reconocido en el artículo 28.2 CE porque su objetivo no era estrictamente el de alterar el pacto convencional.

91. DERECHO DE HUELGA Y SERVICIOS MÍNIMOS EN EL SECTOR SANITARIO

Comentario a la STS 417/2023 de 9 de junio de 2023 (Rec. 263/2021)

NATALIA TOMÁS JIMÉNEZ

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada. ORCID: 0000-0002-0515-4514

Palabras clave: Huelga, servicios esenciales, servicios mínimos, sanidad, urgencias.

1. ANTECEDENTES

Varios sindicatos, entre ellos, Unió d'Infermeres de Catalunya (UIdC), convocaron una huelga sectorial indefinida en forma de paros en todos los centros y empresas sanitarias y socio-sanitarias públicas y privadas de todo el territorio de Cataluña. El inicio de la huelga estaba previsto para el día 10 de marzo 2021, de 0.00 a 24.00 horas, y había de continuar el 15 de marzo 2021, con paros de dos horas en las franjas horarias de 4:00 a 6:00, de 8:00 a 10:00 y de 18:00 a 20:00, y se repetiría todos los lunes de forma indefinida en las mismas franjas horarias.

En el *DOG*C del 10 de marzo 2021 se publicó la Orden TSF/56/2021, de 9 de marzo 2021 por la que se garantiza el servicio esencial en todos los centros y empresas sanitarias, socio-sanitarias y residencias para la gente mayor públicas y privadas de Catalunya, estableciéndose en su artículo 1.2.a) 11) que «se tendrá que garantizar el normal funcionamiento del servicio de coor-

dinación de urgencias y los sistemas de emergencias médicas, en atención a las especiales características de la asistencia prestada». En su artículo 2 estipula que «La dirección de los centros afectados, una vez escuchado el Comité de Huelga, debe determinar el personal estrictamente necesario para el funcionamiento de los servicios mínimos que establece el artículo anterior, excluido el del Comité de Huelga. Estos servicios mínimos los tiene que prestar, preferentemente, si lo hay, el personal que no ejerza el derecho a huelga. La dirección debe asegurarse que las personas designadas para hacer los servicios mínimos reciban una comunicación formal y efectiva de la designación».

La empresa Sistema d'Emergencies Mèdiques de la Generalitat de Catalunya (SEMSA) tomó conocimiento de la existencia de la huelga que le afectaba el mismo 10 de marzo 2021, por lo que la empresa no pudo modificar el turno de trabajo del 10 de marzo ni designar servicios mínimos para esa jornada de huelga. Ese día fue secundada por tres trabajadores del SEMSA, de los 248 trabajadores con turno y horario para ese día.

SEMSA comunicó el 11 de marzo 2021 a los trabajadores que, de acuerdo con lo dispuesto en la Orden, y para garantizar el normal funcionamiento del servicio de coordinación de urgencias y los sistemas de emergencias médicas, en atención, a las especiales características de la asistencia prestada, «los servicios, médicos habían de ser del 100% del personal del turno y horario». Los días 15 y 22 de marzo del total de trabajadores (248 y 241 respectivamente) adscritos al turno de trabajo y horario, ninguno secundó la huelga. La huelga fue desconvocada el 25 de marzo 2021.

2. CUESTIONES PLANTEADAS

El sindicato UIcC plantea demanda sobre vulneración de derechos fundamentales y reclamación de cantidad (indemnización) contra la empresa SEMSA al considerar que ésta vulneró el derecho de huelga al fijar los servicios mínimos en su empresa en el 100% de los trabajadores. La cuestión litigiosa es la concreta decisión de la empresa, no la Orden por la que se establecen los servicios mínimos con carácter general en la huelga del sector, determinándose así que corresponde la competencia del orden jurisdiccional social.

La STSJ Cataluña 19 de abril de 2021, núm. 11/2021, estima parcialmente la demanda y declara la vulneración del derecho huelga por parte de la empresa, y en consecuencia la nulidad radical de su conducta al fijar los servicios mínimos en el 100% de los trabajadores en relación con los hechos del día 15

de marzo de 2021, debiendo además pagar a la parte actora 6.251 euros en concepto de indemnización por daños morales.

El SEMSA interpuso recurso de casación ordinario con un único motivo en el que denuncia la infracción del artículo 28.2 CE y del artículo 1.2.^ª11 de la Orden TSF/56/2021, argumentando que, cuando el SEMSA fijó unos servicios mínimos del 100%, se limitó a cumplir lo dispuesto en la citada norma, que obligaba a garantizar el normal funcionamiento de este servicio. El Ministerio Fiscal emitió informe a favor de que se declarase la improcedencia del recurso.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

La STS de 9 de junio de 2023, núm. 417/2023, estima el recurso de casación ordinario interpuesto por el SEMSA, revoca la STSJ Cataluña 19 de abril de 2021, núm. 11/2021, y desestima la demanda formulada por el sindicato UIcC contra el SEMSA, desestimando la pretensión de que se declare vulnerado el derecho fundamental a la huelga de los trabajadores de la empresa demandada y absolviendo a la parte demandada de las pretensiones formuladas en su contra, sin condenar al pago de costas.

En primer lugar, el TS considera que no concurre ninguna causa de inadmisión del recurso y por tanto es admitido. Por otro lado, asume los argumentos desarrollados en la STSJ Cataluña de 19 de abril 2021 (Fundamento Jurídico1.º) que atribuye la competencia a la Sala de lo Social para el enjuiciamiento del asunto ya que lo que aquí se discute «no es el contenido de los servicios mínimos decretados por la Autoridad Laboral [...], lo que sería competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, sino la posible lesión por parte de la empresa demandada del derecho fundamental de huelga en los actos de aplicación e interpretación de esa Orden del Departament de Treball». La sentencia de instancia afirma (y el Tribunal Supremo comparte), que es competencia de la jurisdicción social determinar si la actuación de la empresa, fijando unos servicios mínimos del 100%, constituye un exceso en la interpretación y aplicación de la norma vulneradora del derecho de huelga. Es importante subrayar este aspecto porque el TS sustenta su decisión en que precisamente no se está discutiendo si la Orden por la que se establecen los servicios mínimos es respetuosa con el derecho fundamental de huelga, quedando este aspecto excluido expresamente de la jurisdicción social por el artículo 3, d) LJS, correspondiendo ello a la jurisdicción contencioso-administrativa. Insiste en este aspecto el TS en varios párrafos, aludiendo a la STS (Sala Social)

núm. 1092/2021, de 4 noviembre, pero quizás debería haber planteado cuestión prejudicial al respecto para evitar la conclusión a la que llega.

La STS de 9 de junio de 2023 analiza la sólida doctrina del TC en la que resuelve recursos de amparo suscitados en torno a si la fijación por la autoridad gubernativa de los servicios mínimos vulnera el derecho a la huelga. Entre otros aspectos, queda patente que se pueden establecer servicios mínimos elevados, pero sin alcanzar el nivel de rendimiento habitual ni el funcionamiento normal, adoptándose siempre un criterio restrictivo (SSTC 184/2006; 193/2006; 191/2006; 233/1997; 296/2006; entre otras). Concretamente, se establece que se vulnera el derecho a la huelga si la autoridad gubernativa fija unos servicios mínimos del 100%, no siendo admisible que el nivel habitual de prestación del servicio coincida en su integridad con lo que debe considerarse como un nivel mínimo de prestación. Ello supone no ya limitar sino privar íntegramente del ejercicio del derecho a la huelga a los trabajadores, siendo necesario en esos casos una motivación específica sobre el carácter mínimo de los servicios habitualmente ofrecidos (STC 2/2022, de 24 de enero).

Asimismo, recoge y comparte la reiterada jurisprudencia de la Sala Contencioso-administrativa del TS declarando la nulidad de la fijación de servicios mínimos en el ámbito sanitario que afectaban al 100% de la plantilla, considerándose que no eran acordes al principio de proporcionalidad y resultaban abusivos y privativos del derecho de huelga de los trabajadores huelguistas, requiriendo para ello una especial y concreta motivación que no constaba en la orden de la autoridad gubernativa (STS de 26 de diciembre de 2012, rec. 27/2012; STS 19 de diciembre de 2012, rec. 402/2012; STS 8 de marzo de 2013, rec. 3517/2011; STS 26 de mayo de 2014, rec. 1479/2013; STS de 28 de mayo de 2015, rec. 1148/2014; STS 14 de diciembre de 2015, rec. 989/2014).

A mayor inri, también alude a la STS (Sala Contencioso-administrativo) núm. 1769/2016, de 14 julio (rec. 4057/2014), que anuló unos servicios mínimos fijados en una orden que requería *realizar las comunicaciones de la forma habitual*. Es clarificadora esta sentencia a los efectos de la presente controversia ya que establece contundentemente que fijar *de facto* unos servicios mínimos del 100% en base a la expresión rendimiento habitual contenida en la orden en cuestión, supone vaciar de contenido el derecho de huelga de los trabajadores ocupados, concluyéndose que «el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad evidencia que no puede alcanzarse el nivel de rendimiento habitual ni asegurar el funcionamiento normal o regular del servicio».

En esta misma línea, la doctrina de la Sala de lo Social del TS mantiene que deben vetarse interpretaciones restrictivas del derecho fundamental de

huelga y, por tanto, es incompatible con este derecho la fijación de los servicios mínimos en un 100% en aras de que la Orden eludiera concretar un porcentaje y utilizara otros términos como *personal necesario e imprescindible* (STS de 27 de noviembre 2017, rec. 1/2017).

Teniendo en cuenta este hilo conductor en la argumentación de la STS de 9 de junio 2023, lo más coherente hubiera sido declarar vulnerado el derecho de huelga por la decisión de la empresa SEMSA. Sin embargo, el Alto Tribunal considera que la Orden TSF/56/2021 estableció que *deberá garantizarse el normal funcionamiento del servicio*, lo que equivale a que deberá prestarse en las mismas condiciones en que se hace habitual u ordinariamente, por lo que la empresa se limitó a garantizar que ese servicio funcionaba con normalidad, lo que exigía que prestasen servicios el 100% los trabajadores. Distingue el caso de autos del examinado en la STS de 27 de noviembre 2017, rec. 1/2017, y es que efectivamente las expresiones utilizadas por la autoridad gubernativa son diferentes; dejándose entrever, no obstante, la posible ilegalidad de la Orden TSF/56/2021, pero como no ha sido impugnada debe ser cumplida por SEMSA, siendo válida la interpretación aplicativa que realiza la empresa. En consecuencia, estima el recurso y no condena a la empresa.

El fallo y la argumentación final de la STS de 9 de junio 2023 resulta, al menos, cuestionable. Ciertamente, la controversia objeto de la litis gira en torno a la decisión empresarial, que toma como base la Orden TSF/56/2021, que precisamente no ha sido impugnada judicialmente. No obstante, esta Orden debe ser considerada ilegal a la luz de la doctrina jurisprudencial del TC y del TS citada en la propia sentencia y que condena expresiones como que se garantice *el normal funcionamiento del servicio de coordinación de urgencias*. No puede ampararse la conducta empresarial en que no se ha impugnado la Orden de referencia cuando vulnera el propio artículo 28.2 CE. No cabe duda de que se trata de un *servicio esencial a efectos de huelga* (Baylos Grau, 2022), y además de máxima relevancia o importancia, debiéndose fijar unos amplios servicios mínimos, más aún en el contexto pandémico en el que se desarrolla, con un elevado impacto del COVID-19 en general y muy especialmente en el sector en cuestión. La propia sentencia de instancia hace alusión a ello, indicando que «es evidente que por la esencialidad del servicio de que tratamos, y más en el contexto singular actual derivado de la pandemia, los servicios mínimos habrán de ser en todo caso porcentualmente altos», citando, por ejemplo, un caso en el que se establecieron en el 85% (Fundamento Jurídico 6.^a 3). Por tanto, a pesar de la indudable esencialidad del servicio, en este caso concreto, atendiendo a la extensión territorial, funcional, personal y temporal de la huelga no cabe justificar la imposición del 100% de servicios mínimos ya que

ello vacía de contenido el derecho de huelga. La fijación de los servicios mínimos en esos términos es desproporcionado y carente de una justificación objetiva y razonable, interpretándose así de una forma excesivamente amplia la orden que fija los servicios mínimos (Monereo Pérez, 2023, 16). La fijación de servicios mínimos al 100 % no facilita precisamente la huelga y no se adecúa a la Constitución Española (Rojo Torrecilla, 2022 y 2023). La resolución que adopta la STS de 9 de junio 2023 resulta peligrosa ya que ampara comportamientos empresariales abusivos que lesionan de una forma indirecta el derecho de huelga acogiéndose a una Orden que vulnera la propia Constitución Española y que de haber sido impugnada habría sido seguramente anulada. Era posible otra interpretación de la Orden TSF/56/2021 no tan excesivamente restrictiva de este derecho fundamental (Nogueira Guastavino, 2023, 6-7), abriendo la STS de 9 de junio 2023 una peligrosa senda hacia la flexibilización de este derecho al admitir la vulneración reglamentaria de un derecho constitucional (Orden *versus* art. 28.2 CE), o al menos cerrar los ojos ante ello.

4. CONCLUSIONES

En este supuesto no se impugna la orden que estableció los servicios mínimos sino la decisión de la empresa de aplicación de los mismos por lo que corresponde conocer al Orden Social. Si se impugnase la orden, la competencia le correspondería al Orden Contencioso-administrativo.

Se recoge la doctrina del TC y del TS que establece claramente que no pueden establecerse *de facto* un 100% de servicios mínimos en base a que la orden se refiera, por ejemplo, al «nivel de rendimiento habitual ni asegurar el funcionamiento normal o regular del servicio» (como hace la Orden TSF/56/2021, aplicable en la sentencia que se comenta), ya que ello vulneraría el derecho fundamental de huelga. Ahora bien, si la autoridad gubernativa fijó unos servicios mínimos que debían garantizar el normal funcionamiento del SEMSA y dicha orden no fue impugnada judicialmente, cuando la empresa fijó unos servicios mínimos del 100% del personal de ese servicio se limitó a cumplir lo acordado por la autoridad. No se puede condenar a una empresa por vulnerar el derecho fundamental a la huelga de sus trabajadores, así como al pago de una indemnización de daños y perjuicios, cuando el empleador se ha limitado a cumplir la orden de la autoridad gubernativa que fijaba los servicios mínimos, la cual no ha sido impugnada judicialmente. Por tanto, se revoca la sentencia de instancia y se desestima la demanda. La STS 9 de junio 2023 contiene un sorprendente (y esperemos que aislado) giro en la argumentación

que venía realizando el propio TS, tendiendo más hacia la flexibilización y sacrificio del derecho de huelga que cae ante una norma reglamentaria con claros visos de ilegalidad.

5. BIBLIOGRAFÍA

- BAYLOS GRAU, A. «Un “servicio esencial” en huelga que exige que trabaje toda la plantilla. Un comentario a la STC 2/2022, de 24 de enero», <https://baylos.blogspot.com/2022/03/un-servicio-esencial-en-huelga-que.html>, 20 marzo 2022.
- MONEREO PÉREZ, J.L. «Huelga y servicios esenciales: requisitos para declarar la vulneración del derecho fundamental de huelga», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 8, 2023.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M. «No vulnera el derecho de huelga la decisión empresarial de imponer al 100% del personal la realización de servicios mínimos cuando se limita a cumplir los servicios mínimos establecidos por la autoridad gubernativa», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 7, 2023.
- ROJO TORRECILLA, E. «Vulneración del derecho constitucional de huelga por fijación de servicios mínimos desproporcionados», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 3, 2022.
- «¿Pueden fijarse servicios mínimos del 100 % con ocasión del ejercicio del derecho de huelga en un servicio esencial? Notas a las sentencias del TS de 9 de junio de 2023 y del TSJ de Cataluña de 19 de abril de 2021 (y las muchas dudas que plantea la primera)» <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/07/pueden-fijarse-servicios-minimos-del.html>, 1 julio 2023.

92. SOBRE EL USO ABUSIVO DE LA POTESTAD ORGANIZATIVA EMPRESARIAL PARA MINIMIZAR LOS EFECTOS DE LA HUELGA: OBSTRUCCIÓN DEL DERECHO, ESQUIROLAJE INTERNO E INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS

Comentario a la STS 273/2023 de 13 de abril de 2023 (Rec. 217/2021)

SARA ALCÁZAR ORTIZ

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Zaragoza. ORCID: 0000-0001-5783-6448

Palabras clave: Libertad sindical, derecho de huelga, actuaciones empresariales abusivas, esquirolaje interno, indemnización por daños morales.

1. ANTECEDENTES

La sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, el 17 de marzo de 2021, resolvió la demanda sobre tutela de derechos fundamentales y libertad sindical presentada por la Unión Sindical Obrera Sector de Transporte Aéreo (USO- STA) y el Sindicato Independiente de Tripulantes de Cabina de Pasajeros (SITCPLA).

Esas dos organizaciones sindicales convocaron huelga para los días 1, 2, 6, 8, 13, 15, 20, 22, 27 y 29 de septiembre de 2019 con paros cada uno de los días desde las 00:00 horas hasta las 24:00 horas, frente a la empresa Ryanair DAC, así como contra las Empresas Crewlink y Workforce, en las bases que ostenta Ryanair en España. Los objetivos y reivindicaciones de la convocatoria de huelga eran impedir el cierre de las bases de Tenerife, Las Pal-

mas de Gran Canarias y Girona y con ello las extinciones de contratos de trabajo anunciadas por la compañía Ryanair que afectarían a todos los tripulantes que prestan servicios en esas bases.

Ante las medidas adoptadas y conductas llevadas a cabo por las demandadas –que se expondrán a continuación– durante la convocatoria de huelga que tuvo lugar en aquellos días del mes de septiembre de 2019, los sindicatos demandaron la nulidad radical de las mismas, el pago solidario de una indemnización a cada uno de los convocantes de 93.757,5 euros y la devolución a las personas trabajadoras que secundaron cualquiera de alguna de las convocatorias de huelga del importe indebidamente descontado correspondiente al concepto salarial «productivity bonus».

Como hechos probados, se recogen los siguientes:

– Se convocó, el día 23 de agosto, al comité de huelga a los efectos de llegar a un acuerdo sobre la fijación de los servicios mínimos, sin alcanzar un acuerdo.

– El 28 de agosto, el empresario comunicó el Decreto del Ministerio de Fomento sobre la fijación de servicios mínimos a la representación social.

– El mismo 28 de agosto, la empleadora remitió por correo electrónico a todos los tripulantes de cabina de pasajeros (TCP) una encuesta «para minimizar el impacto a los pasajeros». Indicaba que, «para poder minimizar el impacto a nuestros pasajeros, necesitamos planificar qué vuelos podemos operar», por lo que «necesitamos saber por adelantado quién va a asistir o quién se presenta voluntario para trabajar en las mencionadas fechas», con el fin de «maximizar el número de vuelos con salida y entrada en España para ayudar a nuestros pasajeros y sus familias, muchos de los cuales estarán volando en sus vacaciones de verano».

– Una persona representante de la empresa dirigió un video a todo el personal con afirmaciones como «los sindicatos, en vez de trabajar con nosotros, intentan causar más incertidumbre llamando a la huelga y esto solo puede empeorar las cosas»; «las huelgas no consiguen nada»; «el problema es que esas bases se están cerrando y tenemos que encontrar la manera de preservar el empleo y esto no va a ser solucionado con una huelga».

– La Directora de Operaciones emitió un comunicado a toda la tripulación que opera en aeropuertos españoles, advirtiendo –entre otras cuestiones– que, si se lleva a cabo la huelga, «la pérdida salarial media será de 360 euros para un Junior y de más de 480 euros para un Sobrecargo» y animando a proponerse voluntario en los días libres «para ayudar a nuestros pasajeros».

– La empresa, como comprobó la Inspección de Trabajo, que levantó acta de infracción, incurrió en un uso abusivo de su poder de dirección mediante la

asignación de guardias sin especificar el servicio mínimo que tendrían que cubrir, pues se asignaron a las personas trabajadoras la totalidad de los vuelos declarados como protegidos, fuesen o no de su base, modificando, además, en algunos casos, las previsiones iniciales a quienes estaban en situación de descanso o de días libres, y notificándolo con escasa antelación a los TCP (unas horas o el día anterior). Asimismo, algunas de las inspecciones realizadas permitieron constatar que la compañía Ryanair había designado durante los días de huelga a un importante número de trabajadores TCP en situación de guardia, con un incremento considerable sobre el número de trabajadores que habitualmente son designados para cubrir las posibles incidencias en las programaciones de vuelo.

– Ryanair descontó completo el bonus de productividad mensual por importe de 150 euros mensuales a los que participaron en la huelga.

La sentencia citada de la Audiencia Nacional estimó parcialmente la demanda formulada y declaró que las empresas habían vulnerado los derechos de libertad sindical de los sindicatos demandantes y el derecho de huelga de las personas trabajadoras, condenando solidariamente a dichas empresas, entre otras cosas, a indemnizar a cada sindicato demandante por los daños morales causados con la suma de 30.000 euros para cada uno de ellos.

Contra dicha resolución se interpusieron recursos de casación por la representación de Ryanair DAC, Crewlink y Workforce, siendo admitidos a trámite. Por su parte, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedentes los recursos.

2. CUESTIÓN O CUESTIONES PLANTEADAS

El recurso de casación de Ryanair solicita la anulación de la sentencia recurrida y que se retrotraigan las actuaciones a la fase anterior a la de dictarse dicha sentencia; subsidiariamente, la desestimación de la demanda formulada por los sindicatos y que se libere de responsabilidad a Ryanair y a las restantes empresas codemandadas; subsidiariamente, que se estime la demanda, pero que se reduzca el importe de la indemnización a los sindicatos a la cuantía de 6.250 euros para cada uno de ellos.

Los recursos de casación de Crewlink y de Workforce solicitan que se libere de responsabilidad a las empresas recurrentes y, subsidiariamente, que se reduzca el importe de la indemnización a los sindicatos a la cuantía de 6.250 euros para cada uno de ellos.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

Conforme al criterio del Ministerio Fiscal, el Tribunal Supremo desestimó el recurso, con una extensa y rigurosa argumentación jurídica.

No admite, de entrada, la modificación de los hechos probados, ni siquiera la adición de algunas cuestiones calificadas por los recurrentes como errores del órgano de instancia. Por lo tanto, sobre el mismo relato fáctico, ahora la Sala rechaza que la sentencia recurrida haya infringido el artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y el artículo 6.7 del RD-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo. Ambos preceptos no resultan aplicables. De una parte, el artículo 64 ET regula los derechos de información y consulta y competencia del comité de empresa y no los derechos de información que tienen los sindicatos convocantes de la huelga, que ejercen su derecho al amparo del artículo 28.2 CE. Por su parte, el artículo 6.7 RDL 17/1977 se refiere a los servicios de seguridad y mantenimiento (no a los servicios mínimos del párrafo segundo del artículo 10 RDL17/1977) y a las competencias al respecto del comité de huelga. Sucede, de contrario, que la información que ha de suministrarse a los sindicatos que han convocado la huelga no se especifica en dichas normas, si bien «la más elemental buena fe» lleva a entender que, si la resolución administrativa sobre determinación de los servicios mínimos ha de ser trasladada por la empresa al comité de huelga para su conocimiento y cumplimiento, y dicha resolución hace recaer sobre el empresario la concreción de los vuelos a mantener en la situación de huelga, esta concreción deba ser igualmente trasladada a tiempo al comité de huelga. De otra forma, no se podrá asegurar su conocimiento y cumplimiento.

La conducta empresarial descrita es –así lo determina el Tribunal– una vulneración del derecho de huelga de los trabajadores y de la libertad sindical de los sindicatos convocantes de dicha huelga.

Otros hechos relevantes que denotan la vulneración de esos derechos es la encuesta que se hizo a los auxiliares de vuelo para minimizar el impacto de la huelga sobre los pasajeros, donde se preguntaba por adelantado quién iba a asistir o quién se presentaba voluntario para trabajar en los días de huelga convocados, así como las comunicaciones que los responsables empresariales dirigieron a las personas trabajadoras con ocasión de la huelga. No se acepta que la sentencia recurrida vulnere la libertad de expresión, constitucionalmente garantizada (art. 20 CE), sino que valora, entre otros extremos, que se comunique a los posibles huelguistas que sufrirán una pérdida retributiva superior a la que proporcionalmente permite el artículo 6.2 RDL 17/1977, así como que se invite a trabajar voluntariamente los días de huelga a quienes no estaban

programados para trabajar esos días y los tenían libres, como vía para «ayudar» a los pasajeros de la aerolínea.

Las conductas expuestas son, en sí mismas, una vulneración del derecho de huelga de los trabajadores y de la libertad sindical de los sindicatos convocantes de dicha huelga.

Asimismo, se confirma que la empresa ha hecho «un uso abusivo de su potestad organizativa para atender los servicios mínimos al emplear a más trabajadores de los habituales para su realización y disponer de ellos para la cobertura discrecional de las actividades que debían llevar a cabo como tales trabajadores adscritos a esos servicios mínimos». De conformidad con la doctrina constitucional (SSTC 123/1992, de 28 de septiembre, 66/2002, de 21 de marzo, y 33/2011, de 28 de marzo) y la jurisprudencia [SSTS 237/2016, de 18 de marzo (Rec. 78/2015) y 499/2021, de 6 de mayo (RCUD. 4975/2018)], es claro que vulnera el derecho de huelga, no solo la sustitución de los huelguistas por otras personas trabajadoras, sino también la utilización abusiva del poder de dirección empresarial cuando se está ejerciendo aquel derecho.

Por último, igualmente es significativo que se descontara completo el bonus de productividad mensual a las personas trabajadoras que participaron en la huelga. Como ya sentó la sentencia recurrida, ese «descuento completo del bonus de productividad mensual, (...) excede con mucho del salario del día de huelga expandiéndose a un complemento que se percibe por la actividad laboral mensual», conculcándose así el derecho de huelga ejercido. De ahí que se condenara de forma solidaria a las empresas demandadas a reponer a las personas trabajadoras que participaron en las huelgas en el bonus de productividad mensual por importe de 150 euros mensuales, del que solo cabía deducir 5 euros por cada día de participación en la huelga.

El «conjunto de actuaciones empresariales», como insiste reiteradamente el Tribunal, confirma la vulneración del derecho de huelga.

Como los daños morales resultan indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental, la sentencia recurrida «considera prudencialmente razonable fijar una indemnización por daños morales de 30.000 euros para cada sindicato demandante». Conclusión que es aceptada por el Tribunal puesto que el razonamiento seguido para fijar la indemnización se adecúa plenamente a la jurisprudencia [STS 356/2022, de 20 de abril (RCUD 2391/2019)]; dicha cuantificación solamente debería ser revisada si fuera manifiestamente irrazonable o arbitraria [STS 71/2023, de 25 de enero (Rec. 62/2021)].

4. CONCLUSIONES

Concurren en el supuesto enjuiciado un conjunto de actuaciones de la empleadora que son contrarias al libre ejercicio del derecho de huelga de las personas trabajadoras y que, simultáneamente, limitan la libertad sindical de las organizaciones convocantes. Entre las primeras, advertimos conductas del personal directivo de la empresa intimidatorias, condicionando –al menos– la voluntad de cuantas personas están llamadas por la convocatoria de huelga. Ello va acompañado por la adopción de medidas de gestión del personal y de ordenación de los vuelos que tienen la finalidad de reducir e, incluso, eliminar los efectos de la huelga sobre la actividad empresarial, por más que se disimule bajo el pretexto de minimizar el impacto sobre los pasajeros. La ampliación del personal dedicado a cubrir los servicios mínimos, el llamamiento a más personas trabajadoras de las necesarias y la disposición de otros efectivos para asumir los vuelos operados son conductas de esquirolaje interno. A todo lo anterior, se suma la falta de entrega al comité de huelga de las resoluciones de servicios mínimos, lo que impide el control del cumplimiento de los mismos.

El conjunto de medidas desplegadas por la empleadora determina la conclusión del Tribunal: la obstrucción del derecho de huelga, con uso abusivo de la potestad organizativa para atender los servicios mínimos al emplear a más personas trabajadoras para su realización y disponer de ellas para la cobertura discrecional de actividades que superan los servicios mínimos.

En la línea de interpretación consolidada por la reiterada doctrina constitucional y por la jurisprudencia, los hechos probados se encuadran, sin lugar a equívoco, en el marco de la vulneración del derecho de huelga de las personas trabajadoras y de la libertad sindical de las organizaciones convocantes de dicha huelga.

93. PREMIOS DE ASISTENCIA, NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA

Comentario a la STS 128/2023 de 9 de febrero de 2023 (Rec. 2354/2020)

YOLANDA SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid. ORCID: 0000-0003-1296-546X

Palabras clave: Huelga, absentismo, plus de asistencia, convenios colectivos.

1. ANTECEDENTES

Varias personas trabajadoras de una empresa se sumaron a la huelga general convocada por el sindicato CGT reivindicando, entre otras, medidas concretas al Gobierno contra las violencias machistas, la supresión de la brecha salarial y la desigualdad en las pensiones, la eliminación del acoso y medidas varias relacionadas con la mujer trabajadora.

El convenio colectivo de la empresa reconoce el denominado premio de presencia y la empresa computó ocho horas que no fueron a trabajar por ejercicio de la huelga como absentismo a los efectos de devengo del citado premio. En esta situación, CGT (con presencia en el Comité de Empresa y con sección sindical) interpuso demanda por vulneración de los derechos fundamentales de acción sindical y de huelga, en su propio nombre y en representación de varios/as trabajadores/as afiliados, teniendo en cuenta que el convenio colectivo expresamente no computaba como absentismo, a los efectos del premio por presencia, el accidente laboral, los permisos especiales por matrimo-

nio, la enfermedad grave o el fallecimiento de un familiar de primer grado y los retrasos en el transporte de la empresa.

El Juzgado de Social estima en su integridad la demanda presentada y ordena la reposición de las personas trabajadoras accionantes en su derecho a que no se computen como absentismo las horas de ejercicio del derecho fundamental de huelga para el devengo del premio por presencia. Se interpone recurso de suplicación por la empresa, que fue estimado por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, en concreto, en lo que respecta al cómputo del tiempo de huelga en relación con el devengo del premio de presencia, indica que es una cuestión de legalidad ordinaria y, en consecuencia, no puede entrar en la misma puesto que se había utilizado la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales.

2. CUESTIÓN O CUESTIONES PLANTEADAS

Interpuesto recurso de casación para unificación de doctrina, y, frente al criterio del Ministerio Fiscal, admitido éste por entender que existe contradicción entre la sentencia del TSJ y la STS de 19 de abril de 2004 (Rec.36/2003), se plantean varias cuestiones: i) si era adecuada o no la modalidad procesal utilizada de tutela de derechos fundamentales: ii) si la empresa ha vulnerado el derecho de huelga por incluir el tiempo de ausencia por ejercicio de este derecho en el cómputo del absentismo.

El silencio del convenio colectivo en relación con la incidencia de la huelga en el plus de asistencia y del premio por presencia, cuando ambos complementos tienen por finalidad reducir el índice de absentismo; ii) ponderación de derechos, en particular el derecho de huelga y el derecho de la empresa a no computar los días de huelga para devengar el premio o complemento; iv) posibilidad de que el Convenio Colectivo acuerde expresamente lo contrario

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

Queda expedita la vía del recurso de casación para unificación de doctrina porque comparando hechos, fundamentos y pretensiones en los pronunciamientos (en el de la sentencia recurrida y en el de la sentencia de contraste), se advierte que en ambos supuestos la empresa computa a los trabajadores que participaron en la huelga ese tiempo a efectos de cálculo de absentismo en relación con el plus de asistencia previsto en el convenio colectivo empresa-

rial. Sin que obste, a estos efectos, que se utilizaran modalidades procesales diferentes, en la recurrida, la de tutela de derechos fundamentales y en la de contraste, la de conflicto colectivo.

Desde el plano procesal, advierte el TS que la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales es correcta porque hay una denuncia por el sindicato en cuanto la empresa había infringido el derecho de huelga, «no porque hubiera impedido que se desarrollara la huelga, sino porque la empresa computó como absentismo el tiempo de ejercicio de ese derecho», único objeto del proceso. De ahí que no sea una mera cuestión de legalidad ordinaria puesto que está directamente vinculada a la tutela de un derecho fundamental. Recuerda al efecto que la STS de 26 de abril de 2004 advirtió que «no cabe admitir la existencia de unos incentivos disuasores del ejercicio del derecho de modo que se prime la no realización de la huelga» de modo que se trata de una cuestión «de claro relieve constitucional» (STS 1 de diciembre de 1998, Rec. 1747/1998).

Desde el plano sustantivo, y con apoyo en la STS de 19 de abril de 2004, así como en la doctrina del TC, STC 189/1993, de 14 de junio de 1993 (*BOE* de 19 de julio de 1993), el TS establece al respecto una regla general y otra excepcional. La primera, y fundamental, es que el derecho de huelga, su ejercicio, no puede quedar limitado o impedido, como ocurriría en el caso de que las ausencias al trabajo por esta razón influyeran negativamente en los trabajadores en el devengo de un premio de asistencia, asiduidad, presencia, regulado convencionalmente. La segunda, regla excepcional, expresa la relación entre este derecho fundamental y el ejercicio del derecho a la negociación colectiva, en tanto que se pudieran incluir expresamente en el convenio colectivo las faltas de asistencia debidas al ejercicio del derecho de huelga en el cómputo del índice de absentismo a los efectos del plus o premio.

De este modo, diferencia el TS entre silencio del convenio al efecto y el acuerdo expreso respecto de la incidencia de la huelga en el plus de asistencia, interpretando el silencio y la previsión de un modo diferente en relación con la ausencia justificada al trabajo por ejercicio del derecho de huelga a estos efectos.

Advierte el TS que en caso de ausencia de previsión convencional, el silencio debe interpretarse en el sentido más favorable al ejercicio del derecho fundamental. De lo contrario, añade, ello supondría una equiparación tácita del día de huelga al de ausencia injustificada al trabajo.

En cambio, avala la inclusión expresa en el Convenio Colectivo; y solo ésta, la previsión convencional relativa a la consideración entre las ausencias computables también las debidas al ejercicio del derecho de huelga, permitiría

computar como absentismo la ausencia por huelga. Dice al respecto el TS no desconocer la STC 189/1993, de 14 de junio, respecto de un acuerdo en convenio colectivo relativo a la prima de asistencia y puntualidad.

Al respecto, recuérdese que esta STC resolvió un recurso de amparo en relación con un convenio colectivo de empresa que establecía un premio de asistencia y puntualidad y un incentivo por reducción del absentismo, incluyendo para calcular el índice de absentismo, entre otras causas, los conflictos colectivos tales como la huelga. Ya entonces, se planteaba por la doctrina, como «pasaje más discutible de la sentencia, el estudio de la posible vulneración del derecho de huelga; el TC negó entonces, tanto que la cláusula controvertida pueda encuadrarse en la genérica «paz laboral» (irreprochable el razonamiento, Gil y Gil, 1994,p.467), como, de forma más discutible, que la citada cláusula del convenio suponga un atentado al derecho de huelga. Decía el TC que la cláusula sería inconstitucional si se erigiese en una sanción de falta de percepción de la prima por el ejercicio del derecho de huelga pero no lo es cuando la cláusula pretenda desincentivar las ausencias laborales sin gravar de modo especial la pérdida de tiempo empleado por las personas trabajadoras en la huelga. Concluyendo al respecto, que «la cláusula convencional, en tanto que no conlleva efecto multiplicador alguno o sacrificio adicional a la pérdida de la remuneración correspondiente al tiempo de huelga, no vulnera el derecho de huelga».

Por tanto, la crítica, como bien ha advertido la doctrina, habría que formularla a la resolución del TC porque, si bien en el supuesto concreto cabría entender que la cláusula del convenio no es una prima antihuelga, la interpretación restrictiva al respecto haya de ser replanteada en la actualidad en tanto no parece que la cláusula pueda considerarse que tenga carácter legítimo y proporcional por los solos datos de, primero, que se prevea en el convenio colectivo (lo que incide en la comparación de derechos y la primacía de uno de ellos, ¿la negociación colectiva o el de huelga?); segundo, que la consideración o no de prima antihuelga dependa de si pierde o no el incentivo, de modo que hubiera de valorarse la proporcionalidad de la medida en función de la duración prevista, del cese en el trabajo, mayor o menor por ejercicio más o menos prolongado del derecho de huelga. Como bien se advirtió en relación con la STC, la duda entonces, y ahora, es si «el convenio colectivo, aunque sea estatutario, puede regular con eficacia normativa restricciones a un derecho fundamental individual y si la proporcionalidad alegada por el TC en aquél caso no era en puridad una vulneración indirecta del derecho constitucionalmente reconocido en la medida en que claramente lleva consigo un efecto desaliento

del ejercicio de un derecho fundamental de dudosa conformidad con la doctrina internacional» (Nogueira Guastavino, 2023, p. 6).

4. CONCLUSIÓN O CONCLUSIONES

Se estima el recurso de casación para unificación doctrina, confirmando la doctrina de que reducción por la empresa del tiempo de ausencia por ejercicio del derecho a huelga en el cómputo del absentismo para percibir el denominado premio por presencia constituye una vulneración del derecho de acción sindical y de huelga. Solo cabría incluir el tiempo de ejercicio del derecho de huelga en el cómputo del absentismo si el convenio colectivo lo hubiera establecido así expresamente.

En nuestra opinión, y valorando positivamente la sentencia en lo que refiere al supuesto concreto (ausencia de mención en el convenio colectivo), el obiter dicta –derivado de la doctrina del TC– exige reflexionar sobre la cuestión. Porque hoy, como sabemos, son numerosos los convenios colectivos que estableces cláusulas relacionadas con las medidas relacionadas con el absentismo y en las que hay referencia a causas que hoy se han incluido por la ley (Ley 15/2022) como causas de discriminación, tales como la enfermedad. De modo que haya que replantear si es viable tomar en consideración las ausencias justificadas que de algún modo perjudiquen intereses económicos de las personas trabajadoras en la percepción de estos complementos o premios de presencia o absentismo. Y resulta que, al efecto, y trayendo al presente la sentencia del TC, que en estos supuestos habría que admitir las cláusulas convencionales en tanto no se vinculen exclusivamente al ejercicio del derecho, esto es, cuando solo hay una minoración del abono de incentivos en función de los índices de asistencia en supuestos tales como ausencia por padecer una enfermedad cuando en condiciones normales «apenas» incida en el cómputo del índice de absentismo ¿o no? Quedamos en espera de la eventual resolución del TS que aborde esta cuestión cuando, como bien ha advertido la doctrina, se analicen cláusulas puras de absentismo cuando el término de comparación «no sea dos personas que han cumplido efectivamente unos mismos objetivos, sino que se atiende únicamente a la presencia o ausencia en el trabajo, con independencia de la causa» (Gimeno Díaz de Aauri, 2024). Porque en definitiva, también esta presente el elemento de promoción de la productividad, ponderando los intereses, de los trabajadores y de los empresario, en conflicto en torno a los complementos o premios puros de asistencia o de no absentismo.

5. BIBLIOGRAFÍA

GIL Y GIL, J. L.: «Incentivo por absentismo. Vulneración del artículo 23.1 CE, al computar las ausencias por ejercicio del derecho del sufragio. Primas antihuelgas», Alonso Olea y Montoya Melgar (Dres): *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*, tomo XI, Aranzadi, 1995, pp. 467-469

GIMENO DÍAZ DE AUTARI, P.: «La enfermedad como factor de discriminación ¿el fin de los complementos de absentismo?», Foro de Labos, 2024 <https://www.elforodelabos.es/2024/04/la-enfermedad-como-factor-de-discriminacion-el-fin-de-los-complementos-de-absentismo/>

NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: «Huelga feminista y premio por presencia: el tiempo empleado en una huelga no puede ser considerado absentismo a tales efectos, en ausencia de especificación expresa en el convenio colectivo», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, número 3/2023.

94. HUELGA ILÍCITA POR ABUSIVA Y FRAUDULENTEA

Comentario a la STS 953/2022 de 13 de diciembre de 2022 (Rec. 13/2021)

ÁNGEL BLASCO PELLICER
Magistrado del Tribunal Supremo
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia. ORCID: 0000-003-0634-3138

Palabras clave: Correos, huelga indefinida, huelga ilegal, huelga abusiva, huelga fraudulenta.

1. ANTECEDENTES

Con fecha 18 de diciembre de 2012, el Sindicato Federal de Correos y Telégrafos de la CGT (CGT) preavisó a la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos (Correos) de que el 29 de diciembre siguiente comenzaría una huelga indefinida en todos los centros de trabajo en territorio español de todo el personal (tanto laboral como funcionario) debido a la situación conflictiva en la que se encuentran las relaciones laborales y del personal funcionario de toda la sociedad.

El 27 de julio de 2018 Correos formuló demanda en la que solicitaba que la precitada huelga se declarase nula o contraria al derecho de huelga por ilegal o por ilícita o por abusiva. Tras la presentación de la referida demanda CGT presentó escrito desconvocando la huelga.

La demanda provocó una primera sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 18 de julio de 2020 que estimó la falta de competencia

del orden social por estimar que la misma estaba atribuida al orden contencioso administrativo. Dicha sentencia fue casada por la STS de 8 de julio de 2020 –Rec. 13/2019– que declaró la competencia del orden social y ordenó a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional que resolviera la pretensión formulada en la demanda. Con fecha 19 de octubre de 2020 (ECLI:ES:AN:2020:2960) la referida Sala de la Audiencia Nacional dictó sentencia estimatoria de la demanda declarando contraria a derecho la huelga por abusiva y fraudulenta en el ámbito total de la empresa. Frente a dicha sentencia se formuló por el sindicato convocante de la huelga recurso de casación que ha dado lugar a la sentencia que aquí se comenta. En efecto, la sentencia del Tribunal Supremo declara que la huelga es ilegal porque la considera abusiva por la forma en la que se ha desarrollado, al convocarse de manera indefinida y prolongarse durante más de cinco años, durante los que la organización convocante incita a los trabajadores a secundar la huelga de forma intermitente para fines distintos de los que fue convocada, y ha causado trastornos organizativos y daños materiales a la empresa, de especial relevancia y trascendencia. Asimismo, es fraudulenta, porque el sindicato convocante ha promovido que los trabajadores y funcionarios afectados por la convocatoria eludiesen el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato de trabajo, y se tiene por acreditado que el sindicato favorece que los trabajadores la utilicen estratégicamente los sábados, vísperas de festivos, puentes, al regreso de vacaciones, tras la finalización periodos de IT.

Y es que, en los hechos probados de la sentencia recurrida, que no fueron modificados en casación constan, por un lado, una amplia descripción de las funciones de Correos, especialmente las relativas a su trascendental papel en el voto por correo para garantizar el derecho al sufragio activo de los ciudadanos y, también, su condición de operador designado por la ley para la prestación del servicio postal universal con cobertura en la totalidad del territorio nacional. Ello permite apreciar, sin especial dificultad, la cualidad de prestadora de servicios esenciales para la comunidad. Por otro lado, los hechos dan cuenta de las condiciones en las que se ha ejercido el derecho de huelga en los más de seis años de duración de la misma. De la larga y prolija relación de hechos probados, cabe resaltar las siguientes circunstancias: a) el índice de seguimiento de la huelga acumulado ha sido de un 0,13%; b) el número total de días de huelga que ha sufrido Correos ha sido de 125.339 jornadas, de las que un 25%, esto es, 31.364 días se han producido en sábados o domingos exclusivamente; c) el porcentaje de jornadas de huelga que tuvieron lugar en sábado ha sido en 2013 fue del 52% de las jornadas de huelga, en 2014 el 19%, en 2015 el 13%, en 2016 el 43%, en 2017 el 34% y hasta febrero de 2018 el 41%, lo que en ocasiones ha

supuesto la necesidad de cerrar ese día los centros de trabajo; d) Unos setenta trabajadores han ejercido su derecho de huelga: – Inmediatamente después del descanso vacacional. – Inmediatamente después del descanso de fin de semana de los fines de semana. – Para poder disfrutar de los días puente entre festivos y descanso o prolongar la duración de estos; e) se han dado casos de empleados que recurren a la huelga con las finalidades que, a continuación, se exponen: – Para soslayar la denegación empresarial previa de permisos o asuntos propios. – Para justificar ausencias o abandonos de puesto de trabajo sin amparo legal o convencional, y sin contar con la debida autorización empresarial –algunos trabajadores que directamente han enviado a la empresa un comunicado donde advierten que, a partir de la fecha de recepción por su empleador, si no van a trabajar, es porque están haciendo huelga. – Para disfrutar de licencias sin sueldo cuando les conviene y que previamente han sido denegadas por la empresa. – Para no realizar los turnos que vienen obligados a trabajar. – Para disfrutar las vacaciones en las fechas deseadas, incumpliendo las órdenes e instrucciones empresariales que derivan del calendario laboral anual acordado. – Para disfrutar de una suerte de excedencia en todos aquellos casos no amparados por la ley ni por el convenio colectivo de aplicación.

2. CUESTIONES PLANTEADAS

Dado que la sentencia del Tribunal Supremo que se comenta es confirmatoria de la dictada en instancia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, la cuestión principal que se plantea en el recurso y a la que debe dar respuesta el Tribunal Supremo es la de determinar si se está o no en presencia de una huelga ilegal por abusiva y fraudulenta. El sindicato recurrente –con bastante déficit jurídico argumentativo– considera que la huelga es legal y lo apoya en dos consideraciones: la primera, por comparación con lo resuelto por el Tribunal Supremo en su STS de 22 de septiembre de 2020 (Rec. 185/2018. ECLI:ES:TS:2020:3154) y, la segunda, por entender que la huelga en litigio es ajustada a derecho y no incurrir en tacha alguna de ilegalidad, de conformidad con lo previsto en el artículo 28.2 CE y en el artículo 11 del RDL 17/1977, de 4 de marzo.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

La sentencia parte –como no podía ser de otra forma– de la consolidada doctrina del TC sobre el derecho a la huelga y su ejercicio –plasmada de ma-

nera singular en la STC 11/1981, de 8 de abril— que, tras dejar constancia de que el derecho de los huelguistas es un derecho de incumplir transitoriamente el contrato, a la vez que es, también, un derecho a limitar la libertad del empresario, concluye en que ello exige una proporcionalidad y unos sacrificios mutuos, que hacen que cuando tales exigencias no se observen, las huelgas puedan considerarse como abusivas. Ese es, por tanto, el principio general del que parte la doctrina de la sentencia que se comenta: la proporcionalidad en el ejercicio del derecho fundamental que exige ponderación en las actuaciones tendentes a limitar la libertad empresarial y a impedir el ejercicio regular de su derecho a producir o comerciar con bienes y servicios en el mercado, de suerte que, cuando esa limitación se produce a través de métodos ilícitos o mediante conductas abusivas que multiplican innecesaria y desproporcionadamente sus efectos, puede afirmarse que la huelga es ilícita. Una vertiente especial de tal ilicitud deriva de la utilización de la huelga para fines distintos de los previstos constitucionalmente. El propio artículo 28.2 CE establece que se reconoce el derecho de huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. Cuando esa finalidad no existe y la huelga se utiliza para mantener privilegios ilegales o para beneficiarse exclusivamente de sus efectos, la huelga se torna en ilegítima, bien por abusiva, bien por fraudulenta, bien por ambas causas.

Igualmente recuerda la sentencia la propia doctrina de la Sala Cuarta según la que la huelga, en definitiva, es un derecho que tiene sus limitaciones y una de ellas es la de que no puede ejercerse de forma abusiva, pero con la particularidad de que recae sobre quien alega su carácter abusivo la carga de la prueba de aquellos elementos básicos necesarios para que la huelga pudiera ser calificada de abusiva por desproporcionada (STS de 22 de noviembre de 2000, Rec. 1368/2000. ECLI:ES:TS:2000:8540). En sentido similar, la STS de 9 de junio de 2005 (Rec. 126/2004. ECLI:ES:TS:2000:8540) indica que debe partirse de la presunción de la validez de la huelga, pero sin que pueda excluirse que las circunstancias concurrentes la conviertan en abusiva, correspondiendo la prueba del abuso de derecho a quien interese; ya que el hecho de que la licitud de la huelga no se presume en la generalidad de los casos no obsta, como es claro, a la potestad del Juez o Tribunal para valorar la prueba producida en el proceso y declarar los hechos probados. Pero impide que, en ausencia de conformidad sobre los hechos o de prueba, la presunción *iuris tantum* de licitud de la huelga deje de operar en perjuicio de los trabajadores, dado además que la carga de probar la existencia de los elementos fácticos de la huelga abusiva corresponde al empresario.

En aplicación de dicha doctrina, la Sentencia entiende que la huelga es ilegal porque la considera abusiva y fraudulenta, tras estimar probadas en tal

sentido las múltiples circunstancias que pormenorizadamente describe en su resultancia fáctica la sentencia de instancia. Abusiva por la forma en la que se ha desarrollado, al convocarse de manera indefinida y prolongarse durante más de cinco años, durante los que la organización convocante incita a los trabajadores a secundar la huelga de forma intermitente para fines distintos de los que fue convocada, de manera que el ejercicio del derecho de huelga se desvincula de las razones que la motivaron y, ejercitándose de forma intermitente, sirve al trabajador para una finalidad distinta cual es dejar de trabajar los sábados, ampliar las vacaciones o desconocer las denegaciones de permisos, hasta el punto, llega a afirmar, que el ejercicio del derecho de huelga se ha convertido en una forma de disfrutar de un permiso no retribuido no contemplado en la ley ni en el Convenio colectivo de aplicación. Ocurre, además, que la huelga ha causado trastornos organizativos y daños materiales a la empresa, de especial relevancia y trascendencia, que se estiman manifiestamente desproporcionados y abusivos, en atención al escaso número de trabajadores que la han secundado y al dato de que se trata de un servicio público esencial y de singular afectación a la ciudadanía, como el de correos y telégrafos. Finalmente, entiende que la huelga es fraudulenta, porque el sindicato convocante ha promovido que los trabajadores y funcionarios afectados por la convocatoria eludiesen el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato de trabajo, mediante un uso adulterado del derecho a la huelga.

Por último y, en relación a la argumentación del recurrente exigiendo la aplicación de la jurisprudencia contenida en la STS de 22 de noviembre de 2000, Rec. 1368/2000, la sentencia comentada, advierte, con relación a la carga probatoria, el que tal como se precisa en la sentencia invocada enfoque y solución de la cuestión planteada únicamente puede hacerse desde el conocimiento de lo que es el derecho de huelga y de los límites del mismo, pues no conviene olvidar que en el artículo 28 CE la huelga está reconocida como un derecho subjetivo de carácter fundamental a favor de los trabajadores precisamente para poder presionar a los empresarios en la obtención de sus intereses, cual ha reconocido reiterada doctrina del Tribunal Constitucional. En tal sentido, y por su condición de derecho fundamental, las únicas huelgas que en principio tienen la condición de ilícitas y abusivas por presunción legal –salvando la existencia de huelgas ilegales por su finalidad expresa o por no haberse respetado en ellas las exigencias de la convocatoria y desarrollo previstas en el artículo 11 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, que quedan completamente al margen de lo discutido en el presente procedimiento– son las huelgas rotatorias, las efectuadas por los trabajadores que prestan servicios en sectores estratégicos con la finalidad de interrumpir

pir el proceso productivo, y las de celo o reglamento, conforme se concreta claramente en las SSTC 11/1981, de 8 de abril, 72/1982, de 2 de diciembre, o la 41/1984, de 21 de marzo, con la consecuencia de que en todas las demás debe de presumirse su validez y, sin que pueda excluirse que las circunstancias concurrentes la conviertan en abusiva. La huelga, en definitiva, es un derecho que tiene sus limitaciones y una de ellas es la de que no puede ejercerse de forma abusiva, pero con la particularidad de que recae sobre quien alega su carácter abusivo la carga de la prueba de aquellos elementos básicos necesarios para que la huelga pudiera ser calificada de abusiva por desproporcionada ya que el hecho de que la licitud de la huelga no se presuma en la generalidad de los casos no obsta, como es claro, a la potestad del Juez o Tribunal para valorar la prueba producida en el proceso y declarar los hechos probados. Pero impide que, en ausencia de conformidad sobre los hechos o de prueba, la presunción *iuris tantum* de licitud de la huelga deje de operar en perjuicio de los trabajadores, ya que la carga de probar la existencia de los elementos fácticos de la huelga abusiva corresponde al empresario.

4. CONCLUSIONES

El empresario ha probado las circunstancias fácticas de las que se infiere que la huelga es ilícita por abusiva y fraudulenta.

Una huelga se considera abusiva o fraudulenta, entre otros supuestos, cuando su ejercicio es el resultado de la incitación a los trabajadores, por parte de la organización convocante, a secundar la huelga de forma intermitente para fines distintos de los que fue convocada y cuando el ejercicio del derecho de huelga se ha convertido en una forma de disfrutar de permisos no retribuidos no contemplados normativamente.

**95. NO HAY DERECHO DE HUELGA SI NO SE TUTELA
AL TRABAJADOR QUE LO EJERCITA**
Comentario a la STS 498/2022 de 31 de mayo de 2022 (Rec. 601/2021)

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla. Senior Counsellor, PwC
ORCID 0000-0001-7926-6175 ¹

Palabras clave: Represalia, tutela del derecho de huelga, contratación temporal, prueba indiciaria, nulidad del despido.

1. ANTECEDENTES

Resuelve la Sala de lo Social recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra sentencia de la Sala equivalente del Tribunal de Justicia de Cataluña, que había anulado sentencia de un Juzgado de lo Social que rechazó una demanda de despido presentada por una trabajadora contra la decisión de su empresa de no renovar un contrato temporal tras su extinción. Si en instancia la cuestión litigiosa, a lo que parece, se centró en determinar la validez de la contratación temporal, y por lo tanto de la extinción, en suplicación se planteó la existencia de indicios de que ésta podía ser una represalia

¹ Este trabajo es un resultado científico del Proyecto de Investigación «La huida del mercado de trabajo y la legislación social en España (TRABEXIT), PID2022-141201OB-I00», de la Convocatoria 2022 - «Proyectos de Generación de Conocimiento», en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023.

por la participación activa de la trabajadora en una huelga, de cuyo comité de huelga formó parte. Fue la empresa la que recurrió en unificación de doctrina.

2. CUESTIÓN O CUESTIONES PLANTEADAS

La cuestión planteada es si cabe calificar como un despido por represalia la terminación del contrato temporal de la demandante de instancia. Éste es el objeto de su demanda. Pero en realidad lo que se valora es si cabe considerar probada la existencia de esta motivación contraria al ejercicio del derecho fundamental de huelga, a partir de unos indicios que hacen que se aplique el artículo 96 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, lo que supone transferir a la parte demandada la carga de acreditar «una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

Como en todo RCUD, el debate jurídico se articula en dos planos: uno primero, para determinar si se dan los requisitos legalmente exigidos para dar cauce a un recurso de esta naturaleza; segundo, para determinar si la doctrina de la sentencia del TSJ impugnada era o no correcta. Con ello se resuelve, por lo general, todo lo discutido, aunque en algunos casos, como éste, se dejan cosas por determinar.

La empresa aporta como referencia una sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede Granada) de 11 de mayo de 1993, en la que en un procedimiento por despido se declara ajustada a derecho la decisión empresarial extintiva, porque se consideró que no existió un vínculo de causalidad entre el ejercicio del derecho de huelga y la terminación del contrato. Discutida por la parte demandante en instancia el cumplimiento del presupuesto de contradicción exigido por el artículo 219 LRJS, la Sala consideró que el hecho de que se trataran de distintas modalidades contractuales en uno y otro pronunciamiento no obstaba a la concurrencia de contradicción, porque las diferencias que pueden apreciarse no alcanzan al núcleo esencial del debate, que es la relación entre la decisión empresarial del cese extintivo de un contrato cuyo término había llegado y la participación de los trabajadores en una huelga convocada en fechas próximas, siendo los pronunciamientos alcanzados de signo contrario.

En cuanto al fondo del asunto, la Sala considera que existen indicios suficientes para construir, en sus palabras, «el panorama indiciario de que la decisión extintiva podía obedecer a la participación en la convocatoria de huelga como miembro de su comité». Los datos fácticos que maneja a estos efectos son los siguientes:

- la suscripción entre las partes de dos contratos sucesivos, siendo la fecha de finalización del último el 10 de septiembre de 2017;
- la comunicación empresarial, dos días más tarde del fin previsto, de que la trabajadora tenía a su disposición los documentos que se había negado a recoger el día anterior;
- la integración de la actora como parte del comité de la huelga convocada el 16 de agosto de 2017;
- el no ofrecimiento de ninguna de las 8 contrataciones efectuadas durante el mismo mes de septiembre de 2017 ni tampoco ninguna de las nuevas contrataciones realizadas en octubre siguiente;

Aceptada la existencia de este principio de prueba, opera entonces el mecanismo de inversión de la carga de la prueba, correspondiendo a la empresa la obligación o carga de acreditar que su actuación extintiva resultaba ajena a todo móvil vulnerador del legítimo ejercicio del derecho de huelga de la parte actora. Y la Sala considera que ésta no ha sido capaz de desacreditar esta presunción.

La argumentación de la empresa es alegar que la causa real y efectiva del cese de la trabajadora fue la llegada del término contractual pactado entre las partes.

Considera el tribunal que esta causa tiene una entidad apreciable, pero teniendo en cuenta las circunstancias del caso no resulta suficiente para explicar por sí misma la decisión empresarial, de una manera objetiva, razonable y proporcionada. Es relevante que la empresa no haya ofrecido explicación alguna de las razones de la exclusión de la trabajadora en las contrataciones del mismo periodo. Porque de los elementos de hecho que ha identificado la Sala se desprenden dos elementos: que la trabajadora desempeñó sus servicios de manera satisfactoria, puesto que se le volvió a contratar tras finalizar un primer contrato; y que la empresa tenía necesidad de personal, dado que realizó de manera simultánea varias contrataciones.

Confirmada la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 20 de mayo de 2020, en la que se condena a la demandada a readmitir a la trabajadora en las mismas condiciones de trabajo y al pago de los salarios de tramitación y una indemnización. El problema, identificado por

Nogueira Guastavino, es que no quedan claras las condiciones de readmisión, dado que ésta debe hacerse «en las mismas condiciones de trabajo», y su contrato era temporal. El Tribunal Superior de Justicia había excluido la existencia de fraude en la contratación temporal, por lo que no operaba la transformación en indefinido impuesta por la ley. Éste es el punto controvertido que la sentencia no deja aclarado.

4. CONCLUSIÓN

Identificados indicios suficientes para considerar que corresponde a la empresa acreditar la legitimidad de su decisión extintiva, por existir motivos completamente ajenos a la voluntad de perjudicarla por su participación activa en la huelga; y habiendo fracasado ésta en su tarea, por no haber presentado una justificación suficiente de la no renovación del contrato temporal y de su exclusión de las posibilidades de contratación temporal producidas en la empresa, la consecuencia jurídica no puede ser otra que considerar que se ha producido una vulneración de un derecho fundamental, de uno de los más importantes para las personas que trabajan.

Este pronunciamiento consolida una doctrina ya construida tanto por la misma Sala como por el Tribunal Constitucional, y que resulta especialmente interés en un país como el nuestro, donde las carencias del mercado de trabajo colocan a las personas en una situación de vulnerabilidad. El trabajador precario ve comprometido el ejercicio de sus derechos, por muy fundamentales que sean, al estar sometido a la voluntad de la empresa de prorrogarle su contrato temporal o de mantener su empleo tras su terminación. Esta subordinación impone limitaciones a la participación en las acciones colectivas, pero también puede ocultar medidas de retaliación o venganza. Porque la paradoja del contrato temporal es que otorga *de facto* un poder jurídico del mayor alcance, el de dar por terminada la relación laboral, al que oculta como el mero cumplimiento de condiciones contractuales acordadas. Como sabiamente señala el profesor Cruz Villalón, esto no es flexibilidad de entrada, sino de salida.

La STS de 31 de mayo de 2022 reúne varios méritos: es un ejemplo de las consecuencias reales de la temporalidad en las partes del contrato de trabajo, de las desigualdades que genera; pone de manifiesto las dificultades para tutelar los derechos de los trabajadores ante decisiones empresariales formalmente legítimas; y, finalmente, demuestra que los mecanismos de tutela basados en la prueba resultan eficaces en casos como éste. La consecuencia, desde un punto de vista empresarial, es la existencia de «extinciones de alto riesgo», en

las que la presencia de un factor jurídicamente relevante (en este caso, la participación activa y notoria en huelga), hace surgir la posibilidad de una declaración de nulidad. En estas situaciones, además, se acuden a mecanismos como la inversión de la carga de la prueba o la declaración de nulidad, que incrementan las consecuencias negativas para la empresa.

Quizás la conclusión más importante sea la idea, compartida por la jurisprudencia constitucional y la común, según la cual la libertad de contratación presenta una clara dimensión constitucional, que encuentra una frontera infranqueable en los derechos fundamentales. Los poderes empresariales están limitados en su ejercicio, no sólo por las normas legales o convencionales que los regulan, sino también por los derechos fundamentales del trabajador, constituyendo un resultado prohibido su utilización lesiva.

5. BIBLIOGRAFÍA

- M. NOGUEIRA GUASTAVINO, «Nulidad de la extinción del contrato temporal por vencimiento del término convenido consecuencia de la participación de la trabajadora en el comité de huelga: ¿se convierte en indefinido?», *Revista de Jurisprudencia Laboral*. Número 7/2022.

96. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y PRUEBA EN LA HUELGA ESTRATÉGICA O «DE TAPÓN»

Comentario a la STS 304/2022 de 5 de abril de 2022 (Rec. 108/2020)

HELENA SANTOR SALCEDO

Profesora Permanente Laboral de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Zaragoza. ORCID: 0000-0002-2663-2976

Palabras clave: Huelga abusiva, huelga estratégica o «de tapón».

1. ANTECEDENTES

La STS 304/2022, de 5 de abril de 2022 (Rec. 108/2020) (ECLI:ES:TS:2022:1518), trae causa del recurso de casación interpuesto por el Grupo Kalise Menorquina, S.A. contra la STSJ de Canarias 281/2020, de 28 de abril de 2020 (Rec. 14/2019) (ECLI:ES:TSJICAN:2020:754), que había desestimado su demanda de conflicto colectivo contra los miembros de los comités de empresa de los centros de Gran Canaria y Tenerife y el delegado de personal en Fuerteventura, en la que solicitó que las huelgas convocadas por ellos fueran declaradas abusivas y reclamó una indemnización de 1.537.411 euros por los daños y perjuicios causados.

El 30 de noviembre de 2018, el comité de empresa denunció el convenio colectivo del Grupo Kalise en vigor y promovió la negociación de un nuevo convenio en todas sus materias. El comité, sin embargo, no presentó escrito adjuntando propuesta de inicio de negociaciones hasta el 13 de junio de 2019. El Grupo Kalise comunicó que estudiaba la propuesta, pero subrayó que sólo esta-

ba dispuesto a constituir la mesa de negociación el 17 de septiembre de 2019, no antes, aduciendo para ello que los meses de julio, agosto y septiembre eran los de mayor actividad en su sector, dedicado a la elaboración de helados, yogures y postres refrigerados. No conforme con el razonamiento, la parte social insistió en adelantar la constitución de la mesa al mes de julio, petición que, tras un intercambio de reproches, fue aceptada por la entidad mercantil. El 19 de julio se reunió la comisión negociadora, pero nada negoció, ya que la empresa mantuvo que el diálogo social no comenzaría hasta el 17 de septiembre. Como medida de presión, los representantes legales de los trabajadores convocaron huelga en los tres centros de trabajo el 1 de agosto, así como los jueves y viernes siguientes hasta que se iniciaran las negociaciones. Y el 20 de agosto, el comité de empresa de Gran Canaria comunicó preaviso de huelga indefinida en su centro, el más importante del grupo, a partir del 26 de agosto.

Las huelgas fueron secundadas por la mayoría de los maquinistas, lo que provocó la práctica paralización del proceso productivo. A resultas de ello, la empresa interpuso demanda de conflicto colectivo ante el TSJ de Canarias, aduciendo que las huelgas habían sido abusivas porque el comité de empresa procuró, instrumentalizando la posición estratégica de los maquinistas, que se paralizara la producción. La demanda fue desestimada, lo que indujo al Grupo Kalise a la interposición de un recurso de casación por infracción del artículo 7.2 del RDLRT en relación con el artículo 6.4 del CC.

2. CUESTIONES PLANTEADAS: SOBRE LA CONCURRENCIA DE LOS ELEMENTOS DE LA «HUELGA DE TAPÓN» Y LA PRUEBA DEL ÁNIMO ABUSIVO

La cuestión a resolver por el TS era si las huelgas convocadas por los representantes legales de los trabajadores habían sido abusivas, como sostenía el grupo empresarial, al incardinarse en la modalidad de «huelga estratégica o de tapón», también llamada «neurálgica» o «de trombosis», la cual es la que «llevan a cabo un grupo o grupos de trabajadores que, por la posición que ocupan en el proceso productivo de la empresa, imposibilita el desarrollo de éste y, consiguientemente, obliga al cese en la prestación de trabajo de los demás trabajadores». De ahí su denominación, al impedirse que otros trabajadores «puedan seguir trabajando, aunque técnicamente no secunden la huelga» (García Salas, 2018, 68), pero en la que no basta para apreciar su naturaleza abusiva con el cese inducido y objetivo de la actividad productiva, sino que, adicionalmente, debe concurrir en los convocantes un ánimo o elemento intencional

que les lleva a «la reducción artificiosa del ámbito del conflicto al ceñir la convocatoria solamente a quienes, por su posición, pueden desencadenar, desproporcionadamente, la paralización de aquel proceso» [STS 1944/1991, de 3 de abril de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:1944)]. A juicio del Grupo Kalise, esto es lo que caracterizó la huelga desarrollada en sus centros de trabajo, porque fue realizada «con la finalidad de interrumpir el proceso productivo» y en fraude de ley, convocando «a todo el colectivo de trabajadores sabiendo que sólo acudirían los maquinistas». Y, consecuentemente, solicitó del TS que completara su doctrina sobre las huelgas abusivas declarando contrarias a Derecho las que se convocan para la generalidad de la plantilla, pero con la finalidad de dar cobertura a la inactividad de un grupo de trabajadores, de modo que se paralice la producción sin que el resto de la plantilla vea suspendido su contrato.

En definitiva, se trataba de dilucidar si la intencionalidad de la parte social fue, como argumentó la mercantil, interrumpir completamente el proceso productivo al sumarse estratégica y mayoritariamente los maquinistas de la empresa y ocasionar así un daño empresarial grave, incurriendo en la categoría de huelga ilícita o abusiva del artículo 7.2 RDLRT, o si, por el contrario, se trató de una huelga legítima, secundada también por otros trabajadores de la empresa y justificada objetivamente en la discrepancia en torno a la fecha de inicio de las negociaciones de un nuevo convenio colectivo.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL SUPREMO: LA TRASCENDENCIA DEL ELEMENTO SUBJETIVO Y SU PRUEBA EN LAS HUELGAS «DE TAPÓN»

Utilizando la propia doctrina de la sala cuarta y la jurisprudencia constitucional sobre huelgas ilícitas o abusivas, el alto tribunal analizó, en primer término, si concurrían los elementos objetivo y subjetivo requeridos para caracterizar una huelga como abusiva en su modalidad de huelga «estratégica o de tapón», esto es, si la convocatoria de la huelga se limitó a una única categoría de trabajadores pertenecientes a un sector neurálgico de la empresa (en este caso, la de los maquinistas) y si los convocantes redujeron artificiosamente el ámbito del conflicto a quienes, por su posición, podían desencadenar desproporcionadamente un grave daño y el cese de la producción.

A tenor de los hechos probados por el tribunal *a quo*, el TS constata que la convocatoria de huelga se dirigió al conjunto de los trabajadores del Grupo Kalise y que fue secundada tanto por una mayoría de los maquinistas de la empresa (de los 12, se unieron a la misma entre 6 y 9, en función de los días de huelga)

como por un porcentaje significativo de trabajadores del grupo (hasta un tercio de la plantilla). No consta, por tanto, un llamamiento dirigido a los maquinistas de la empresa, ni una reducción artificiosa o intencional del ámbito personal de los convocados, de ahí que ninguno de los elementos requeridos en las huelgas estratégicas o «de tapón» –limitar la convocatoria y reducir artificialmente su ámbito a quienes, desde una posición estratégica, son capaces de paralizar el proceso productivo– concorra en el supuesto enjuiciado. Sí que hubo, no obstante, un seguimiento mayoritario de este colectivo estratégico, circunstancia que llevó a la empresa a afirmar que, aunque las huelgas se convocaron con carácter general, en realidad se desarrollaron para dar cobertura a la inactividad de estos trabajadores esenciales, encubriendo un auténtico fraude de ley. Pero el TS subraya que el fraude de ley no se presume, sino que precisa de prueba y que ésta recae, según su propia doctrina, sobre quien alega su carácter abusivo y la presencia de una conducta torticera [en este sentido, véanse la STS 8540/2000, de 22 de noviembre de 2000 (Rec. 1368/2000) (ECLI:ES:TS:2000:8540) o la STS 3728/2005, de 9 de junio de 2005 (Rec. 126/2004) (ECLI:ES:TS:2005:3728)].

Para que una huelga sea considerada abusiva, el TS recuerda, además, que no basta con que haya ocasionado daños a la empresa, sino que dichos daños sean graves y hayan sido buscados por los huelguistas más allá de lo que es razonablemente requerido por la propia actividad conflictiva y por las exigencias inherentes a la presión que la huelga implica [SSTC 11/1981, de 8 de abril (*BOE* núm. 99, de 25 de abril de 1981) y 72/1982, de 2 de diciembre (*BOE* núm. 312, de 29 de diciembre de 1982)]. La parte recurrente estimó que las huelgas desarrolladas encajaban en el supuesto del artículo 7.2 del RDLRT y que se cumplían con los requisitos exigidos por el TC para ser consideradas abusivas porque, a su juicio, los daños ocasionados fueron graves, desproporcionados y buscados claramente por los huelguistas. Para demostrarlo, la recurrente restó importancia a la causa que desencadenó el conflicto, criticando la tardanza del comité de empresa en formular la propuesta de inicio de las negociaciones y que la hubiera hecho coincidir maliciosamente con el periodo estival, cuando el nivel actividad se incrementaba considerablemente en la empresa. Y subrayó la mala fe en la convocatoria de las huelgas ante un hecho tan irrelevante como la petición de la empresa de posponer el inicio de negociaciones al 17 de septiembre.

En la medida que no hallamos en nuestro ordenamiento jurídico unos criterios objetivos que determinen los supuestos de abuso, corresponde a la jurisdicción enjuiciar el caso concreto. Y así lo hizo el TS estimando que el objeto de la huelga fue lícito, concreto y real al hallar probadas y ser evidentes las desavenencias entre la empresa y el comité para acordar una fecha de inicio de las negociaciones del convenio, que fue lo que desencadenó el conflicto. Un conflicto que, sin duda,

podríamos calificar de banal y cuya causa residió en una sucesión de desencuentros y de posturas exacerbadas que condujo a los agentes sociales a no entenderse. La parte social podía haber cedido ante la petición empresarial de negociar en septiembre, tan solo dos meses más tarde de la fecha propuesta por ellos. Y el grupo empresarial podía haber flexibilizado su postura accediendo a negociar durante el mes de agosto, lo que no habría repercutido en el proceso productivo.

En cualquier caso, el alto tribunal, no estimó que hubiera mala fe en la convocatoria de los representantes de la plantilla, quienes promovieron la negociación de un nuevo convenio y solo ante la postura obstruccionista de la empresa acordaron ejercer su derecho a la huelga, no antes. Que las huelgas tuvieran lugar en verano –subrayó el TS– no implica *per se* un abuso del derecho, máxime cuando la producción empresarial no se paralizó en ningún momento. Que la actividad productiva y las ventas disminuyesen no fue sino el resultado lógico de cualquier huelga legítima que tiene por objeto perturbar el desarrollo habitual del proceso productivo, pero en absoluto se produjeron daños desproporcionados y graves o perjuicios extraordinarios a pesar de las cuantiosas pérdidas que adujo haber sufrido la empresa. Y el TS tampoco constató la pérdida de clientes, aunque la empresa tuvo que renegociar, eso sí, ciertas ventajas con varios de ellos. En definitiva, ninguna de las reivindicaciones del grupo empresarial fueron atendidas por el TS cuya sala cuarta avaló tanto la convocatoria de huelga como su desarrollo. Y, consecuentemente, se desestimó en su totalidad el recurso de casación interpuesto por el Grupo Kalise al haberse construido sobre premisas fácticas erróneas y distintas a las de la resolución recurrida.

4. CONCLUSIONES

El ejercicio del derecho fundamental de huelga implica perturbar e interferir en el proceso productivo empresarial mediante la cesación voluntaria y temporal del trabajo –y de su retribución– en cualquiera de sus modalidades por parte de los trabajadores afectados. El ejercicio legítimo del derecho de huelga conlleva sacrificios para ambas partes y exige proporcionalidad. Es un derecho que tiene limitaciones, siendo una de ellas que no puede ejercerse de forma abusiva. El artículo 7.2 RDLRT prevé, por ello, una relación de supuestos de abuso y presume como huelgas ilícitas y abusivas, entre otras, a aquellas «efectuadas por los trabajadores que presten servicios en sectores estratégicos con la finalidad de interrumpir el proceso productivo». Quien pretenda extraer las consecuencias de su ilicitud, puede ampararse en esa presunción de abusividad, pero la presunción es *iuris tantum* y admite prueba en contrario. Además, no todas las huelgas en las que participa un grupo limitado de

trabajadores que ocupan una posición neurálgica en el proceso productivo y consiguieran paralizarlo están incluidas necesariamente en dicho supuesto, cuya interpretación debe ser restrictiva y *pro libertate* tratándose del ejercicio de un derecho fundamental. Para que una huelga sea estratégica o «de tapón», además de los elementos citados, ha de producirse a la empresa –como la jurisprudencia ordinaria ha reiterado– un daño grave, desproporcionado y doloso por parte de los huelguistas, cuyo propósito malicioso o ánimo abusivo debe ser probado acreditando que los huelguistas han llevado a cabo una «reducción artificiosa del ámbito del conflicto» al convocar a la huelga únicamente a aquellos trabajadores cuya su posición neurálgica en la empresa les permite paralizar el proceso productivo. Alguna doctrina ha considerado que la acreditación de esta intencionalidad es prácticamente imposible y ello aboca a una legalización *de facto* de las huelgas estratégicas que el artículo 7.2 RDLRT presume abusivas (Aguilera Izquierdo, 2014, 573). Otra doctrina, sin embargo, valora positivamente esta jurisprudencia, según la cual no habría huelgas abusivas *per se*, sino formas de ejercicio abusivo de las mismas cuando concurren los elementos objetivos e intencionales citados que, en todo caso, han de ser probados (Monereo Pérez y Ortega Lozano, 2021, 370-371). Dicha concurrencia, sin embargo, no se produjo en las huelgas realizadas en el Grupo Kalise, pues los huelguistas ni las promovieron ni convocaron para un único grupo de trabajadores (los maquinistas), sino para la generalidad de la plantilla, ni se redujo estratégica y fraudulentamente el ámbito del conflicto, ni se paralizó totalmente el proceso productivo. Aplicando la teoría del abuso como límite al ejercicio del derecho de huelga [STC 11/1981, de 8 de abril (BOE núm. 99, de 25 de abril de 1981)], el TS atribuyó la carga de la prueba al grupo empresarial, quien no acreditó los elementos objetivo y subjetivo del ánimo abusivo de las huelgas «de tapón», ni que el daño ocasionado fuera grave, desproporcionado o extraordinario. Los huelguistas no se extralimitaron y el objeto de la huelga no fue infundado, sino expreso y lícito, ni su finalidad fraudulenta.

5. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA IZQUIERDO, R.: «Conceptuaciones particulares de huelgas abusivas o ilícitas», en VV.AA. (F. Pérez de los Cobos, dir.): *Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo*, Madrid, Ed. La Ley, 2014, pp. 561-624.
- GARCÍA SALAS, A. I.: *El ejercicio abusivo de la huelga*, Valencia, Tirant lo Blach, 2018.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: «Las huelgas ilegales: especial referencia a la huelga político-social», *Lex Social*, vol. 11, núm. 2, 2021, pp. 368-371.

**97. CONCULCACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD
SINDICAL ANTE UN PACTO FIN DE HUELGA EN EL QUE NO
PARTICIPAN LOS SINDICATOS LEGITIMADOS**
Comentario a la STS 1085/2021 de 3 de noviembre de 2021 (Rec. 22/2020)

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León. ORCID: 0000-0001-5910-2982

Palabras clave: Libertad sindical, negociación colectiva, acuerdo fin de huelga.

1. ANTECEDENTES

Como con contrastada maestría ha señalado el profesor García Blasco, «el derecho a la negociación colectiva por parte de los sindicatos se integra dentro del contenido esencial de la libertad sindical», de modo que «los derechos de actividad del sindicato, entre ellos la negociación colectiva, se incorporan al contenido esencial del derecho, constituyendo el núcleo mínimo, indispensable e indisponible de la libertad sindical». Así, «al conformar el contenido esencial de este último derecho fundamental, determinadas lesiones del contenido de la negociación colectiva, cuando se dan frente a un sindicato y, por su entidad y trascendencia, suponen una radical y arbitraria eliminación o desconocimiento del mismo y de la actuación colectiva, pueden propiciar el amparo constitucional por deducirse de esa conducta una lesión directa del derecho de libertad sindical» (García Blasco, 2004, 67).

Sin duda, tales certeras reflexiones sirven de preclaro pórtico al presente comentario, no en vano entre los derechos fundamentales que reconoce nuestra

Constitución, se encuentra el de la libertad sindical, derecho que se proyecta sobre el conjunto de las relaciones laborales y reviste una relevancia incuestionable para las personas trabajadoras (art. 28.1). Esta trascendencia se pone de manifiesto a la hora de examinar tanto su vertiente colectiva (derecho de los sindicatos a la actividad sindical *ad extra* y *ad intra*) como su proyección individual (derecho de la persona trabajadora a fundar sindicatos, afiliarse al de su elección, no hacerlo o separarse y adherirse y participar en actividades programadas por los sindicatos) (García Murcia, 2018, 119).

La libertad sindical individual comprende, por tanto, el conjunto de derechos de los que son titulares las personas trabajadoras individualmente consideradas y la libertad sindical colectiva integra la pluralidad de derechos que corresponden a los sindicatos constituidos (García Viña, 2022, 74), considerados estos últimos como «organismos básicos del sistema político» o «piezas económicas y sociales indispensables» para la defensa y promoción de los intereses colectivos» [STC 11/1981, de 8 de abril de 1981 (*BOE* de 25 de abril de 1981)] a los que se encarga, a la postre, el «ejercicio de todos aquellos derechos de dimensión colectiva que contribuyan a su defensa y promoción» (art. 7 CE) [SSTC 210/1994, de 11 de julio de 1994 (*BOE* de 4 de agosto de 1994)].

El derecho de libertad sindical es, además, un derecho de contornos amplios, que han sido definidos en buena medida por los órganos judiciales, y especialmente por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional. Nadie olvida la importante labor que realizaron tanto la jurisprudencia constitucional como la ordinaria en su configuración como derecho de «contenido complejo», dentro del que se suele distinguir entre un «contenido esencial» y un «contenido adicional», compuesto a su vez de innumerables facultades y prerrogativas (Martín Valverde, 1983, 146).

Así, apoyándose –de conformidad con el artículo 10.2 CE– en la normativa internacional ratificada por España, en particular los convenios números 87 y 98 de la OIT (Smintinica, 2022, 141), el Tribunal Constitucional ha entendido que forma parte del contenido esencial de la libertad sindical, la vertiente organizativa del derecho de sindicación explícitamente aludida en el artículo 28.1 CE: libertad de constitución de sindicatos, de afiliación o no afiliación a estos, de autoorganización y de fundación o integración en federaciones o confederaciones sindicales, incluidas las internacionales (Álvarez Alonso, 2020, 68). Al tiempo, quedan enmarcados también dentro de dicho contenido esencial aquellos otros derechos de actividad y medios de actuación que, por contribuir de forma primordial a que el sindicato pueda desarrollar las funciones a las que es llamado por el artículo 7 CE, forman parte igualmente del «núcleo mínimo e indispensable de la libertad sindical, sin el cual ese derecho fundamental no sería reconoci-

ble» [STC 55/1983, de 22 de junio de 1983 (*BOE* de 19 de julio de 1983)]. De este modo, se inserta dentro del contenido necesario e intangible de la libertad sindical una vertiente funcional en la que el Tribunal Constitucional ha venido incluyendo expresamente el derecho a desarrollar libremente y sin injerencias ni represalias la acción sindical, en una doble faceta individual y colectiva (Durán López y Sáez Lara, 1992, 166); y, en particular, los derechos de negociación colectiva, huelga y promoción de conflictos que, sin perjuicio de su constitucionalización autónoma, se entienden comprendidos, asimismo en el artículo 28.1 CE (Monereo Pérez y Fernández Avilés, 2008, 267).

Bajo tales premisas, muchos han sido los pronunciamientos judiciales que han detectado comportamientos atentatorios al derecho de libertad sindical en sus múltiples manifestaciones creando un corpus de doctrina delimitadora de las aristas de los posibles atentados. Con mayor detalle, abundantes han sido las sentencias que inciden en que el derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE) engloba el derecho a la negociación colectiva de los sindicatos [2.1 d) LOLS], en relación con los artículos 7 y 28.1 CE. Y ello «por erigirse la negociación colectiva en un medio para el ejercicio de la acción sindical» y «porque la libertad sindical comprende inexcusablemente también aquellos medios de acción sindical (entre ellos, la negociación colectiva) que contribuyen a que el sindicato pueda desenvolver la actividad a que está llamado por la Constitución» [STC 39/1986, de 31 de marzo (*BOE* núm. 85, de 9 de abril de 1985)].

Buena muestra de tales injerencias pueden encontrarse en la Sentencia, del Tribunal Supremo, de 3 de noviembre de 2021, objeto del presente comentario, en la que se dilucida la concurrencia o no de la quiebra del derecho a la libertad sindical, en su vertiente de negociación colectiva, de los sindicatos que suscribieron un convenio de naturaleza estatutaria y, sin embargo, fueron excluidos de un acuerdo fin de huelga, en el que se incluyeron materias comprensivas de la jornada anual ordinaria, atención primaria y atención ambulatoria hospitalaria, contratación, retribución, conciliación de la vida familiar personal y laboral, salud laboral y Junta clínica facultativa.

2. CUESTIONES PLANTEADAS

Se resuelve un recurso de casación ordinaria frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 10 de julio de 2019, que estima la demanda presentada por los sindicatos CC.OO., FeSp-UGT y SATSE contra las patronales UCH, CAPSS y ACES, el sindicato SMC y el Comité de Huelga, entendiéndose vulnerado el derecho de libertad sindical en su manifestación de negociación co-

lectiva de los demandantes, declarando la nulidad del acuerdo fin de huelga alcanzado por los demandados el día 15 de febrero de 2019, y condenando a estos últimos a: cesar de forma inmediata en las actuaciones que desarrollen el mencionado acuerdo de 15 de febrero de 2019; pagar a cada uno de los demandantes la suma de 6.500 euros en concepto de daños y perjuicios; declarar a todos los demandados responsables solidarios del cumplimiento de este pago; y publicar en la respectiva página web de cada uno de los demandados la presente sentencia.

El recurso ha sido planteado por SMC y el Comité de Huelga, siendo impugnado por los Sindicatos SATSE, CC.OO y FeSP-UGT.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

La sentencia comentada realiza un repaso sobre los criterios jurisprudenciales sustanciales en torno a la delimitación de dos instrumentos clave: los pactos extraestatutarios y los acuerdos de fin de huelga.

Así, por una parte, los primeros, adoptados al margen de las normas estatutarias, gozan también de soporte en el artículo 37.1 CE, aunque sin el carácter *erga omnes* del convenio estatutario, siendo de aplicación solamente a los representados por el sindicato firmante (eficacia limitada), de manera que su extensión «más allá del círculo personal de quienes lo suscribieron... a través de una adhesión libre, no puede ser en ningún caso cuestionada». La singularidad más relevante de este modelo de negociación de eficacia limitada «se cifra en la absoluta libertad de que goza la empresa a la hora de proceder a la selección de su interlocutor. Relevante y significativa diferencia si la comparamos con las severas exigencias que impone el paradigmático modelo legal». Además, «un pacto de eficacia limitada no puede prevalecer ni contradecir las disposiciones de un convenio colectivo estatutario, por razones de jerarquía». De este modo, «cuando se celebra un acuerdo colectivo fuera de la disciplina estatutaria, pero que, en alguna de sus disposiciones, persigue generalidad... habría que convenir que tales disposiciones no serían válidas, en tanto que eficacia de tal clase sólo es predicable de los convenios colectivos que regula el Estatuto de los Trabajadores» [STS de 27 de octubre de 2021 (Rec. 4312/2018) (ECLI:ES: TS:2021:4094)].

Por otra parte, los segundos, esto es, los acuerdos fin de huelga «tienen el valor de convenio colectivo, como establecen los artículos 8.2 (“el pacto que ponga fin a la huelga tendrá la misma eficacia que lo acordado en Convenio Colectivo...”) y 24.1 del Real Decreto-ley 17/1977 de 4 de marzo (“dicho acuerdo tendrá la misma eficacia que lo pactado en convenio colectivo”)), si bien poseen «naturaleza de convenio extraestatutario, de manera que su vigen-

cia no va más allá de lo en ellos previsto» [STS de 27 de abril de 2017 (Rec. 279/2016) (ECLI:ES:TS:2017:2004)].

En el supuesto enjuiciado, el pacto fin de huelga aborda contenidos incorporados a un convenio colectivo estatutario negociado previamente relacionados con formación e investigación, tiempo de atención dedicado a los pacientes, carga asistencial, tanto en el ámbito de atención primaria como en el resto de los ámbitos, contratación del personal facultativo, retribución, conciliación de la vida familiar personal y laboral, salud laboral y creación de una comisión bilateral entre el sindicato recurrente y las patronales que menciona el pacto para abordar las actividades no asistenciales.

En consecuencia, si el pacto fin de huelga, carente por definición de eficacia *erga omnes* y circunscrito a los firmantes, en realidad tiene vocación de generalidad, su contenido no será válido, en tanto obtenido con ausencia de sujetos legitimados para su negociación. Así, tal y como señala la sentencia analizada, «el contenido acordado por una unidad negociadora inferior a la que conformó el convenio colectivo estatutario, pero en un entorno temporal subsiguiente a la aprobación de éste y con la vocación de generalidad explicitada, sin dar entrada a los firmantes del mismo, produce la quiebra del derecho a la libertad sindical, en su vertiente de negociación colectiva, de los sindicatos demandantes», máxime cuando en el presente caso el pacto fin de huelga ha tenido su origen y motivación en el fracaso de las tesis que había propugnado el sindicato SMC en la mesa negociadora. En definitiva, la exclusión de alguno de los sindicatos que ostentan tal legitimación incide de modo negativo en su derecho a la negociación colectiva, como expresión del derecho a la libertad sindical *ex* artículo 2.1 d) LOLS.

4. CONCLUSIÓN

La parte dispositiva de la sentencia sienta que la exclusión de los sindicatos demandantes de un acuerdo fin de huelga con vocación de generalidad vulnera su derecho a la libertad sindical en la manifestación del derecho a la negociación colectiva, en cuanto supone eludir la obligación de convocar a todos los sindicatos legitimados. Por tanto, «negar, obstaculizar o desvirtuar el ejercicio de dicha facultad negociadora de los sindicatos implica una violación del derecho a la libertad sindical que consagra el artículo 28.1 CE pues la libertad sindical comprende el derecho a que los sindicatos realicen las funciones que de ellos es dable esperar, de acuerdo con el carácter democrático del

Estado y con las coordenadas que a esta institución hay que reconocer, a las que se puede sin dificultad denominar “contenido esencial” de tal derecho.

En todo caso, la canalización procesal de la defensa frente a los atentados a la libertad sindical se llevará a efecto a través de los artículos 177 y ss. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), cuyas consecuencias reparadoras no solo supondrán la nulidad del actuar ilegítimo sino también la pertinente indemnización de daños y perjuicios (incluidos los daños morales), cifrada en este caso en la cantidad, en régimen de responsabilidad solidaria, de 6.500 euros, que no puede considerarse excesiva, irrazonable ni desproporcionada, sino prudencialmente correcta y ajustada a las circunstancias del caso. No procede la imposición de costas».

5. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ ALONSO, D.: *Representación y participación de los trabajadores en la empresa. Estudio de jurisprudencia y perspectivas de futuro*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.
- DURÁN LÓPEZ, F. y SAEZ LARA, C.: «Libertad sindical y acción sindical en la empresa en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 92, 1992.
- GARCÍA BLASCO, J.: «La jurisprudencia constitucional relativa al derecho a la negociación colectiva», *Temas Laborales*, núm. 76, 2004.
- GARCÍA MURCIA, J.: «Art. 7», en VV.AA (Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. y Casas Baamonde, M. E., Dirs.): *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid, BOE, 2018.
- GARCÍA VIÑA, J.: «El concepto de libertad sindical individual en España», *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 4, 2022.
- MARTIN VALVERDE, A.: «El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista de Política Social*, núm. 137, 1983.
- MONEREO PÉREZ, J. L., y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: «Libertad sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 73, 2008.
- SMINTINICA, C.: «Discriminación por afiliación sindical y tutela judicial efectiva. A propósito del asunto Zakharova y otros contra Rusia (STEDH de 8 de marzo de 2022)», *Revista de Derecho Social*, núm. 98, 2022.

98. LOS DIRECTIVOS SE REMANGAN. UN NUEVO CASO DE ESQUIROLAJE INTERNO

Comentario a la STS 990/2021 de 6 de octubre de 2021 (Rec. 4983/2018)

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Oviedo. ORCID: 0000-0003-2755-7485

Palabras clave: huelga, esquirolaje, poder de dirección, responsabilidad empresarial.

1. ANTECEDENTES

En el transcurso de una huelga de empresa de veinticuatro días de duración la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Navarra realizó distintas comprobaciones llegando a la conclusión de que se estaba produciendo sustitución de personas trabajadoras que secundaban la huelga, dando lugar al levantamiento de acta de infracción e imposición de la consiguiente multa. Resolución sancionadora que fue impugnada por la empresa ante la jurisdicción social.

Se daba la circunstancia de que, en efecto, varios mandos intermedios, responsables de diversas áreas de la empresa, decidieron por su cuenta y riesgo llevar a cabo las actividades de los huelguistas sin que en ningún caso recibieran indicaciones, orientaciones o instrucciones por parte de la empleadora.

Un trabajador interpuso una demanda de tutela frente a la entidad a la que responsabiliza de haber vulnerado el derecho fundamental a la huelga; preten-

sión que fue desestimada tanto en la instancia como en suplicación, básicamente por considerar –en sintonía con el argumento que opuso la empresa– que la decisión de sustituir a los huelguistas había sido iniciativa propia y autónoma de los mandos intermedios.

El recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el demandante se basa en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por el STC 33/2011, de 28 de marzo, *asunto Diario ABC*, en la que sí se estimó que constituía un supuesto de esquirolaje interno imputable a la empresa el hecho de que el personal directivo se hubiera ocupado, también por decisión propia, de las tareas necesarias para que el periódico se editara y saliera a la calle el día en que estaba convocada una huelga general.

2. CUESTIÓN O CUESTIONES PLANTEADAS

Lo primero con lo que se enfrenta la Sala es la comprobación de la concurrencia del presupuesto de la contradicción que es el criterio o requisito de apertura del recurso de casación unificadora, cuestión que se resuelve en sentido afirmativo, puesto que de lo que se trata en ambos casos es de determinar si la empresa era o no responsable de los actos de sustitución interna de los huelguistas realizados por sus directivos o mandos, aun cuando no conociera ni instigara o aprobara dicha actuación. Y el sustrato fáctico de ambos asuntos es, efectivamente, idéntico, habiéndose llegado a pronunciamientos contradictorios.

Entrando a conocer del fondo, pues, dos son las cuestiones que se ventilan. La primera, de índole procesal, consistente en si hubiera debido desplegar los efectos de la cosa juzgada en el pleito de origen la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Pamplona, de 27 de marzo de 2019 (autos 448/2018), recaída en instancia en el proceso de impugnación de la sanción administrativa impuesta a la empresa por la autoridad laboral, y que adquirió firmeza en virtud de la STSJ de Navarra, de 5 de septiembre de 2019, en la que se declara probado que la empresa no tuvo participación en los hechos que dieron lugar a la sustitución de los huelguistas y que, por consiguiente, no incurrió en infracción alguna; habiendo sido el acta de infracción levantada por la ITSS revocada y dejada sin efecto.

La segunda cuestión, de carácter sustantivo, versa –tal y como se indica en el juicio previo de contradicción– sobre si el hecho de que los mandos intermedios tomaran la decisión de sustituir a los huelguistas por iniciativa pro-

pia y sin instrucciones o indicaciones de la empresa exonera a esta de toda responsabilidad en relación con la conducta lesiva del derecho a la huelga.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

Respecto del primer asunto, si ha de estimarse que concurre la excepción de cosa juzgada opuesta por la empresa recurrida, la Sala se pronuncia en sentido desestimatorio y rechaza que la sentencia en la que se descarta que aquella hubiera incurrido en infracción alguna haya de tener efectos para determinar el signo del fallo en este otro procedimiento de tutela. Y ello, por cuanto que, aunque los hechos sean los mismos, difieren las bases de enjuiciamiento para estimar la existencia de infracción administrativa de las que se emplean para apreciar la vulneración del derecho fundamental. O, dicho de otro modo, de manera similar a lo que ocurre al valorar unos mismos hechos en el ámbito penal o en el disciplinario laboral, los juicios o parámetros de valoración son dispares.

Entrando ya en el asunto material de fondo, el punto de arranque consiste en afirmar que el ejercicio de las facultades directivas de la empresa para privar de efectividad a una huelga –en este caso, mediante el empleo de personal cualificado en sustitución de los trabajadores manuales que habían hecho seguimiento del paro– tiene indudablemente el efecto de vaciar de contenido el derecho fundamental. Y que ello constituye un ejercicio abusivo del *ius variandi* empresarial, que en el transcurso de un conflicto –mientras se ha recurrido a una medida de conflicto colectivo del significado y trascendencia de la huelga– no puede desplegar la intensidad o ejercitarse en los mismos términos y con el mismo alcance que ordinariamente.

A partir de esta premisa, el asunto de si la empresa es responsable de la medida adoptada por sus jefes de equipo o de área, o cualesquiera otros mandos, sin su conocimiento, la Sala reitera la solución adoptada por sentencia deliberada el mismo día (STS de 6 de mayo de 2021, Rec. 4975/2018), y acogida asimismo en numerosos pronunciamientos dictados en fechas próximas a propósito de esos mismos hechos (SSTS de 5 de mayo de 2021, Rec. 4969/2018, 4972/2018, 4976/2018, 4981/2018, 4984/2018 y 4985/2018; y STS de 6 de mayo de 2021, Rec. 4978/2018). En todas ellas, y con referencia muy directa y literal a la doctrina contenida en la sentencia de contraste, la ya citada STC 33/2011, la Sala concluye que la pretendida falta de responsabilidad empresarial no se compagina bien con la dinámica real del ejercicio del derecho fundamental del artículo 28.2 CE. En primer lugar, porque «descontextualiza

el derecho de huelga del marco propio de las relaciones laborales», y porque «elude la realidad de los efectos ordinarios del ejercicio de tal derecho, que afectan directamente al empresario como parte contratante del trabajo». Dicho de otro modo, el ejercicio del derecho de huelga y los efectos que el mismo despliega sobre el contrato y la relación laboral conciernen de manera directa al empresario. Que es, además, titular de la organización productiva y del poder de dirección, que, por supuesto, ejerce también sobre directivos y mandos intermedios; lo que no se desvirtúa por el hecho de que en organizaciones de cierta complejidad ese poder y las facultades que el mismo comprende se deleguen en otras personas. Y que, en definitiva, tampoco supone una transferencia o enajenación de la responsabilidad del titular a esos terceros. Lo contrario, además, podría favorecer prácticas que podrían limitar la eficacia de los derechos fundamentales y vaciar de contenido las prohibiciones, garantías y mecanismos de tutela establecidas en la Constitución y en la legislación laboral relativas a potenciales actuaciones lesivas del derecho de huelga. Recuerda la Sala, en fin, que el propio TC tiene declarado que los derechos fundamentales de las personas pueden ser igualmente vulnerados por quien no sea su empresario, pero mantenga con él, con el trabajo y con la relación laboral alguna conexión (STC 250/2007, de 17 de diciembre). Habría, en suma, una culpa *in vigilando*, y una responsabilidad por omisión de la debida prevención o reacción respecto del acto de sustitución de los huelguistas vulnerador del derecho fundamental. Todo lo cual desemboca en la estimación del recurso del trabajador recurrente, y con ello de la demanda de tutela.

4. CONCLUSIÓN O CONCLUSIONES

Como he tenido la oportunidad de decir en alguna otra ocasión (Martínez Moreno, C., «El ser o no ser de la huelga, el fútbol y el esquirolaje. A propósito de la STC 17/2017, de 2 de febrero, caso Telemadrid», en *Derecho de las Relaciones Laborales* n.º 9, octubre 2017, pp. 894-902), que el DLRT no se ocupara en el año 1977 de prohibir más que el esquirolaje externo no significa que, a estas alturas, los tribunales no estén obligados a enjuiciar el sinfín de conductas que conocemos y que pudieran ser constitutivas de lesión del derecho fundamental a la huelga –esquirolaje tecnológico, organizativo, comercial– o cualquier otra conducta, hecho, medida o decisión adoptada por la empresa o bajo su posible control, capaz de desactivar los efectos naturales de la huelga y de vaciar así el contenido de un derecho fundamental. Me parece elemental, y el patrón de enjuiciamiento es bastante simple.

Epilogo

La selección de esta sentencia para comentarla en obligado y merecido homenaje al admirado y muy estimado profesor García Blasco, casualmente me ha permitido que el tributo a su magisterio sea doblemente sentido y profundo, pues nos recuerda que el objeto de su tesis doctoral, defendida allá por el año 1982 bajo la no menos ejemplar enseñanza del recordado profesor Rivero Lamas, versó precisamente sobre el derecho de huelga (García Blasco, J., *El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos*, Bosch Editor, 1982).

5. BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA BLASCO, J., *El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos*, Bosch Editor, 1982.

MARTÍNEZ MORENO, C., «El ser o no ser de la huelga, el fútbol y el esquirolaje. A propósito de la STC 17/2017, de 2 de febrero, caso Telemadrid», en *Derecho de las Relaciones Laborales* n.º 9, octubre 2017, pp. 894-902.

99. SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL PACTO DE FIN DE HUELGA

Comentario a la STS 762/2021 de 7 de julio de 2021 (Rec. 179/2019)

ANA AGUAS BLASCO

Investigadora Predoctoral en Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza
ORCID: 0009-0001-1037-1222

Palabras clave: Huelga, pacto de fin de huelga, modificación sustancial de condiciones de trabajo.

1. ANTECEDENTES

La empresa Alimentos El Arco, S.A. (en adelante, la empresa), adquirió en agosto de 2017 una red de doce establecimientos, cuya plantilla subrogó, momento en el que la jornada de trabajo en los mismos era a tiempo parcial, de 35 horas a la semana, que se prestaban de lunes a viernes, en horario de 8 a 15.

Posteriormente, se amplió la jornada, de manera que –salvo 18 trabajadores– se comenzó a trabajar de lunes a sábado, en horario de 8 a 15 horas, lo que en la práctica supuso una jornada laboral de 42 horas semanales.

Para compensar ese exceso horario de dos horas semanales, la empresa accedió a que esas horas se disfrutaran en días completos, sin que pudieran acumularse en más de dos días, cualquier día de la semana y en la fecha que la persona trabajadora decidiera, y sin que prescribieran al finalizar el año natural.

Después, en marzo de 2019, la empresa inició un procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo para modificar el horario de trabajo de los mencionados centros, con el objetivo principal de disminuir o suprimir el régimen de los descansos compensatorios por exceso de jornada.

Tras el periodo de negociación pertinente, este finalizó el día 9 de abril sin acuerdo, el mismo día en el que el comité de empresa comunicó oficialmente la convocatoria de huelga para los siguientes días 20 y 21 del mismo mes, con el objetivo de impedir la implantación de la modificación de la jornada fijada por la empresa.

No obstante, la huelga no llegó a iniciarse, pues, el día anterior, la empresa y el comité de huelga acordaron su desconvocatoria, a cambio de que la empresa dejara sin efecto la aplicación de la modificación horaria propuesta, así como que se negociarían «las nuevas medidas que sean de aplicación» ante el nuevo escenario por aplicación del nuevo marco legal –entiéndase referido al Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo (en adelante, RDL 8/2019), que introdujo en el artículo 34 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), el apartado 9, sobre la obligación del registro diario de la jornada de las personas trabajadoras–.

El día 8 de mayo de 2019, la empresa comunicó al comité de empresa la apertura de un periodo de consultas para, nuevamente, modificar el horario en aquellos centros de trabajo con el fin de corregir los antedichos excesos de jornada. La empresa indica, al respecto, que debe tomar medidas para garantizar el cumplimiento de las jornadas y evitar los excesos horarios, ajustándose a la entrada en vigor del RDL 8/2019, y debido a que se producen dificultades organizativas en el funcionamiento de los establecimientos. En las semanas consecutivas se desarrollaron las reuniones correspondientes al periodo de consultas, en las que se fueron planteando diferentes propuestas, sobre las que finalmente no se llegó a ningún acuerdo.

A los efectos, el día 24 de mayo la empresa comunicó al comité de empresa que, en esa misma fecha, notificaba a los trabajadores afectados la modificación de la jornada y el horario, coincidente con su propuesta inicial. Como respuesta, el día 3 de junio, los sindicatos CCOO y UGT presentaron papeleta de mediación sobre conflicto colectivo ante el correspondiente servicio de solución extrajudicial de conflictos. El acto de mediación con la empresa terminó sin avenencia, tras lo cual las representaciones de los mencionados sindicatos interpusieron demanda de conflicto colectivo de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, la cual fue estimada, de-

clarando nula y sin efecto la modificación sustancial de condiciones de trabajo adoptada por la empresa demandada.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación por la representación de la empresa, que fue impugnado por los sindicatos CCOO y UGT.

2. CUESTIÓN PLANTEADA

Puesto que la convocatoria de huelga terminó con un pacto de fin de huelga en el que el comité se comprometió a desconvocarla, con la contrapartida de que la empresa dejara sin efecto la modificación horaria propuesta, y acordando negociar nuevas medidas, la cuestión principal consiste en determinar si la posterior aplicación por parte de la empresa del artículo 41 ET incumple lo acordado en dicho pacto.

Al respecto, las posiciones antagónicas de las partes son las siguientes. De un lado, la empresa considera que el pacto la habilita al inicio del nuevo periodo de consultas en el marco de un procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo que llevó a cabo posteriormente. Por el contrario, los sindicatos alegan que el acuerdo comprometía a una mera negociación sin los condicionantes de tiempo y de resultado que conlleva el trámite del artículo 41 ET.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

En primer lugar, conviene señalar que la Sala de lo Social del TSJ de Asturias declaró la nulidad de la modificación sustancial de condiciones de trabajo que la empresa comunicó a la representación legal de los trabajadores el 24 de mayo de 2019, fundamentada en que las partes estaban obligadas a respetar el acuerdo colectivo previo por el que quedaba imposibilitada la vía del artículo 41 ET, razón por la que la empresa recurre en casación.

Así, concluyó la Sala en la sentencia de instancia que, aunque es cierto que el acuerdo no está redactado con total claridad, del mismo no se desprende la aceptación por parte de los representantes de las personas trabajadoras del posterior procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo iniciado, ni tampoco el reconocimiento de la facultad de la empresa para llevar a cabo la modificación unilateralmente, sino que lo establecido en el pacto fue el compromiso de las partes a, simplemente, negociar. Por tanto, el inicio por parte de la empresa de un nuevo procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo vulnera el pacto de fin de huelga, teniendo en cuenta, además, que, *ex* artículo 8.2 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, so-

bre relaciones de trabajo (en adelante, RDLRT), dicho pacto tiene la misma eficacia que lo acordado en convenio colectivo y, por tanto, «un significado obligatorio» y «que debe ser aplicado en sus propios términos» [STS de 2 de noviembre de 1999 (Rec. 4786/1998) (ECLI:ES: TS:1999:6863)].

En definitiva, concluye que el inicio por la empresa del último procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo vulnera el pacto de fin de huelga, a cuyo cumplimiento estaba obligada, puesto que su objeto era el mismo del procedimiento anterior, finalizado con dicho acuerdo.

El criterio del TS en casación es discordante al precedente. Las razones de dicha discrepancia son, en primer lugar, que del pacto de fin de huelga –escaso e impreciso, se considera– únicamente se puede concluir la voluntad de ambas partes de negociar, pero no que tal negociación no pudiera desarrollarse por la vía del artículo 41 ET. De hecho, el TS va un paso más allá, pues entiende que el pacto, incluso, incentiva la negociación. En segundo lugar, considera que del acuerdo alcanzado para poner fin a la huelga no se puede concluir que las cuestiones en controversia –la modificación de horarios y su impacto en la jornada laboral– estén completamente protegidas y requieran obligatoriamente un acuerdo absoluto entre las partes para cualquier cambio futuro. En otras palabras, el pacto establece que tales cuestiones deban ser negociadas, pero no descarta la posibilidad de que, en ausencia de acuerdo, pueda ponerse en marcha el trámite del artículo 41 ET.

Así las cosas, el TS concluye que nada impedía accionar el procedimiento del artículo 41 ET, por lo que estima el recurso de casación interpuesto por la empresa.

4. CONCLUSIÓN

El núcleo del conflicto que resuelve la STS de 7 de julio de 2021 que se comenta radica en la interpretación de un pacto de fin de huelga. De un lado, la Sala de lo Social del TSJ de Asturias consideró que el pacto comprometía a ambas partes a simplemente negociar, sin recurrir al procedimiento del artículo 41 ET. Por su parte, y de contraste, el Tribunal Supremo entiende que el pacto, además de alentar la negociación, posibilitaba la utilización del procedimiento del artículo 41 ET en caso de no alcanzar un acuerdo, pues no se concretó nada sobre ello en la redacción de sus términos.

El procedimiento del artículo 41 ET, sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo, está previsto que se articule a

través de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores, de duración no superior a quince días, en los términos que establece el apartado 4 de dicho artículo. Finalizado tal periodo sin acuerdo, dispone el artículo 41.5 que la decisión sobre la modificación colectiva de las condiciones de trabajo será notificada por el empresario a los trabajadores y surtirá efectos en el plazo de los siete días siguientes a su notificación. Por tanto, el resultado del procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo es, en ausencia de acuerdo, la imposición unilateral de la decisión del empresario, legalmente amparada por el tenor literal del precepto legal, además de la sujeción a determinados plazos.

A ello debemos añadir que, como se ha comentado, el primer procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo llevado a cabo finalizó sin acuerdo, lo que motivó la convocatoria de la huelga, por lo que puede deducirse que, si el establecimiento unilateral de la medida generó tal disconformidad entre las personas trabajadoras, en el acuerdo de fin de huelga no tuvieron la intención de dejar abierta la posibilidad de iniciar uno nuevo, con el consiguiente resultado que tal proceso conlleva de que el empresario termine implantando unilateralmente la medida –como hemos apuntado–, precisamente lo que querían evitar.

A este razonamiento se debe añadir que el artículo 8.2 RDLRT otorga a tales pactos que ponen fin a la huelga la misma eficacia que lo acordado en convenio colectivo. Aunque es una eficacia distinta a la de los convenios colectivos negociados conforme a las reglas del Título III del ET, están protegidos por la fuerza vinculante que garantiza el artículo 37.1 CE, y vincula y obliga a los firmantes del mismo, como así ha venido afirmando el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo y la doctrina científica (Casas Baamonde, 2022,13), por lo que su valor es incuestionable, así como el deber de respetarlos.

Es por ello que, tras todo lo expuesto, se concluye que, probablemente, el TS interpretó con cierto exceso de flexibilidad el pacto al que llegaron la empresa y el comité de huelga para poner fin a la huelga, permitiendo el comienzo de un nuevo procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo del artículo 41 ET. En suma, ello termina por conferir al empresario una posición de mayor poder en este contexto de huelga, cuya finalidad, aunque no consiste en el aseguramiento de los objetivos por los que se inició, sí se basa en ser un instrumento de presión colectiva sobre los intereses empresariales para lograr los resultados que pretende, por lo que la imposición de restricciones se entiende como una reducción de su efectividad (González Ortega, 2018, 24).

5. BIBLIOGRAFÍA

CASAS BAAMONDE, M. E.: «Pactos de fin de huelga y convenios colectivos. Y sobre la frustración de la negociación colectiva por disolución de la asociación empresarial negociadora», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 7, 2022, pp. 1-18.

GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «El derecho de huelga: un derecho fundamental acorralado», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 418, 2018, pp. 17-42.

100. EL DEBER EMPRESARIAL DE PREVENIR EL ESQUIROLAJE INTERNO

Comentario a la STS 499/2021 de 6 de mayo de 2021 (Rec. 4975/2018)

ICÍAR ALZAGA RUIZ

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

ORCID: 0000-0002-8643-1092

Palabras clave: Huelga, esquirolaje interno, mandos intermedios.

1. ANTECEDENTES

En la empresa B.S.H. Electrodomésticos España, S.A se inició una huelga el 9 de enero de 2017, convocada por el sindicato LAB, que duró hasta el 26 de enero de 2017, concluyendo con acuerdo con la representación de los trabajadores. Durante la huelga, mandos intermedios de la empresa sustituyeron a trabajadores, que ejercían su derecho de huelga. Esa sustitución interna de trabajadores huelguista se llevó a cabo a iniciativa propia de los encargados en la creencia de que podían hacerla porque en ocasiones anteriores habían realizado las mismas tareas. La empresa no dio instrucciones en tal sentido. La sustitución fue minoritaria y tuvo un impacto reducido en relación con la incidencia de la huelga en la producción de la empresa demandada, que sí fue destacada.

Un trabajador demandó a la empresa por vulneración del derecho de huelga y en reclamación de cantidad. El Juzgado de lo Social, que conoció del

caso, entendió que no se había producido la vulneración alegada y absolvió a la empresa de las pretensiones frente a ella deducidas. Interpuesto recurso de suplicación, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, por sentencia de 11 de octubre de 2018, desestimó el mismo en la medida en que los mandos intermedios, que realizaron las sustituciones de trabajadores huelguistas, lo hicieron a iniciativa propia, sin que recibieran instrucciones de la empresa; por lo que la conducta de los mandos intermedios «careció de afectación relevante alguna sobre el derecho de huelga ejercitado, pues ni neutralizó el paro convocado, ni aminoró de manera apreciable, ni privó de efectividad al mismo».

Frente a esta sentencia se interpone recurso de casación para la unificación de doctrina.

2. CUESTIONES PLANTEADAS

El trabajador recurre en unificación de doctrina. Invoca como sentencia de contraste la STC 33/2011, de 28 de marzo. Denuncia infracción del artículo 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, en relación con el artículo 28.2 CE.

Por su parte, la empresa demandada niega la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste y las infracciones denunciadas. Defiende que no tuvo participación en la sustitución interna de los trabajadores huelguistas, por lo que no incurrió en infracción alguna.

El Ministerio Fiscal considera que no existe contradicción entre una y otra sentencia. Añade, no obstante, que, si la Sala apreciara que sí existe contradicción, el recurso debería ser estimado al haberse dictado la sentencia de contraste por el Tribunal Constitucional.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

A tenor de lo dispuesto en el artículo 6.5 RDL 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, el empresario no puede hacer uso de su poder de dirección para sustituir a los trabajadores huelguistas durante la huelga por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo en el supuesto de incumplimiento de los servicios mínimos o de mantenimiento. Esta prohibición legal se extiende a aquellos supuestos en los que el empresario recurra al mecanismo de la contrata o subcontrata de obras o servicios o celebre un contrato de puesta a disposición

con una Empresa de Trabajo Temporal y, se basa en que dicha contratación persigue la continuidad de la actividad empresarial y, por tanto, restar eficacia a la huelga (García Blasco, 1983, 71). Y es que «la eficacia del ejercicio del derecho [de huelga] se vería drásticamente mermada de permitirse al empleador facultad semejante» (Valdeolivas García, 1994, 379).

La fórmula legal del artículo 6.5 RDLRT plantea la duda de si el empresario puede o no sustituir a los trabajadores huelguistas por trabajadores del propio centro de trabajo o de otro distinto –la llamada sustitución interna–. Esta cuestión fue resuelta por el Tribunal Constitucional en su sentencia 123/1992, de 28 de septiembre (*BOE* de 29 de octubre), en un supuesto en el que los trabajadores fijos-discontinuos de una empresa, directamente afectados por las labores de producción, convocaron una huelga, sin que a ella se adhiriera el personal fijo de la empresa, constituido por directivos y administrativos. Éstos, voluntariamente y a instancia de los órganos gestores de la compañía sustituyeron a los trabajadores en los puestos desocupados, cuya categoría era inferior a la propia. La sentencia que resolvió la cuestión finalizó otorgando el amparo solicitado por el Comité de Empresa por entender que «la preeminencia de este derecho [de huelga] produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial. Tal sucede con la potestad directiva del empresario, regulada en el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores, de la cual son emanación las facultades que le permiten la movilidad del personal, ascensional e incluso peyorativa en su dimensión vertical y temporal como regla en la horizontal, en caso de necesidad y como medidas de carácter excepcional casi siempre».

La realización por parte de los trabajadores no-huelguistas de las tareas asignadas a los trabajadores que deciden legítimamente ejercitar su derecho de huelga persigue colmar el vacío productivo generado por la actividad dejada de realizar por estos últimos y limita, consiguientemente, la presión propia de la huelga. La sustitución interna de los trabajadores huelguistas no aspira a garantizar el derecho de los no-huelguistas a no sumarse a la huelga –versión negativa del derecho de huelga–, sino que pretende minorar los daños que la huelga provoca (Cavas Martínez, 1993, 1025). Incluso si la sustitución de los trabajadores huelguistas es fruto de un pacto entre el empresario y los trabajadores no-huelguistas o de una petición expresa de estos últimos, dicha sustitución no estará tampoco justificada en la medida en que el derecho al trabajo es un derecho de menor rango al de huelga, debiendo prevalecer éste, derecho subjetivo fundamental por su configuración constitucional (Alzaga Ruiz, 2002, 30). Resulta indiferente a estos efectos que el trabajador preste sus servicios en

el mismo o en distinto centro de trabajo al del trabajador sustituido o que sea de superior o inferior categoría a aquél. Lo determinante es que la actuación del empresario menoscabe la eficacia y, por tanto, la integridad del derecho de huelga, es decir, que la finalidad con la que se ejercita el poder de dirección empresarial sea eliminar o minorar los perjuicios sufridos por el empresario con la huelga.

En este contexto se enmarca la sentencia aportada de contraste, un pronunciamiento del Tribunal Constitucional (STC 33/2011, de 28 de marzo, *BOE* de 28 de abril).

La aprobación de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, implicó una reforma de calado del régimen jurídico del recurso para unificación de doctrina. Entre otras cuestiones, amplió las resoluciones que podrían ser invocadas como sentencias de contraste, al permitir que la contradicción de la sentencia recurrida lo fuera con la doctrina contenida en «las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y los órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España» (art. 219.2 LRJS). Hasta la reforma de 2011, estos pronunciamientos no podían presentarse como sentencias de contraste en la medida en que la función unificadora de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo solo podía ejercerse sobre los órganos judiciales que estuvieran en su esfera jerárquica (Nogueira Guastavino, 2021). La reforma optó por preservar la primacía interpretativa de esos tribunales mayores respecto de la jurisdicción ordinaria en materias de su específica competencia.

Pues bien, la sentencia del Tribunal Constitucional aportada de contraste entiende que: «la sustitución interna de huelguistas durante la medida de conflicto constituye un ejercicio abusivo del *ius variandi* empresarial, derecho que, con los límites legalmente previstos, corresponde al empresario en otras situaciones. Pero en un contexto de huelga legítima el referido *ius variandi* no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones; ya que, en tal caso, quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo».

En la sentencia objeto de este comentario, el Tribunal Supremo aprecia contradicción entre la sentencia impugnada y la sentencia del Tribunal Constitucional: en ambos supuestos, los responsables de área, que no secundaron la huelga, realizaron actos de sustitución interna de los trabajadores huelguistas. En los dos casos, el debate de suplicación consistió en si esos actos de sustitu-

ción interna de los trabajadores huelguistas los realizaron los responsables de área a iniciativa propia o con conocimiento y aprobación de la empresa. Apreciada contradicción, la cuestión a dilucidar reside en si la empresa tiene o no responsabilidad por los actos de sustitución interna de los huelguistas, aun cuando no los aliente ni los conozca.

Empieza el Tribunal Supremo recordando la doctrina contenida en la STC 33/2011, de 28 de marzo, según la cual:

«El empresario, titular de la organización productiva y del poder de dirección (que por supuesto ejerce también sobre directivos y mandos intermedios), es, además quien ostenta la autoridad jerárquica en la empresa. Que el ejercicio del poder directivo se delegue a menudo, en particular cuando la organización empresarial crece en complejidad, y que esa delegación genere una suerte de mando indirecto, no implica una sustitución de la titularidad de la organización, ni determina una transferencia de la responsabilidad del titular de la misma a los titulares de la gestión organizativa. No se puede desligar la responsabilidad del titular de la organización de las decisiones que adoptan los mandos intermedios, pues ello supondría favorecer prácticas que pueden limitar la eficacia de los derechos fundamentales. En definitiva, de poco servirían las prohibiciones, garantías y tutelas establecidas en la Constitución y en la legislación laboral en relación con las actuaciones empresariales lesivas del derecho de huelga, si se admitiera que éstas no alcanzan al empresario cuando la restricción del derecho nace de sus mandos directivos».

Como ya explicó el Tribunal Constitucional (STC 250/2007, de 17 de diciembre, *BOE* de 22 de enero de 2008),

«la responsabilidad empresarial, en relación con el ejercicio de derechos fundamentales de los trabajadores no se limita a las consecuencias de la propia conducta, sino que puede abarcar las derivadas de actuaciones de terceros que de él dependan. Los derechos fundamentales de una persona trabajadora pueden ser igualmente vulnerados por quien no sea su empresario en la relación laboral, en tanto intervenga o interactúe con él en conexión directa con la relación laboral. El empresario no puede considerarse ajeno a las vulneraciones del derecho de huelga que provengan de actuaciones de sus mandos o directivos en el marco de las actividades de su empresa, por lo que debe atribuirse al titular de la empresa la responsabilidad por las actuaciones antihuelga realizadas en dicho marco».

En base a lo anterior, el Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto, casa y anula la sentencia recurrida, revoca la sentencia del Juzgado de lo Social y estima la demanda interpuesta por el trabajador.

4. CONCLUSIÓN

Al aplicar la doctrina constitucional anteriormente expuesta, el Tribunal Supremo entiende que al gozar el derecho de huelga de una singular preeminencia, cuando se ejercita, anestesia, reduce y paraliza otros derechos, como sucede con el artículo 20 ET, en la medida en que el ejercicio por el empresario de las facultades que se derivan de este artículo excluiría el efecto limitador de la huelga y vaciaría de contenido el derecho de huelga. La sustitución interna de los trabajadores en huelga se reputa ilícita, incluso, si se ha producido, a iniciativa propia de los mandos intermedios y sin el conocimiento de la empresa, en la medida en que existe un deber de prevención de la sustitución interna de los trabajadores huelguistas, que recae sobre la empresa.

La cuestión a destacar de este pronunciamiento es precisamente ésta: se atribuye al empresario la titularidad de las actuaciones antihuelga, de forma que la omisión de toda reacción o prevención que impida el acto de sustitución de los trabajadores huelguistas vulnera el artículo 28.2 CE. Estamos ante un deber de prevención exigible a la empresa, sin que la vulneración deje de existir por el hecho de que la sustitución se produzca a instancia de los mandos intermedios y sin conocimiento de la empresa, ni por el hecho de que los actos de sustitución hayan tenido escasa repercusión en la cadena de producción empresarial. Y ello en la medida en que la prohibición de la sustitución interna de los trabajadores es consecuente con la necesidad de garantizar la efectividad del derecho fundamental en juego. Por tanto si resulta probado que las funciones de los huelguistas han sido desarrolladas por quienes tienen asignadas otras diferentes en la misma empresa, ha de concluirse lesionado el referido derecho.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALZAGA RUIZ, I.: «La sustitución interna de los trabajadores huelguistas: un supuesto de vulneración del derecho de huelga», *Aranzadi Social*, n.º 11, 2002.
- CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Derecho de huelga y sustitución de trabajadores huelguistas. Límites jurídicos al «ius variandi»», *La Ley*, n.º 2, 1993.
- GARCÍA BLASCO, J.: *El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1983.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: «El deber del empleador de prevención del esquirolaje interno espontáneo», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n.º 6, 2021.
- VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *Antisindicalidad y relaciones de trabajo. (Un estudio de la conducta antisindical en la empresa)*, Civitas. Madrid, 1994.

101. LA VULNERACIÓN DEL DERECHO DE HUELGA A TRAVÉS DEL ESQUIROLAJE INTERNO EN EL GRUPO DE EMPRESAS
Comentario a la STS 153/2021 de 3 de febrero de 2021 (Rec. 36/2019)

JORGE SERRALLER MANZORRO
Inspector de Trabajo y Seguridad Social
Profesor asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Zaragoza

1. ANTECEDENTES

La resolución judicial seleccionada para ser objeto del presente comentario es la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo n.º 153/2021, de 3 de febrero, la cual versa sobre la vulneración del derecho de huelga a través de la utilización de la figura del esquirolaje interno.

Respecto del supuesto de hecho de esta Sentencia, destacamos los siguientes elementos:

– Se trata de un grupo de empresas multinacional cuya actividad consiste básicamente en la venta de equipamiento y prestación de servicios a los principales operadores españoles de telefonía, tanto fija como móvil, suministro de redes, equipos y servicios de telecomunicaciones y soluciones del mundo de las tecnologías de la información y telecomunicaciones (TIC).

– Las empresas del grupo en España comparten transversalmente varias áreas, como la financiera, estrategia y marketing, compras y recursos humanos.

– Como consecuencia de la realización de un operación de transmisión de una unidad productiva autónoma conforme al artículo 44 del ET entre varias empresas del Grupo en España y otra de las empresas del Grupo multinacional, unidad productiva consistente en «las actividades de campo para operar

y gestionar redes móviles y fijas, incluida la infraestructura de emplazamientos, acceso inalámbrico por cable, Packet Core, CS Core, red troncal IPIM-PLS, capa de transporte y servicio (IN, Charging System y OSS/BSS) para asegurar el acceso al emplazamiento y la gestión de repuestos y materiales, el mantenimiento correctivo, el mantenimiento preventivo, el mantenimiento evolutivo y la administración del emplazamiento para cumplir con los acuerdos de nivel de servicio acordados» y a la luz de las informaciones existentes sobre la mala situación económica de la empresa que posteriormente adquirirá el 100 % de las participaciones sociales de la sucesora, se produce una situación de alarma entre los trabajadores transmitidos y un proceso de negociación entre la parte empresarial y las secciones sindicales que desemboca en una huelga.

– Durante el desarrollo de la huelga se produce la asignación de ciertas incidencias de mantenimiento, de las que se encargarían en condiciones normales los trabajadores huelguistas que prestan servicios en la unidad productiva autónoma, a trabajadores pertenecientes a otras empresas del Grupo que no se encargan habitualmente de la atención de las incidencias de mantenimiento en los centros de trabajo afectados y a trabajadores de contratas que tampoco realizaban habitualmente dichos trabajos.

– La asignación de dichas incidencias, se realiza a través de una herramienta automatizada, correspondiendo a las empresas principales del Grupo la dirección y control de dicha herramienta, siendo esta quienes fijan los criterios de asignación de las referidas incidencias y determinan los técnicos que pueden ser destinatarios de las incidencias a resolver.

2. CUESTIÓN O CUESTIONES PLANTEADAS

Sobre la base de tales hechos la Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de noviembre de 2018 objeto de recurso de casación considera que se ha producido una vulneración del derecho de huelga de los trabajadores mediante dicha sustitución puesto que de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional solo cabría tal opción sin que ello atentase contra el derecho fundamental de huelga en

«dos excepciones, conectadas a las previsiones legales sobre el aseguramiento de determinados servicios mínimos esenciales para la comunidad (art. 10 del Real Decreto-ley 17/1977), y a las previsiones sobre los servicios de seguridad y de mantenimiento en la empresa (art. 6.7 del Real Decreto-ley 17/1977). En estos dos supuestos, si los trabajadores designados para el mantenimiento de los refe-

ridos servicios se negaran o se resistieran a prestarlos, quedaría justificada su sustitución a tales efectos. No obstante, en la determinación de cuáles son los servicios mínimos esenciales para la comunidad, o cuáles son los servicios de seguridad y de mantenimiento requeridos, debe atenderse a ciertos límites, que impidan interpretaciones restrictivas del derecho fundamental (SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 18, y 80/2005, de 4 de abril, FFJJ 5 y 6). Si las cautelas frente a un entendimiento restrictivo del derecho de huelga se proyectan incluso sobre la ordenación de los servicios mínimos, no puede resultar incongruente que, en el ámbito que estamos examinando, la prohibición de la sustitución interna constituya el principal límite al *ius variandi* empresarial en situaciones de huelga» (STC 33/2011)», sin que ninguna de las dos haya concurrido en el supuesto objeto de enjuiciamiento.

La referida SAN es objeto de recurso ante el Tribunal Supremo en base fundamentalmente a la supuesta falta de intencionalidad en la sustitución de los trabajadores huelguistas dado que la asignación de incidencias se realiza a través de una herramienta automatizada desde Rumanía así como la escasa entidad y reducido número de los supuestos en que se ha llevado a cabo la referida sustitución desproviéndola de la entidad suficiente para vulnerar el derecho de huelga, a lo que se añade la oposición de las recurrentes a la declaración de la responsabilidad solidaria de las empresas principales del Grupo ante la ausencia de relación laboral directa con los trabajadores huelguistas.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

El Tribunal Supremo en aplicación de su doctrina, estima que los supuestos de intervención empresarial durante la huelga sustituyendo a los trabajadores huelguistas por otros que habitualmente no realizan tales funciones, aun en el hipotético caso de que lo hiciesen estos por propia iniciativa pero sometidos a las facultades de organización y control empresarial presentes en la relación laboral, están limitados a los indicados por el Tribunal Constitucional y que se han reflejado en el número anterior, por lo que ante la no concurrencia de esas excepciones legitimadoras la intervención de las distintas empresas efectuando esas sustituciones suponen un abuso empresarial tendente a anular o a minorar los efectos pretendidos por los trabajadores mediante el ejercicio del derecho de huelga. Constatados los hechos, ello supone un indicio de la vulneración del derecho de huelga sin que la empresa ofrezca justificación válida de las decisiones adoptadas produciéndose un supuesto de esquirolaje interno.

Sobre lo reducido del número de supuestos de sustitución ello no desvirtúa, en opinión del Tribunal, el hecho de que la empresa había puesto en mar-

cha un mecanismo que permitía la continuidad de la actividad incorporando a personal normalmente ajeno a la misma, por lo que la vulneración del derecho de huelga existe.

Tampoco acepta el Tribunal Supremo como causa excluyente de la responsabilidad de las distintas empresas intervinientes el hecho de que la asignación de las incidencias se realice de manera automatizada, ya que son las empresas las que disponen de las facultades necesarias para organizar, dirigir y controlar esa herramienta, habiéndose introducido en la misma los nombres de los trabajadores a los que asignar esas incidencias y que son distintas de las encargadas habitualmente de hacerlas.

Por último, respecto de la imputación de la responsabilidad solidaria por la lesión del derecho de huelga a las empresas principales del Grupo además de a la empleadora directa de los trabajadores huelguistas, el Tribunal Supremo reitera su doctrina ya contenida en las STS /4.^a de 11 febrero 2015 (rec. 95/2014) y 3 octubre 2018 (rcud. 1147/2017), reconciando la posibilidad de supuestos de vulneración del derecho de huelga que se desarrollen en el seno de las distintas sociedades de un grupo de empresas, de manera que aunque sólo alguna de las sociedades del grupo mantenga relación laboral directa con los trabajadores huelguistas, cabe que la actuación de otras empresas incida de forma relevante en los efectos y la repercusión de la huelga, tal y como sucede en el presente caso, siendo las empresas principales del Grupo las propietarias de los medios utilizados para la vulneración del derecho de huelga y produciéndose un intervención directa de las mismas en la organización de la forma de atender las incidencias durante la situación de huelga.

Comparto plenamente el criterio expresado por el Tribunal Supremo por cuanto no solo la contratación directa de trabajadores no vinculados a la empresa en el momento del ejercicio del derecho de huelga puede atentar contra el mismo llegando a privarlo de eficacia, sino que la misma consecuencia puede alcanzarse a través del conocido como esquirolaje interno utilizando trabajadores propios o de empresas contratadas ya con anterioridad no ocupados habitualmente en los trabajos afectados por el ejercicio del derecho de huelga, pudiendo ser responsables diferentes empresas del grupo.

Partiendo de este análisis de la Sentencia, considero de interés abordar y exponer brevemente la responsabilidad administrativa empresarial en los diferentes supuestos de vulneración del derecho de huelga, concluyendo como la aplicación de los principios propios del derecho administrativo sancionador, colocan en diferentes niveles de gravedad conductas empresariales que atentan con la misma intensidad contra el derecho fundamental de huelga y que son merecedoras de la misma censura jurídica por el Tribunal Supremo.

El RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (TRLISOS) y que contempla la responsabilidad administrativa empresarial por los incumplimientos en materia laboral tan solo recoge un tipo infractor concreto expresamente referido al derecho de huelga, en el artículo 8.10, el cual tipifica como infracción muy grave «Los actos del empresario lesivos del derecho de huelga de los trabajadores consistentes en la sustitución de los trabajadores en huelga por otros no vinculados al centro de trabajo al tiempo de su ejercicio, salvo en los casos justificados por el ordenamiento».

Como se extrae de la lectura de este precepto es clara la tipificación de una única conducta, que no es otra que la sustitución de trabajadores huelguistas por otros no vinculados al centro de trabajo al tiempo de su ejercicio, es decir, tan solo contempla como infracción muy grave la sustitución por trabajadores de nueva contratación o desplazados desde otro centro de trabajo, pero en su literalidad no cabe incluir las conductas de esquirolaje interno que igualmente pueden ser constitutivas de vulneración de derecho de huelga.

Dado que el principio de tipicidad que rige en el derecho administrativo sancionador impide una aplicación in extenso o por analogía de un tipo infractor como el que se ha indicado, esas otras conductas, como la de la STS objeto del presente comentario, que pueden atentar contra el derecho de huelga con igual intensidad y eficacia neutralizadora de sus fines, no pueden ser objeto de inclusión en ese tipo infractor.

Consecuencia de ello es que a la hora de buscar como dar respuesta desde un punto de vista del control administrativo a esos otros incumplimientos atentatorios del derecho de huelga solo cabe subsumirlos en la infracción grave tipificada en el artículo 7.10 del TRLISOS en los siguientes términos «... los actos u omisiones que fueren contrarios a los derechos de los trabajadores reconocidos en el artículo 4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, salvo que proceda su calificación como muy graves, de acuerdo con el artículo siguiente», apareciendo como derecho básico del trabajador en el artículo 4.1.e) del RD Legislativo 1/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, el derecho de huelga.

Por tanto, diferente gravedad dentro del derecho administrativo sancionador para unas conductas u otras, atentatorias todas ellas del derecho de huelga, dada la configuración legal de los tipos infractores contenidos en el TRLISOS.

Por último apuntar que dicha diferenciación no ha impedido, por el contrario, que se utilice en diversas sentencias, como referencia para fijar la indemnización por daños y perjuicios resultante de la vulneración del derecho de huelga a través del esquirolaje interno, la cuantía de la sanción fijada en el

artículo 40 del TRLISOS para la infracción muy grave del artículo 8.10 de la misma norma, pese a no tener cabida en este tipo infractor dicha conducta a la hora de sancionarse administrativamente.

4. CONCLUSIÓN DEL TRIBUNAL

El Tribunal Supremo considera que se ha producido una vulneración del derecho de huelga de los trabajadores huelguistas a través de la figura del esquirolaje interno en el seno de un grupo de empresas, habiéndose vulnerado lo dispuesto en el artículo 6.5 RDL 17/1977, según el cual: «En tanto dure la huelga el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuvieran vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número 7 de este artículo».

102. CONVOCATORIA DE HUELGA Y OBJETIVOS DE LA HUELGA

Comentario a la STS 787/2020 de 22 de septiembre de 2020 (Rec. 185/2018)

MIGUEL ÁNGEL ALMENDROS GONZÁLEZ
Catedrático de Universidad. Universidad de Granada
Código ORCID: 0000-0002-0951-2593

Palabras clave: Huelga ilegalidad, convocatoria, comunicación, objetivos.

1. ANTECEDENTES

Se resuelve un Recurso de casación interpuesto por la Federación Andaluza de Transportes y Comunicaciones de la Confederación General del Trabajo (FATYC-CGT), contra la STSJ de Andalucía (Granada) de 22 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3154), que estimó la demanda sobre conflicto colectivo presentada por Ferrovial Servicios, S.A. (en el marco de los contratos de servicios suscritos con la Consejería de Justicia e Interior de la Junta de Andalucía denominados *Emergencias 112 Andalucía*) frente a CGT, por la que *se declaraba la ilegalidad de la convocatoria de huelga de 11/12/2017 realizada por dicho sindicato por falta de concreción en sus objetivos*.

Dicha convocatoria se dirigía a todos los trabajadores del sector de gestión telefónica/teleoperación del 112 y 061 en Andalucía y servicios cedidos por la Administración Andaluza a las empresas Ilunion Emergencias, Conecta BTO y Ferrovial Servicios, en todos sus centros de trabajo de Andalucía, para los días 24, 25 y 31 de diciembre de 2017, y 1, 5 y 6 de enero de 2018, con

horario de 00:00 a 24:00 horas, en base a los siguientes motivos: 1) La falta de condiciones laborales dignas en el sector de la gestión de emergencias 112 y 061 en Andalucía; 2) la precariedad que insuflan las empresas adjudicatarias a las plantillas con contratos a tiempo parcial y bolsas desreguladas, en muchos casos con contratos en fraude de ley; y 3) el incumplimiento de condiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo y en las herramientas de trabajo (programas informáticos, etc). Además, precisa «que se promueve la presente declaración de huelga al haber resultado infructuosas las negociaciones y propuestas realizadas para llegar a un acuerdo en las materias objeto de conflicto» y «que los intentos de resolver las diferencias son perfectamente conocidos por la patronal del sector, por lo que se obvia su relación detallada».

2. CUESTIONES PLANTEADAS

El artículo 3.3 RDLRT dispone que la comunicación de huelga habrá de contener los objetivos de ésta, gestiones realizadas para resolver las diferencias, fecha de su inicio y composición del comité de huelga. La sentencia recurrida considera ilegal la huelga por falta de concreción de sus objetivos y frente a ello, el sindicato recurrente pretende:

1) La ampliación de un Hecho Probado, en el sentido de que el artículo 15.1.e) del Reglamento del SERCLA exige al escrito de convocatoria de huelga la determinación, en términos claros y precisos, del objeto del conflicto, de modo que permita su identificación, así como las normas que, en su caso, les sea de aplicación, y en este caso el SERCLA no consideró necesario pedir la subsanación del escrito de preaviso de huelga para concretar el objeto de la huelga. Dicha ampliación es rechazada por el Tribunal Supremo por considerar que no se ajusta a las exigencias normativas ni a la jurisprudencia ni cita ningún elemento probatorio que avale tal incorporación, además de consistir parcialmente en la incorporación de una norma reglamentaria (autonómica). Y además recuerda la necesidad no solo de señalar con claridad y precisión el hecho cuestionado (lo que hubiere de adicionarse, rectificarse o suprimirse), sino que bajo esta delimitación conceptual fáctica no pueden incluirse normas de derecho o su exégesis. En suma, la modificación o adición que se pretende no debe comportar valoraciones jurídicas, puesto que las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva ubicación en la fundamentación jurídica.

2) Que se declare la legalidad de la convocatoria de la huelga por ser conforme con el citado artículo 3.3. RDLRT. Y sobre ello esta sentencia objeto de comentario aporta los siguientes criterios.

3. CRITERIOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

Los criterios jurisprudenciales tenidos en cuenta para este enjuiciamiento se pueden sintetizar en:

1) *Preeminencia del derecho de huelga en relación con otras medidas de conflicto colectivo.* El derecho de huelga, calificado como subjetivo por su contenido y fundamental por su configuración constitucional, goza además de una singular preeminencia por su más intensa protección (STC 33/2011, de 28 de marzo).

2) *Variiedad de objetivos perseguidos con la huelga.* El contenido esencial del derecho de huelga consiste en una cesación del trabajo que puede llevarse a cabo con objetivos muy variados y que puede organizarse de muy diversas maneras (STS de 25 de enero de 2011, Rec. 7/2010). Además, se precisa que los intereses defendidos durante la huelga no tienen por qué ser necesariamente los intereses de los huelguistas, sino los intereses de la categoría de los trabajadores, que es lo que justifica el calificativo «profesional» al que alude el artículo 11.b RDLRT (STS de 15 de marzo de 2020, Rec. 166/2018). En este sentido, se pronuncia también el Tribunal Constitucional, recordando que la huelga consiste en la cesación del trabajo en cualquiera de sus manifestaciones, núcleo que implica a su vez la facultad de declararse en huelga, estableciendo su causa, motivo y fin y la de elegir la modalidad que se considera más idónea al respecto, dentro de los tipos aceptados legalmente (STC 123/1992, de 28 de septiembre, y STC 17/2017, de 2 de febrero). Y precisando, ya desde un primer momento, que la huelga podía tener por objeto la mejora de las condiciones económicas o, de forma más general, de las condiciones de trabajo, así como también incidir en otras esferas o ámbitos (STC 11/1981, de 8 de abril).

3) *Carga de la prueba en la declaración de ilegalidad de una huelga.* La huelga es un derecho que tiene sus limitaciones y una de ellas es la de que no puede ejercerse de forma abusiva, pero con la particularidad de que recae sobre quien alega su carácter abusivo la carga de la prueba de aquellos elementos básicos necesarios para que la huelga pudiera ser calificada de abusiva por desproporcionada. Las únicas huelgas que en principio tienen la condición de

ilícitas y abusivas por presunción legal son las que menciona el artículo 7.2 RDLRT, además de las que sean ilegales por su finalidad expresa o por no haberse respetado en ellas las exigencias de la convocatoria y desarrollo previstas en el artículo 11 RDLRT (STS de 22 de noviembre de 2000, Rec. 1368/2000). Por tanto, «debe de presumirse la validez de la huelga y, sin que pueda excluirse que las circunstancias concurrentes la conviertan en abusiva, corresponde la prueba del abuso de derecho a quien interese» (STS de 9 de junio de 2005, Rec. 126/2004).

4) *Finalidad del preaviso al empresario.* La finalidad de la comunicación al empresario es que éste conozca que se va a realizar una huelga previamente a su realización, a fin de que esté advertido y, en los supuestos en los que la satisfacción de las reivindicaciones de los huelguistas dependan de él, que negocie desde el momento de la notificación con el comité de huelga a fin de llegar a un acuerdo (art. 8.2 RDLRT), dando la oportunidad de llegar a un pacto incluso evitando la huelga convocada (STS 36/1993, de 8 de febrero).

4. CONCLUSIONES

Con fundamento en los anteriores criterios, la sentencia comentada estima el recurso de casación presentado por el sindicato convocante y desestima la demanda que pretendía la declaración de ilegalidad de la huelga por defectos formales en su convocatoria.

1) *Suficiencia en la precisión de los objetivos de la huelga.* La mención de los objetivos de la huelga lo ha sido en una dimensión que permite «someramente» el conocimiento de su contenido, cubriendo la concreción imprescindible para posibilitar la reacción de todos y cada uno de los agentes afectados, así como el análisis mismo del principio de proporcionalidad aplicable también al ejercicio del derecho de huelga. *La interpretación del contenido de la comunicación de huelga no ha de serlo en los términos de máximos* (como postula la parte empresarial demandante), *sino de suficiencia en el cumplimiento de las exigencias del citado artículo 3.3 RDLRT*, y que consisten en relatar por escrito los objetivos de la huelga, las gestiones para resolver las diferencias, junto a la fecha de inicio y composición del comité de huelga. Consiguientemente, no cabrá configurar más limitaciones al ejercicio del derecho que las legalmente establecidas.

2) *Los objetivos están relacionados con intereses profesionales de los trabajadores.* La comunicación de huelga cuestionada comprende tres áreas de

intereses profesionales que tienen encaje en las previsiones del RDLRT, pues los requerimientos del legislador alcanzan a que la comunicación de huelga contenga sus objetivos y gestiones para resolver las diferencias, y no son otras las exigencias formales en este punto. Por otro lado, los preceptos que regulan los casos de eventual declaración de ilegalidad (arts. 7 y 11) *tampoco permiten calificar como huelga ilegal o abusiva aquella que no contemple un detalle agotador o exhaustivo de las pretensiones o intereses perseguidos* con el ejercicio del derecho de huelga. Y lo que queda claro es que no se trata de una huelga que se inicie o sostenga por motivos políticos o con cualquier otra finalidad ajena a los intereses profesionales de los trabajadores afectados, pues en modo alguno los objetivos comunicados (las reivindicaciones de unas condiciones laborales dignas, la lucha contra la precariedad laboral y el cumplimiento de las condiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo) resultan ajenos o distantes a intereses de índole profesional.

3) *Se cumple con la finalidad de la comunicación de convocatoria de huelga.* Aquellas menciones de los objetivos de la huelga, aunque calificadas de «someras», posibilitaron que los receptores discerniesen el escenario del ejercicio del derecho de huelga, el perímetro objeto de negociación, comprensivo de las tres áreas profesionales descritas y de los intereses de los trabajadores afectados, garantizando, en fin, a la parte empresarial la adopción de las medidas necesarias para afrontar el conflicto. Coadyuvan a esta afirmación, ahora sí, en la fundamentación jurídica, tanto la inexistencia de objeción alguna por parte del SERCLA como el hecho de que las restantes empresas a las que igualmente se dirigió la comunicación de huelga en los términos señalados nada hubieran opuesto acerca de una eventual inconcreción que les hubiere generado indefensión.

Aunque la sentencia comentada no lo menciona, hay que contextualizar este fallo con la doctrina ya recogida por STC 332/1994, de 19 de diciembre, conforme a la cual los objetivos de la huelga, que constituyen contenido mínimo del escrito de comunicación de la misma, deben *concretarse de forma clara y precisa*, de tal modo que se eviten declaraciones genéricas o ambiguas que impidan cumplir con la finalidad de que el empleador conozca los motivos de la misma de cara a buscar una eventual solución que evite el recurso a la huelga. La valoración de esa claridad y precisión es la que enjuicia esta sentencia, considerando que basta con que los objetivos sean lo *suficientemente* claros y precisos para que el empleador conozca la motivación de la huelga y los intereses profesionales de los trabajadores cuya satisfacción persiguen precisamente con el ejercicio de su derecho de huelga. La exigencia de claridad y

■ LIBERTAD SINDICAL, NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y HUELGA

precisión en la determinación de los objetivos no puede ser maximalista allí donde la norma legal no lo contempla, bastando con una identificación suficiente y adecuada de tales objetivos e intereses, sin necesidad de mayor detalle o de una enumeración exhaustiva y pormenorizada. Lo contrario, limitaría el ejercicio de un derecho fundamental e introduciría un rigorismo no exigido por la norma legal. Por ello, un escrito de comunicación de huelga que describa de forma suficientemente clara y precisa los objetivos perseguidos por la misma cumple con el requisito formal y procedimental exigido legalmente.

103. LIMITACIONES EN EL *IUS VARIANDI* POR EL DERECHO FUNDAMENTAL DE HUELGA

Comentario a la STS 13/2020 de 13 de enero de 2020 (Rec. 138/2018)

PABLO JOSÉ CASTILLO MORALES

Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Zaragoza

Palabras clave: Derechos fundamentales, huelga, sustitución de trabajadores, esquirolaje, movilidad interna.

1. ANTECEDENTES

En el marco de la huelga general (concurren diversas convocatorias con diversos horarios) convocada el día 8 de marzo de 2018 con el fin de promover la igualdad real de las mujeres, la empresa (Corporación de Radio y Televisión de Galicia), remite relación de trabajadores y servicios esenciales y mínimos a la autoridad laboral. En dicha relación y en la resolución administrativa no figuran ni el programa ni la presentadora (redactora). Adicionalmente, no hubo acuerdo entre el comité de huelga y la corporación en los servicios mínimos.

El día 8 de marzo, la trabajadora se acoge a su derecho de huelga y segunda el paro convocado por el sindicato CUT (toda la jornada). El programa (al contrario que otros) fue emitido y se encargó de su presentación el editor del mismo; con carácter general son los redactores quienes presentan los programas, y en este caso solo era sustituida por este editor en circunstancias como vacaciones, bajas médicas, permisos y situaciones similares.

Frente a esta situación es el sindicato CUT quien interpone demanda, ante la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, por lesión del derecho fundamental de huelga, suplicando que se declarase tal lesión, se declarara nula la actuación empresarial, se condene a la empresa abonar una indemnización al sindicato demandante, a leer el fallo de la sentencia en el programa de televisión y publicar la sentencia en la página web de la corporación.

La sala, en su sentencia de 26 de abril de 2018, estimó la demanda interpuesta en primera instancia, formulando la demandada recurso de Casación ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

2. CUESTIONES PLANTEADAS

Las cuestiones de fondo más relevantes que se plantean en este caso son las siguientes: la sustitución de la trabajadora en huelga por una persona con funciones habituales diferentes, aunque ocasionalmente la sustituía, ¿constituye una actuación lesiva del derecho fundamental de huelga?

El *ius variandi* empresarial, la movilidad funcional que en otras situaciones podría considerarse ejercicio regular del poder de dirección presenta límites en el marco de la huelga y deben ser tenidos en cuenta por la empresa.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

El supuesto de hecho es que un editor asume la presentación del programa televisivo, cuando esta no era una función habitual suya, aunque sí realizaba la presentación del programa cuando la trabajadora (redactora y presentadora habitual) «[...] no acude a trabajar, bien por permisos, vacaciones, bajas médicas, o circunstancias similares [...]» (TSJ Galicia 28 de abril de 2018, Hecho Probado Séptimo).

En el Fundamento Jurídico Quinto, la Sala recuerda que el programa y la trabajadora no estaban afectado por los servicios mínimos, y recordando la doctrina judicial tradicional en la interpretación del artículo 6.5 del RDL 17/1977 sobre la existencia de un ejercicio abusivo por parte de la empresa de sus facultades directivas cuando acude a la sustitución de trabajadores en situación de huelga por otros trabajadores de la propia empresa, provocando así un vaciamiento del derecho de huelga. Formulación que ya encontramos en SSTCO 123/92, 18/2007 y más recientemente STCO 17/2017.

Precisamente la Sala sigue esta última sentencia recordando que el *ius variandi* empresarial al conectarse con una huelga, «no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas» por quienes no tienen asignadas esas funciones en situaciones ordinarias. Quienes deciden trabajar no pueden sustituir a sus compañeros en huelga.

La Sala incorpora un criterio y es que considera «evidente que la demandada activó medidas con el objeto de limitar el derecho de huelga como fue la de sustituir a trabajadores huelguistas por otros trabajadores de nivel superior, para neutralizar el efecto propio y esencial del ejercicio de aquel derecho fundamental como es la paralización de la actividad [...]».

Y todo ello sin que conste causa habilitante, como pudiera haber sido su calificación como servicio mínimo, que no fue el caso. Y aquí el tribunal considera que no puede ser causa habilitante que la no emisión hubiera potenciado la huelga (alegación de la empresa recurrente).

El Tribunal Supremo coincide con la Sala del TSJ de Galicia al considerar que las sustituciones ocasionales que realizaba el editor «no se puede identificar la habitual sustitución con la proveniente de una situación de conflicto [...] la situación no es la corriente u ordinaria del desarrollo pacífico de la relación laboral» sino una situación propia de la huelga y del conflicto, que se expresa en medidas de presión.

4. CONCLUSIÓN

La interdicción del esquirolaje o sustitución de trabajadores en huelga, como una vulneración del Derecho Fundamental, constituye uno de los aspectos esenciales para evitar un vaciamiento del derecho de huelga, bien es cierto que en nuestra legalidad (art. 6.5 RDL 17/1977 y el propio 8.10 de la LISOS) parece limitarse a sustituciones externas, la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo han ido perfilando como la sustitución interna puede constituir una lesión del derecho fundamental.

Sin embargo, aunque esta Sentencia continúa la senda marcada por anteriores pronunciamientos, sería un error desconocer en el enjuiciamiento de este y otros supuestos, las especificidades del caso concreto van a pesar y a delimitar cuando nos encontramos ante una sustitución de trabajadores huelguistas por otros de la empresa que constituye una vulneración o no.

En este sentido resultan interesantes dos sentencias posteriores, una de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, 1073/2023 de 2 de mayo, donde aborda una sustitución interna que considera ajustada a derecho y, por tanto, no

lesiva del derecho de huelga, pues los trabajadores realizaban habitualmente las funciones de las personas en huelga (usaban indistintamente unas cajas u otras, se trataba de un comercio), y por el contrario la STS 153/2021, de 3 de febrero, donde invocando la sentencia objeto de recensión señala que acreditada «algún tipo de intervención de la empresa que implicara la sustitución de los huelguistas y, en definitiva la minimización o merma de la acción pretendida con el conflicto [...]» sirve para activar la tutela del derecho fundamental y corresponde a la empresa «probar que tal hecho obedeció a razones totalmente ajenas a esa finalidad» FJ3 de la sentencia citada.

En conclusión, un paso más en delimitación jurídica del derecho de huelga, importante pero que no zanjará el debate, ni futuros pronunciamientos.

104. HUELGA Y ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO: RECURSOS PRODUCTIVOS O SISTEMAS DE REDISTRIBUCIÓN DE TAREAS

Comentario a la STS 624/2017 de 13 de julio de 2017 (Rec. 25/2017)

SARA GUINDO MORALES

Profesora Contratada Doctora Indefinida (acreditada a Profesora Titular)
de la Universidad de Granada. ORCID: 0000-0002-7018-8681

«Las sentencias constitucionales han sentado doctrina sobre la interpretación “constitucionalmente correcta” de las normas infraconstitucionales lo que materialmente implica una cierta función nomofiláctica, que ha tenido lugar así, entre otras materias, en la referida a la negociación colectiva».

Juan GARCÍA BLASCO, 2004, 69.

Palabras clave: Huelga, esquirolaje, tecnológico, derecho, fundamental.

1. ANTECEDENTES

La sentencia seleccionada tiene relevancia con la huelga (concretamente, esquirolaje tecnológico) y la doctrina desarrollada por el Tribunal Constitucional. En el caso concreto se considera:

1) En relación a la huelga, no se ha producido vulneración del citado derecho fundamental al no acreditarse la conexión de la conducta imputada a la empresa con la decisión del despido colectivo y por no concurrir el denomi-

nado «esquirolaje tecnológico». Para el Tribunal Supremo no se produce dicho esquirolaje cuando la empresa principal, contratante del servicio de telefonía (atención de llamadas telefónicas y resolución de averías), utiliza –como viene siendo habitual– un dispositivo automático para redistribuir entre los demás contratistas del servicio los requerimientos de llamadas cuando se producen picos de demanda.

2) En relación al despido colectivo, no ha existido incumplimiento del deber de documentación por parte de la empresa en el período de consultas al requerirse documentos no relevantes o pertinentes para la finalidad perseguida en la negociación. Más detalladamente, para el Tribunal Supremo queda acreditado que la empresa entregó una copiosa documentación a la representación legal de los trabajadores en orden al desarrollo de la negociación del despido colectivo. En el caso de autos no se trata de una pequeña descripción cronológica. Así pues, de conformidad con el Tribunal Supremo [STS de 18 de mayo de 2017 (Rec. 71/2016) (ECLI:ES:TS:2017:2212)], cuando la impugnación del despido colectivo tenga por objeto que se declare la nulidad del mismo por defectos formales atinentes a la falta de documentación solicitada que pudiera haberse considerado pertinente para satisfacer eficazmente el derecho de información inherente al desarrollo de las consultas, una vez ya conste entregada toda la documentación exigida por las normas legales y reglamentarias aplicables, la carga de la prueba de su pertinencia corresponderá a la representación legal de los trabajadores que deberán hacer constar cuáles son las razones que justifican la solicitud de mayor documentación. Sin embargo, en el caso de autos, el sindicato no ha acreditado en modo alguno esa pertinencia. En suma, no cabe hablar de ausencia de documentación pertinente y, por ende, tampoco de la nulidad por la negativa empresarial de facilitar una documentación complementaria que no es relevante para el caso.

3) Por último, por concurrir las causas productivas y organizativas alegadas consecuencia de la rescisión por la empresa principal de las contrataciones de servicios de prestación de servicios. A mayor abundamiento, concurren causas productivas y organizativas, porque la empresa perdió su principal cliente en el área de telecomunicaciones, lo que ha supuesto un descenso del 80% de su actividad en dicha área, provocando un exceso de capacidad productiva, que no tiene salida, al no preverse contratos de dicho calado. Y, en este sentido, cobra especial relevancia en orden a valorar la concurrencia y justificación de las causas organizativas y productivas, el hecho de que el acuerdo ha sido suscrito por un nivel de representatividad más allá de una simple mayoría más o menos cualificada [STS de 17 de mayo de 2017 (Rec. 221/2016) (ECLI:ES:TS:2017:2346)].

2. CUESTIÓN O CUESTIONES PLANTEADAS

Se denuncia la vulneración del artículo 28 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») y del artículo 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977 («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 caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número siete de este artículo»). Dicho fundamento se justifica en la existencia de un supuesto esquirolaje externo [con base en la STS 20 de abril de 2015 (rec. 354/2014) [RJ 2015\1249]]. Se alega por ello que no se ha tenido en cuenta la existencia de una aplicación tecnológica por la que, si se producen retrasos relevantes, la empresa termina distribuyendo los requerimientos a otros proveedores con lo que se vacía la capacidad de impacto que tiene la huelga sobre la atención de las llamadas, vulnerándose así el derecho fundamental de huelga.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

Al hilo de lo que nos interesa, en las condiciones descritas no se percibe vulneración del derecho a la huelga, lo que debía haber argumentado y acreditado el recurrente, no meramente afirmado. La sentencia entiende que en este supuesto no se ha puesto en marcha una clara acreditación de un «*recurso productivo específico para contrarrestar la huelga*», sino que, por el contrario, «*ahora opera el sistema habitual de redistribución de tareas*».

A mayor abundamiento, en el caso de autos, para el Tribunal Supremo, las circunstancias concurrentes en la sentencia que se trae a término de comparación no son similares al de caso de autos, por lo que el recurrente, en modo alguno, afronta su carga procesal de especificar el modo en que se ha vulnerado el derecho de huelga (lo que meramente afirma) y, sobre todo, la manera en que esa conducta vulneradora vicia el procedimiento negociador del despido colectivo (del que prescinde por completo). Por ello, pone en duda el Alto Tribunal que se cumplan con las exigencias de necesidad requeridas para fundamentar la pertinencia del motivo y especificar la infracción normativa cometida.

Sin perjuicio de ello, otro obstáculo al éxito del motivo deriva de la ausencia de reflexión sobre el modo en que la supuesta vulneración del derecho de huelga incide en el despido colectivo. Nos encontramos en el ámbito de una

modalidad procesal de despido colectivo, por lo que determinar si ha habido vulneración de un derecho de huelga solo es posible, y tiene sentido, en la medida en que se argumente sobre el referido enlace lógico. Para el Tribunal Supremo, estamos ante «dos vertientes» del problema y debe darse una respuesta específica a cada una de ellas.

Aspectos que cobran relevancia para despejar el asunto son los siguientes: 1) El dispositivo automático al que se achaca la vulneración del derecho de huelga estaba creado para distribuir los requerimientos entre los subcontratistas. 2) Dicho dispositivo estaba establecido de manera general en respuesta a los picos de demanda. 3) Se trata de un sistema de reparto de llamadas (entre las contratistas) que viene operando con carácter previo a la huelga de la contratista. Para el Tribunal Supremo, en las condiciones recién descritas no se percibe cómo ha podido vulnerarse el derecho de huelga. El supuesto de base fáctico poco tiene que ver con el examinado en la invocada STS 20 de abril de 2015 (rec. 354/2014) [RJ 2015\1249], puesto que en esta última sentencia había una clara acreditación de que se puso en marcha un recurso productivo específico para contrarrestar la huelga; por el contrario, en el caso de autos opera el sistema habitual de redistribución de tareas.

Sentencia del Tribunal Supremo [STS de 13 de julio de 2017 (Rec. 25/2017) (ECLI:ES:TS:2017:3166)] en la que el propio Ministerio Fiscal solicita la aplicación de la «famosa» STC 17/2017 de 2 febrero (Rec. 1168/2014) (RTC 2017\17) –sobre emisión de un partido de fútbol coincidiendo con jornada de huelga en cadena de televisión– cuando establece lo siguiente:

«ni la Constitución ni la jurisprudencia constitucional obligan a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la reivindicación, pues debe respetarse la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quisieran sumarse a la huelga; ni obligan al empresario a reducir la actividad empresarial más allá de lo que sea una consecuencia lógica del seguimiento de la huelga por los trabajadores afectados. El uso por los trabajadores que no secundan el paro de los medios técnicos de los que dispone la empresa no vulnera el citado derecho siempre que aquéllos no realicen funciones que son ajenas a su cargo para sustituir a los huelguistas. La protección constitucional del derecho a la huelga impone limitaciones al empresario, pero no le obliga –ni a él ni a los empleados que deciden ejercer su derecho a trabajar– a contribuir al éxito de la protesta. No puede exigirse al empresario que no utilice medios técnicos con los que cuenta en la empresa, pues ello supone imponerle una conducta de colaboración en la huelga no prevista legalmente».

Para el Tribunal Supremo no hay que olvidar que el despido colectivo se produce como consecuencia de un acuerdo logrado entre empresa y la práctica totalidad de los representantes que negocian por el lado de los trabajadores.

Por tanto, cualquier vulneración del derecho fundamental debería imputarse, también al acuerdo, lo que no sólo no hacen los recurrentes. Además, en el presente despido colectivo, también la mayoría de las personas afectadas por el mismo respalda los términos del acuerdo alcanzado. La contemplación de estos datos aparece ignorada por el recurso, constituido sobre un sencillo esquema conforme al cual se ha vulnerado el derecho de huelga y el despido es nulo. Pero ni ha quedado acreditado lo primero, ni se ha abordado la conexión entre la conducta supuestamente vulneradora y el despido colectivo.

Por todo ello, resuelve el Tribunal Supremo de la siguiente manera:

«no ha quedado acreditado que las empresas activasen estrategia o tecnología específica para boicotear la huelga. En todo caso, la doctrina de la STCo. 17/2017 de 2 febrero (Telemadrid) aleja la sombra de la aludida vulneración».

4. CONCLUSIÓN O CONCLUSIONES

Coincidimos con la solución otorgada por el Tribunal Supremo. Pero no nos resistimos a indicar que, en definitiva, ante todo, el derecho de huelga es un derecho fundamental (Ortega Lozano y Guindo Morales, 2019, 78). La huelga es un derecho subjetivo del trabajador que simultáneamente se configura como un derecho fundamental constitucionalmente consagrado, en coherencia con la cláusula del Estado social y democrático de Derecho. El derecho de huelga puede, así, ser calificado en la perspectiva «interna» iusconstitucional como derecho subjetivo atendiendo básicamente a su contenido y como derecho fundamental por su «prefiguración» y «configuración» constitucional. Goza además de una singular preeminencia –como todos los de su grupo– por su más intensa protección frente a otros derechos menos intensamente protegidos (Monereo Pérez y Ortega Lozano, 2019). Es colocado en lugar preferente (ubicación sistemática del art. 28.2 CE), confiriéndole una importante consistencia reflejada en el mayor rango exigible para la ley que lo regule y en la más completa tutela jurisdiccional, con un cauce procesal *ad hoc* en la vía judicial ordinaria y el recurso de amparo constitucional (arts. 53.1, 81 y 161 CE) [especialmente, la STCo. 123/1992, de 28 de septiembre (Rec. 301/1989) (RTC 1992\123)]. Los derechos fundamentales, como se sabe, son derechos subjetivos de carácter especial en cuanto que son inalienables, imprescriptibles, irrenunciables, intransmisibles e inembargables. Pero el constituyente es también consciente de que nos situamos en una sociedad en transformación y que si desea ser perdurable y coherente con el derecho de huelga deberá ser reflejo de

ese cambio social: deberá de adaptarse a los nuevos modelos culturales de los derechos fundamentales (Monereo Pérez, 1993, 70). Por tanto, es evidente la teórica prevalencia que debe poseer el derecho fundamental a la huelga por parte de los trabajadores (Monereo Pérez, 1992, 308).

5. BIBLIOGRAFÍA

- GARCÍA BLASCO, J.: «La jurisprudencia constitucional relativa al derecho a la negociación colectiva», en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, ISSN 0213-0750, núm. 76, 2004.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: «La Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores. Caracterización técnica y significación jurídica y política», en AA.VV.: *IX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y relaciones Laborales*, Sevilla, CARL, 1992.
- «La huelga como derecho constitucional: la técnica específica de organización jurídico-constitucional de la huelga (II)», en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 28, 1993.
- MONEREO PÉREZ, J. L., y ORTEGA LOZANO, P. G.: *El derecho de huelga: configuración y régimen jurídico*, Aranzadi Thomson Reuters, 2019.
- ORTEGA LOZANO, P. G., y GUINDO MORALES, S.: «Derecho de huelga y nuevas tecnologías; a propósito del esquirolaje interno y tecnológico», *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 225, 2019.

105. HUELGA ILEGAL Y COMPOSICIÓN DEL COMITÉ DE HUELGA

Comentario de la STS 328/2019 de 25 abril de 2019 (Rec. 236/2017)

ELISA SIERRA HERNAIZ

Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
(acreditada a Catedrática). Universidad Pública de Navarra
ORCID: 0000-0002-4320-026X

Palabras clave: Huelga, comité, composición, ilegal.

1. ANTECEDENTES

En esta sentencia el Tribunal Supremo (TS) declara la ilegalidad de una huelga al considerarla abusiva ante la negativa de los integrantes de los distintos comités de huelga a constituir una única comisión negociadora, dificultado con ello el desarrollo de una negociación para la resolución del conflicto planteado, aplicando los artículos 5 y 11 del Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo y la doctrina contenida en la sentencia del TC de 8 de abril de 1981. La sentencia recurrida desestimó la demanda de la empresa al considerar que era lícito que cada sindicato hiciese una convocatoria de huelga, así como la forma en que esa convocatoria se había realizado, sin que apreciase ilegalidad alguna, ni que los convocantes hubiesen actuado en fraude de ley o de mala fe.

El contexto de la huelga fue el siguiente. En la empresa Ferrovial entre el 15 y el 17 febrero de 2017 cinco sindicatos (CCOO; UGT; USO; CGT y SF) convocaron cada uno de ellos una huelga para los mismos días y con idénticos

objetivos, lo que motivó que la empresa solicitase a los diversos comités de huelga que nombrasen una única comisión negociadora al considerar que se trataba de una única huelga y que, por lo tanto, solo debía de negociar con un comité de huelga, con una composición máxima de 12 personas, según lo establecido en el artículo 5 del Real Decreto Ley 17/1977, y no con cinco comités de huelga diferentes integrados por un total de 43 personas, a lo cual los sindicatos convocantes de la huelga se negaron. En este sentido, la empresa alegó que negociar con tantas personas dificultaba llegar a un acuerdo e implicaba un desequilibrio entre las partes; que el comité intercentros solo tiene trece miembros, con funciones negociadoras igualmente relevantes, y que la parte social no podía imponer adoptar acuerdos por unanimidad ni tampoco obligar a la empresa a satisfacer todas sus pretensiones.

2. CUESTIONES PLANTEADAS

La cuestión principal plantea se centra en determinar si se trataba de una huelga ilegal puesto que los motivos, finalidades y duración de las cinco convocatorias de huelga eran idénticos, lo que suponía un único proceso de huelga según la empresa y, por lo tanto, un único comité de huelga de cara a la resolución del conflicto ya que el alto número de negociadores (43 en total de los cinco comités) entorpecía y dificultaba la negociación para resolver el conflicto. En este sentido, la empresa consideró que se había realizado un uso abusivo y en fraude de ley del derecho de huelga lo que hacía ilícitas las convocatorias de huelga.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

El Tribunal Supremo analiza dos cuestiones. En primer lugar, si es lícito o no convocar cinco huelgas al mismo tiempo con las mismas finalidades y objetivos y, en segundo lugar, sobre la composición y número de integrantes del comité de huelga.

3.1 **Sobre la licitud de las cinco convocatorias distintas de huelga con el mismo fin**

Respecto de la primera cuestión, el TS considera lícito convocar en la misma empresa con las mismas fechas, duración y sujetos afectados cinco

huelgas sin que pueda considerarse que se trata de una única huelga. Su parecer se fundamenta en los artículos 5 y 11 del Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, en la interpretación que de dicha norma realiza el Tribunal Constitucional en su sentencia de 8 de abril de 1981, en el artículo 14 de la Constitución Española y en el artículo 2.2.d) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical. Respecto de este último precepto el TS recuerda que el derecho fundamental a la libertad sindical no «puede ser limitado en función de la mayor o menor representatividad del sindicato convocante porque todos los sindicatos tienen derecho a convocar y desconvocar una huelga cuando lo crean oportuno y no pueden ser obligados a una acción conjunta con otros sindicatos aunque tengan objetivos comunes, pues la política de cada uno es diferente y esa actuación conjunta que pretende la empresa puede acabar restringiendo la libertad de acción y la independencia que tienen todos los sindicatos, al obligar al minoritario a pasar por las decisiones de otros con más afiliados que pueden tener otros intereses».

3.2 Sobre la composición del Comité de huelga

En cuanto a la segunda cuestión, la empresa sostiene que no se pueden nombrar cinco comités de huelga independientes, dada coincidencia de las cinco huelgas, puesto que ello, por un lado, no se adecúa a la regulación del artículo 5 del RDL 17/1977 y, por otro lado, supondría un fraude de ley o abuso de derecho, ya que se estaría dificultando la negociación y la consecución de un acuerdo que pusiera fin al conflicto.

El Tribunal Supremo parte de la doctrina constitucional que permite restricciones al ejercicio del derecho de huelga, siempre y cuando las mismas no afecten al contenido esencial del derecho fundamental, tanto individual como colectivamente, como puede ser en materias como la regulación de los requisitos de forma de las convocatorias, establecimiento de servicios mínimos, huelgas ilegales, constitución del comité de huelga o el procedimiento negociador. A su vez, recuerda que forma parte del contenido esencial del derecho de huelga y de la libertad sindical en su vertiente colectiva la convocatoria y desconvocatoria, la selección de objetivos, las medidas de acción y la aprobación de acuerdos para finalizar la misma. Igualmente, afirma que el pluralismo sindical, que supone la posibilidad de negociaciones separadas con los distintos comités de huelga y que se alcancen acuerdos por separado, no resulta tan fácil de articular en la práctica, ya que esos posibles acuerdos pueden ser anulados por haber excluido de los mismos a sindicatos minoritarios, que pueden

alegar la violación de su derecho a tomar parte en la negociación de un acuerdo con valor de convenio colectivo o de pacto contractual.

Pues bien, para el Alto Tribunal no forma parte del contenido esencial formar parte de un comité de huelga con cuarenta y tres miembros ni tampoco obligar a la empresa a negociar de manera simultánea con todos ellos, aplicando los siguientes criterios interpretativos.

En primer lugar, «la limitación numérica es un criterio sensato en la medida que los comités demasiado amplios dificultan los acuerdos». Por lo tanto, si consustancial a la huelga es la negociación para poner fin a la misma mediante un acuerdo este objetivo difícilmente puede ser alcanzado si intervienen cuarenta y tres personas pertenecientes a diferentes sindicatos y con distintas estrategias de acción sindical. Cabe recordar que el TC consideró razonable que el comité de huelga encargado de la negociación lo compongan doce miembros, aún existiendo distintos comités de huelga, que deberán de designar a sus representantes, puesto que el artículo 8.2 del RDL 17/1977 no quiere una comisión negociadora muy numerosa.

En segundo lugar, limitar la Comisión negociadora a doce miembros es un criterio proporcionado y razonables puesto que al pacto que ponga fin a la huelga se le reconoce el valor y eficacia de un convenio colectivo y por ello sería desproporcionado que el comité de huelga contase con cuarenta y tres miembros mientras que el comité intercentros tiene solo trece.

Finalmente, y, en tercer lugar, la huelga ha de calificarse como abusiva, puesto que la convocatoria de cinco huelgas por separado no puede implicar un comité de huelga desmesurado, como es el caso, ya que las cinco huelgas en realidad eran solo una al coincidir tanto en sus reivindicaciones, en los días de los paros convocados y en la unidad de acción *de facto*. En estos casos, lo procedente es que los comités de huelga nombren a sus representantes en la comisión negociadora con la empresa, debiendo respetarse la representatividad de cada sindicato, puesto que el pacto que se alcance tendrá el valor de un convenio colectivo siempre que la decisión de los representantes de las personas trabajadoras cumpla con los requisitos de mayoría representativa que se exigen para aprobar convenios colectivos estatutarios.

4. CONCLUSIONES

Respecto a la primera cuestión, el TS tiene en cuenta el contenido esencial de los derechos fundamentales del artículo 28 de la Constitución, puesto que el derecho de huelga es de titularidad individual, pero de ejercicio necesari-

riamente colectiva, ejercicio que forma parte de la libertad sindical. Por ello, las organizaciones sindicales pueden ejercer el derecho a la huelga en su ámbito de acción sindical dado que la huelga se concibe como un instrumento de presión que facilita una negociación colectiva equilibrada, sin que pueda considerarse ilícitas varias convocatorias de huelga con el mismo objeto y en fechas coincidentes, ya que cada organización sindical es libre de convocar o desconvocar una huelga, sin estar condicionada o limitada por lo que hagan las demás organizaciones convocantes de la huelga.

Y en lo referente a la declaración de la huelga como abusiva y, por lo tanto, ilegal, el ejercicio del derecho de huelga tiene unos límites pensados para garantizar, entre otros aspectos, la consecución de un acuerdo que ponga fin al conflicto mediante la negociación, acuerdo que tendrá la validez de un convenio colectivo estatutario. Por ello, es necesario que el Comité de huelga tenga una composición numérica razonable, respetando las mayorías representativas de los sindicatos, que facilite y no dificulte dicho acuerdo.

**106. REVISIÓN JUDICIAL DE UNA PLÉTORA DE CONDUCTAS
EMPRESARIALES FRENTE A UNA HUELGA
Y DE LA INDEMNIZACIÓN PROCEDENTE**

Comentario a la SAN 142/2023 de 22 de diciembre de 2023 (Rec. 159/2023)

FERRAN CAMAS RODA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Girona. ORCID: 0000-0002-6450-7869

Palabras clave: Huelga; información; servicios mínimos de vuelo; esquirolaje; abuso.

1. ANTECEDENTES

La Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social), núm. 142/2023, de 22 de diciembre de 2023 (también Rojo Torrecilla, 2022, ha realizado un comentario de esta sentencia en el que se incluyen artículos periodísticos sobre el asunto que resuelve), tiene su origen en las jornadas de huelga de tripulantes de cabina que se promovieron en tres convocatorias entre junio de 2022 y enero de 2023 por los sindicatos Unión Sindical Obrera-Sector del Transporte Aéreo (USO-STA), y Sindicato Independiente de Tripulantes de Cabina de Pasajeros (SITCPLA) frente a las empresas Ryanair DAC, y las contratistas Crewlink Ireland LTD y Workforce International Contractors LTD. Las tres convocatorias de huelga afectaban a todos los tripulantes de cabina adscritos a las bases que Ryanair DAC tenía en España ubicadas en los aeropuertos de Madrid Adolfo Suárez, Málaga, Barcelona, Alicante, Sevilla, Palma de Ma-

lloca, Valencia, Gerona, Santiago de Compostela e Ibiza. En todas las convocatorias, la Secretaria de Estado de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana fijó servicios mínimos, que en todos los casos fueron recurridas, resultando que, respecto de la primera convocatoria, la resolución correspondiente aún no había sido adoptada en la fecha de la sentencia, mientras que en las otras dos los servicios mínimos fueron anulados.

Por otra parte, en el marco de la primera convocatoria de junio de 2022, el Comité de Huelga requirió a Ryanair información relativa a los servicios mínimos que habrían de cumplirse, requiriéndose información relativa al listado de vuelos protegidos (o servicios mínimos de vuelo), desglosado por bases afectadas por la huelga; el listado de trabajadores asignados a dichos servicios mínimos identificando además los vuelos protegidos, y el listado de trabajadores a los que se les ha asignado el servicio de imaginaria [no se define en la sentencia, pero se puede entender como de guarda], indicando los vuelos protegidos a los que han sido adscritos desglosado por bases afectadas por la convocatoria de huelga. A esa petición, la empresa respondió a través de e-mails informando de la remisión de la lista de vuelos protegidos, así como la tripulación asignada para operarlos, información que, no obstante, los sindicatos consideraron que no respondía a lo solicitado. En la misma fecha de esta respuesta electrónica, la empresa también envió e-mails a las tripulaciones en las que se conmina a quienes tengan funciones asignadas en las jornadas de huelga convocadas a presentarse a trabajar. Se expresaba en las misivas que en el supuesto que algún miembro de la tripulación se negase a cumplir con el requisito obligatorio de prestar los servicios mínimos y presentarse a su turno de trabajo según lo previsto, se podrían tomar medidas disciplinarias y en este sentido se recordaba el despido de trabajadores en casos similares. Además de estas directrices, también se enviaron otras posteriormente en las que se reiteraba la obligación de la tripulación asignada a operar con vuelos protegidos a asistir al trabajo y la imposibilidad de rechazar un cambio de funciones en caso de cambios en los vuelos protegidos.

Finalmente, debe considerarse como elemento a tomar en consideración en la sentencia que se está reseñando la emisión de un informe de finales de 2022 elaborado por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en el que se constatan como hechos e indicios de conductas vulneradoras del derecho de huelga, la falta de información de los representantes de los trabajadores sobre la totalidad de los vuelos programados por la compañía con la correspondiente calificación como servicios mínimos; el abuso en el ejercicio del *ius variandi* empresarial al designar, durante el periodo de huelga, a un número de trabajadores en situación de guardia mayor al habitual; el refuerzo de los trabajadores

de las bases, con funciones de programación y control de vuelos, con otros traídos de otros Estados miembros de la UE; el recurso a tripulaciones basadas en terceros Estados para operar vuelos programados que no han sido declarados servicios mínimos; y la modificación de la asignación a los tripulantes de cabina de los servicios mínimos inicialmente asignados por otros distintos sin la debida antelación, información o en tiempo de descanso. De hecho, se ha de hacer constar que posteriormente a este informe avanzado, en el mes de marzo de 2023 la Inspección de Trabajo emitió otras ya todas las inspecciones con ocasión de la huelga de tripulantes de cabina en diversas bases, se expresaba la emisión de actas de infracción a Ryanair, entre otras por haber vulnerado el ejercicio del derecho de huelga de los tripulantes de cabina, así como por haber sustituido ilegalmente al personal huelguista con otro destinado en otras bases de la compañía aérea fuera de España.

2. CUESTIÓN O CUESTIONES PLANTEADAS

La demanda planteada por los mismos sindicatos convocantes de la huelga ante la Audiencia Nacional pide básicamente que se declare que las conductas llevadas a cabo por las empresas demandadas fueron vulneradoras del derecho de libertad sindical y del derecho de huelga. Con esa petición como base, en el apartado relativo a los Fundamentos de Derecho de la Sentencia de la Audiencia Nacional, 142/2023, de 22 de diciembre de 2023, se entran a valorar las cuestiones planteadas ante este Tribunal, de carácter procesal unas, sobre el fondo otras. Respecto de las primeras, por parte de las empresas demandadas (Ryanair DAC, y las contratistas Crewlink Ireland LTD y Workforce International Contractors LTD) se reclamó la inadecuación del procedimiento seguido, el de Tutela de Derechos fundamentales (arts. 177 y ss. de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social); también se opuso por las empresas demandadas la excepción procesal consistente en la falta de legitimación activa del sindicato SITCPLA, y finalmente también la falta de legitimación pasiva de las empresas codemandadas Crewlink Ireland LTD y Workforce International Contractors LTD.

Por lo que hace referencia a la inadecuación de procedimiento, que según las empresas demandadas debiera haber seguido el proceso de conflictos colectivos (arts. 153 y ss. de la Ley 36/2011) en el que estuvieran presentes los trabajadores los trabajadores afectados por las conductas empresariales. Frente a ello, la Audiencia Nacional responde que en el caso que se le plantea, no se persigue solucionar una controversia que afecta a un grupo genérico de

trabajadores, *ex* artículo 153 de la Ley 36/2011, sino determinar si las conductas empresariales «incidieron sobre el derecho fundamental de libertad sindical y de huelga, siendo la modalidad procesal elegida correcta». En este punto, emerge un reproche directo de la Audiencia Nacional a la excepción procesal pedida por las empresas al expresar literalmente que «Sorprende a esta Sala que se plantee esta excepción cuando en fecha 17-3-2021, proceso 307/2020 se ha dictado sentencia en procedimiento de tutela de derechos fundamentales, frente a las mismas empresas, y por los mismos sindicatos demandantes, en la que la cuestión debatida versaba igualmente sobre determinadas conductas empresariales, proyectadas sobre los trabajadores que ejercieron su derecho a la huelga en una convocatoria anterior, confirmada por el Tribunal Supremo en fecha 13-4-2023, rco.217/2021 (ROJ:STS1610/2023-ECLI:ES:TS:2023:1610), en la que ninguna duda se planteó acerca de la adecuación de la modalidad procesal elegida».

En lo relativo a la excepción de falta de legitimación activa del sindicato SITCPLA ya que a tenor de las empresas carece de legitimación activa, pues no tiene ninguna representación en el ámbito del conflicto, al no presentarse a las últimas elecciones sindicales. Tampoco acoge la Audiencia Nacional este argumento pues según el tribunal aun cuando el sindicato SITCPLA no tenga representantes en la empresa, la huelga fue convocada tanto por éste como por el sindicato USO, de suerte que las conductas empresariales que se examinan por la Audiencia «tuvieron potencial afectación» en los derechos fundamentales de libertad sindical y de huelga.

Por lo que hace referencia a la excepción procesal de falta de legitimación pasiva de las codemandadas Crewlink Ireland LTD y Workforce International Contractors LTD, también corre la misma suerte que las anteriores, ya que la Audiencia Nacional constata cómo la huelga, a tenor de lo que consta en sus convocatorias, tenía como destinatarios tanto los trabajadores de Raynair DAC como aquellos que prestaban servicios en ella contratados a través de las empresas codemandadas, de suerte que las conductas descritas en la demanda, también se proyectaron sobre los mismos.

Finalmente, se ha de hacer referencia en este marco de debate procesal, a la admisión a trámite de una prueba aportada por Ryanair DAC consistente en las grabaciones de las Asambleas celebradas por el sindicato USO y su transcripción. Para el sindicato USO ello podía vulnerar el derecho a la intimidad, mientras que para las empresas aportantes no se había producido ninguna vulneración de derechos fundamentales ya que la asamblea se hizo por telegram, abierta al público y que en el anuncio de la asamblea se incluía un enlace. La Audiencia no admite la prueba porque, si bien no se produjo una vulneración

del derecho a la intimidad, si que se dañó el derecho a la libertad sindical. Para el tribunal juzgador, con base en varias sentencias del Tribunal Constitucional que se aportan, «el hecho de que la convocatoria se realizara de forma abierta no permite a nuestro juicio convalidar el acceso empresarial a una actividad vinculada necesariamente con el ejercicio de la actividad sindical, en la que la empresa no puede tener una participación ni activa ni pasiva. La grabación de las asambleas y su posterior presentación como prueba en el presente procedimiento, excede de los límites permitidos para contrarrestar la actividad sindical, y no permite que la prueba aportada pueda ser admitida ni valorada. Entiende este tribunal que con dicho acceso y grabación, se ha producido la vulneración del derecho fundamental de libertad sindical, en su vertiente de ejercicio de la actividad sindical y en concreto de la huelga convocada. Las asambleas se hallaban inexorablemente vinculadas a esta última, violentando la empresa con su actuación, un ámbito restringido a los sindicatos y a sus afiliados que merece el reproche jurídico descrito».

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

Yendo al fondo del asunto de la Sentencia de la Audiencia Nacional, 142/2023, de 22 de diciembre de 2023, en lo que interesa sobre todo a este comentario, es decir, si se ha producido o no lesión por las empresas demandadas del derecho de huelga, la Audiencia Nacional parte de las conductas empresariales expuestas en la demanda que, según los actuantes, constituirían vulneraciones de aquel derecho fundamental y del de libertad sindical.

En primer lugar, la denuncia de la falta de información al Comité de Huelga sobre los vuelos protegidos (o servicios mínimos de vuelo). La Audiencia Nacional estima esta pretensión por cuanto la entrega de información que llevo a cabo Ryanair no resultó ni suficiente ni adecuada a la legítima petición de los sindicatos. Justifica su decisión el Tribunal expresando que «la mera identificación de unos vuelos, ni permite conocer qué tripulación ha sido asignada a los mismos (que ya se conocía, pues en la contestación de la empresa, se dice que se está comunicando a los TCP [tripulantes de cabina] asignados a dichos vuelos la citada asignación), ni se desglosan las bases a la que están adscritos dichos vuelos, ni se indican qué trabajadores en imaginaria estaban adscritos a los servicios protegidos, que se derivaban de la Resolución del Ministerio». En consecuencia, para la Audiencia Nacional, con esa conducta la empresa pretendía obtener una ventaja inapropiada en el conflicto que revierte negativamente en la potencialidad de la huelga como legítimo

instrumento de presión de los trabajadores para la pretensión de sus reivindicaciones».

Por lo que hace a la segunda cuestión planteada, relativa a la asignación de vuelos protegidos, cambios realizadas en ellos y obligatoriedad por los trabajadores de su aceptación, la Audiencia Nacional entiende dicha conducta como vulneradora del derecho de huelga por cuanto las comunicaciones que llevó a cabo la empresa a los tripulantes de cabina incluían la adopción de medidas disciplinarias caso de no aceptarse volar en vuelos protegidos, los cuales, fueron objeto de cambios indiscriminados por la empresa, notificados a través de mensajes a la aplicación IDP. En este punto, la Audiencia Nacional se remite a los informes de la Inspección de Trabajo para sostener que la empresa reveló una constante y reiterada conducta destinada a la neutralización del derecho de huelga «pretendiendo la aceptación de vuelos que según expresa e indica, sin justificación alguna, están vinculados con el cumplimiento de los servicios mínimos, previa realización de cambios unilaterales por la compañía, sin mediar tiempo prudencial para su aceptación y comunicados a través de las aplicaciones telemáticas usadas de ordinario en el desempeño de la relación laboral».

Respecto de la cuestión del esquirolaje llevado a cabo por Ryanair, la Audiencia Nacional lo da por probado trayendo a colación una acta de inspección en la que se detectan actuaciones que se consideran de «dudosa legalidad» sobre el refuerzo de los trabajadores de otras bases, además de con otros traídos de otros Estados miembros de la UE.

Finalmente, en relación a la última demanda relativa a situaciones de abuso del poder empresarial, también lo confirma así la Audiencia Nacional a partir de los hechos reflejados por la Inspección de Trabajo, entre los que se incluyen situaciones como el aumento del número de trabajadores en guardia durante las jornadas de huelga.

4. CONCLUSIÓN O CONCLUSIONES

La Audiencia Nacional declara en su sentencia que la conducta de la empresa Ryanair DAC, secundada por las empresas Crewlink Ireland LTD y Workforce International LTD durante los días de convocatoria de huelga, vulneró el derecho individual de huelga de los trabajadores afectados y el derecho de libertad sindical de los demandantes, con lo que resuelve la nulidad de las conductas adoptadas y llevadas a cabo por las demandadas durante las convocatorias de huelga. En todo caso, resulta de sumo interés el hecho de reconocer

una indemnización por daños morales en la cuantía pedida por los sindicatos, ya que recuerda como el reconocimiento de cuantías a indemnizar por las empresas en resoluciones precedentes no provocó ningún efecto positivo en su conducta ulterior, sino que al contrario, se volvió a incidir en el abuso del poder empresarial para dejar sin efecto las huelgas convocadas. En este sentido, valida la solicitud de indemnización solicitada por los sindicatos «por cuanto es acorde precisamente a esa finalidad preventiva que ningún efecto produjo anteriormente, sumada a la ya expuesta gravedad e incidencia en los trabajadores que secundaron los paros».

5. BIBLIOGRAFÍA

ROJO TORRECILLA, E: «La saga Ryanair regresa a la Audiencia Nacional. Nueva vulneración del derecho de libertad sindical y del derecho de huelga, con sanción de 187.515 euros a las empresas codemandadas. Notas a la sentencia de 22 de diciembre de 2023». Entrada en el *Blog de Eduardo Rojo*, viernes 29 de diciembre de 2023.

DERECHO ITALIANO

**107. IL PRINCIPIO COSTITUZIONALE DI LIBERTÀ
CONTRATTUALE APPLICATO AL LAVORO NELLE PUBBLICHE
AMMINISTRAZIONI: LA CORTE COSTITUZIONALE
BACCHETTA IL LEGISLATORE**

**Comentario a la sentencia de la Corte costituzionale 178/2015, de 23 de julio
(Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana n. 30 de 29 de julio de 2015)**

CINZIA DE MARCO

Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad de Palermo

ALESSANDRO GARILLI

Profesor emérito de Derecho del Trabajo. Universidad de Palermo

Palabras clave: libertà sindacale, contrattazione collettiva, pubblico impiego.

1. Il diritto di libertà sindacale, che la Costituzione italiana del 1948 ha riconosciuto espressamente nell'art. 39, comma 1, icasticamente affermando che «L'organizzazione sindacale è libera», costituisce un diritto fondamentale, annoverabile tra i diritti inviolabili dell'uomo, che va letto in combinato disposto con il principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, comma 2. Infatti, esso, al pari dello sciopero (art. 40), attraverso l'associazione e l'azione dei sindacati, concorre a rendere effettiva la partecipazione dei lavoratori alla vita politica, sociale ed economica del Paese. Sicché si può affermare che tale libertà è immanente al concetto di democrazia. E, come tutte le libertà, quella sindacale non consente interferenze dei pubblici poteri e dei soggetti privati (i datori di lavoro), che non possono limitare o condizionare sia il diritto alla costituzione di organizzazioni che perseguono fini sindacali, sia soprattutto l'azione di queste a tutela degli interessi collettivi dei lavoratori. Ciò comporta che nell'eventuale conflitto tra libertà sindacale e libertà di impresa è la

prima a prevalere nel sistema costituzionale italiano. Il fatto che la titolarità è individuale (qui configurandosi come positiva e negativa) non toglie valore preminente alla sua valenza collettiva: infatti la sua funzione è di garantire ai cittadini la libertà di organizzarsi in sindacati e ai sindacati la libertà di agire nell'interesse dei lavoratori. Vi è dunque un nesso funzionale che lega la libertà sindacale alla contrattazione collettiva, nel senso che nella prima è ricompresa la seconda con un rapporto di mutua implicazione. Il riconoscimento della libertà contrattuale non è solo l'esito dell'interpretazione del dato costituzionale in quanto esso è consacrato nelle fonti sovranazionali: tra di esse spiccano le Convenzioni OIL nn. 87 del 1948 e 98 del 1949, l'art. 11 della CEDU (nell'interpretazione estensiva della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo), l'art. 6 della Carta sociale europea riveduta nel 1996, l'art. 28 della CDFUE, gli artt. 152, comma 1, 154 e 155 del TFUE.

2. L'argomento che intendiamo sviluppare in questo breve scritto riguarda il diritto alla libertà di contrattazione collettiva nel settore del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni che dagli anni 1992-93 è stato ricondotto, in linea di principio, al diritto privato del lavoro, anche con riguardo ai profili collettivi. Va ricordato che la legge assegna alla fonte collettiva, salvo alcune riserve relative a specifiche e tassative materie, la disciplina del rapporto di lavoro e delle relazioni sindacali; precisa poi che l'attribuzione dei trattamenti economici può avvenire esclusivamente mediante contratti collettivi a cui sono obbligate le amministrazioni, che da essi non possono discostarsi dovendo garantire parità di trattamento contrattuale.

Due tribunali (Roma e Ravenna) sollevavano questione di legittimità costituzionale di due leggi del 2010 e del 2011 che, a seguito della grave crisi finanziaria che dal 2008 attanagliava l'Italia, già sofferente per un altissimo e radicato debito pubblico, avevano imposto il blocco dei trattamenti economici (e delle pensioni) dei dipendenti pubblici. Secondo i giudici remittenti il «congelamento» delle retribuzioni dei pubblici dipendenti rientranti nel regime della contrattazione collettiva, senza alcuna possibilità di recupero, avrebbe prodotto un *vulnus* ai diritti sociali fondamentali, ponendosi in contrasto con i principi di eguaglianza, di tutela del lavoro, di proporzionalità della retribuzione al lavoro svolto, di libertà di contrattazione collettiva. In sostanza si lamentava che le norme impugnate, trascendendo i limiti della transitorietà ed eccezionalità, perché gli effetti si sarebbero protratti nel tempo, avrebbero violato soprattutto due articoli della Costituzione: l'art. 36, che sancisce il principio della giusta retribuzione prescrivendo che questa deve essere proporzionata alla quantità e qualità del lavoro prestato e in ogni caso sufficiente ad assicurare al lavoratore e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa; e l'art. 39, che, come ricordato, ha il suo necessario complemento nell'autonomia negoziale, con la necessaria conseguenza che ogni compressione del diritto alla negoziazione collettiva si risolve inevitabilmente in una compressione della libertà

sindacale. In definitiva i due giudici sostenevano, per un verso, che il perdurare del blocco conducesse ad una retribuzione al di sotto del parametro costituzionale e, per l'altro, che il reiterato protrarsi della sospensione delle procedure di contrattazione economica alterasse la dinamica negoziale in un settore che al contratto collettivo assegna un ruolo centrale. Entrambe le disposizioni venivano poi collegate al principio di eguaglianza, giacché la disciplina in esame avrebbe discriminato i lavoratori pubblici rispetto ai lavoratori privati e introdotto disparità di trattamento arbitrarie anche tra le varie categorie di dipendenti pubblici, quelli privatizzati assoggettati al blocco e quelli in regime di diritto pubblico a cui la contrattazione non si applica.

3. Prima di passare all'esame della sentenza della Corte costituzionale è opportuno ricordare che analoga questione si era posta in altri paesi in default e perciò costretti a ricorrere ad aiuti da parte delle autorità economiche europee e internazionali. Tra questi vale la pena dare conto della vicenda giudiziaria del Portogallo che, pur non riguardando il tema della libertà sindacale, presenta spunti argomentativi interessanti in punto di bilanciamento tra esigenze di riduzione della spesa pubblica e diritti sociali fondamentali.

In una decisione del 5 luglio 2012, la Corte costituzionale portoghese ha ritenuto che la riduzione del pagamento dei sussidi per le ferie e per le festività natalizie alle categorie di pensionati del settore pubblico, come previsto dalla legge finanziaria statale del 2012, violava il principio di «uguaglianza proporzionale» ed era quindi incostituzionale. Tuttavia, dato che il bilancio 2012 era già in una fase avanzata di attuazione, e che sarebbe stato quindi impossibile per il Portogallo elaborare misure alternative per raggiungere i propri obiettivi di bilancio e assicurarsi il sostegno dei suoi finanziatori, che rispondeva a un «interesse pubblico eccezionalmente importante», la Corte costituzionale ha deciso che la sua pronuncia non avrebbe dovuto entrare in vigore nel 2012. In pratica, ciò significava che i tagli avrebbero potuto essere attuati nel 2012.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, a cui si rivolsero due pensionati (STEDH de 8 de octubre de 2023, aplicaciones no. 62235/12 e 57725/12, António Augusto Da Conceição Mateus e Lino Jesus Santos Januário contra Portugal), ritenne proporzionato, rispetto alle esigenze «di interesse generale della comunità», il «taglio di salari e pensioni pagati nel settore pubblico» in quanto limitato «sia nel tempo sia in termini quantitativi». Dunque, secondo la Corte Edu, è ben possibile la compressione di un diritto fondamentale a condizione che questa sia transitoria e proporzionata alle finalità di contenimento e razionalizzazione della spesa pubblica. In altri termini il parametro di valutazione va individuato nella ragionevolezza delle misure sotto i profili della loro gravosità e dello sviluppo temporale. Certamente si tratta di un criterio che lascia elevati margini di discre-

zionalità, come del resto sempre accade nella tecnica del bilanciamento, attraverso cui selezionare e comparare valori.

4.- La Corte italiana nella sua decisione ha ben presente l'orientamento della Corte Edu (espresso in questa e in altre decisioni); non si limita a richiamarlo, ma ne utilizza il ragionamento in chiave funzionale alla dinamica evolutiva dei principi costituzionali. Esaminiamo brevemente gli argomenti contenuti nella sentenza.

Anzitutto è ribadita la legittimità –già affermata in decisioni precedenti– di interventi legislativi che, per fare fronte a esigenze eccezionali determinate da crisi economico-finanziarie, comportano riduzioni della spesa per il personale dipendente da amministrazioni pubbliche. Una siffatta operazione è giustificata dalle prescrizioni contenute negli articoli della Costituzione 81 –secondo cui «lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico»– e 97 –che impone alle «pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea», di assicurare «l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico». La Corte quindi si rifiuta di valutare se l'obiettivo indicato avrebbe potuto raggiungersi con una diversa e socialmente più accettabile ripartizione dei sacrifici tra soggetti e categorie meno vulnerabili, anche in considerazione della dimensione solidarista che connota la Costituzione (e che la Corte più volte richiama). Ma forse questa discutibile posizione è dettata dall'opportunità di evitare che l'attività giurisdizionale sconfini nella discrezionalità politica, alterando l'equilibrio tra i poteri.

Nega poi che siffatti provvedimenti possano violare il principio di eguaglianza con riguardo alla disparità di trattamento tra categorie di pubblici dipendenti soggetti al blocco e categorie indenni, nonché tra settore pubblico e settore privato. Si tratta di «fattispecie dissimili, che non possono fungere da utile termine di raffronto». In particolare, lavoro pubblico e lavoro privato presentano, «anche in seguito all'estensione della contrattazione collettiva», differenze sostanziali.

Superato questo primo scoglio, esaminando la dedotta violazione della tutela costituzionale della retribuzione, la Corte ritiene ragionevole e proporzionato l'impianto normativo giacché la dinamica retributiva pubblica nei dieci anni precedenti aveva registrato una crescita incontrollata, sopravanzando l'incremento delle retribuzioni del settore privato a parità di contenuto della prestazione lavorativa. Per lo stesso motivo è giustificata la sospensione della tornata contrattuale. Ma, secondo la Corte, lo scrutinio di legittimità non può fermarsi all'esame delle leggi censurate dai giudici *a quibus* in quanto va preso in esame l'intervento successivo contenuto nella legge di stabilità per il 2014, che ha disposto la sospensione delle procedure negoziali inerenti alla parte economica per il periodo 2013-2014 e la limitazione dell'ammontare dei trattamenti accessori. Intercorre, dunque, un nesso inscindibile tra le disposizioni specificamente impugnate e le disposizioni della legge di stabilità per il 2014.

Anche estendendo temporalmente lo scrutinio, la Corte ritiene non violato l'art. 36 Cost. per le considerazioni sopra esposte e perché le disposizioni censurate hanno cessato di operare a decorrere dal 1° gennaio 2015. Diversamente il blocco della contrattazione economica è stato prolungato dalla legge di stabilità per l'anno successivo per altri dodici mesi, ed era destinato a protrarsi ulteriormente come risultava dal fatto che la stessa legge aveva cristallizzato fino al 2018 ai valori del 2013 l'indennità di vacanza di contrattuale (prevista per colmare in parte i ritardi della contrattazione collettiva). Afferma la Corte che «L'estensione fino al 2015 delle misure che inibiscono la contrattazione economica e che, già per il 2013-2014, erano state definite eccezionali, svela, al contrario, un assetto durevole di proroghe. In ragione di una vocazione che mira a rendere strutturale il regime del «blocco», si fa sempre più evidente che lo stesso si pone di per sé in contrasto con il principio di libertà sindacale sancito dall'art. 39, primo comma». In questo modo infatti la legge «altera la dinamica negoziale in un settore» in cui «il contratto collettivo si atteggia come imprescindibile fonte», che disciplina le relazioni sindacali e i diritti e gli obblighi nascenti dal rapporto di lavoro, tra cui in primo luogo il trattamento economico, nelle sue componenti fondamentali ed accessorie.

È importante sottolineare che la Consulta valorizza il ruolo svolto dalla contrattazione collettiva nel lavoro pubblico, smentendo il contrario avviso di parte della dottrina, che lo ritiene ancora eterodiretto. È pur vero che i provvedimenti legislativi del 2009 (Legge delega n. 15/2009 e D.lgs. n. 150/2009) hanno disposto una regolazione inderogabile di alcuni importanti frammenti di disciplina, ma va riconosciuto che il contratto collettivo nel settore svolge non solo la tradizionale «funzione di contemperare in maniera efficace e trasparente gli interessi contrapposti delle parti e concorre a dare concreta attuazione al principio di proporzionalità della retribuzione», ma si pone, «per un verso, come strumento di garanzia della parità di trattamento dei lavoratori e, per altro verso, come fattore propulsivo della produttività e del merito», concorrendo a dare attuazione ai principi di efficienza e imparzialità delle pubbliche amministrazioni. Questa «molteplicità di funzioni», che poggia su una «complessa trama di valori» affermati dalla Costituzione e dalle «numerose fonti sovranazionali», è vanificata dal protrarsi *ad libitum* della sospensione delle procedure negoziali, che produce uno squilibrio irragionevole tra la «libertà sindacale ... e le esigenze di razionale distribuzione delle risorse e controllo della spesa, all'interno di una coerente programmazione finanziaria».

La Corte, per queste considerazioni, salva le leggi impugnate quanto agli effetti già prodotti, e dichiara l'illegittimità costituzionale sopravvenuta facendo decorrere le conseguenze dell'annullamento a far data dalla pubblicazione della decisione stessa. Essa, infatti, così conclude: «Rimossi, per il futuro, i limiti che si frappongono allo svolgimento delle procedure negoziali riguardanti la parte economica, sarà compito del legislatore dare nuovo impulso all'ordinaria dialet-

tica contrattuale, scegliendo i modi e le forme che meglio ne rispecchino la natura, disgiunta da ogni vincolo di risultato. Il carattere essenzialmente dinamico e procedurale della contrattazione collettiva non può che essere ridefinito dal legislatore, nel rispetto dei vincoli di spesa, lasciando impregiudicati, per il periodo già trascorso, gli effetti economici derivanti dalla disciplina esaminata».

Le argomentazioni e le conclusioni della sentenza hanno sollevato perplessità da una parte della dottrina, sia sotto il profilo processuale, in quanto il mutamento del parametro di costituzionalità è intervenuto in un tempo posteriore alla produzione dell'atto oggetto del giudizio, sia per gli aspetti sostanziali, per non avere colto il nesso inscindibile tra la salvaguardia della giusta retribuzione e la libertà sindacale, che avrebbe dovuto comportare la declaratoria di illegittimità costituzionale delle norme censurate anche per la loro violazione dell'art. 36 Cost. Ma, a ben vedere, la sentenza si pone in perfetta continuità con le altre corti su richiamate e ne attesta il proficuo dialogo.

Quanto alle parole conclusive, non v'è dubbio che esse hanno imposto al Governo e al Parlamento di apprestare risorse finanziarie per la riapertura della contrattazione nazionale. La qual cosa è avvenuta con l'apertura di nuove tornate contrattuali che hanno ridefinito gli assetti economici (e non solo) dei dipendenti pubblici. A questo indiscutibile risultato si accompagna inoltre un altro forse più importante merito ascrivibile alla sentenza: ponendo la contrattazione collettiva, specificamente quella del lavoro pubblico, in un solido scenario di diritti fondamentali, la Corte ha inteso presidiarla da ulteriori ingerenze eteronome che possano comprimerne il libero dispiegarsi.

BIBLIOGRAFÍA ESENCIAL

- M. BARBIERI, «Contratto collettivo e lavoro pubblico: blocco salariale e blocco della contrattazione tra scelte legislative e giurisprudenza costituzionale», in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 3/2015, p. 453.
- L. M. DENTICI, «La retribuzione nel lavoro pubblico in tempi di crisi», in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 4/2019, p. 60 ss.
- V. FERRANTE, «Anche per i dipendenti pubblici arriva l'ora della riscossa: la Corte dichiara l'incostituzionalità della proroga del blocco della contrattazione collettiva», in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 4/2015, pp. 1121 ss.
- P. ICHINO, *Sulla contrattazione nel pubblico una sentenza*, in <https://www.pietroichino.it - vademecum>, 24.7.2015.
- G. RICCI, «La retribuzione in tempi di crisi: diritto sociale fondamentale o variabile dipendente?», in *WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona»*, 113/2014.
- L. ZOPPOLI, «La Corte finalmente costituzionalizza la contrattazione per il lavoro pubblico. E la retribuzione?», in *Diritti, lavoro, mercato*, 2015, p. 377 ss.

108. LA LUNGA MARCIA VERSO I DIRITTI COLLETTIVI NEL MONDO MILITARE

Comentario a la sentencia de la Corte Costituzionale 120/2018 de 13 de junio (*Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana Serie Speciale-Corte Costituzionale n. 25 del 20 de junio de 2018*)

SILVIO BOLOGNA

Profesor Titular de Derecho del Trabajo. Universidad de Palermo (Italia)

Palabras clave: libertad sindical, negociación colectiva, fuerzas armadas, Italia.

1. In Italia la legislazione ordinaria sopravvissuta all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana proibiva radicalmente la libertà sindacale e più in generale associativa nelle forze armate e di polizia allora esistenti (carabinieri, Guardia di finanza, Corpo forestale, agenti di custodia), nonostante il riconoscimento operato dalle convenzioni internazionali a presidio dei diritti umani, tutte ratificate dalla Repubblica senza riserve, e dalla carta costituzionale. Leggendo il frammentato *corpus* normativo, in larga parte retaggio dei periodi sabauda e fascista, si assiste ad un vero e proprio corto circuito tra costituzione formale e materiale: mentre la prima apre al fenomeno associativo, la seconda è restia all'ingresso del sindacato nelle caserme e nei commissariati in spregio alla *Drittwirkung* dei diritti fondamentali positivizzata nella costituzione stessa.

L'art. 39, primo comma, nel sancire che «L'organizzazione sindacale è libera», tipizza una libertà organizzativa del soggetto collettivo assoluta, e attraverso l'uso del predicato «sindacale» ritiene lecita l'attività volta all'autotu-

tela di interessi connessi a relazioni giuridiche in cui sia dedotta una qualsiasi prestazione lavorativa; il principio di libertà sindacale è immediatamente precettivo anche nei rapporti di lavoro alle dipendenze dell'amministrazione militare non soltanto in ragione di un'interpretazione letterale, ma anche in virtù di una lettura sistematica della carta fondamentale: l'ultimo comma dell'art. 52, nel sancire che «L'ordinamento delle Forze Armate si informa allo spirito democratico della Repubblica», non fa che riaffermare la piena vigenza dei diritti e delle libertà fondamentali (tra cui rientra quella sindacale) nell'ordinamento militare, principio desumibile in chiave generale dall'art. 2 Costituzione nel senso che neppure il più particolare degli ordinamenti giuridici può ledere il nucleo essenziale dei diritti che spettano alla persona in quanto tale.

La non sopprimibilità dei diritti collettivi di poliziotti e militari è del resto suffragata dall'art. 98, comma terzo, della Costituzione che prevede la facoltà –e non l'obbligo– per il legislatore ordinario di limitare l'iscrizione ai partiti politici per specifiche categorie di dipendenti pubblici: magistrati, personale diplomatico, militari di carriera in servizio attivo e funzionari e agenti di polizia.

2. Se le forze di polizia a ordinamento civile godono della libertà sindacale in modo pieno (Polizia penitenziaria) e temperato (Polizia di Stato), lo stesso non poteva dirsi sino al 2018 per le Forze armate e i corpi di polizia a ordinamento militare (Arma dei carabinieri e Guardia di finanza): l'art. 1475, secondo comma, del D. lgs. n. 66/2010, codice dell'ordinamento militare, riproponeva l'anacronistico divieto, frutto dei rapporti di supremazia speciale della seconda metà del diciannovesimo secolo, per cui ai militari era fatto divieto di «costituire associazioni professionali a carattere sindacale o aderire ad altre associazioni sindacali».

La norma è stata di recente censurata dalla Corte costituzionale con sentenza n. 120/2018, a seguito di ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato, chiamato a decidere sulla legittimità di un provvedimento amministrativo del Comando generale della Guardia di finanza di diniego all'istanza per la costituzione di un'associazione sindacale militare presentata da un brigadiere.

La Corte ha abbandonato l'approccio restrittivo di un ventennio prima, quando con sentenza n. 449/1999 aveva ritenuto conforme alla carta fondamentale il divieto di analogo tenore contenuto nella l. n. 382/1978 in materia di disciplina militare, facendo leva sulla neutralità politica e sulla coesione interna delle forze armate, con un argomentare ancora una volta basato sui rapporti di supremazia speciale. In una diversa temperie culturale e normativa –la fine dello spauracchio comunista, l'abolizione della leva obbligatoria, l'ingresso delle norme sovranazionali come parametro di legittimità costituziona-

le– il giudice delle leggi censura l'art. 1475, secondo comma, del codice dell'ordinamento militare. La Corte fa leva sull'art. 11 della Cedu, parametro interposto in ragione del rinvio mobile di cui all'art. 117 Cost. per come integrato dalla giurisprudenza della Corte Edu nei casi *Matelly* [(STEDH de 2 de octubre de 2014 (Caso *Matelly v. France*)], e *Adefdromil* [(STEDH de 2 de octubre de 2014 (Caso *Adefdromil v. France*)]

La Corte ha posto tuttavia dei forti paletti alle libertà collettive nell'ordinamento militare: nel richiamarsi tanto all'art. 11 della Cedu, nella parte in cui consente restrizioni legittime purché teleologicamente orientate (difesa di ordine pubblico e democrazia), e alla coesione interna di cui alla sentenza 449/1999, ritiene ragionevole il divieto posto dall'art. 1475, secondo comma, ai costituendi sindacati militari di federarsi ad altre associazioni. È singolare come la Corte, nel suo argomentare multilivello, non abbia fatto alcun riferimento né all'art. 39, primo comma, che preclude ogni limitazione legislativa all'autorganizzazione sindacale, né tenga nella debita considerazione la Carta sociale europea: il giudice delle leggi, pur riconoscendo che l'art. 5 della Carta sociale abbia una formulazione analoga a quella dell'art. 11 della Cedu, ha ritenuto di non potere invocare nel caso di specie le decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali in quanto non vincolanti. In tal modo la Corte ha evitato di applicare alla vicenda in esame la recente decisione del 27 febbraio 2018 sull'Irlanda, che avrebbe reso difficile la giustificazione del sindacalismo 'separato' per i militari (Comitato europeo dei diritti sociali, *European Organisation of Military Associations v. Ireland*, 12 febbraio 2018): il Comitato ha infatti affermato il diritto per le organizzazioni militari irlandesi di affiliarsi in federazioni e confederazioni in ragione del maggior potere contrattuale di cui gode il sindacalismo di classe rispetto a quello di mestiere.

La Corte ha posto ulteriori limiti alla libertà sindacale militare: ha riproposto innanzi tutto il divieto di sciopero, facendo leva sul bilanciamento tra conflitto collettivo e diritti fondamentali della persona; e ha subordinato il riconoscimento dei costituendi sindacati al *placet* preventivo del Ministero della difesa in ragione della democraticità delle previsioni statutarie: anche in tal caso il Giudice delle leggi non ha fatto alcun riferimento all'incomprimibile principio di libertà sindacale, dimenticando che un'interpretazione letterale del dettato costituzionale prevede il vaglio della democraticità degli statuti solo ai fini di un'eventuale efficacia generale del contratto collettivo ed in presenza di apposita legge ordinaria, questione che esula dal giudizio di legittimità. Piuttosto, la Corte si è trincerata con un argomento formalistico sul primo comma dell'art. 1475, che subordina la costituzione di qualsiasi associazione tra militari al preventivo assenso dell'autorità amministrativa.

3. Dopo quasi quattro anni dalla pronuncia della Corte costituzionale, il legislatore ha posto fine ad un'intollerabile *vacatio*, in cui i diritti sindacali dei militari erano esercitati in un limbo di circolari amministrative dei ministeri della Difesa e dell'Economia e delle finanze.

La Legge n. 46/2022, poi abrogata dal D.lgs. n. 192/2023 che ne ha traspeso i contenuti negli artt. 1475-1482 bis del D.lgs. 66/2010, è tutta sbilanciata a favore dei principi di buon andamento e imparzialità della macchina amministrativa: è opinione di chi scrive che l'art. 39, comma 1, Cost. sia irragionevolmente sacrificato a discapito dell'art. 97 Cost., declinato alla luce delle categorie di ordine, disciplina, gerarchia e coesione interna. Si proverà a dimostrare tale tesi partendo dalle modalità di costituzione ed organizzazione del sindacato, passando per l'esercizio dei diritti collettivi e la contrattazione, per concludere con lo sciopero. Il modello prescelto è quello del sindacalismo separato, sulla falsariga di quanto previsto dalla Legge n. 121/1981 sulla smilitarizzazione della Polizia di Stato. Infatti, secondo l'art. 1475 D.lgs. 66/2010 i militari possono dar vita ad associazioni professionali a carattere sindacale per singola Forza armata o di polizia, essendo possibile al massimo la creazione di un sindacato interforze, senza alcuna possibilità di aderire alle organizzazioni confederali. Viene poi previsto il divieto di esercizio del diritto di sciopero.

Senza soluzione di continuità rispetto a quanto previsto dalla legislazione precedente, e nel solco di quanto affermato dalla Corte costituzionale, il D.lgs. 66/2010 esclude dalla sfera di competenza del sindacato militare quel corpus di materie già precluse agli organismi di rappresentanza: logistica, addestramento, ordinamento militare, rapporto gerarchico-funzionale e impiego del personale in servizio. In tal modo si comprimono irragionevolmente le prerogative del soggetto collettivo, che non può intervenire, neppure nella forma della semplice consultazione, su ambiti che in nessun modo vanno ad inficiare efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa. E così, ad esempio, l'amministrazione militare determinerà in via unilaterale il funzionamento delle mense obbligatorie di servizio e le disponibilità alloggiative, sussumibili nel lemma «logistica». Per non parlare dell'addestramento, tenuto conto dell'elevato tasso di suicidi tra gli appartenenti alle forze dell'ordine, che richiederebbero un maggiore coinvolgimento del soggetto collettivo e forme di pedagogia più «orizzontali».

De jure condendo, sarebbe stata preferibile una elencazione più analitica e al contempo più limitata delle materie sottratte all'intervento sindacale. Nello specifico, le materie rimesse all'intervento dell'autonomia collettiva sono: la retribuzione nella duplice componente fondamentale ed accessoria; tratta-

mento di fine rapporto e previdenza complementare; durata massima dell'orario di lavoro settimanale; licenze; aspettativa per motivi privati e infermità; permessi brevi per esigenze personali; il contingente massimo dei distacchi autorizzabili per ciascuna Forza Armata o di polizia a ordinamento militare; il numero massimo annuo dei permessi retribuiti per i rappresentanti delle associazioni rappresentative; istituzione dei servizi integrativi del Servizio sanitario nazionale; il trattamento di missione; i criteri per l'istituzione di organi di verifica della qualità e salubrità dei servizi di mensa e degli spacci, per lo sviluppo delle attività di protezione sociale e di benessere del personale, ivi compresi l'elevazione e l'aggiornamento culturale del medesimo, nonché per la gestione degli enti di assistenza del personale; pari opportunità; spazi e attività culturali e ricreative; tutela di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Tra gli ambiti rimessi alla contrattazione nazionale merita attenzione quello dei distacchi e dei permessi sindacali, che consentirebbero il salto di qualità nell'azione del contropotere collettivo. Sul punto, la contrattazione interviene su: contingente massimo dei distacchi autorizzabili per ciascuna Forza armata o di polizia a ordinamento militare, numero massimo annuo dei permessi retribuiti per i rappresentanti delle associazioni rappresentative, misura dei permessi e delle aspettative sindacali non retribuiti a favore dei rappresentanti sindacali. La legge è come sempre assai dettagliata: permessi e distacchi vengono ripartiti con criterio proporzionale tra le sigle riconosciute rappresentative a livello nazionale; se non retribuiti non possono durare per più di tre anni, e per un massimo di cinque volte; da ultimo, tra ogni distacco o aspettativa non retribuita deve intercorrere almeno un triennio di servizio effettivo. La maggiore criticità della legge risiede nella circostanza che il distacco è subordinato ad autorizzazione del comandante, sempre che non ostino «prioritarie ed improcrastinabili esigenze di servizio e sempre che venga garantita la funzionalità del servizio».

Nell'architettura normativa si registra per l'ennesima volta un fortissimo scarto tra *law in the books* e *law in action*: le associazioni sindacali rappresentative a livello nazionale non sono ancora state riconosciute tramite apposito decreto del Ministro per la pubblica amministrazione; pertanto, tali strumenti promozionali del contropotere collettivo restano lettera morta, relegando la militanza sindacale al di fuori dell'orario di lavoro.

Tanto per le forze di polizia a ordinamento militare che per le forze armate, viene previsto un duplice livello di contrattazione, che si articola sul binomio contratto di comparto-contratto integrativo: il primo livello interverrà sugli aspetti comuni delle materie riservate alla contrattazione, all'interno di una tendenziale omogeneità dello statuto giuridico dei membri delle

Forze armate e di polizia a ordinamento militare, come ribadito di recente dal Consiglio di Stato; il secondo sui profili più specifici della singola forza, ovvero sulla distribuzione della retribuzione accessoria e di produttività. Si assiste a un decentramento controllato delle relazioni industriali: il secondo livello può infatti agire entro i limiti fissati dalla contrattazione di primo livello, analogamente a quanto previsto dall'art. 40 D.lgs. n. 165/2001 per il contratto integrativo nel lavoro pubblico privatizzato.

4. Dal quadro brevemente tracciato emerge come il legislatore, seguendo il medesimo approccio della sentenza del 2018 della Corte costituzionale, continui a riproporre una contrapposizione di fondo tra forze armate e società civile –forse che il cittadino con le stellette ha meno a cuore di chi indossa abiti civili le rivendicazioni contro i salari bassi, i turni di lavoro pesanti o i tagli costanti al welfare?– temperata dalla nascita dei sindacati di mestiere; e al contempo impedisca tendenzialmente il formarsi di una cultura sindacale che vada al di là delle mere rivendicazioni di categoria.

In ultima analisi, la congerie di restrizioni predisposte non sembra rispondere per nulla al binomio proporzionalità-ragionevolezza: se si teme che il sindacato debordi dai propri scopi con strategie eversive, l'ordinamento ha già gli strumenti adeguati, come le leggi che puniscono severamente tutti i fenomeni associativi che si prefiggono di sovvertire l'ordinamento democratico dello Stato con l'uso delle armi, e modalità di azione che si rifanno a quelle del disciolto partito fascista, o basino la loro azione su pratiche razziste ed antisemite. Piuttosto, l'impressione che si ricava è che la politica voglia sviluppare una costituzione materiale radicalmente difforme da quella formale: le forze armate si configurano ancora come corpo isolato dal resto della società e impermeabile ai principi costituzionali, costituendo la separazione il presupposto indefettibile che consente al potere politico di disporre in modo tendenzialmente illimitato del braccio armato dello Stato quando esplodono domande di libertà ed eguaglianza giudicate eversive. O almeno, sino a quando non sarà consentita la possibilità di adesione al sindacalismo confederale.

109. PART-TIME E RIFIUTO DELLA FORMAZIONE OBBLIGATORIA

**Comentario a la Cassazione Civile, Sez. Lav., 14 de julio de 2023, n. 20259,
in <https://www.italgiure.giustizia.it/>**

MARINA BROLLO
Catedrática de Derecho del Trabajo
Università degli Studi di Udine (Italia).
ORCID: 0000-0001-7375-3458

Palabras clave: Part-time, Orario di lavoro, Formazione obbligatoria, Lavoro supplementare, Licenziamento per giustificato motivo oggettivo

1. ANTECEDENTES

Ho selezionato un intervento della Cassazione italiana, n. 20259 del 2023, che probabilmente costituirà un precedente su una casistica sinora sconosciuta alla giurisprudenza della Suprema Corte: lavoro a tempo parziale e rifiuto ingiustificato da parte del lavoratore della formazione obbligatoria in orario diverso da quello normale.

La pronuncia ha già influenzato la soluzione di un successivo caso (Cassazione 10 maggio 2024, n. 12790, in <https://www.italgiure.giustizia.it/>) non analogo (in quanto relativo ad un dipendente a tempo pieno) ma sovrapponibile (rifiuto del lavoratore della formazione sulla sicurezza nell'orario di lavoro straordinario).

La sentenza potrebbe suscitare riflessioni approfondite per quello che dice (l'obbligo del lavoratore di seguire un corso di formazione sulla sicurezza del lavoro con riguardo alla prestazione di lavoro complessivamente intesa) e per quello che lascia intuire (in relazione al ruolo della contrattazione collettiva, come vedremo nelle conclusioni).

2. CUESTIÓN O CUESTIONES PLANTEADAS

La sentenza affronta una questione giuridica che ha minor rilievo pratico se riferita a un contratto di lavoro a tempo pieno (cioè *standard*) data la permanenza di un potere direttivo di variabilità della collocazione temporale. Viceversa, la questione diventa molto più complessa e rilevante nel caso di un contratto di lavoro a tempo parziale (cioè *non standard*) in cui risalta la necessità del consenso del lavoratore per la variazione dell'orario di lavoro ridotto.

Il D. Lgs. n. 81/2015 (c.d. *Jobs Act*) – che, da ultimo, disciplina il part-time (artt. 4-12) – pretende che le coordinate temporali della prestazione (durata e collocazione dell'orario ridotto) siano determinate puntualmente nel contratto individuale a tutela dell'interesse del lavoratore alla programmabilità del tempo di lavoro e di non lavoro, come richiesto, a suo tempo, da una importante sentenza della Corte Costituzionale 11 maggio 1992, n. 210 (in https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param_ecli=ECLI:IT:COST:1992:210) e poi dalla direttiva 97/81/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale e successive modifiche e integrazioni.

Il modello legale di lavoro a tempo parziale prevede una flessibilità in versione *rigida* (Brollo, 2024, 53), con una peculiare immodificabilità unilaterale per consentire una migliore conciliazione dei tempi di lavoro e di vita personale. Per allentare tale rigidità temporale, la stessa legge attribuisce un ruolo rilevante alla contrattazione collettiva, anche per valutare se e come adattare il lavoro alle esigenze dell'organizzazione aziendale. Nella fattispecie, questa valvola di sfogo è mancata rendendo il caso deciso ancor più intricato e delicato in relazione alla verifica dei limiti di esigibilità della prestazione di lavoro in orario diverso da quello concordato nel contratto individuale a tempo parziale.

La questione riguarda un part-timer che si è rifiutato (senza fornire specifiche giustificazioni) di completare il corso base di formazione in materia di

salute e sicurezza sul lavoro (previsto dalla legge: D. Lgs. n. 81/2008) sulla base della considerazione generica che la parte conclusiva del corso era stata programmata in orario non corrispondente a quello normale svolto dallo specifico dipendente. La mancata collaborazione del lavoratore in materia di sicurezza determina il rischio di creare un ambiente di lavoro non sicuro (per il lavoratore e per gli altri), con l'impossibilità sopravvenuta per il datore di continuare a utilizzare il lavoratore non formato e la relativa ricaduta organizzativa. Pertanto, il dipendente è stato licenziato per giustificato motivo oggettivo.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

La Cassazione, nel confermare la sentenza d'appello (che aveva riformato la pronuncia di primo grado), ha ritenuto legittimo il licenziamento sulla base di un ragionamento articolato su vari punti.

L'argomentazione giuridica, per un verso, riconduce il corso di formazione al monte ore richiedibili a titolo di «lavoro supplementare», cioè eccedente l'orario normale, nella quantità prevista per legge, in assenza di contrattazione collettiva (art. 6, comma 2, D. Lgs. n. 81/2015).

Se ne deduce che la Corte italiana interpreta – in tema di sicurezza sul lavoro – la nozione di orario di lavoro (non accompagnato da ulteriori specificazioni) in modo ampio ed elastico alla luce della recente evoluzione interpretativa della giurisprudenza della Corte di Giustizia europea (Brollo, 2024, 90). Con la differenza che, in questo caso, riconducendo il tempo della formazione alla nozione allargata di orario di lavoro (e relativa retribuzione) si ricalcano gli obblighi sul lato del lavoratore in virtù del vincolo di subordinazione, includendo variazioni estemporanee del normale orario ridotto di lavoro.

In tale ottica, la Cassazione considera che il lavoratore non ha dedotto l'esistenza di una delle «comprovate esigenze lavorative, di salute, familiari o di formazione professionale» che avrebbe giustificato il rifiuto dello svolgimento del lavoro supplementare (come previsto dall'art. 6, comma 2, D. Lgs. n. 81/2015). Di conseguenza, il lavoratore dinanzi alla legittima richiesta datoriale di seguire il corso di formazione nell'ambito del lavoro supplementare previsto per legge non poteva opporre un rifiuto generico.

Per altro verso, il licenziamento è ritenuto legittimo dato che il datore, senza l'adeguata formazione (minimale) prescritta dalla legge, non può utilizzare proficuamente la prestazione del lavoratore. Trova quindi conferma la lettura per cui, nella trama del D. Lgs. n. 81/2008 (Testo unico sulla tutela della sicurezza e salute sul lavoro), l'obbligo formativo di sicurezza in capo al datore di lavoro è accompagnato da un correlato obbligo di cooperazione del lavoratore che deve fare «attivamente la propria parte» (Del Punta, 1997, 165), entrambi sanzionati penalmente.

In questa direzione, sullo sfondo aleggia una doppia consapevolezza della Cassazione sulla gerarchia del bilanciamento di interessi in gioco. La tutela dei beni (di rilevanza costituzionale) salute e sicurezza (coltivati con l'obbligo di formazione) dovrebbe prevalere sull'interesse individuale alla programmazione dei tempi di lavoro e dei tempi di riposo. Ma tale prevalenza deve restare nei limiti di esigibilità della prestazione di lavoro in orario diverso da quello concordato con il lavoratore a tempo parziale. Limiti, questi, previsti dalla stessa disciplina legale con un rinvio privilegiato alla contrattazione collettiva.

4. CONCLUSIÓN O CONCLUSIONES

Se così è, la sentenza è stimolante non solo per le conclusioni qui sintetizzate, ma anche per quello che non dice, ma lascia intuire: il ruolo centrale della contrattazione collettiva nella regolamentazione delle flessibilità temporali, specie dei contratti *non standard*.

La disciplina attuale del lavoro a tempo parziale (D. Lgs. n. 81/2015 e successive modifiche) assegna un ruolo inedito al contratto individuale, con i connessi rischi dettati dallo sbilanciamento delle posizioni. Rischi, questi, ora accentuati, nella cornice giuridica, dallo sbiadimento dei tratti di volontarietà del part-time e, nei fatti, dalla crescente colorazione di involontarietà (Calvelini, 2020; Santucci, 2018, 1).

Nella realtà italiana, il part-time crescendo in quantità sta subendo anche una metamorfosi in qualità: da misura di politica attiva volta ad aumentare il tasso di occupazione e di partecipazione al lavoro dei soggetti più deboli nel mercato del lavoro (*in primis* donne, ma anche giovani con bassa istruzione, per lo più nel terziario e nel Mezzogiorno) si sta trasformando in una sorta di politica passiva volta a garantire la continuità nell'impiego. Continuità, questa, che risulta di tipo parziale e spesso involontario, come

attestano le statistiche. Sotto questo profilo, emerge una rilevante criticità italiana: la continua crescita del lavoro a tempo (retribuzione e poi pensione) ridotte ingrossa la preoccupante quota di lavoratori poveri (Brollo, Zoli, Lambertucci, Biasi, 2024), accentuando il noto dualismo del mercato del lavoro.

Per cui resta molto importante –seppur giuridicamente eventuale– il contributo riequilibratore degli accordi sindacali, specie di quelli di qualunque livello, stipulati da soggetti qualificati come genuini (ai sensi dell’art. 51, D. Lgs. n. 81/2015). Il ruolo della contrattazione collettiva resta essenziale per coltivare non soltanto le tutele delle scelte dei lavoratori di armonizzazione fra vita privata e vita professionale, ma anche – come evidenzia la sentenza segnalata – l’esigenza di fronteggiare i bisogni, reali ed effettivi, di carattere organizzativo del datore (soggetto ad un obbligo inderogabile di assicurare a tutti i dipendenti un’adeguata formazione in materia di salute e sicurezza sul lavoro), nonché di favorire la competitività dell’economia.

In definitiva, la contrattazione collettiva potrebbe dare di più per incrementare il ricorso al lavoro part-time e con esso il miglioramento delle condizioni del mercato del lavoro, nell’ottica non solo tradizionale di *flexicurity*, ma anche di quella innovativa di sostenibilità dell’ambiente di lavoro.

5. BIBLIOGRAFÍA

- BROLLO, M., «Le dimensioni spazio-temporali nelle relazioni di lavoro: il rapporto individuale di lavoro», Relazione alle giornate di studio AIDLASS, Campobasso, 25-26 maggio 2023, en VV.AA.: *Le dimensioni spazio temporali dei lavori*, La Tribuna, Piacenza, 2024, pp. 13-149 (open access en https://mcusercontent.com/b38a5df6d9903fe9ae7c56ccf/files/c524a9a6-d2a3-5fb8-a029-ec5f0824d078/ATTI_AIDLASS_CAMPOBASSO.pdf).
- BROLLO, M.; ZOLI, C.; LAMBERTUCCI, P., BIASI, M., *Dal lavoro povero al lavoro dignitoso. Politiche, strumenti, proposte*, Adapt University Press, Bergamo, 2024 (open access en <https://www.adaptuniversitypress.it/prodotto/dal-lavoro-povero-al-lavoro-dignitoso-politiche-strumenti-proposte/>).
- DEL PUNTA, R.: «Diritti e obblighi del lavoratore: informazione e formazione», en MONTUSCHI, L.: *Ambiente, salute sicurezza*, Torino, Giappichelli, 1997, pp. 157-191.

■ LIBERTAD SINDICAL, NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y HUELGA

CALVELLINI, G.: *La funzione del part-time: tempi della persona e vincoli di sistema*, ESI, Napoli, 2020.

SANTUCCI, R.: «Il contratto di lavoro part-time tra Jobs act (decreto legislativo n. 81/2015) e diritto giurisprudenziale», en *Working paper 2017*, (open access en https://moodle.adaptland.it/pluginfile.php/30954/mod_resource/content/1/wp_16_2017_santucci.pdf).

110. PERMESSI SINDACALI E CONTROLLI: REGOLE E FUNZIONI

Comentario a Cassazione Civile, Sez. Lav., de 23 de febrero de 2022,
n. 8051, in <https://www.italgiure.giustizia.it/>

ANNA ZILLI

Profesora titular de Derecho del Trabajo. Universidad de Udine

Palabras clave: Lavoro pubblico, diritti sindacali.

1. ANTECEDENTES

In questa sentenza la Corte di Cassazione si è occupata dei permessi per motivi sindacali nella pubblica amministrazione, chiarendo i limiti dei comportamenti antisindacali e dei controlli sulle assenze, i quali sono finalizzati al controllo dei costi pubblici e non alla trasparenza intersindacale. Tuttavia, nel rispetto dei principi di imparzialità e legalità, il godimento delle prerogative deve essere esercitato nel rigoroso rispetto della disciplina corrispondente e nella consapevolezza che ciascun sindacato ha interesse a vigilare sul proprio comportamento, al fine di escludere l'esistenza di favoritismi da parte dell'uno o dell'altro dei soggetti coinvolti, compresa la pubblica amministrazione.

La Corte si richiama ai principi espressi sin da Cass. 24 luglio 2019, n. 20036, ove la partecipazione delle organizzazioni sindacali alle trattative per la stipula dei contratti collettivi va interpretata nel solco del principio di effettività del pluralismo sindacale (art. 39 Cost.), oltre che in coerenza tra

l'ordinamento nazionale e gli ordinamenti delle Regioni a statuto speciale (art. 116 Cost.). Pertanto hanno diritto a partecipare alle trattative per la stipula dei contratti regionali integrativi e, quindi, a godere delle conseguenti prerogative sindacali quelle organizzazioni che risultino caratterizzate dalla rappresentatività, nel comparto destinato da tale legislazione, nella misura minima del 5% stabilita dalla legge.

2. CUESTIÓN O CUESTIONES PLANTEADAS

L'esonero dalla prestazione per l'esercizio delle funzioni sindacali è vicenda assai tormentata nella pubblica amministrazione, in virtù dell'idea che le rivendicazioni sindacali siano tese alla «stabilizzazione dei fattori operanti nelle strutture pubbliche e perpetuazione di privilegi normativi e sociali» anziché al miglioramento delle condizioni di lavoro (Rusciano, 1978; Mattarella, 2003; Bellavista, 2013) di talché l'attenzione riservata a questo tema ha spesso finito per indagare il fenomeno con occhio malevolo, alla ricerca dello scandalo.

Già nella l. quadro sul pubblico impiego si prevedeva che la relazione del Governo al Parlamento sullo stato della pubblica amministrazione e sul monitoraggio di costi e organici (art. 30, l. n. 775 del 1970) indicasse anche «l'attuazione degli accordi, la produttività, le disfunzioni, i tempi e i costi dell'azione amministrativa, il confronto con i rapporti di lavoro nel settore privato» (art. 16, l. n. 93 del 1983).

Tali accordi avevano consentito prerogative sindacali *smisurate*, nel senso che i dipendenti pubblici avevano potuto fruire di aspettative e permessi retribuiti, con la possibilità di cumulo tra le diverse tipologie e senza alcun limite massimo, come previsto *ex art.* 9 del Contratto collettivo nazionale quadro (d'ora in poi, CCNQ) del 7 agosto 1988 (recepito nel d.P.R. n. 395 del 1988, Santucci, 1989). In tempi relativamente recenti, la regolamentazione era, dunque, ben più vantaggiosa rispetto a quella del settore privato e prestava il fianco alle critiche, affatto velate, sopra esposte.

Di seguito e per tutti gli anni Novanta, vi erano state oscillazioni (si v. i d.p.c.m. n. 770 del 1994 e 5 maggio 1995, ripresi dal CCNQ 7 agosto 1998), sia per il contenuto, sia per la competenza a definirne gli aspetti (Talamo, 1995), sino alla definitiva ed espressa contrattualizzazione avvenuta *ex D.lgs.* n. 80 del 1998.

L'attrazione della disciplina alla contrattazione collettiva ne determinò, *in primis*, la *limitazione*, in omaggio ai principi di buon andamento e di effi-

cienza dell'azione amministrativa: l'art. 54, D.lgs. n. 29 del 1993 formalizzava, per la prima volta, la necessità di determinare un limite massimo all'utilizzo dei permessi e distacchi, demandando tale compito alla contrattazione collettiva.

Di seguito, gli accordi avviarono la difficile attività di *riduzione* della spesa, essendo stati giudicati insufficienti tanto il divieto di cumulo dei diversi permessi, quanto il taglio del 50% di aspettative e i permessi sindacali, operato con la l. n. 537 del 1993.

Di rinnovo in rinnovo, l'odierna disciplina è contenuta nel CCNQ del 4 dicembre 2017, che, pur emendato dai successivi accordi del 19 novembre 2019 e del 30 novembre 2023, rappresenta il testo di riferimento per la regolamentazioni dell'attività sindacale per «dipendenti e dirigenti di cui all'articolo 2, comma 2 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e s.m.i. in servizio nelle Amministrazioni pubbliche indicate nell'articolo 1, comma 2, dello stesso decreto, ricomprese nei comparti di contrattazione collettiva e nelle relative autonome aree della dirigenza» nonché per il «personale in servizio presso le rappresentanze diplomatiche e consolari nonché presso gli istituti italiani di cultura all'estero (...).

La formulazione vigente ha il pregio di indicare in modo analitico le tipologie delle prerogative sindacali «superstiti», quali: i distacchi sindacali (artt. 7, 8, 9, 16, 21, 22, 23, 24 CCNQ); i permessi sindacali per l'espletamento del mandato (artt. 10, 11, 12, 13, 14, 22, 23, 24 CCNQ); le aspettative e i permessi sindacali non retribuiti (artt. 15, 21 CCNQ, Gabriele, 2021).

All'elencazione segue il riparto operato, da ultimo, dal CCNQ del 30 novembre 2023, che, nel Titolo III, disciplina «distacchi e permessi tra le associazioni sindacali rappresentative nei comparti nel triennio 2022-2014» e assegna, al successivo Titolo IV, la «ripartizione dei distacchi e permessi tra le associazioni sindacali rappresentative nelle aree dirigenziali nel triennio 2022-2024».

Le previsioni sono affiancate dalle relative tabelle di attribuzione, concordate tra le parti. Infatti «entro 45 giorni dalla firma dell'ipotesi di accordo sulla ripartizione delle prerogative» le confederazioni sindacali rappresentative, o le organizzazioni sindacali rappresentative che non aderiscano ad alcuna confederazione, comunicano formalmente all'Aran, la percentuale di permessi che intendono utilizzare in forma cumulata a livello nazionale (art. 12, CCNQ 2017). Di seguito, l'Aran pubblica sul proprio sito una tabella di sintesi delle comunicazioni ricevute, al fine di garantire la massima trasparenza e verificabilità del processo, nonché per consentire alle singole

amministrazioni di conoscere la percentuale per il riparto dei permessi sindacali per l'espletamento del mandato.

Quanto alla titolarità delle prerogative sindacali, l'art. 50 del D.lgs. n. 165 del 2001 deve essere letto tenendo conto dell'art. 42, che attribuisce alle RSA, ovvero alle RSU, le garanzie previste dallo Statuto agli artt. 23 (permessi retribuiti), 24 (permessi non retribuiti) e 30 (permessi retribuiti per la partecipazione alle riunioni degli organi direttivi nazionali e provinciali del sindacato di appartenenza), nonché le migliori condizioni riconosciute in sede di contrattazione collettiva. Altresì, il successivo art. 43 riconosce alle confederazioni e alle organizzazioni sindacali, ammesse alla contrattazione collettiva nazionale, in proporzione alla loro rappresentatività nel comparto o nell'area, il diritto a godere di aspettative, permessi e distacchi.

I distacchi spettano alla sole associazioni sindacali rappresentative: si tratta della più vistosa differenza con l'impiego privato, trattandosi di una aspettativa retribuita, posta a carico della p.a. datrice di lavoro, equiparata a tutti gli effetti al servizio prestato nell'amministrazione, anche ai fini della mobilità, eccezion fatta per il godimento delle ferie e il compimento del periodo di prova (art. 7, c. 2, CCNQ 2017). I permessi retribuiti possono invece essere goduti dalle organizzazioni sindacali rappresentative e dalle rappresentanze dei lavoratori (art. 10 CCNQ 2017).

Il bilanciamento tra le posizioni in gioco nel godimento delle prerogative sindacali deve essere condotto, in primo luogo, tenendo sotto controllo i costi diretti, cioè le ore retribuite ma sottratte all'attività lavorativa, che gravano sui bilanci pubblici. Altresì, la consapevolezza di dover soppesare efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa (Garilli, 2011) porta all'evidenza per cui la compressione del servizio (derivante dalla legittima fruizione delle prerogative sindacali) deve avvenire attraverso modalità verificabili, sia in ordine al vaglio contabile, sia per il controllo diffuso da parte della collettività (Treu, 1994; Boscati, 2018). Per le pp.aa. si tratta di una seria sfida, che si inserisce nel più ampio filone della trasparenza dell'amministrazione, *vexata quaestio* sin dagli albori dello Stato (Turati, 1908), in seguito riconosciuta come «principio del patrimonio costituzionale comune dei Paesi europei» (C. Cost 12 maggio 2016, n. 104) e, oggi, posta a fondamento dell'amministrazione, quale baluardo democratico e fulcro delle politiche anticorruzione (Agnoli, 2005).

Nel tempo, lo strumento che si rivelato più idoneo a realizzare queste attività è stata l'introduzione di procedure digitali, atte a consentire un'ordinata raccolta dei dati, indispensabile per l'agevole rielaborazione, monitoraggio e correlata diffusione. L'indagine più recente disponibile è stata inviata alle

Camere nel dicembre 2022 e fa riferimento all'anno 2021, con i dati di oltre il 95% delle amministrazioni. Il quadro che si staglia è molto chiaro: ai distacchi (oltre 436.000 giornate) si sommano i permessi retribuiti (oltre 96.000) e non retribuiti (285.000), i permessi retribuiti per l'espletamento del mandato (125.000 giorni, di cui 30.000 destinati alle RSU), i quasi 15.000 giorni di permesso sindacale retribuito per le riunioni di organismi direttivi sindacali e i quasi 1.700 giorni per altri permessi non retribuiti. Queste assenze sono costate quasi 75 milioni di euro, con un incremento di 6 milioni rispetto all'anno precedente.

La vittoria della digitalizzazione della pubblica amministrazione, che ha convertito in

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

Nel rigettare i ricorsi proposti avverso la decisione assunta in appello, la Suprema Corte individua la *ratio* dei controlli riguardanti i permessi sindacali nella garanzia del rispetto dei costi pubblici dei permessi sindacali concessi alle organizzazioni maggiormente rappresentative. Ma, pur accertando come l'obiettivo di tali controlli non concerna la trasparenza intersindacale per i principi di imparzialità che devono informare il procedere della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.) e per il soggiacere delle attività sindacali da svolgere presso di essa alle regole legali stabilite dagli artt. 40 ss. D. lgs. 165/2001, si deve ritenere che il godimento delle prerogative debba avvenire nel rigoroso rispetto della corrispondente disciplina e che ciascun sindacato abbia interesse a controllare il rispetto di essa al fine di escludere che vi siano favoritismi per l'una o l'altra delle compagini legittimate. L'art. 43, co. 12, D. lgs. 165/2001 riconosce, a tal fine, il diritto delle organizzazioni sindacali a forme adeguate di informazione e all'accesso agli atti sulla rappresentatività, quale espressione di un principio generale alle informative necessarie al controllo, da parte delle organizzazioni stesse, del rispetto da parte della pubblica amministrazione. delle regole legali e contrattuali di tempo in tempo vigenti.

4. CONCLUSIÓN O CONCLUSIONES

L'introduzione della procedura telematica soppianta ciò che *ante* veniva effettuato attraverso la modulistica cartacea: lo strumento è efficace, tuttavia non è stata una rivoluzione né semplice, né indolore per la pubblica ammini-

strazione (De Falco, 2022), pur nella consapevolezza che essa fosse necessaria per rendere i processi più trasparenti e, quindi, meglio erogabili e verificabili. L'analisi dei dati estrapolabili dalle trasmissioni digitali consentono di svolgere facilmente i controlli necessari sull'utilizzo delle prerogative sindacali. Questo sistema di controlli consentirebbe di verificare gli eventuali stati abusivi nella fruizione di aspettative e permessi e soppesarne le responsabilità, anche in ordine a un dovere del sindacato di controllare che le prerogative sindacali siano legittimamente esercitate.

5. BIBLIOGRAFÍA

- AGNOLI, *Pubblica amministrazione e trasparenza*, in *L'amministrazione italiana*, 2005, 9, 1188.
- BELLAVISTA, *La contrattazione collettiva nazionale e integrativa*, in Garilli, Napoli (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo*, Padova, 2013, 392 ss.
- BOSCATI, *La specialità del lavoro pubblico*, in *LPA*, 2018, 1 ss.
- DE FALCO M., *Le competenze digitali per la trasformazione smart del lavoro pubblico*, in *LPA*, 2022, 4, 789 ss.
- GABRIELE, *Diritti, garanzie sindacali e diritto di sciopero*, in Boscati (a cura di), *Il lavoro pubblico. Dalla contrattualizzazione al Governo Draghi*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2021, 145 ss.
- GARILLI, *Dove va il pubblico impiego?*, in Napoli, Garilli (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni tra innovazioni e nostalgia del passato*, Milano, 2011, 1078 ss.
- MATTARELLA B.G., *Sindacati e pubblici poteri*, Milano, 2003, 59.
- RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna, 1978.
- SANTUCCI, *Sub art. 9*, in Rusciano, Treu (a cura di), *Commentario al d.P.R. 23 agosto 1988, n. 395*, Padova, 1989, 1044 ss.
- TALAMO, *Discipline di permessi e aspettative sindacali*, in Fiorillo, Russo (a cura di), *Lavoro pubblico, manuale di diritto del lavoro e relazioni sindacali*, Roma, 1995, 235 ss.
- TREU, *La contrattazione collettiva nel pubblico impiego: ambiti e struttura*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1994, p. 5 ss.
- TURATI, *Atti del Parlamento italiano, Camera dei deputati*, 17 giugno 1908.

**RELACIÓN DE SENTENCIAS
COMENTADAS**

LIBERTAD SINDICAL

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

| | | | |
|------------------------------------|--------------------------------------------------|--------------------------|---|
| STEDH de 14 de septiembre de 2023. | Rupert y otros c. República Federal de Alemania. | Antonio Martín Valverde. | 1 |
|------------------------------------|--------------------------------------------------|--------------------------|---|

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

| | | | |
|-----------------------------------|---------------------------------|--------------------------------------------------|----|
| STC 63/2024, de 10 de abril. | BOE de 15 de mayo de 2024. | Carlos Alfonso Mellado y Gemma Fabregat Monfort. | 2 |
| STC 88/2023, de 18 de julio. | BOE de 28 de agosto de 2023. | María Emilia Casas Baamonde. | 3 |
| STC 22/2023, de 27 de marzo. | BOE de 25 de abril de 2023. | Ignacio García Ninet. | 4 |
| STC 142/2022, de 14 de noviembre. | BOE de 24 de diciembre de 2022. | Carmen Sáez Lara. | 5 |
| STC 190/2020, de 15 de diciembre. | BOE de 26 de enero de 2021. | Cristóbal Molina Navarrete. | 6 |
| STC 89/2020, de 20 julio de 2020. | BOE de 15 de agosto de 2020. | Gregorio Hervás Castro. | 7 |
| STC 126/2018, de 26 noviembre. | BOE de 24 de diciembre de 2018. | Jesús Martínez Girón. | 8 |
| STC 123/2018, de 12 de noviembre. | BOE de 14 de diciembre de 2018. | Juan José Fernández Domínguez. | 9 |
| STC 89/2018, de 6 de septiembre. | BOE de 12 de octubre de 2018. | Jesús R. Mercader Uguina. | 10 |
| STC 64/2016, de 11 de abril. | BOE 20 de mayo de 2016. | Eduardo Rojo Torrecilla. | 11 |
| STC 38/1981, de 23 de noviembre. | BOE de 22 de diciembre de 1981. | Miguel Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer. | 12 |

TRIBUNAL SUPREMO

| | | | | |
|-------------------------------------------|-----------------|-----------------------|----------------------------------------------|----|
| STS 679/2024, 22 de abril de 2024. | Rec. 740/2023. | ECLI:ES:TS:2024:1965. | Sofía Olarte Encabo. | 13 |
| STS 534/2024, de 9 de abril de 2024. | Rec. 2862/2021. | ECLI:ES:TS:2024:1969. | Cristina Sánchez Rodas. | 14 |
| STS 477/2024, de 14 marzo de 2024. | Rec. 81/2022. | ECLI:ES:TS:2024:1743. | Virginia García Yebra y Germán García Yebra. | 15 |
| STS 476/2024, de 14 marzo de 2024. | Rec. 62/2022. | ECLI:ES:TS:2024:1641. | Alejandro Muros Polo. | 16 |
| STS 475/2024, 13 de marzo de 2024. | Rec. 166/2022. | ECLI:ES:TS:2024:1719. | Farah Amaadachou Kaddur. | 17 |
| STS 462/2024, de 13 marzo de 2024. | Rec. 240/2021. | ECLI:ES:TS:2024:1648. | María José Hernández Vitoria. | 18 |
| STS 441/2024, de 7 de marzo de 2024. | Rec. 226/2021. | ECLI:ES:TS:2024:1727. | Olimpia Molina Hermosilla. | 19 |
| STS 441/2024, de 7 de marzo de 2024. | Rec. 226/2021. | ECLI:ES:TS:2024:1727. | Miguel Cardenal Carro. | 20 |
| STS 422/2024, de 6 de marzo de 2024. | Rec. 288/2021. | ECLI:ES:TS:2024:1539. | Wilfredo Sanguineti Raymond. | 21 |
| STS 420/2024, de 5 de marzo de 2024. | Rec. 94/2022. | ECLI:ES:TS:2024:1252. | Sara Bendito Marqueta. | 22 |
| STS 340/2024, de 22 de febrero de 2024. | Rec. 324/2021. | ECLI:ES:TS:2024:1227. | Carolina Gala Durán. | 23 |
| STS 289/2024, de 14 de febrero de 2024. | Rec. 814/2021. | ECLI:ES:TS:2024:753. | María José Lopera Castillejo. | 24 |
| STS 273/2024, de 13 de febrero de 2024. | Rec. 159/2021. | ECLI:ES:TS:2024:844. | José Luis Goñi Sein. | 25 |
| STS 250/2024, de 16 de enero de 2024. | Rec. 423/2023. | ECLI:ES:TS:2024:250. | Antonio Ojeda Avilés. | 26 |
| STS 545/2023, de 12 septiembre de 2023. | Rec. 100/2021. | ECLI:ES:TS:2023:3619. | José María Miranda Boto. | 27 |
| STS 295/2023, de 25 de abril de 2023. | Rec. 4371/2019. | ECLI:ES:TS:2023:1809. | Federico Durán López. | 28 |
| STS 294/2023, de 25 de abril de 2023. | Rec. 334/2021. | ECLI:ES:TS:2023:1797. | Ángel L. de Val Tena. | 29 |
| STS 71/2023, 25 enero de 2023. | Rec. 62/2021. | ECLI:ES:TS:2023:659. | José María Goerlich Peset. | 30 |
| STS 1244/2021, de 9 de diciembre de 2021. | Rec. 1253/2019. | ECLI:ES:TS:2021:4846. | Sonia I. Pedrosa Alquézar. | 31 |

RELACIÓN DE SENTENCIAS COMENTADAS ■

| | | | | |
|-------------------------------------------------|-----------------|-----------------------|---------------------------------|----|
| STS 584/2021, de 1 de junio de 2021. | Rec. 29/2019. | ECLI:ES:TS:2021:2252. | Manuel Carlos Palomeque López. | 32 |
| STS (C-A) 160/2021, de 9 febrero de 2021. | Rec. 1229/2020. | ECLI:ES:TS:2021:427. | M. Carmen Aguilar Martín. | 33 |
| STS 1033/2020, de 25 de noviembre de 2020. | Rec. 39/2019. | ECLI:ES:TS:2020:4187. | Rafael Álvarez Gimeno. | 34 |
| STS 1097/2020, de 10 de noviembre de 2020. | Rec. 110/2020. | ECLI:ES:TS:2021:4338. | María García Valverde. | 35 |
| STS (C-A) 1445/2020, de 4 de noviembre de 2020. | Rec. 3721/2018. | ECLI:ES:TS:2020:3584. | J. Jesús de Val Arnal. | 36 |
| STS 200/2020, de 4 de marzo de 2020. | Rec. 222/2018. | ECLI:ES:TS:2020:1176. | Jesús Divassón Mendivil. | 37 |
| STS 6/2020, de 8 de enero de 2020. | Rec. 216/2018. | ECLI:ES:TS:2020:70. | Manuel Correa Carrasco. | 38 |
| STS 347/2019, 8 de mayo de 2019. | Rec. 42/2018. | ECLI:ES:TS:2019:1944. | María Antonia Castro Argüelles. | 39 |
| STS (Cv) 385/2018, de 21 de junio de 2018. | Rec. 5042/2017. | ECLI:ES:TS:2018:2287. | Ana de la Puebla Pinilla. | 40 |

AUDIENCIA NACIONAL

| | | | | |
|--------------------------------------|----------------|----------------------|-------------------------------|----|
| SAN 12/2024, de 30 de enero de 2024. | Rec. 290/2023. | ECLI:ES:AN:2024:270. | Luis Enrique de la Villa Gil. | 41 |
|--------------------------------------|----------------|----------------------|-------------------------------|----|

NEGOCIACIÓN COLECTIVA

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

STJUE de 5 de octubre de 2023 C-496/22. ECLI:EU:C:2023:741. Pompeyo Gabriel Ortega Lozano. 42

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 127/2019, de 31 de octubre. BOE de 6 de diciembre de 2019. Ane Vázquez Beltrán. 43

TRIBUNAL SUPREMO

STS 739/2024, de 28 de mayo de 2024. Rec. 12/2022. ECLI:ES:TS:2024:2986. Manuel García Muñoz. 44

STS 545/2024, de 11 de abril de 2024. Rec. 123/2023. ECLI:ES:TS:2024:2073. Ignacio García-Perrote Escartín. 45

STS 511/2024, de 20 de marzo de 2024. Rec. 102/2022. ECLI:ES:TS:2024:1772. Manuel González Labrada. 46

STS 509/2024, de 20 de marzo de 2024. Rec. 98/2022. ECLI:ES:TS:2024:1746. Arturo Acebal Martín. 47

STS 496/2024, de 20 de marzo de 2024. Rec. 79/2022. ECLI:ES:TS:2024:1793. Miguel Marzo Ramo. 48

STS 472/2024, de 13 de marzo de 2024. Rec. 56/2022. ECLI:ES:TS:2024:1700. Gloria P. Rojas Rivero. 49

RELACIÓN DE SENTENCIAS COMENTADAS ■

| | | | | |
|--------------------------------------------|-----------------|-----------------------|--------------------------------|----|
| STS 454/2024, de 12 de marzo de 2024. | Rec. 328/2021. | ECLI:ES:TS:2024:1629. | Antonio Márquez Prieto. | 50 |
| STS 448/2024, de 7 de marzo de 2024. | Rec. 83/2022. | ECLI:ES:TS:2024:1517. | Íñigo Sagardoy de Simón. | 51 |
| STS 410/2024, de 5 de marzo de 2024. | Rec. 143/2021. | ECLI:ES:TS:2024:1298. | Carmen Sánchez Trigueros. | 52 |
| STS 342/2024 de 22 febrero de 2024. | Rec. 23/2022. | ECLI:ES:TS:2024:1175. | Antonio V. Sempere Navarro. | 53 |
| STS 14/2024, de 8 enero de 2024. | Rec. 1325/2022. | ECLI:ES:TS:2024:80. | Javier Gárate Castro. | 54 |
| STS 1053/2023, de 30 de noviembre de 2023. | Rec. 98/2021. | ECLI:ES:TS:2023:5444. | María Nieves Moreno Vida. | 55 |
| STS 1000/2023, de 28 de noviembre de 2023. | Rec. 164/2021. | ECLI:ES:TS:2023:5347. | Joaquín García Murcia. | 56 |
| STS 459/2023, de 28 de junio de 2023. | Rec. 4205/2020. | ECLI:ES:TS:2023:3043. | Yolanda Maneiro Vázquez. | 57 |
| STS 267/2023, de 12 de abril de 2023. | Rec. 4/2021. | ECLI:ES:TS:2023:1631. | Jesús Cruz Villalón. | 58 |
| STS 255/2023, de 11 de abril de 2023. | Rec. 86/2021. | ECLI:ES:TS:2023:1579. | Salvador del Rey Guanter. | 59 |
| STS (C-A) 250/2023, de 28 febrero de 2023. | Rec. 3554/2021. | ECLI:ES:TS:2023:591. | Juan Antonio Maldonado Molina. | 60 |
| STS 946/2022, de 30 de noviembre de 2022. | Rec. 29/2020. | ECLI:ES:TS:2022:4457. | Sara Rico Letosa. | 61 |
| STS 664/2022, de 13 de julio de 2022. | Rec. 161/2020. | ECLI:ES:TS:2022:2881. | Faustino Cavas Martínez. | 62 |
| STS 383/2022, de 28 de marzo de 2022. | Rec. 359/2020. | ECLI:ES:TS:2022:1190. | Ruth Vallejo Dacosta. | 63 |
| STS 222/2022, de 22 febrero de 2022. | Rec. 20/2021. | ECLI:ES:TS:2022:647. | Remedios Roqueta Buj. | 64 |
| STS 958/2021, de 5 de octubre de 2021. | Rec. 4815/2018. | ECLI:ES:TS:2021:3749. | Tomás Sala Franco. | 65 |
| STS 95/2021, 26 de enero de 2021. | Rec. 50/2020. | ECLI:ES:TS:2021:350. | Belén del Mar López Insua. | 66 |
| STS 26/2021, de 13 de enero de 2021. | Rec. 191/2019. | ECLI:ES:TS:2021:31. | Juan Bonilla Blasco. | 67 |
| STS 15/2021, de 13 de enero de 2021. | Rec. 104/2019. | ECLI:ES:TS:2021:290. | Vicente Pedro Lafuente Pastor. | 68 |
| STS 1045/2020, de 1 de diciembre de 2020. | Rec. 52/2019. | ECLI:ES:TS:2020:4514. | José Ramón Til Aísa. | 69 |

■ LIBERTAD SINDICAL, NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y HUELGA

| | | | | |
|----------------------------------------|-----------------|-----------------------|--------------------------------------|----|
| STS 801/2018, de 19 de julio de 2018. | Rec. 169/2017. | ECLI:ES:TS:2018:3297. | Jesús Lahera Forteza. | 70 |
| STS 588/2018, de 5 junio de 2018. | Rec. 427/2017. | ECLI:ES:TS:2018:2741. | Camino Ortiz de Solórzano Aurusa. | 71 |
| STS 269/2018, de 13 marzo de 2018. | Rec. 54/2017. | ECLI:ES:TS:2018:1206. | Federico Navarro Nieto. | 72 |
| STS 1035/2016, de 2 diciembre de 2016. | Rec. 14/2016. | ECLI:ES:TS:2016:5619. | Juan Gorelli Hernández. | 73 |
| STS de 15 de septiembre de 2015. | Rec. 218/2014. | ECLI:ES:TS:2015:4106. | Ignacio González del Rey Rodríguez. | 74 |
| STS de 20 de mayo de 2015. | Rec. 6/2014. | ECLI:ES:TS:2015:2363. | Magdalena Nogueira Guastavino. | 75 |
| STS de 17 de marzo de 2015. | Rec. 1464/2014. | ECLI:ES:TS:2015:1539. | María de los Reyes Martínez Barroso. | 76 |

AUDIENCIA NACIONAL

| | | | | |
|----------------------------------------|----------------|----------------------|--------------------|----|
| SAN 18/2024, de 13 de febrero de 2024. | Rec. 306/2023. | ECLI:ES:AN:2024:496. | Jordi García Viña. | 77 |
|----------------------------------------|----------------|----------------------|--------------------|----|

HUELGA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

| | | | |
|-------------------------------|-------------------------------|----------------------------------|----|
| STC 2/2022, de 24 de enero. | BOE de 23 de febrero de 2022. | Antonio Baylos Grau. | 78 |
| STC 130/2021, 21 de junio. | BOE de 31 de julio de 2021. | María Pilar Callau Dalmau. | 79 |
| STC 17/2017, de 2 de febrero. | BOE de 10 de marzo de 2017. | Margarita Isabel Ramos Quintana. | 80 |
| STC 69/2016, de 14 de abril. | BOE de 20 mayo 2016. | Alberto Arufe Varela. | 81 |
| STC 45/2016, de 14 de marzo. | BOE de 22 de abril de 2016. | Javier Hierro Hierro. | 82 |

TRIBUNAL SUPREMO

| | | | | |
|--------------------------------------------|----------------|-----------------------|------------------------------|----|
| STS 940/2024, de 25 de junio de 2024. | Rec. 209/2022. | ECLI:ES:TS:2024:3558. | José Luján Alcaraz. | 83 |
| STS 444/2024, de 7 de marzo de 2024. | Rec. 16/2022. | ECLI:ES:TS:2024:1699. | Santiago González Ortega. | 84 |
| STS 1186/2023, de 19 de diciembre de 2023. | Rec. 300/2021. | ECLI:ES:TS:2023:5661. | Francisco Vila Tierno. | 85 |
| STS 962/2023, de 8 de noviembre de 2023. | Rec. 204/2021. | ECLI:ES:TS:2023:4791. | José Luis Monereo Pérez. | 86 |
| STS (C-A)1264/2023, de 16 de octubre. | Rec. 953/202. | ECLI:ES:TS:2023:4192. | Jaime Cabeza Pereiro. | 87 |
| STS (C-A)1264/2023, de 16 de octubre. | Rec. 953/202. | ECLI:ES:TS:2023:4192. | Yolanda Quintanilla Navarro. | 88 |
| STS 537/2023, de 19 julio de 2023. | Rec. 225/2021. | ECLI:ES:TS:2023:3530. | Susana Torrene Gari. | 89 |

■ LIBERTAD SINDICAL, NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y HUELGA

| | | | | |
|--------------------------------------------|-----------------|-----------------------|----------------------------------|-----|
| STS 468/2023, de 4 julio de 2023. | Rec. 224/2021. | ECLI:ES:TS:2023:3374. | Juan Molins Garcia-Atance. | 90 |
| STS 417/2023, de 9 de junio de 2023. | Rec. 263/2021. | ECLI:ES:TS:2023:2607. | Natalia Tomás Jiménez. | 91 |
| STS 273/2023, 13 de abril de 2023. | Rec. 217/2021. | ECLI:ES:TS:2023:1610. | Sara Alcázar Ortiz. | 92 |
| STS 128/2023, de 9 de febrero de 2023. | Rec. 2354/2020. | ECLI:ES:TS:2023:712. | Yolanda Sánchez-Urán Azaña. | 93 |
| STS 953/2022, de 13 de diciembre de 2022. | Rec. 13/2021. | ECLI:ES:TS:2022:4683. | Ángel Blasco Pellicer. | 94 |
| STS 498/2022, de 31 de mayo de 2022. | Rec. 601/2021. | ECLI:ES:TS:2022:2241. | Miguel Rodríguez-Piñero Royo. | 95 |
| STS 304/2022, de 5 de abril de 2022. | Rec. 108/2020. | ECLI:ES:TS:2022:1518. | Helena Santor Salcedo. | 96 |
| STS 1085/2021, de 3 de noviembre de 2021. | Rec. 22/2020. | ECLI:ES:TS:2021:4125. | Susana Rodríguez Escanciano. | 97 |
| STS 990/2021, de 6 de octubre de 2021. | Rec. 4983/2018. | ECLI:ES:TS:2021:3693. | Carolina Martínez Moreno. | 98 |
| STS 762/2021, de 7 de julio de 2021. | Rec. 179/2019. | ECLI:ES:TS:2021:3064. | Ana Aguas Blasco. | 99 |
| STS 499/2021, de 6 de mayo de 2021. | Rec. 4975/2018. | ECLI:ES:TS:2021:1868. | Icía Alzaga Ruiz. | 100 |
| STS 153/2021, de 3 de febrero de 2021. | Rec. 36/2019. | ECLI:ES:TS:2021:64. | Jorge Serraller Manzorro. | 101 |
| STS 787/2020, de 22 de septiembre de 2021. | Rec. 185/2018. | ECLI:ES:TS:2020:3154. | Miguel Ángel Almendros González. | 102 |
| STS 13/2020, de 13 de enero de 2020. | Rec. 138/2018. | ECLI:ES:TS:2020:333. | Pablo José Castillo Morales. | 103 |
| STS 624/2017, de 13 julio de 2020. | Rec. 25/2017. | ECLI:ES:TS:2017:3166. | Sara Guindo Morales. | 104 |
| STS 328/2019, de 25 abril de 2019. | Rec. 236/2017. | ECLI:ES:TS:2019:1626. | Elisa Sierra Hernaiz. | 105 |

AUDIENCIA NACIONAL

| | | | | |
|-------------------------------------------|----------------|-----------------------|--------------------|-----|
| SAN 142/2023, de 22 de diciembre de 2023. | Rec. 159/2023. | ECLI:ES:AN:2023:6584. | Ferran Camas Roda. | 106 |
|-------------------------------------------|----------------|-----------------------|--------------------|-----|

DERECHO ITALIANO

| | | | |
|-----------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------|-----|
| Corte Costituzionale 178/2015, 23 de julio. | Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana n. 30, de 29 de julio de 2015. | Cinzia De Marco y Alessandro Garilli. | 107 |
| Corte Costituzionale 120/2018, 13 de junio. | Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana n. 25, de 20 de junio de 2018. | Silvio Bologna. | 108 |
| Cassazione Civile, Sez. Lav., 14 de julio 2023, n. 20259. | https://www.italgiure.giustizia.it/ | Marina Brollo. | 109 |
| Cassazione Civile, Sez. Lav., 8051/2022, 23 de febrero. | https://www.italgiure.giustizia.it/ | Anna Zilli. | 110 |

**BREVE RESUMEN DEL CURRÍCULUM VITAE
DE JUAN GARCÍA BLASCO**

1. TITULACIONES

- Licenciado en Derecho por la Universidad de Zaragoza, con premio extraordinario, en 1978.
- Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza, con sobresaliente *cum laude*, en 1982.
- Formación académica y estancia investigadora postdoctoral en la Universidad Católica de Milán, bajo la dirección de los profesores Luigi Mengoni y Tiziano Treu, de 1982 a 1984.

2. ACTIVIDAD Y EXPERIENCIA DOCENTE

- Profesor ayudante de Derecho del Trabajo.
- Profesor Adjunto numerario de Derecho del Trabajo.
- Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad Pública de Navarra y de la Universidad de Zaragoza desde 1991.
- Profesor invitado en Universidades italianas y argentinas.
- Profesor emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Zaragoza desde septiembre de 2024.

3. DIMENSIÓN CIENTÍFICA

- Autor de más de 500 publicaciones que incluyen monografías, libros colectivos, manuales, ensayos, artículos de revista, comentarios jurisprudenciales, prólogos y presentación de volúmenes y libros en editoriales de prestigio. También escritos de divulgación o colaboraciones periodísticas, entre otras aportaciones.

■ LIBERTAD SINDICAL, NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y HUELGA

- Ponente y conferenciante en numerosos congresos nacionales e internacionales, jornadas, coloquios y seminarios científicos, así como en escenarios y foros del ámbito público, empresarial, sindical o colegios profesionales.
- Evaluador y miembro de consejos de redacción de revistas científicas de prestigio, así como investigador principal de proyectos de investigación estatales y autonómicos.

4. FORMACIÓN DE DOCTORES Y DE PROFESORADO UNIVERSITARIO

- Discípulo directo del Catedrático de Derecho del Trabajo Dr. Juan Rivero Lamas.
- Ha dirigido 13 tesis doctorales, algunas con la mención de doctorado internacional y otras con premios extraordinarios y otros reconocimientos académicos.
- Ha contribuido a la formación de más de 20 profesores permanentes de universidad, contando entre ellos con discípulos catedráticos de universidad, profesores titulares de universidad o contratados doctores y otras figuras de profesorado de distintas categorías.

5. DIMENSIÓN INVESTIGADORA Y DE TRANSFERENCIA

- Reconocidos seis sexenios de investigación y uno de transferencia.
- Investigador Principal del Grupo de Investigación consolidado del Gobierno de Aragón reconocido desde 2005.
- Investigador Principal de numerosos proyectos de investigación de I+D+I financiados en convocatorias competitivas de administraciones o entidades públicas, de carácter estatal o autonómico.
- Investigador Principal de numerosos contratos de investigación y de transferencia al amparo de convenios o contratos con administraciones públicas estatales, autonómicas, locales o institucionales, así como con entidades públicas o privadas, formalizados a través de la OTRI de la Universidad de Zaragoza.
- Autor de más de 40 informes y dictámenes en materia laboral y de transferencia de conocimiento para distintas administraciones públicas, gobiernos estatal y autonómicos, organizaciones empresariales, sindicales y otras entidades.

6. ACTIVIDADES Y CARGOS DE GESTIÓN Y GOBIERNO UNIVERSITARIOS

- Director del Departamento de Derecho de la Empresa de la Universidad de Zaragoza 1998-2000 y 2007-2010.
- Rector de la Universidad Pública de Navarra de 1991 a 1996.
- Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza de 2010 a 2014.
- Secretario General de la Universidad de Zaragoza de 2016 a 2021.
- Vicerrector de la Universidad de Zaragoza de 2021 a 2024.
- Presidente de la Comisión de Reforma Estatutaria de la Universidad de Zaragoza que ha elaborado los nuevos Estatutos de la Universidad de 2024.

7. LA DIMENSIÓN PROFESIONAL NO UNIVERSITARIA

- Arbitro del SIMA (estatal) y del SAMA (autonómico), habiendo dictado varios laudos arbitrales en conflictos colectivos e individuales.
- Letrado del Tribunal Constitucional de 1987 a 1990.
- Presidente de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos de 1996 a 2004.
- Consejero del Consejo Económico y Social de España en calidad de experto de 2013 a 2021.
- Miembro del Consejo Consultivo de Aragón de 2013 a 2019.
- Miembro del Consejo Asesor de Investigación y Desarrollo de Aragón (CONAI) de 2019 a 2023.
- Presidente del Consejo Económico y Social de Aragón desde 2024.
- Ha recibido premios, distinciones o reconocimientos de carácter académico, científico y profesional, ente ellos el Premio Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo o la Medalla del Tribunal Constitucional.



La reciente jubilación del profesor Juan García Blasco –catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social que ha sido de la Universidad Pública de Navarra y de la Universidad de Zaragoza, donde continúa como Profesor Emérito– ha unido a un amplio grupo de laboristas –bajo la condición de compañeros, discípulos y amigos– para conformar una obra en la que cada participante ha seleccionado una sentencia reciente de los tribunales, no solo nacionales, sobre tres temas que el homenajeado ha cultivado con solvencia y reiteración: libertad sindical, negociación colectiva y huelga.

Aunque podría haberse optado por otras, la preferencia hacia materias propias del Derecho Colectivo del Trabajo se justifica por el interés y actualidad de las mismas y, adicionalmente, por la condición de reconocido especialista en esos ámbitos del profesor Juan García Blasco. No por casualidad desempeñó con acierto la presidencia de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o realizó su tesis doctoral sobre el derecho de huelga en España, entre otros méritos relacionados con aquellos temas.

Cada uno de los tres núcleos temáticos alberga estudios sobre la más reciente doctrina de los tribunales, redactados y expuestos con la misma estructura –tras un título identificativo y la referencia completa de la sentencia, se incluyen los antecedentes, la cuestión o las cuestiones planteadas, los razonamientos del tribunal y las conclusiones– para, sin duda, facilitar el conocimiento crítico de los criterios jurisprudenciales.

La consulta o estudio de estas aportaciones, en buena medida, constituirá una prolongación del reconocimiento que la obra quiere testimoniar.