

VII. LIBERTAD SINDICAL, REPRESENTACIÓN EN LA EMPRESA Y CONFLICTOS COLECTIVOS

SUMARIO

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

1. LIBERTAD SINDICAL.

- A) **Contenido.**
- B) **Acción sindical.**
- C) **Tutela de la libertad sindical.**
- D) **Representatividad.**
- E) **Expulsión de afiliados.**

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA.

- A) **Procedimiento de elección y composición.**
 - a) Comité de empresa europeo.
 - b) Comité Intercentros.
- B) **Garantías de la representación unitaria.**
 - a) Supuestos de sucesión entre empresas.
 - b) Garantías de candidatos no electos.

3. CONFLICTO COLECTIVO.

- A) **Competencia del orden jurisdiccional social para conocer de un conflicto colectivo.**
- B) **Inadecuación de procedimiento. Nulidad de convocatoria de concurso-oposición.**
- C) **Efecto de cosa juzgada del proceso de conflicto colectivo.**
- D) **Falta de legitimación activa del Comité de empresa de un centro de trabajo para promover conflicto acerca de la interpretación de un convenio colectivo de empresa de ámbito provincial.**

4. HUELGA.

- A) **Huelga ilegal por tener por finalidad alterar lo convenido colectivamente.**
 - B) **Servicios esenciales.**
-

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 6 a 9 de la *Revista de Información Laboral*.

1. LIBERTAD SINDICAL

A) Contenido

La concesión de determinadas facilidades para el ejercicio de la acción colectiva sigue siendo un objeto recurrente en la doctrina judicial, especialmente cuando la actuación de la empresa implica la existencia de diferencias de trato entre sindicatos implantados. Aun así, el principio de igualdad de trato, connatural a un sistema de libertad y pluralidad sindical, no impide que, en determinadas ocasiones y para determinadas funciones, deba admitirse un trato desigual a los sindicatos. El ejemplo más destacable es la desigualdad derivada del criterio de la mayor representatividad, que el TC ha acogido en otras ocasiones (en general, SSTC 98/1985 147/2001), si bien este tipo de prácticas encuentra sus límites en la prohibición de la discriminación sindical, ya por la generación injustificada de ventajas sindicales, ya porque, desde cualquier otro prisma, objetiva o intencionalmente produzca resultados antisindicales, contrarios al hecho y la acción sindical o a alguno de sus agentes. Esta actuación lesiva se puede proyectar en diversos ámbitos, entre ellos, en lo que hace a las prerrogativas reconocidas a cada organización sindical.

En este sentido, la **STSJ de Aragón de 12 de diciembre de 2011**, IL J 680/2012, dilucidó si vulneraba o no el derecho a la libertad sindical de la Confederación Nacional del Trabajo la conducta municipal consistente en privarle del uso del local de que disponía en el edificio del Ayuntamiento para atribuirlo a otro sindicato que, como el demandante, carecía igualmente de representatividad, decidiendo la Sala en tal caso que, puesto que las condiciones de ambos sindicatos eran las mismas, no existía razón ni norma legal que validase tal comportamiento. Concluye el Tribunal recordando que «en el presente caso no se debate sobre ese local municipal —que, por lo demás, sigue utilizando pacíficamente la Confederación Nacional de Trabajadores—, sino sobre la concesión de otro distinto y complementario en las dependencias del antiguo Seminario, algo a lo que, por todo lo dicho, carece de derecho dicha organización».

Dentro de estas prerrogativas, el art. 9.2 LOLS reconoce el derecho de acceso a la empresa de los representantes sindicales provinciales, autonómicos y estatales, si bien no concretiza cuáles son los lugares en los que puede desplegarse este derecho. La **STS de 25 de abril de 2012**, IL J 773/2012, resuelve un recurso que gira en torno a la pretensión de la empresa de denegar el acceso a determinados lugares, concretamente en cuanto a que, aun sin emplear el término lugar de reposo y taquillas, niega su presencia en estos espacios, es decir, pretende la limitación de acceso a determinadas zonas comunes si bien, a juicio del Alto Tribunal, esta decisión carece de apoyo legal alguno, toda vez que el empresario no es tutor de los intereses de los trabajadores ni de su intimidad o descanso frente a los representantes sindicales, siendo éstos los que en atención al desarrollo de su labor se cuidarán de elegir el momento y el lugar que consideren más oportuno, sin que se haya alegado ni

probado que el acceso a la zona de descanso sea un medio ilícito o perturbe la actividad empresarial. La empresa recurrente sostiene, por el contrario, que el derecho de acceso al centro de trabajo no incluye la elección del lugar en donde debe desarrollarse la actividad del sindicato. Niega que exista restricción o limitación al ejercicio de la actividad porque considera que el derecho de acceso al centro de trabajo no conlleva el del derecho a elegir los lugares del mismo a los que estos pueden acceder.

Para resolver la cuestión planteada, la sentencia incluye un razonamiento que precisamente deberá ser puesto en relación con uno de los condicionantes de la actividad sindical, no perturbar el normal desarrollo del proceso productivo. No cabe la menor duda de que la actividad desempeñada en taquillas y zonas de reposo excluye una incursión en tiempo y lugar del proceso productivo, al contrario, la inmisión se producirá en el tiempo del que disponen los trabajadores para el descanso o al menos corresponderá a momentos en los que no participan del proceso productivo por razón justificada y que se cumpla una exigencia previa, cual es la comunicación al empresario y una restricción en las circunstancias materiales de ejercicio, la no interrupción del desarrollo normal del proceso productivo.

Pero quizás donde mayor frecuencia se concentra la litigiosidad judicial es en el crédito horario, especialmente en todos los aspectos derivados de cómo el representante utiliza y dispone de este tiempo retribuido en la medida que el empresario no podrá tratar de controlar la actividad del representante o el momento elegido para el desarrollo de la misma. Cuestión distinta es que el representante exonerado parcialmente de trabajar deba preavisar con una antelación suficiente al empresario del disfrute del crédito horario para poder organizar adecuadamente su producción a tal circunstancia si bien se ha admitido una cierta laxitud en lo que hace este requerimiento Conforme a la previsión legal no exige una documentación especialmente formalizada en lo que hace a las actividades o términos de ejercicio del derecho, bastando con exponer la causa en términos genéricos pues otra cosa podría ir contra la independencia y libertad en el ejercicio de la función representativa.

La **STS de 9 de mayo de 2012**, IL J 777/2012, enjuicia la demanda de conflicto colectivo presentada por un sindicato, acerca de la legalidad de la Circular de 25 de enero de 2011 emitida por el Departamento de Interior del Gobierno Vasco, relativa al disfrute de permisos sindicales, instando en el suplico a que la demandada permita de forma efectiva el disfrute de los permisos y créditos sindicales de la forma en la que se venían disfrutando con anterioridad al dictado de la circular de 25/01/2011 pues consideran que, de forma unilateral, los créditos horarios han pasado a computarse de forma mensual, con pérdida de horas no utilizadas y que la exigencia de comunicación del uso del crédito horario con tres días hábiles de antelación es una injerencia empresarial que condiciona la estructura interna del sindicato. La sentencia entiende, por el contrario, que el uso mensual y sin reserva se acomoda a lo previsto en el art. 43 del Convenio Colectivo del Personal Laboral y no consta que con anterioridad se disfrutara de otra manera y en todo caso no se trata de una elaboración unilateral por la empresa sino de la plasmación del resultado de reuniones y acuerdos con el Sindicato ELA.

En cuanto a la comunicación anticipada, si bien no se contempla en el Acuerdo Marco ni en el Convenio Colectivo, su objeto no es la obtención de una autorización empresarial para su uso sino comprobar su pertinencia y evitar falta de cobertura en el servicio, acompañando los modelos necesarios que la sentencia entiende que son de fácil cumpli-

mentación, e inclusive la Circular prevé la posibilidad de que no quepa cumplir los plazos generales por falta de tiempo, lo que no impedirá el ejercicio de la actividad sindical mediando circunstancias especiales que impidan cumplir los plazos. Asimismo se considera acomodada al Convenio Colectivo la previsión de la Circular relativa a la asistencia a las reuniones convocadas en procesos de negociación colectiva, y en cuanto a la antelación de tres días, también se contempla la posibilidad de circunstancias que impidan ajustarse al plazo de tres días.

Cuestión distinta, a los efectos aquí analizados, es que una empresa pueda reconocer a la sección sindical de un sindicato minoritario, así como a los delegados sindicales elegidos por esta, determinadas facilidades, tales como una ampliación del crédito horario y otra que los requisitos, exigidos por el art. 10.1 LOLS para constituir secciones sindicales y nombrar delegados LOLS, como subraya una controvertida jurisprudencia, estén referidos al centro de trabajo y no a la empresa. Por consiguiente, no habiéndose probado que un sindicato implantado minoritariamente en la empresa, que era quien cargaba con la prueba, a tenor con lo dispuesto en el art. 217.2 LEC, que alguno de los centros de trabajo de la empresa tuviese más de 250 o 751 trabajadores, la **SAN de 30 de mayo de 2012**, IL J 765/2012, recuerda que las horas sindicales, disfrutadas por estos delegados sindicales, no traen causa en la LOLS sino en el reconocimiento de la empresa demandada, no correspondiéndoles, en ningún caso, 40 horas semanales, porque los arts. 10.3 LOLS y 68.e ET exigen, como anticipamos, que el centro de trabajo tenga más de 750 trabajadores, lo que ni se ha probado ni se ha intentado probar, por lo que se desestima la demanda de conflicto colectivo promovida por USO.

En lo que hace al cómputo de estos 250 trabajadores, la **STSJ de Asturias de 3 de febrero de 2012**, IL J 816/2012, extiende las reglas ya previstas para la representación unitaria, de modo que, tratándose de las elecciones a miembros del Comité de empresa, la atribución de resultados a las distintas listas presentadas habrá de hacerse de acuerdo con las normas vigentes (art. 71 ET y art. 12 RD 1844/1994). Para ello se depuran en primer lugar los votos nulos, porque la diferencia entre voto nulo y voto válido «constituye un presupuesto imprescindible para el cómputo y atribución de resultados» y, seguidamente se procede a la exclusión de aquellas candidaturas que no han obtenido el 5% de los votos válidos en su colegio respectivo ya que estas listas no van a participar en el reparto de representantes. Habiéndose planteado el dilema si para fijar el referido porcentaje del 5% de votos válidos deberán o no tenerse en cuenta los votos en blanco, señala la STSJ que tales votos en blanco han de ser computados porque son votos válidos y porque, como razona la STSJ País Vasco de 16 de noviembre de 1992 «desdeñar los votos en blanco, negándoles su significado a los efectos de valorar la voluntad de los representantes (...) supone desoír lo dispuesto en el Art. 96 de la LOREG que reconoce explícitamente validez al voto en blanco», con lo que desconocer el sentido de tales votos determinaría que su valor no fuera el mismo que el de los restantes votos válidos». Este es, por lo demás, el criterio de la doctrina unificada en referencia concreta a la obtención del 10% necesario para designar los delegados sindicales, que es en definitiva la cuestión que aquí ha de resolverse; determina en tal sentido la precitada sentencia de 19 de mayo de 1993 (R.º 1627/1992). Esta línea interpretativa a la que se adhiere la Sala considera que «la interpretación correcta del art. 10.2 LOLS debe partir de los conceptos recogidos en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio del Régimen Electoral General, en particular del art. 96 al establecer las distintas

anomalías que pueden determinar la nulidad de un voto, y en particular el núm. 5 del mentado precepto cuando literalmente determina: «se considerará voto en blanco, pero válido, el sobre que no contenga papeleta y, en las elecciones para el Senado, las papeletas que no contengan indicación a favor de ninguno de los candidatos».

Nuevamente son objeto de atención judicial los requisitos exigidos por el legislador para la designación de delegados sindicales. Concretamente en la **STSJ de Andalucía de 13 de diciembre de 2011**, IL J 685/2011, se dirime la legalidad de la actuación de una Administración Pública en relación al reconocimiento de delegados sindicales en aplicación de lo establecido en el artículo 52 y Disposición Adicional Quinta del Acuerdo sobre condiciones de trabajo del personal funcionario. Con este objetivo, el sindicato recurrente argumenta que la denegación del derecho de designación de liberado institucional incurre en nulidad de pleno derecho, dado que, no existiendo fundamentación alguna de hecho o de derecho que avale dicha denegación la misma atenta contra los derechos de seguridad jurídica, tutela judicial efectiva y la propia libertad sindical constitucionalmente reconocida y añade que, tanto el artículo 52 del Acuerdo de funcionarios como el artículo 52 del Convenio Colectivo del personal laboral establecen la posibilidad de designar un liberado institucional de representante sindical en la Junta de Personal y otro en el Comité de Empresa, otorgando la designación a los propios órganos de dirección de las organizaciones sindicales que lo comunicarán por escrito, por lo que, cumpliéndose los dos requisitos establecidos (tener representación sindical en la Junta de Personal y comunicación escrita de la designación que se efectúe) y no existiendo causa legal ni organizativa alegada de contrario que pudiera limitar, previa justificación, el ejercicio del derecho reconocido, debe estimarse el recurso. Y, en relación con la propia designación del trabajador a liberar institucionalmente por el sindicato en el ejercicio de su derecho, razona el recurrente que con la Ley 7/2007 de 12 de abril, sobre el Estatuto Básico del Empleado Público se disipan las diferencias entre personal laboral y personal funcionario, debiendo considerarse a ambos empleados públicos.

Sin embargo, a juicio del Tribunal, lo que resulta verdaderamente relevante es que la persona propuesta por el sindicato actor como liberada institucional por el cupo de funcionarios no tiene esa condición sino que es personal laboral del Ayuntamiento y, en consecuencia, se rige por la legislación laboral —a tenor de lo prevenido en el artículo 7 de la Ley 7/2007— y por las demás normas convencionalmente aplicables, y por los preceptos del dicho Estatuto que así lo dispongan, siendo así que sólo puede ser designado como tal quien ostente la condición de personal funcionario, dado que la Junta de Personal del Ayuntamiento es el órgano de representación del personal funcionario y no le es de aplicación el Convenio Colectivo. A estos efectos, resulta de interés recordar que la doctrina científica ha puesto de relieve la amplitud de la fórmula legal contenida en el art. 8 LOLS en lo que hace a la constitución de secciones sindicales, lo que parece permitir la constitución de una o varias Secciones Sindicales por los afiliados de un mismo sindicato, señalando asimismo, como rasgo típico de la Sección Sindical en la Función Pública, el que no resulta prejuzgado su ámbito personal en la LOLS, de donde se infiere la posibilidad de constitución mixta de la Sección Sindical con el personal laboral y funcional de una misma dependencia administrativa, si así lo tienen determinado los respectivos Estatutos sindicales.

Forma parte, pues, del derecho a la libertad sindical en su vertiente colectiva, la opción del sindicato reflejada en sus Estatutos determinando la modalidad o ámbito de constitu-

ción funcional y territorial de sus secciones sindicales y la composición personal o subjetiva de éstas. Pero si la implantación en el sector público de secciones sindicales mixtas es una realidad que tiene enmarque en la LOLS, y que puede admitirse sin problemas desde la perspectiva interna de la organización del sindicato que quiera mantener un ámbito de la sección integrante a un tiempo de los dos tipos de personal, con lo que en modo alguno se puede transigir es con ciertas implicaciones o derivaciones «perversas» de tal realidad sindical en el ámbito de las Administraciones Públicas. En efecto, son muy numerosos los problemas que en la práctica se están produciendo con el desenvolvimiento de las secciones sindicales mixtas, sobre todo a la hora de que los afiliados a la sección y sus representantes ejerzan las competencias que la LOLS les asigna, toda vez que ésta se remite (art. 10.3), para el ejercicio de las facultades y garantías que reconoce a las Secciones y Delegados sindicales, a la legislación específica de cada uno de los componentes de la Sección: el ET si son laborales y la Ley 9/1987, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo.

En consecuencia y prescindiendo de cualesquiera otras consideraciones, como la referida a la forma en que se habría efectuado la designación de la trabajadora, sin indicación de si se producía o no la cesión del crédito horario ni de quienes habían sido los miembros de la Junta de Personal o Delegados de Personal que le habían cedido sus créditos horarios, y a qué tiempo concreto se refería la cesión, la STSJ sostiene que debe concluirse que, como razonó la Magistrada de instancia, la negativa del Ayuntamiento demandado a admitir a la trabajadora, como liberada institucional dentro del cupo de funcionarios de dicho Ayuntamiento, se ajustó a derecho, por lo que no cabe apreciar la concurrencia de las infracciones denunciadas y debe confirmarse la sentencia impugnada, previa desestimación del motivo y del recurso de suplicación.

B) Acción sindical

El alcance de las competencias negociales reconocidas a los órganos colectivos creados en el seno de las Administraciones Públicas (con el reconocimiento contenido en 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, modificada por la Ley 7/1990, de 19 de julio, sobre negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados público), ha sido objeto de una notable conflictividad judicial. La **STC 118/2012**, IL J 756/2012, se inserta en la vasta doctrina jurisprudencial elaborada con ocasión de la exclusión de sindicatos minoritarios en la mesa de las comisiones de desarrollo o seguimiento de los acuerdos alcanzados en su seno, por no haber sido parte signataria de los mismos al disentir de sus contenidos, atendiendo al carácter de la propia comisión creada, esto es, a su naturaleza negocial o de mera administración y seguimiento del acuerdo, de lo que depende la vulneración o no del derecho de libertad sindical.

Conforme a lo establecido en la STC 222/2005, los firmantes no pueden establecer comisiones con funciones de modificación o regulación de condiciones de trabajo no abiertas al sindicato disidente. Más allá de este límite, las partes sí pueden crear, en uso de la autonomía colectiva, una organización común de encuentros, o la previsión de comisiones *ad hoc*, en tanto que no tengan funciones reguladoras en sentido propio y en el caso enjuici-

ciado nos encontramos, en palabras del Tribunal, ante un acuerdo programático, dirigido a comprometer la negociación futura, asegurando el tratamiento de diversas materias; un pacto que no altera, sin embargo, la competencia en la toma de decisiones ni atribuye funciones negociadoras a la «comisión de seguimiento».

En un sistema de relaciones laborales como el nuestro, este tipo de prácticas es algo extendido y admitido comúnmente como mecanismo que puede favorecer el logro de los resultados perseguidos (la consecución de pactos). Lo trascendente en términos de libertad sindical no es que existan o no estadios previos, incluso paralelos, formales o informales, o dinámicas de pre-negociación o acercamiento de posturas, consustanciales a toda dinámica de concierto y búsqueda de compromisos de naturaleza normativa como los que se derivan de la negociación colectiva. Lo relevante, antes bien, es que sean los legitimados en el órgano competente y en su seno (aquí la mesa sectorial afectada) los que lleven a efecto la negociación y la adopción de acuerdos. Y, desde ese punto de vista, «no hay dato alguno que pueda poner en duda el pleno y pacífico desarrollo de su derecho a la negociación colectiva por parte de la recurrente de amparo, pues ningún indicio de ello se infiere del contenido del acuerdo» controvertido ni tampoco de los hechos sucesivos a la negociación que se haya podido desplegar en la mesa sectorial, al punto que no consta actuación impugnatoria de la ahora recurrente en amparo frente a los acuerdos concretos adoptados.

En un marco más general, en lo que hace a la posible vulneración del derecho a la libertad sindical en su vertiente de negociación colectiva por la imposición de nuevas condiciones salariales a los empleados públicos, se debe recordar que cada funcionario ostenta el derecho a la retribución económica correspondiente a la jubilación y a las situaciones administrativas legalmente reconocidas, pero no tiene legalmente reconocido el derecho a percibir un salario y complementos en un determinado importe, que puede variar en atención a circunstancias graves y extraordinarias, cuando se adopta la decisión por medio del cauce legislativo legalmente previsto para ello, como ha ocurrido con motivo de la conocida crisis económica que afecta a Europa. La **STSJ (CA) de Cataluña de 6 de octubre de 2011**, IL J 648/2012, reitera la jurisprudencia claramente restrictiva sobre el límite material que para la figura del decreto-ley resulta de la prohibición de «afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I» CE, que es el concernido en este caso, este Tribunal ha rechazado una interpretación expansiva del mismo, pues se «sustenta en una idea tan restrictiva del Decreto ley que lleva en su seno al vaciamiento de la figura y la hace inservible para regular con mayor o menor incidencia cualquiera aspecto concerniente a las materias incluidas en el Título I de la Constitución sin más base interpretativa que el otorgamiento al verbo “afectar” de un contenido literal amplísimo», lo que conduciría «a la inutilidad absoluta del Decreto-ley, pues es difícil imaginar alguno cuyo contenido no afectase a algún derecho comprendido en el Título I».

Conforme a una reiterada jurisprudencia constitucional, los Decretos-leyes han de hacer frente a situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que por razones difíciles de prever requieran una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las Leyes, y esto es precisamente lo que ha ocurrido con el RDL 8/2010 pues en la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de marzo de 2011 se indica que la concurrencia del presupuesto habilitante hay que analizarla en relación con la totalidad

de las medidas adoptadas pues está claro que los objetivos a conseguir dependen de todas las medidas incluidas. Y en el mismo sentido la sentencia del mismo Tribunal de 15 de diciembre, donde se afirma que el control jurídico de este requisito no debe suplantar a los órganos constitucionales que intervienen en la aprobación y convalidación de los Reales Decretos-leyes, sino que ha de apoyarse en una valoración de conjunto de las circunstancias que rodean al caso.

Se establece así un evidente límite al contenido de la negociación colectiva en el ámbito laboral del sector público en tanto que el hipotético incremento de la masa salarial del personal laboral está condicionado a la Ley de Presupuestos Generales del Estado, de modo que los incrementos retributivos pactados en negociación colectiva no podrán superar el límite del incremento de la masa salarial previsto en la ley presupuestaria sin que la minoración sufrida por los empleados públicos prevista en estos RDL haya sido considerada vulneradora del derecho a la negociación colectiva.

C) Tutela de la libertad sindical

Dentro del elenco de garantías reconocidas por la legislación a quienes asumen funciones representativas se incardinan tanto la interdicción del despido de un trabajador a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales [Convenio 98 OIT, art. 2.b)] como el despido de los trabajadores por razón de su condición de representantes de los trabajadores, quedando comprendidas estas conductas dentro del cuadro de injerencias empresariales atentatorias a la libertad sindical, sujetas a interdicción y para las que se demanda una protección eficaz de la que forma parte el imponer al empresario la carga de probar que el despido está justificado. El art. 7.1 de la Recomendación 143 OIT extiende, como es sabido, el alcance subjetivo de las medidas de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido, a los trabajadores que son candidatos o que han sido presentados como tales mediante los procedimientos apropiados existentes.

En España, conforme al procedimiento electoral contenido en el Título II ET, esta protección alcanzará a los futuros representantes, de manera que la mera inclusión del trabajador en una lista sindical como precandidato, siempre que de la misma tenga conocimiento la empresa, constituye un indicio suficiente para que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la inversión de la carga de la prueba, corresponda al empresario acreditar que existían motivos serios y razonables para llevar a cabo el despido del candidato. Esta extensión garantista no solo es coherente con la finalidad de la misma sino con una adecuada protección del ejercicio del derecho de libertad sindical, habida cuenta que la referida protección debiera precisamente extremarse a partir del momento en que la empresa tiene —o puede tener— conocimiento de la intención del trabajador de concurrir al proceso electivo (si no tiene ese conocimiento no puede extenderse la garantía —**STS 25 de junio de 2012**, IL J 968/2012—, evitando la desprotección que conduzca a la inexistencia de posibles candidatos como consecuencia del temor a que, si estuvieran carentes de protección, pueda la empresa arbitrariamente proceder a su despido. Y así no cabe duda que los derechos que los representantes de los trabajadores tienen son extensibles a los candidatos, y como quiera que en la **STSJ Castilla-La Mancha de 17 de noviembre de 2011**, IL J 651/2012, el recurrente era candidato a la elección en el momento de producirse el despido reconocido como improcedente y que existe una decisión arbitral vinculante

para las partes, por la que se le tiene que permitir la presentación a las elecciones como candidato en la lista de CCOO, todo lo que coarte este derecho fundamental se entenderá una violación del mismo y por ende la sanción con la nulidad del despido, en contra de lo que ha señalado el Juzgador.

La amplitud de las manifestaciones posibles en relación a los perjuicios en la promoción económica o profesional de los representantes legales de los trabajadores es objeto de atención con ocasión de la resolución del recurso planteado en la **STSJ de Andalucía de 15 de diciembre de 2011**, IL J 695/2012, en la que el demandante —delegado de prevención y asimismo delegado sindical de la sección sindical de CSIF—, entiende que existe una vulneración de su derecho de libertad sindical por el ejercicio de determinadas acciones por parte de la Sección Sindical a la que él pertenece, recordando el TSJ que «precisamente, la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos, constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo pues, como es sabido, solo una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido la violación de la libertad sindical, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y su proporcionalidad».

Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto, puede hacerse recaer sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales —lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria (STC 114/1989), que debe llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales sin que en la sentencia analizada queden acreditada tal.

Forma parte del contenido del derecho a la libertad sindical del art. 28 CE el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa; «garantía de indemnidad» que veda cualquier diferencia de trato por tales razones y que determina el menoscabo del derecho a la libertad sindical si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza, o si éste queda perjudicado por el desempeño legítimo de la actividad sindical. Como es de sobra conocido, la conducta antisindical puede tener orígenes y manifestaciones muy variadas: De las normas y preceptos reglamentarios, de los convenios colectivos, de los contratos o pactos individuales, del empleador, de las asociaciones patronales, de las Administraciones Públicas, «o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada», como señala el artículo 13 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical. Incluso el propio sindicato puede ser sujeto de un comportamiento antisindical si, por ejemplo, limita la libertad de expresión de un afiliado. Y es que, efectivamente, la libertad sindical no se agota con la libertad de asociación, sino que presenta una faceta de garantía de indemnidad, no siendo lícito que la actividad sindical traiga consecuencias negativas frente al empresa-

rio, o frente a los órganos de dirección del propio sindicato, cuando este castiga al afiliado que denuncia comportamientos irregulares en su dirección.

No obstante, para analizar la existencia de una vulneración del derecho de libertad sindical o de cualquier otro derecho fundamental, se hace preciso partir conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional ya en la STC 38/1981 acerca de la importancia que tiene la regla de la distribución de la carga de la prueba en orden a garantizar este derecho frente a posibles actuaciones empresariales que puedan lesionarlo. Según reiterada doctrina del TC, cuando se alegue que determinada decisión encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales del afectado, incumbe al autor de la medida probar que obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho fundamental. Pero para que opere este desplazamiento al demandado del *onus probandi* no basta que el actor tilde a la decisión impugnada de discriminatoria, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato y presente esta prueba indiciaria, y entonces el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales; no se le impone, por tanto, la prueba diabólica de un hecho negativo —la no discriminación—, sino la acreditación de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales. En conclusión, para que entre en juego el desplazamiento de la carga probatoria, se requiere «un principio de prueba revelador de la existencia de un fondo o panorama discriminatorio general o de hechos»; indicios que no pueden ser probados en la **STSJ de Galicia de 24 de abril de 2012, IL J 995/2012**.

La juez de instancia consideró que los hechos presentados por el trabajador despedido eran insuficientes para tal efecto dado que si el despido lleva fecha de efectos de 25 de febrero de 2011, la comunicación escrita se le entregó el 10 de febrero de 2001. El recurrente sostiene que su despido obedece a su afiliación sindical y a su presentación como candidato a las elecciones sindicales por el sindicato CIG, pero esas alegaciones no se apoyan en indicios o en un principio de prueba suficiente que lo apoye para crear la apariencia de que en efecto el despido está vinculado a esos hechos. Pues por lo que se refiere a su afiliación sindical, la juez afirma que no se acredita que la empresa conociese la misma pues ni siquiera le descontaba la cuota sindical de la nómina y, en cuanto al proceso de elecciones sindicales, se ha declarado probado que la empresa no conoce el aviso de elecciones hasta el 24 de febrero de 2001 cuando ya había entregado la carta de despido. Y todo lo demás no dejan de ser alegaciones o elucubraciones que no tienen apoyatura ninguna, sin que pueda ser considerado hecho notorio que la empresa debía necesariamente conocer el proceso electoral antes de la entrega de la carta de despido. En definitiva, no existiendo los referidos indicios no procede la inversión de la carga de la prueba, de modo que la empresa debe limitarse a acreditar los hechos en los que basa su decisión extintiva sin que la falta de esa prueba conlleve la calificación del despido como nulo sino en todo caso improcedente.

Sí que se considera, por el contrario, constatado en la **SAN de 23 de mayo de 2012, IL J 769/2012**, que la actitud de la demandada —un Ministerio— había obstaculizado reiteradamente la celebración de las elecciones sindicales sin fundamento alguno puesto que, como recuerda el sindicato demandante, la inacción de la Administración «ha supuesto la dinamitación del proceso de elecciones sindicales», lo que vulnera el derecho a la libertad

sindical en tanto en cuanto el derecho a promover las elecciones por parte de los sindicatos constituye una facultad o derecho adicional que se integra en el derecho fundamental de libertad sindical que proclama el art. 28 de la Constitución española y regula y desarrolla la LOLS. Hacer caso omiso a la solicitud de elecciones sindicales de manera constante y reiterada vulnera el derecho a la libertad sindical que —como ha declarado el Tribunal Constitucional— comprende el derecho a que los sindicatos realicen las funciones que de ellos cabe esperar, de acuerdo con el carácter democrático del Estado, lo que supone el derecho a llevar a cabo una libre acción sindical, comprensiva de todos los medios lícitos y sin indebidas injerencias de terceros (STC 17/2005).

Como dice con acierto el sindicato actor, cualquier impedimento u obstaculización al sindicato o a sus miembros en la participación en el proceso electoral o en su promoción cuando están legitimados supone una violación de la libertad sindical, y así fue declarado por la Audiencia Nacional, a la vez que se reconoció una indemnización por daños morales, porque además también se ha vulnerado este derecho en su vertiente funcional de negociación colectiva.

El Alto Tribunal ha resuelto recientemente sobre la legalidad de una actuación empresarial en relación a las elecciones sindicales y al procedimiento para formar parte de este proceso. Concretamente la **STS de 19 de junio de 2012**, IL J 903/2012, recuerda que el convenio colectivo de Grandes Almacenes contiene en su clausulado una previsión sobre los «censos electorales informatizados» en la que textualmente se acuerda lo siguiente: «los datos de los listados informáticos se referirán al momento de cada proceso electoral, y quedará a disposición de la Mesa Electoral un ejemplar con todos los datos necesarios para la identificación de los trabajadores incluidos. Este censo será debidamente devuelto a la empresa por la Mesa electoral una vez finalizado el proceso. La Mesa electoral hará pública, a través del tablón de anuncios de cada centro de trabajo, la lista de trabajadores electorales y elegibles. En la lista que deba publicarse no figurarán ni el domicilio del trabajador ni el número de Documento Nacional de Identidad, pero sí deberán figurar el resto de los datos exigidos por la Ley, el Grupo Profesional y la Función».

Conforme a esta regulación, la Comisión Mixta enviaba electrónicamente los censos a todos los sindicatos que concurrían a las elecciones, con independencia de que formaran parte de la Comisión Mixta, alterando dicha situación en el año 2010 en el que la citada comisión acordó que la documentación sobre listas electorales permanecería custodiada para verificación y correcta administración de lo pactado en el convenio colectivo y para que fuese objeto de consulta por cualquier organización sindical que así lo solicitase en los horarios habituales de oficina. El acuerdo antes dicho se remitió a los sindicatos el 5-10-2010.

El Alto Tribunal resuelve el recurso planteado por un sindicato no firmante en el que se señala que, a su juicio, los no signatarios del convenio quedan en inferioridad de condiciones respecto a los firmantes que tienen acceso directo a todos los censos electorales, solicitando que se declare «la nulidad de la práctica de la Comisión Paritaria y que la misma se avenga a reconocer el derecho de todos los sindicatos concurrentes a las elecciones sindicales a recibir en mano los censos de aquellos centros de trabajo donde se van a celebrar elecciones, tal y como se ha venido produciendo hasta ahora». La sentencia dictada en la instancia por la Audiencia Nacional, y confirmada posteriormente por el Tribunal Supre-

mo, estima parcialmente la demanda, declarando la nulidad de la medida acordada por la Comisión Paritaria el 16/07/2010, por la que se decidió dejar de informar electrónicamente de los censos electorales a los sindicatos que se presentan a las elecciones sindicales, absolviendo a los codemandados de la segunda petición relativa a que la Comisión se avenga a reconocer el derecho de todos los sindicatos concurrentes a las elecciones a recibir en mano los censos, estableciéndose exclusivamente la obligación del envío electrónico.

D) Representatividad

La composición del comité intercentros ha de tener en cuenta los resultados tanto de las candidaturas sindicales y no sindicales para proceder a la designación de sus miembros, conforme a la regla contenida en el art. 63.3 ET que garantiza la proporcionalidad de los sindicatos según los resultados electorales considerados globalmente, y que la determinación de los integrantes de este órgano de segundo grado se realizará por y entre los componentes de los respectivos comités de centro y delegados de personal, no pudiendo atribuirse puestos a un sindicato con posterioridad a las elecciones si se arroga tal derecho porque ha pactado una coalición con otra lista. Cuestión distinta es la concreta composición de un comité intercentros, que habrá de atender a las previsiones convencionales en las que traiga causa siempre que las mismas no supongan una vulneración del derecho de libertad sindical de las organizaciones minoritarias. La **STS de 19 de junio de 2012**, IL J 880/2012, enjuicia la composición resultante de un acuerdo adoptado en el seno de un comité mediante el cual se acuerda que únicamente estarían presentes las organizaciones sindicales que contaran con al menos el 10% de representación en el ámbito del personal laboral de la Comunidad Autónoma de Canarias.

En la demanda por conflicto colectivo resuelta por el Alto Tribunal, la parte demandante instaba la «nulidad de la constitución del Comité Intercentros del III Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Comunidad Autónoma de Canarias», entendiendo que esta debe realizarse bajo el principio de proporcionalidad del número de miembros totales obtenidos por las diferentes listas en las elecciones sindicales celebradas en el ámbito de aplicación del Convenio colectivo. La sentencia recurrida estimó parcialmente la demanda y declaró la nulidad de la constitución —impugnada— del Comité Intercentros, reconociendo que su composición debe realizarse bajo el principio de proporcionalidad del número de miembros totales obtenidos por las diferentes listas en las elecciones sindicales celebradas en el ámbito de aplicación del convenio.

En lo que interesa a la cuestión que en casación se plantea, los argumentos justificativos de aquella decisión son los que sigue a los efectos electorales —para que el resultado pueda atribuirse a la coalición— no se requiere más exigencia que la de tener la coalición una «denominación concreta» y que en las listas de candidatos figuren las siglas [arts. 69.3 ET y 12.2.c) RD 1844/1994]. Respecto de la cuestión de fondo, se estima parcialmente la demanda por considerar que no procede la limitación del 10% de representatividad mínima que se ha aplicado para la constitución del Comité Intercentros y que por ello la coalición integrada por los demandantes tiene derecho a contar con un miembro en el citado Comité Intercentros pues respecto de este último lo que priman no son los votos obtenidos en las elecciones generales sino la representación proporcional, calculándose cada lista en función de los representantes elegidos sin exclusión alguna.

La elección del Comité Intercentros es una elección de segundo grado en la que la condición de electores y elegibles corresponde a los miembros de los distintos Comités de Empresa y Delegados de Personal y que el criterio de proporcionalidad ha de atender a los resultados globales en momento de las elecciones pero sin tener en cuenta las alianzas o agrupaciones sobrevenidas después de la elección. Cuestión distinta son las coligaciones pactadas con anterioridad a su constitución, toda vez que ningún precepto del ordenamiento somete la eficacia de los acuerdos de presentación coaligada en las elecciones a la exigencia de una previa inscripción en la Dirección General de Trabajo. Bastaría esta consideración, la de que las normas —de cuya infracción se ha acusado a la sentencia recurrida— no hayan sido efectivamente conculcadas para que el recurso haya de ser desestimado pero es que, a mayor abundamiento, no existe norma alguna que imponga aquella pretendida inscripción en un Registro oficial y cuya ausencia limite la eficacia de los acuerdos «a las partes que los otorgan» [art. 1257 CC].

E) Expulsión de afiliados

La naturaleza privada de los sindicatos determina un régimen autónomo de actuación que se concreta en la articulación de un régimen disciplinario como un instrumento eficaz para asegurar el orden organizativo y la legalidad estatutaria. Esta facultad es reconocida expresamente en el art. 4.2 LOLS cuando establece como contenido mínimo de los estatutos sindicales los requisitos y procedimientos para la pérdida de la condición de afiliado, la obligación legal de consignar estatutariamente las conductas sancionables y el procedimiento que se debe observar en el ejercicio de este poder disciplinario; aspectos todos ellos que suponen una garantía para los afiliados en tanto que conocen los actos que son objeto de sanción, la gradación y tipificación de las faltas o el procedimiento disciplinario que el sindicato debe respetar.

Obviamente, en el marco de este procedimiento, el sindicato debe respetar los valores que informan al Derecho Público sancionador con el objetivo de neutralizar actos arbitrarios y evitar la indefensión de los afiliados. Esta máxima se puede concretizar en la observancia de los siguientes principios: interdicción de arbitrariedad en el ejercicio del poder disciplinario por parte de los sindicatos y sujeción a los principios de culpabilidad y tipicidad como criterios informadores y el procedimiento debe estar, en todo caso, sometido a unas garantías formales pues no cabe imponer una sanción tan grave como es la expulsión sin la apertura de un expediente disciplinario que ha de relacionarse con la necesidad de información y audiencia al afiliado objeto de sanción.

La parquedad de la LOLS hace que sistemáticamente sean los Tribunales los que tengan que enjuiciar la corrección legal de estos procedimientos disciplinarios. Prueba de esta afirmación es la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 3 de mayo de 2012, IL J 1002/2012**, en la que se valora la actuación de un sindicato médico que quiere expulsar a unos de sus miembros por la contravención de los Estatutos Sindicales sin que la afiliada aceptase la notificación del pliego de cargos que el sindicato le remitió. Para estimar la pretensión de la afiliada, revocando la sanción, el TSJ señala que, como bien razonara la sentencia de instancia, en argumentos que la Sala comparte, se considera que la sanción de expulsión cuando la entidad sindical prescindió de las debidas garantías de forma y procedimiento pudo vulnerar los derechos asociativos básicos de los sindicatos. En el caso

de autos, no se acreditó el conocimiento del procedimiento sancionador por la actora sino hasta la Asamblea Extraordinaria de 4-7-2011 donde se adoptó la decisión de expulsión, pues consta la negativa de la actora a la recepción del pliego de cargos ese mismo día, sin que con anterioridad el sindicato demandado hubiera conseguido acreditar la recepción del burofax remitido el 18-5-2011 ni del correo electrónico enviado al día siguiente. Con dichos defectos formales en el procedimiento, la actora había sido privada de la posibilidad de ser oída y de efectuar alegaciones o de proponer prueba durante la tramitación del expediente disciplinario del que no tuvo el conocimiento debido, falta de conocimiento que ya no era achacable al sindicato a partir de la negativa de la actora a recibir el pliego de cargos, pero como quiera que en esa misma asamblea se le expulsó con celeridad, no se respetaron las garantías debidas en coincidencia con lo argumentado por el Ministerio Fiscal.

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA

A) Procedimiento de elección y composición

a) *Comité de empresa europeo*

De acuerdo con lo previsto en el art. 3.8 de la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, se entiende por «comité de empresa europeo» el órgano colegiado y representativo de los trabajadores para llevar a cabo las funciones de información y consulta a los trabajadores. Este órgano de representación se constituye en las empresas con dimensión europea.

Se considera empresa de dimensión comunitaria la que emplee 1.000 o más trabajadores en el conjunto de los Estados miembros, siempre que dé ocupación a un mínimo de 150 trabajadores en más de un Estado. Igualmente, procederá la constitución de estos comités en los grupos de empresas de dimensión comunitaria, entendiéndose por tales aquellos grupos que den ocupación a 1.000 o más trabajadores en el conjunto de los Estados miembros, cuando tengan al menos dos empresas del grupo en Estados diferentes, siempre que éstas empleen a 150 o más trabajadores en al menos esos dos Estados miembros.

La constitución del comité de empresa europeo se lleva a cabo previa petición escrita de un mínimo de 100 trabajadores, o de sus representantes, que pertenezcan como mínimo a dos centros de trabajo, situados en estados diferentes, debiendo tramitarse la petición a la dirección central de la empresa o del grupo. Varias empresas españolas han realizado acuerdos de este tipo: Compañía Roca Radiadores, S.A., Grupo Praxair o BBVA se encuentran entre éstas.

En cuanto a su composición, el art. 27, que regula los derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, establece: «1. Los representantes que deban formar parte de la comisión negociadora y del comité de empresa europeo serán designados por acuerdo de aquellas representaciones sindicales que en su conjunto sumen la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa y delegados de personal en su caso, o por acuerdo mayoritario de dichos miembros y delegados. Del mismo modo se procederá para la sustitución de los representantes

designados en los supuestos de dimisión y revocación y en el de pérdida de la condición de representante nacional de los trabajadores».

El caso que plantea la **SAN de 4 de julio de 2012**, IL J 868/2012, versa precisamente sobre los sujetos legitimados para realizar tales nombramientos y para practicar, en su caso, la remoción de los representantes europeos. A este respecto, parece claro que la elección de los miembros del comité de empresa europeo debe decidirse, en primer lugar, por las representaciones sindicales que sumen en su conjunto la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa y delegados de personal o, en su defecto, por acuerdo mayoritario de dichos miembros y delegados. El mismo criterio rige para el caso de la remoción.

Pues bien, sobre esta base la Sala entiende que el comité intercentros implicado en el caso estaba legitimado para nombrar delegados europeos, a tenor con lo dispuesto en el art. 63.3 ET, en relación con el art. 73.A del convenio de Grandes Almacenes, que resultaba aplicable. Sin embargo, declara nulo el acuerdo por el que se cesaba a uno de los representantes europeos para nombrar uno nuevo, ya que, en aplicación de la misma regla, la competencia corresponde, en primer lugar, a los sindicatos que acrediten las mayorías señaladas y, subsidiariamente, esto es, sólo cuando estos declinen la elección, o no alcanzan las mayorías exigidas, a la totalidad de representantes unitarios de todas las empresas, mediante acuerdo mayoritario.

b) Comité Intercentros

El comité intercentros se encuentra recogido en el art 63.3 ET, cuya sucinta regulación permite al convenio colectivo diseñar «un comité intercentros con un máximo de 13 miembros, que serán designados de entre los componentes de los distintos comités de centro», respetando, en su constitución, «la proporcionalidad de los sindicatos según los resultados electorales considerados globalmente».

Se trata, por tanto, como ha señalado la jurisprudencia, de «es un órgano representativo de segundo grado, cuya composición no se efectúa, por tanto, mediante elección directa de sus miembros por todos los trabajadores, sino que esa elección directa es la que se utiliza para la designación de los vocales de los Comités de Empresa y de los Delegados de Personal, y son, precisamente, estos representantes unitarios e inmediatos los que se toman en consideración para, mediante la oportunas selección de los mismos, formar e integrar aquel Comité Intercentros. Parece lógico, por consiguiente, que así como para la determinación de los elegidos en el primer grado la regla fundamental a tener en cuenta es el número de votos, de acuerdo con lo que dispone, sobre todo, el artículo 71.2 del Estatuto de los Trabajadores, en cambio para la designación del órgano de segundo grado [el Comité Intercentros] se computen los representantes elegidos en aquellas elecciones, estableciendo sobre ellos la oportuna proporcionalidad, de conformidad con el artículo 63.3» (STS 23/07/01 —R.º 2818/00—, entre otras).

Algunos problemas de aplicación práctica se plantean en supuestos de coaliciones entre sindicatos. A este respecto, podrían sintetizarse las reglas aplicables como sigue: a) que la elección del comité intercentros es una elección de segundo grado, en la que la condición de electores y elegibles corresponde a los miembros de los distintos Comités de Empresa y Delegados de Personal, como ya hemos tenido ocasión de señalar; b) que

el criterio de proporcionalidad ha de atender a los resultados globales en momento de las elecciones, pero sin tener en cuenta las alianzas o agrupaciones sobrevenidas después de la elección; y c) que la presentación separada de las candidaturas de los dos sindicatos accionantes cierra el paso a la suma de las mismas con posterioridad.

La **STS 6 de junio de 2012**, IL J 880/2012, resuelve el caso que se le plantea aplicando precisamente las reglas anteriores. Así, viene a subrayar especialmente la importancia de la regla de la proporcionalidad a que se refiere el art. 63.3 ET pues, de otra forma, «quedaría absolutamente burlada si se aceptase que coaliciones posteriores a las elecciones otorgasen a los Sindicatos participantes unos porcentajes que les atribuyese un mayor representatividad —proporcional— de la que individualmente les atribuyeron las urnas para el acceso al comité intercentros, de forma que por vía de coaligación *ex post* obtuviesen una presencia en él que les negó la proporción que les otorgaba su consideración individualizada». Del mismo modo, rechaza que sea necesario la inscripción de la coalición en el correspondiente registro, pues tal requisito no se encuentra expresamente previsto en la normativa aplicable.

B) Garantías de la representación unitaria

a) Supuestos de sucesión entre empresas

Entre las garantías con que cuenta la representación unitaria de los trabajadores se encuentra aquella que tiende a mantener la propia existencia de representación en los supuestos de transmisión de empresa. A este respecto, el art. 44.5 declara expresamente que «cuando la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva objeto de la transmisión conserve su autonomía, el cambio de titularidad del empresario no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad». Luego, *a sensu contrario*, debe entenderse que si la empresa, centro de trabajo o unidad de producción pierden tal autonomía con la transmisión, entonces debe entenderse extinta la representación.

Esta norma transpone a nuestro ordenamiento jurídico lo dispuesto en la Directiva Comunitaria 2001/23, de 12 de marzo de 2001 relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, cuyo art. 6.1 dispone que «si la empresa, el centro de actividad o una parte de éstos no conserva su autonomía, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los trabajadores traspasados que estuvieran representados antes del traspaso se hallen debidamente representados, de conformidad con la legislación o prácticas nacionales vigentes, durante el período necesario para la constitución de una nueva formación o designación de la representación de los trabajadores».

El problema estriba en que la normativa comunitaria no exige expresa y concretamente, ni la nacional incorpora, la forma en que ha de garantizarse la representación de tales trabajadores traspasados en tanto se produce la elección de una nueva. Así, cabe preguntarse si, en ausencia de previsión nacional expresa, podría interpretarse el mencionado art. 6 en el sentido de que habilita para extender el mandato de los representantes de la empresa traspasada, hasta la elección de unos nuevos, en conexión con lo dispuesto en el art. 67.3 ET.

Pues bien, la **STSJ de Castilla y León de 15 de marzo de 2012**, IL J 835/2012, rechaza la interpretación favorable a la anterior tesis que había realizado la instancia sobre la base de que el legislador español no ha previsto mediante una regulación específicamente destinada a los supuestos de «extinción del centro de trabajo objeto de cesión o transmisión —no conservación de su autonomía— la empresa cesionaria que absorbe a la preexistente en la que los trabajadores prestaban servicios, [careciendo] de comité de empresa o delegados sindicales. En tal hipótesis sólo contamos con la disposición de la Directiva mencionada que tiende a proteger los intereses de los trabajadores traspasados en el ámbito de la representación y defensa de sus intereses, y aquí es donde la Sala no comparte la solución de la sentencia recurrida, porque no es claro que la adopción de las medidas necesarias para salvaguardar esta garantía representativa consista en entender —y declarar— como argumento subyacente a este mandato el que los representantes legales conservan su cargo hasta la elección de nuevos representantes en la empresa o centro de trabajo al que son traspasados». Dicho en otros términos, a ojos de la Sala, llevar el art. 6 de la Directiva hasta tal extremo implica una interpretación que excede de lo que, *a priori*, resulta razonable.

b) Garantías de candidatos no electos

Dentro de las garantías con que cuentan los representantes de los trabajadores para el libre ejercicio de las funciones que tienen encomendadas, destaca la prevista en el art. 56.4 ET, que otorga la opción entre la readmisión y la indemnización, genéricamente atribuida a la empresa para el caso de despido improcedente, al representante legal de los trabajadores o al delegado sindical y para el mismo supuesto.

La dicción literal del precepto se queda precisamente ahí, en el «representante legal» o «delegado sindical». Sin embargo, pronto la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional amplió su ámbito de actuación, pues declararon que también se aplica a aquellos representantes legales elegidos tras su cese en la empresa. Así, la STS de 28 de diciembre de 2011 (R.º 1596/2010) declaró que «la protección que el art. 56.4 del ET da a los representantes de los trabajadores cubre también a aquellos empleados cuya candidatura electoral no se haya presentado formalmente antes de su despido, siempre que el proceso electoral esté iniciado, la empresa conozca su condición de candidato».

La razón que apoya esta solución es la misma que funda la protección del candidato proclamado o presentado: si a éstos se les protege para evitar las injerencias de la empresa en el proceso electoral iniciado, cuando ella conoce su condición de candidatos, también debe protegerse al candidato que, aunque no ha sido presentado formalmente, la empresa conoce que lo va a ser.

Precisamente este último elemento cognitivo, el hecho de que la empresa conozca que el trabajador va a presentarse a las elecciones, es determinante del fallo de la **STS de 25 de junio de 2012**, IL J 968/2012. Así, la sala rechaza el recurso presentado por una trabajadora despedida con anterioridad al desarrollo de un proceso electoral en el que se presentó sobre la base de que la empresa no conocía en el momento del despido que la trabajadora fuera siguiera precandidata, por lo que no puede deducirse la intencionalidad de interferencia en el proceso electoral, lesiva del derecho fundamental en juego.

3. CONFLICTO COLECTIVO

A) Competencia del orden jurisdiccional social para conocer de un conflicto colectivo

El **Tribunal Supremo, en la Sentencia de 30 de abril de 2012**, IL J 633/2012, determina la competencia del orden jurisdiccional social en un asunto en el que el sindicato demandante pretende que se mantengan las cuantías de las retribuciones acordadas en el convenio colectivo aplicable, y la inaplicación del Decreto ley 2/2010 de Andalucía en el que se acuerda la reducción del 5% de las retribuciones. En este caso el Tribunal Superior de Justicia que conoce del caso declara la falta de jurisdicción para conocer del conflicto colectivo porque la Fundación está integrada en el sector pública andaluz. El sindicato demandante recurre ante el TS y alega infracción del art. 1 en relación con el art. 2.1.a) LPL por incorrecta interpretación del art. 151.1 LPL. El sindicato recurrente pretende que se declare la competencia del orden jurisdiccional social.

Sobre la problemática de la determinación del orden competente ya se han pronunciado en asuntos parecidos a favor de la competencia del orden social. El art. 151.1 LPL ordena que se tramiten a través del proceso de conflicto colectivo las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, o una decisión o práctica de empresa. Añade que, en aplicación de esta norma, la doctrina reiterada de la Sala se ha pronunciado sobre cuáles sean las cuestiones idóneas para ser objeto de proceso de conflicto colectivo. En este sentido, las pretensiones propias del proceso de conflicto colectivo se definen por dos elementos: 1) uno subjetivo, integrado por la referencia a la afectación de un grupo genérico de trabajadores entendiéndose por tal no la mera pluralidad, suma o agregado de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad; 2) otro elemento objetivo, consistente en la presencia de un interés general, que es el que se actúa a través del conflicto y que se define como un interés indivisible correspondiente al grupo en su conjunto y, por tanto, no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros o como un interés que, aunque pueda ser divisible, lo es de manera refleja en sus consecuencias, que han de ser objeto de la oportuna individualización, pero no en su propia configuración general. En este sentido la sentencia de 1 de junio 1992 aclara que el hecho de que un litigio tenga por objeto un interés individualizable, que se concrete o pueda concretarse en un derecho de titularidad individual, no hace inadecuado el procedimiento especial de conflicto colectivo, siempre que el origen de la controversia sea la interpretación o aplicación de una regulación jurídicamente vinculante que afecte de manera homogénea e indiferenciada a un grupo de trabajadores. Por otra parte, el problema no consiste tanto en esa potencial afectación plural que puede derivarse de una sentencia colectiva, sino en la dimensión en que ha de plantearse la controversia, que no puede consistir en la solicitud del reconocimiento de una situación individualizada de uno o varios trabajadores, sino en una declaración general que se corresponda con el propio carácter genérico del grupo de los trabajadores incluidos en el conflicto. El Tribunal Supremo determina a este respecto que el sindicato demandante no postula la inaplicación o eliminación del mundo jurídico de la norma en cuestión, el Decreto ley 2/2010, sino que lo que pretende es que en relación con un grupo homogéneo de trabajadores, afectados por la misma situación de disminución

retributiva, se mantengan las condiciones retributivas previstas en el artículo 52 y Anexos de su Convenio Colectivo, y no la nulidad o declaración de inconstitucionalidad directa de la norma, pretensión aquélla que entra de lleno en las competencias de la Sala de lo Social, que la ha negado al acoger la excepción invocada por la empresa al efecto, y ello con independencia de la decisión que pueda adoptarse por dicha Sala tras declararse competente, bien aplicando la norma por encima de las previsiones del Convenio, bien planteando la cuestión de inconstitucionalidad a que la demanda también se refiere, pues para adoptar cualquiera de esas decisiones es plenamente competente el orden social de la jurisdicción, tal y como se desprende de lo previsto en el art. 9.5 LOPJ, y en los arts. 1, 2.1) y 151 LPL.

B) Inadecuación de procedimiento. Nulidad de convocatoria de concurso-oposición

En el presente caso, la sentencia de instancia estimó la demandad de la parte actora, agrupación sindical de conductores de TUSSAM, declarando nula la Base Segunda de la Convocatoria Pública de 20 de octubre de 2009 por la que se proveían plazas vacantes de supervisor. En la **STSJ de Andalucía de 15 de diciembre de 2011**, IL J 694/2012, la empresa codemandada recurre en suplicación alegando, entre otras cosas, la excepción de inadecuación de procedimiento.

El enjuiciamiento de la cuestión exige, en primer lugar, precisar cuáles son las pretensiones que pueden tramitarse a través del proceso de Conflicto Colectivo. Para ello, acudiendo a la jurisprudencia y especialmente a la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de junio de 2004, las pretensiones propias del proceso de conflicto colectivo se definen por dos elementos, tal y como ya hemos mencionado en el anterior caso analizado. Uno subjetivo, integrado por la referencia a la afectación de un grupo genérico de trabajadores, entendiendo por tal no la mera pluralidad, suma o agregado de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad y otro, elemento objetivo, que consiste en la presencia de un interés general, que es el que se actúa a través del conflicto y que se define como un interés indivisible correspondiente al grupo en su conjunto y, por tanto, no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros o como un interés que, aunque pueda ser divisible, lo es de manera refleja en sus consecuencias, que han de ser objeto de la oportuna individualización, pero no en su propia configuración general. De ahí que en el proceso de Conflicto Colectivo, y conforme deduce de los artículos 152 y 153 de la Ley de Procedimiento Laboral (ya derogada), solo pueden intervenir y ser parte en el proceso de Conflicto Colectivo sujetos colectivos, como lo son los Sindicatos, las Asociaciones Empresariales, los Empresarios y los Órganos de Representación legal o Sindical de los Trabajadores. Pues bien, en el caso que nos ocupa, al momento de presentarse la demanda, ya había concluido el primer ejercicio del concurso oposición, y a la fecha del juicio había concluido el proceso selectivo, por lo que ya desde el comienzo del proceso existían trabajadores individualizados frente a todos los demás que, por haber superado la primera fase del concurso, eran portadores, respecto de toda la colectividad de trabajadores de la empresa, de un interés jurídico, individual y concreto digno de protección. Ahora bien, como son trabajadores individualmente considerados no pueden ser parte en el procedimiento de Conflicto Colectivo.

Ha de ser pues estimada la excepción de inadecuación de procedimiento, lo que comporta la revocación de la sentencia de instancia e impide entrar en el estudio del motivo de

recurso planteado por la recurrente para estudiar el fondo del asunto, lo que no significa que los trabajadores individuales afectados, que a la fecha de presentación de la demanda ya eran individualizables porque ya habían superado la primera fase del proceso selectivo y más a la fecha de juicio y consecuentemente a la fecha de la sentencia que se recurre porque ya había terminado el proceso selectivo, queden desprotegidos, pues pueden, en defensa de sus intereses, recurrir al proceso ordinario de reclamación individual o plural, en su caso.

C) Efecto de cosa juzgada del proceso de conflicto colectivo

En la sentencia que vamos a comentar, la **STS de Unificación de Doctrina de 14 de junio de 2012**, IL J 898/2012, el actor interpone demanda ante el juzgado de lo social correspondiente, que la desestima. Posteriormente, el TSJ de las Islas Baleares estima el recurso de duplicación declarando el derecho del demandante al complemento de permanencia previsto en el art. 61.d) del II Convenio Colectivo de la sociedad demandada (Correos y Telégrafos, S.A.), a la que se condena al pago de las cantidades demandadas.

Frente a esto el Abogado del Estado en nombre y representación de esta empresa formula Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina alegando contradicción entre la sentencia recurrida y la dictada por el Tribunal Supremo en fecha de 15 de abril de 2010. En ésta el Tribunal desestima el recurso de casación ordinario interpuesto por los sindicatos demandantes en proceso de conflicto colectivo, por considerar que mientras no se alcance el acuerdo previsto en el apartado 4.b) del art. 61.d) del II Convenio Colectivo no podrá tener efectividad el complemento de permanencia y desempeño que en dicho precepto se regula, sin que pueda aplicarse la doctrina de la sentencia de 27 de septiembre de 2006, porque dicha sentencia se pronunció sobre un supuesto en el que se aplicaba el artículo 60 del I Convenio de Colectivo de la Sociedad Estatal de Correos en regulación diferente a la del II Convenio.

Por tanto, la existencia de contradicción determina la estimación del recurso en aplicación de la doctrina que contiene la sentencia de contraste, que es además vinculante, de conformidad con lo dispuesto en el art. 158.3 de la LPL, pues se trata de un sentencia dictada en proceso de conflicto colectivo que produce efectos de cosa juzgada en los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse y que versen sobre idéntico objeto.

D) Falta de legitimación activa del Comité de empresa de un centro de trabajo para promover conflicto acerca de la interpretación de un convenio colectivo de empresa de ámbito provincial

El conflicto colectivo que vamos a analizar en el presente supuesto se resuelve en la **STS de 2 de julio de 2012**, IL J 901/2012. Se trata de un conflicto colectivo que afecta a todos los trabajadores del centro de trabajo de la empresa demandada, Thyssenkrupp Elevadores, S.L. Las relaciones en el ámbito del conflicto colectivo se regulan por el convenio colectivo de la empresa Thyssenkrupp Elevadores, S.L. en la provincia de Bizkaia para los años 2007, 2008, 2009 y 2010. «3.º La presente demanda de conflicto colectivo se interpone

por el Comité de Empresa del centro de trabajo sito frente a la empresa demandada, y versa sobre el incremento salarial, en concreto se solicita se declare que para el año 2010 procede el incremento salarial previsto en el art. 20 del convenio de empresa, sobre el salario realmente percibido por los trabajadores en el año 2009, no procediendo deducción alguna del salario del 2009 al haber resultado inferior el IPC real al IPC previsto por el Gobierno, no existiendo acuerdo para ello. 4.º El art. 20 del convenio colectivo de empresa indica que el incremento salarial del personal será para todas las categorías profesionales enumeradas en el presente Convenio Colectivo. 5.º En junio de 2009 se reunió la comisión paritaria del convenio y se acordó con la dirección de la empresa la reducción de los salarios correspondientes a la diferencia entre el IPC previsto y el IPC real del año 2008, reduciéndose los salarios en un 0,6%. El IPC previsto por el Gobierno (2%) fue superior al IPC real (1,4%). 6.º Para el año 2009, la empresa y los trabajadores acordaron una subida salarial del 1,5%, con un IPC previsto del 2%. 7.º En el año 2010 la empresa pretende aplicar un descuento salarial equivalente a la diferencia entre el IPC previsto y el IPC real del año 2009, sin acuerdo con los representantes de los trabajadores».

En instancia y en suplicación se estima la demanda de conflicto colectivo interpuesta por el comité de empresa. La empresa formula recurso de casación para unificación de doctrina alegando la infracción, entre otros del art. 152.c) LPL (ya derogada). La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si para promover un conflicto colectivo acerca de la interpretación de unas cláusulas de un convenio colectivo de empresa de ámbito provincial, en una provincia en la que existen dos centros de trabajo en los que en uno de ellos la representación unitaria de los trabajadores está constituida por un Comité de Empresa y en otros por tres Delegados de personal, tiene o no legitimación activa el referido Comité si en su demanda indica que el conflicto afecta únicamente al centro de trabajo en donde está constituido dicho Comité.

La LPL, que era la norma procesal social vigente en la fecha del planteamiento judicial del conflicto, vinculaba la legitimación activa para promover procesos sobre conflictos colectivos de los sujetos colectivos a quienes atribuía tal legitimación a la concurrencia de la coincidencia entre su ámbito de actuación y el ámbito de afectación del conflicto. La jurisprudencia social ha venido interpretando de forma uniforme y reiterada los preceptos citados sobre la legitimación activa para promover procesos sobre conflictos colectivos, configurando el denominado «principio de correspondencia» mediante el que destaca la finalidad legal de que, en especial cuando se insta el conflicto en representación de los trabajadores, la representación que se exige en el proceso es la que corresponde a los trabajadores afectados por el mismo, por lo que se rechaza que el pronunciamiento judicial alcance a trabajadores no representados por el sujeto actuante y que el ámbito del conflicto se fraccione o quede reducido por la sola voluntad del órgano que lo promueve.

Las normas de determinación de la legitimación activa para promover conflictos colectivos por su especial vinculación con las normas imperativas sobre la competencia objetiva de los juzgados y tribunales del orden social, así como los efectos que la sentencia colectiva produce sobre los procesos individuales o plurales sobre la misma cuestión, justifican una interpretación estricta de los presupuestos de tal legitimación, coordinando el ámbito de actuación del sujeto colectivo con el ámbito del conflicto; y exigiendo, especialmente en algunos supuestos, en que se cuestiona la interpretación de un convenio colectivo de

empresa de ámbito provincial y existiendo en la empresa en la referida provincia dos centros de trabajo con distintas representaciones unitarias, que el Comité de empresa demandante, que solamente ostenta la representación de los trabajadores que prestan servicios en uno de dichos centros de trabajo, aportara siquiera indicios para justificar su legitimación activa, pues, ante la expresa negativa empresarial sobre el ámbito del conflicto suscitado, no resulta presumible entender que la empresa aplique de forma distinta en dos centros de trabajo de la misma provincia la importante norma cuestionada sobre la forma de determinar y aplicar, en su caso, los posibles incrementos salariales correspondientes a un determinado año, por lo que no es suficiente para otorgar legitimación activa el hecho de que el Comité demandante reduzca en su demanda, de forma que es dable calificar de artificial, en el presente caso, el ámbito del conflicto para hacerlo coincidir con el ámbito de su actuación. La aplicación de esta doctrina conduce a la estimación del recurso de casación.

4. HUELGA

A) Huelga ilegal por tener por finalidad alterar lo convenido colectivamente

En el caso que se analiza, la **Sentencia de la Audiencia Nacional 53/2012, de 16 de mayo**, IL J 596/2012, la empresa, Iberia, solicita que se declare ilegal la huelga convocada por el sindicato de tripulantes auxiliares de vuelo de líneas aéreas por los paros convocados varios días en febrero en marzo, abril y mayo. La empresa expone cinco motivos de ilicitud: 1.º) Por responder a motivos ajenos al interés profesional de los trabajadores afectados, ya que existía un acuerdo de garantías de mantenimiento del empleo que satisfacía sus intereses, vulnerando con ello la libertad de empresa reconocida en el art. 38 CE y que asistía a la demandante en su decisión de crear Iberia-Express fuera de Iberia Operadora. 2.º) Por tratarse de una huelga novatoria de lo pactado en el XVI Convenio Colectivo entre Iberia y sus tripulantes de cabina de pasajeros, en el que se contempla la posibilidad de crear Iberia-Express fuera de Iberia Operadora. 3.º) Por vulnerar un pacto asimilable por analogía a un acuerdo de fin de huelga. 4.º) Por ser huelga de solidaridad, que pretendía apoyar la promovida por SEPLA a pesar de que el interés de los tripulantes ya estaría satisfecho por el citado acuerdo de garantías. 5.º) Por tratarse de una huelga intermitente que provocaría perjuicios desproporcionados por las fechas escogidas.

El Tribunal en sus Fundamentos de Derecho va analizando cada uno de estos motivos. Por lo que se refiere a la vulneración del art. 11.A) del Decreto-ley 17/1977, el Tribunal entiende que aunque es cierto que en las convocatorias de huelga el sindicato identifica como objetivo el mantenimiento de los puestos de trabajo de los tripulantes de cabina no es menos cierto que los compromisos no contienen una garantía absoluta, sino que admiten la posibilidad de extinciones contractuales en el marco del ERE ya en marcha y su posible prórroga por acuerdo mayoritario con la representación social, habiendo quedado acreditado que la adscripción a las medidas extintivas no es en todo caso voluntaria sino que puede revestir carácter forzoso, tal como ya sucedió con las prejubilaciones programadas para 2011 (hecho probado tercero). Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que en las convocatorias también se alude al mantenimiento de condiciones laborales, que no consta que hubieran quedado garantizadas en los mencionados acuerdos.

Iberia alega que el ejercicio de estas huelgas atenta contra el derecho a la libertad de empresa, al venir a oponerse a una decisión empresarial lícitamente enmarcada en el art. 38 CE. Sin embargo, la Audiencia entiende que el ejercicio del particular instrumento de presión que reconoce el art. 28 CE a los trabajadores pueda ser tachado de ilícito simplemente por alzarse en contra de una decisión ejercida en el marco del poder de dirección empresarial, por muy correcta que esta última se considere. El Tribunal Constitucional ha establecido que «la huelga constituye un instrumento de presión que pretende modificar la correlación de fuerzas existentes entre las partes» y que «el derecho de huelga no supone sólo ampliar el campo jurídico del trabajador, sino simultáneamente, restringir el del empresario con la idea de compensar, al menos en parte, la desigualdad que ineludiblemente origina una relación de subordinación».

En esta misma línea se rechaza el hecho de que estemos ante una huelga de solidaridad, puesto que la huelga constitucionalmente protegida no sólo es la dirigida a presionar para el logro de un convenio colectivo en fase de negociación, sino toda aquella que tenga por objeto la defensa de los intereses que son propios de la categoría de trabajadores. De ahí la licitud de las huelgas de solidaridad cuando con ella se atiende a la expuesta finalidad, como era el supuesto que estamos tratando.

Por otro lado, tampoco admite el tribunal el carácter abusivo de la huelga mediante los paros. Se consideran huelgas abusivas, de conformidad con el art. 7.2 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, 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. Una huelga intermitente no es por sí misma abusiva, aunque puede serlo si existe un daño desproporcionado, que es lo que Iberia alega en este caso, pero que también le competía acreditar. No obstante, ni siquiera lo ha intentado, quizá asumiendo que la notoriedad de estos perjuicios la eximía de tal esfuerzo.

Sin embargo, no llega a la misma conclusión la Audiencia Nacional cuando entra a interpretar si se trata de una huelga novatoria, lo que la convertiría en ilegal según lo dispuesto en el art. 11.c) del Decreto-ley 17/1977: «Cuando tenga por objeto alterar, dentro de su período de vigencia, lo pactado en un convenio colectivo o lo establecido por laudo». Nada impide la celebración de una huelga durante el período de vigencia del convenio colectivo cuando la finalidad de la huelga no sea estrictamente la de alterar el convenio, como puede ser reclamar una interpretación del mismo o exigir reivindicaciones que no impliquen modificación del convenio. Por otro lado, es posible reclamar una alteración del convenio en aquellos casos en que éste haya sido incumplido por la parte empresarial o se haya producido un cambio absoluto y radical de las circunstancias, que permitan aplicar la llamada cláusula *rebus sic stantibus*. No obstante, lo que ocurre en este caso es que con la huelga lo que se está demandando es el estricto cumplimiento convencional incluyendo a Iberia Express dentro de la matriz. El problema resultó que el propio convenio dejaba las puertas abiertas a dos fórmulas alternativas sin comprometerse a una u otra, de forma que la creación de Iberia-Express dentro de la matriz no era más que una hipótesis, bien es verdad que configurada como la deseable, pero sin que ello llegara a enervar la posibilidad de la empresa de acogerla o no. La regulación de las condiciones tan solo para el caso de que se acogiera no implica por sí misma un compromiso de la compañía en tal sentido. Por tanto la opción de Iberia se ajusta perfectamente a lo acordado en el convenio colectivo. Consecuentemente, la huelga que se opone a la

decisión empresarial persigue la alteración de lo dispuesto convencionalmente, y en tal sentido debe ser tachada de ilegal.

B) Servicios esenciales

En la **Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2012**, IL J 871/2012, los sindicatos demandantes, por la vía del proceso de tutela de los derechos fundamentales, solicitaron que se declarara que algunas de las medidas adoptadas por la Televisión Vasca en la ejecución de los servicios mínimos aprobados para la programación del día 29 de junio de 2010, coincidente con la huelga convocada para ese día, vulneraron el derecho de huelga, y que se establecieran determinadas compensaciones. Las demandas fueron parcialmente estimadas por la Sala de lo Social del País Vasco, que declaró la existencia de la citada vulneración en relación con las emisiones que se señala, declarando también su nulidad radical y condenando a la demandada a la lectura del texto que el propio fallo de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia establece.

Frente a este pronunciamiento recurren las entidades demandadas en dos recursos cuyos motivos coinciden plenamente, por lo que serán objeto de un análisis conjunto. Se denuncia la infracción del art. 28.2 de la Constitución en relación con el art. 20.1.d), 20.4, 14 y 38 de la misma norma fundamental, así como los arts. 6.4 y 6.6 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo. El motivo combate el pronunciamiento de la sentencia de instancia que ha considerado una vulneración del derecho de huelga la emisión de publicidad. Aparece probado el hecho de que «el día 29 de junio de 2010 las empresas demandadas emitieron publicidad ordinaria y de la llamada Teletienda de manera continuada entre los programas que consideró servicios esenciales. Dicha publicidad se hallaba preprogramada y su emisión se produjo de manera completamente automática, sin intervención humana directa. El Tribunal Supremo entiende en esta Sentencia que no se ha considerado como servicio esencial la emisión de publicidad preprogramada, sino que simplemente se ha procedido a la emisión de la misma, sin que conste que para ello se hayan utilizado los servicios del personal designado para cubrir los servicios esenciales. Por el contrario, se ha probado que «la emisión se produjo de manera completamente automática». No hay, por tanto, ninguna lesión del derecho de huelga, porque lo que veda la doctrina del Tribunal Constitucional mencionada es que se califique como servicio esencial y que, por tanto, pueda ser atendida por trabajadores asignados a estos servicios. Como se trata de una actividad no calificable como servicio esencial, no puede realizarse por la empresa. La actividad podrá realizarse, como cualquier otra, siempre que no se asignen a ella trabajadores encargados de los servicios mínimos, es decir, si se realiza con personal no huelguista y sin utilizar personal incluido en la prohibición de sustitución del art. 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977, o si se realiza de forma totalmente automática.

El segundo motivo de los recursos denuncia la infracción del art. 28.2 de la Constitución en relación con los arts. 20.1.d) y 20.4 de la misma norma y cuestiona la consideración como contraria al derecho de huelga la emisión de dos programas: «Buenos días, Euskadi» y «Euskadi Directo». Los demandados entienden que se trata de programas sin contenido informativo. Por lo que se refiere a la tertulia y la entrevista pueden tener contenidos informativos en el sentido apreciado de valoración de la actualidad y no de simple noticia de ella, y desde esta perspectiva es claro que podrían entrar en la reserva de servicios

mínimos que estableció la Orden del Gobierno Vasco en los términos ya examinados. Pero desde el momento en que las organizaciones demandantes pusieron en cuestión que esto fuera así, era la parte demandada la que tenía que probar el contenido de estas secciones del programa para acreditar que se insertaban dentro de la finalidad propia de la garantía, pues «cuando se ha producido una limitación o un parcial sacrificio de derechos básicos que la Constitución reconoce a los ciudadanos..., la autoridad que realiza el acto debe estar en todo momento en condiciones de ofrecer la justificación» (STC 26/1981). Por ello ha de concluirse que, al no haberse acreditado el contenido de esas secciones del programa, tampoco cabe entender que haya sido errónea su exclusión del ámbito de la garantía por parte de la sentencia recurrida, que además deja abierta la posibilidad de la inclusión de esas secciones o espacios en ese ámbito. Por lo que se refiere a «Euskadi Directo» carece de contenido informativo directo y estima la Sala que esta consideración es acertada, pues las programaciones sumariamente descritas no se ajustan ni a los contenidos estrictamente informativos de la actualidad que son relevantes desde una perspectiva de interés público, ni tampoco a las comunicaciones de orden valorativo que tienen también esa relevancia en una sociedad pluralista. No se trata de informaciones de «interés local», sino que se está más cerca de lo que la doctrina constitucional considera programas de «entretenimiento» y sería banalizar el derecho fundamental a la información considerar este tipo de programas como un servicio esencial a la comunidad. Por tanto en ambos casos se rebasó el límite de los servicios esenciales decretados por la Orden de 24 de junio de 2010 de la Consejera de Empleo y Asuntos Sociales, que, en satisfacción del derecho fundamental a la información, había acordado que únicamente tendrían tal carácter los programas informativos diarios en su horario habitual.

El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación, manteniendo respecto a los programas mencionados lo establecido en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (es decir, que vulneran el derecho de huelga). En este supuesto se produce un voto particular que conviene que mencionemos brevemente, y que analiza la parte de la emisión de publicidad como parte que también vulnera el derecho de huelga. El magistrado entiende que el razonamiento de la Sentencia que se dicta hace una ponderación inadecuada del alcance de los dos derechos constitucionales en presencia: el derecho fundamental de huelga consagrado en el artículo 28.2 CE que, por su ubicación en la Sección 1.^a del Capítulo II, debe considerarse prevalente, y la libertad de empresa que se reconoce en el artículo 38 CE, ubicado en la Sección 2.^a de dicho Capítulo II. En virtud de esa ponderación inadecuada, el derecho de huelga puede llegar a constreñirse hasta extremos que le hagan prácticamente ineficaz en su ejercicio, al amparo de una protección ilimitada de la libertad empresarial. No otra cosa significa, a mi juicio, la conclusión radical a la que llega la sentencia cuando afirma textualmente que el derecho de huelga «solo se vulnera si los trabajadores asignados a la prestación de servicios mínimos se utilizan para cumplir servicios no esenciales, pero no si los servicios no esenciales se ejecutan por trabajadores no huelguistas o por medios automáticos». Entiende el magistrado que, con tal planteamiento, quedaría legitimada una actuación empresarial en la que, en lugar de emitir solamente publicidad —como en el supuesto de autos— se emitieran también todos los programas de entretenimiento —películas, concursos, reportajes, etc., etc.— que constituyen el mayor porcentaje de la parrilla de programas de cualquier televisión y que están, en su inmensa mayoría, pregrabados. Si a ello le añadimos la emisión en directo de los informativos —que

siempre estará justificada por el debido respeto al derecho de comunicación e información y así se habrá establecido en la correspondiente norma de servicios mínimos— el resultado práctico no puede ser más evidente: la realización de una huelga en este tipo de empresas puede llegar a tener una trascendencia social prácticamente nula y, consiguientemente, el ejercicio de ese derecho puede quedar casi vaciado de contenido real, especialmente en un tipo de huelgas en las que no se trata de infligir un daño económico al empresario —que, probablemente, tampoco se le produciría si se le permite emitir publicidad— sino de hacer visible una protesta contra determinadas medidas gubernamentales que afectan al conjunto de la clase trabajadora.

JESÚS R. MERCADER UGUINA
ANA BELÉN MUÑOZ RUIZ (coord.)
CRISTINA ARAGÓN GÓMEZ
PATRICIA NIETO ROJAS
AMANDA MORENO SOLANA
PABLO GIMENO DÍAZ DE ATAURI
DANIEL PÉREZ DEL PRADO