



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

La Tutela Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales Laborales

Presentado por:

Alejandra Gutiérrez Fernández

Tutelado por:

Juan Fernando Durán Alba

Valladolid, 11 de julio de 2024

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	7
2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL MARCO DE LAS RELACIONES LABORALES	11
2.1. Libertad de empresa	17
2.1.1. Regulación.....	17
2.1.2. Titularidad	18
2.1.3. Contenido	19
2.1.4. Las relaciones de la libertad de empresa con otros derechos fundamentales	20
a. Libertad de empresa y derecho al trabajo	21
b. La aplicación de la ponderación en la libertad de empresa	22
2.1.5. Restricciones a la libertad de empresa constitucionalmente admisibles	23
2.2. Derecho al trabajo	25
2.2.1. Regulación	27
2.2.2. Titularidad	28
2.2.3. Contenido	29
3. DERECHOS FUNDAMENTALES ESPECÍFICOS EN EL MARCO DE LAS RELACIONES LABORALES	30
3.1. Libertad sindical.....	30
3.1.1. Regulación.....	30
3.1.2. Titularidad.....	31
3.1.3. Contenido	35
a. Aspecto colectivo	37
b. Tutelas de las conductas individuales	39
3.1.4. Igualdad en los sindicatos de mayor representatividad	40
3.1.5. Conexión de la libertad sindical con otros derechos	42

3.2. Derecho de huelga	43
3.2.1. <i>Regulación</i>	44
3.2.2. <i>Titularidad.....</i>	44
3.2.3. <i>Contenido</i>	46
a. <i>Facultades individuales y colectivas del derecho de huelga</i>	49
3.2.4. <i>Límites</i>	50
 3.3. Derecho a la negociación colectiva	51
3.3.1. <i>Regulación</i>	51
3.3.2. <i>Titularidad</i>	52
3.3.3. <i>Contenido</i>	53
3.3.4. <i>Límites al derecho de negociación colectiva en los funcionarios públicos ..</i>	55
3.3.5. <i>La tutela del derecho a la negociación colectiva mediante el recurso de amparo</i>	56
 3.4. Derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo.....	57
3.4.1. <i>Regulación</i>	57
3.4.2. <i>Titularidad</i>	58
3.4.3. <i>Contenido</i>	58
3.4.4. <i>La tutela del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo mediante el recurso de amparo.....</i>	60

4. RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL MARCO DE LAS RELACIONES LABORALES	61
4.1. Las garantías normativas y ante la jurisdicción ordinaria: desarrollo normativo de los derechos fundamentales laborales; en especial el recurso preferente y sumario en el marco de la ley de la jurisdicción social.....	61
4.2. Las garantías administrativas: el papel de la Inspección de Trabajo	67
4.3. El papel del amparo constitucional.....	71
4.4. Las garantías ante los órganos supranacionales.....	73
 5. TRABAJO DE CAMPO	78
5.1. SENTENCIA BARBULESCU I y II.....	79
a. Sentencia de 12 de enero de 2016	79
b. Sentencia de 5 de septiembre de 2017	82
5.2. CASO FRAGOSO DACOSTA c. ESPAÑA.....	85
 6. CONCLUSIONES	89
 7. BIBLIOGRAFIA Y OTROS RECURSOS	92

RESUMEN

Los derechos fundamentales en la Constitución española están regulados en el Título I, considerándose inherentes, inviolables e irrenunciables. Todos ellos afectan significativamente a las relaciones laborales entre trabajadores y empresarios. Pues cuando hablamos de derechos laborales, no solo nos referimos a los típicos derechos de libertad sindical o de huelga, sino que también influyen y completan su contenido esencial derechos como la libertad de expresión, la igualdad, la intimidad personal.

La finalidad del presente trabajo es entender cómo se protege el contenido esencial de estos derechos laborales en nuestro ordenamiento jurídico y cómo se aplica esa protección en la práctica cuando surge un conflicto entre estos derechos fundamentales.

PALABRAS CLAVE

Derechos fundamentales laborales específicos, protección jurisdiccional, ubicación constitucional, contenido esencial, conflicto de derechos, juicio de proporcionalidad, ponderación.

ABSTRACT

The fundamental rights in the Spanish Constitution are regulated in its Title I, and they are considered inherent, inviolable, and non-renounceable rights. All of them affect labor relations between workers and employers. We are not only talking about typical rights such as freedom of association or strike, but also rights such as freedom of expression, equality, and personal privacy that influence and complement their essential content.

Therefore, the purpose of this work is to understand how the essential content of these labor rights is protected in our legal system and how this protection is applied in practice when a conflict arises between these fundamental rights.

KEY WORDS

Specific fundamental labor rights, judicial protection, constitutional placement, essential content, conflict of rights, proportionality test, balancing.

1. INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos de derechos fundamentales laborales, ¿qué es lo primero que se nos viene a la cabeza? Probablemente el derecho de huelga o la libertad sindical, ya que son los más resonados y conflictivos en la práctica por lo que hemos podido comprobar a lo largo de la carrera.

Pero en realidad, si analizamos cada derecho fundamental, casi todos tienen una conexión relevante con los derechos de los trabajadores y los empresarios. Por ejemplo, el derecho a la intimidad en el artículo 18 de la Constitución, puede estar en juego si un empresario accede a información personal de un trabajador sin autorización, protegiendo así al trabajador mediante ese derecho.

Sin embargo, aunque sería ideal analizar cada derecho y su aplicación en el ámbito laboral, este trabajo se centrará en los derechos típicamente laborales que generan mayor conflictividad: la libertad sindical, el derecho de huelga y, brevemente, los derechos recogidos en el artículo 38, la negociación colectiva y las medidas de conflicto colectivo.

Antes de profundizar en estos temas, es necesario entender el conflicto inherente en las relaciones laborales, es decir, el enfrentamiento entre el empresario y trabajador, que son las dos caras de la moneda en la relación laboral. Sin este conflicto, el derecho laboral no podría desarrollarse ni podrían existir derecho como el de huelga, la negociación colectiva o la libertad sindical.

El trabajo se estructurará en varias partes.

La primera analizará los derechos a la libertad de empresa y al trabajo, explorando su contenido, aplicación y garantías. La libertad de empresa permite al empresario desarrollar su proyecto, mientras que el derecho al trabajo asegura condiciones dignas para el trabajador. La interacción entre estos derechos es clave para comprender todos los derechos laborales estudiados.

La segunda parte se enfocará en el análisis de la libertad sindical, el derecho de huelga, la negociación colectiva y las medidas de conflicto colectivo, examinando su titularidad, contenido esencial y adicional, límites y garantías.

Los objetivos de este estudio son:

- Examinar el contenido de cada derecho, determinando las situaciones aplicables y sus límites, e identificando su razón de ser en la práctica.
- Conocer los procedimientos de protección de nuestro ordenamiento jurídico, identificando qué derechos pueden acceder a estos procedimientos y cuáles no, entendiendo las garantías y limitaciones de cada derecho.
- Estudiar la jurisprudencia nacional e internacional, que proporciona una visión clara de la aplicación práctica de los principios teóricos analizados.

Finalmente, el trabajo se reserva para analizar dos sentencias del TEDH, que profundizan en el estudio de los conflictos laborales y la protección de derechos fundamentales.

La primera sentencia aborda la vulneración del derecho a la intimidad de un trabajador por parte del empleador. En este caso, el empleador accedió a información personal del trabajador con fines no autorizados, lo que constituyó una violación del derecho a la intimidad. El Tribunal Europeo de Derecho Humanos realizó una ponderación entre el derecho del empresario a supervisar el trabajo efectivo de sus empleados y el derecho del trabajador a la privacidad. La conclusión fue que es necesario imponer ciertos límites a la libertad empresarial para proteger los derechos de los trabajadores. Este caso ejemplifica como un derecho fundamental no específicamente laboral, como el derecho a la intimidad recogido en el artículo 18 de la Constitución

española, puede tener una aplicación directa en la protección del trabajador, y por eso mismo hemos considerado oportuna a la vez que interesante la explicación de esta sentencia.

En la segunda sentencia, se analiza un caso relacionado con la libertad de expresión en el contexto de la libertad sindical. Un representante sindical hizo uso de su derecho a la libertad de expresión en una situación que, en principio, podría parecer una extralimitación del ejercicio de este derecho. Sin embargo, considerando el contexto y los fines colectivos de su actuación, el TEDH determinó que su conducta estaba protegida. Esta sentencia destaca la importancia de la libertad de expresión dentro de la actividad sindical, y como limitar esta libertad podría vulnerar intrínsecamente la libertad sindical.

Ambas sentencias son cruciales para el objetivo final de este trabajo, que es identificar los derechos contrapuestos en casos concretos y, mediante el análisis de principios teóricos y jurisprudenciales, realizar juicios de ponderación y proporcionalidad que permitan llegar a soluciones equitativas. Al analizar estas sentencias, somos capaces de observar como todos los derechos fundamentales, específicos o no, influyen en las relaciones laborales, y cómo se pueden establecer límites justos y necesarios para proteger tanto los derechos del trabajador como del empresario.

Además de una comprensión profunda de la teoría y la práctica de los derechos laborales, somos capaces de apreciar la dinámica y complejidad de las relaciones laborales en un contexto legal y de derechos humanos.

2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL MARCO DE LAS RELACIONES LABORALES

Los derechos fundamentales en nuestra Constitución están regulados en el Título I “de los derechos y deberes fundamentales”. Estos derechos son concebidos como derechos inherentes a la persona; por tratarse de derechos inviolables e irrenunciables, perteneciendo a toda persona por su dignidad, debiendo así ser respetados en todo caso.¹

Dentro de los derechos fundamentales, encontraremos que todos ellos influyen de una manera u otra dentro de las relaciones laborales. Todos ellos influyen en la regulación que se hace sobre las relaciones entre empresario y trabajador y los límites que se estipulan, observando el tira y afloja dentro de los derechos de cada una de las partes.

Alguno de ellos puede ser el derecho a la libertad ideológica en el art 16 CE; la intimidad personal en el artículo 18 CE o el derecho a la igualdad del artículo 14 de nuestra norma fundamental también. Todos ellos tienen un contenido general que, por no ser típicamente laboral, se les denomina como inespecíficos, pero en realidad estos derechos tienen una grandísima repercusión en el contrato de trabajo, siendo los más defendidos en un orden jurídico democrático frente a acciones empresariales potencialmente lesivas.

Un ejemplo de esta gran repercusión de los derechos anteriormente mencionados podemos encontrarla en la STS 2935/2014², en el que el litigio se basa en el conflicto entre el derecho al honor y prestigio laboral de unos trabajadores de AENA frente a la libertad de expresión como contenido de la libertad sindical ejercido por un delegado sindical de UGT. Todo comienza con el escrito de una carta por D. Alexander, que es el delegado sindical de UGT en el centro de control de Canarias de AENA dirigida a D. Herminio el responsable estatal de UGT AENA a través de la cuenta genérica existente a todo el personal de AENA.

¹Consultado en: <https://www.navascusi.com/que-son-los-derechos-fundamentales-y-cuales-son/>.

² STS 2935/2014, del 1 de Julio de 2014.

Los demandantes,(D. Román y su esposa), argumentaban que las manifestaciones efectuadas en dicha carta vulneraban su derecho al honor, pues les atribuían hechos que de ser ciertos, constituirían delito, como prevaricación, cohecho y tráfico de influencias; pues se les acusaba de repetir en el cargo de Director Regional a D. Román y a su esposa respectivamente con el cargo de dirección en RRHH; también se alega que se ausentaban del trabajo y entraban y salían cuando se les antojaba; así como su pobre actividad en dicho puesto de trabajo.

Y además se denunciaba la amplia difusión que había tenido esa carta, habiendo dañado sobremanera la reputación de ambos demandantes (D. Román y D. Angelica su esposa).

Pero a pesar de que estas informaciones tenían un carácter decisivo en la reputación de ambos trabajadores; el TS argumenta que, en primer lugar, el demandado, D. Alexander estaba realizando su labor de delegado sindical, opinando de manera crítica acerca de sus superiores y su gestión, que les afecta directamente tanto a ellos, como a todos los trabajadores que representa.

Por otro lado, también es crucial, que la masiva difusión que tuvo esa carta no fue perpetrada por el demandado, sino que fue interceptada por otro sindicato de Madrid que fue responsable de su difusión.

Se descarta también que esas acusaciones puedan constituir calumnia, ya que en el momento que se difunde la carta se comprueba que todas las afirmaciones son correctas; y se tiene en cuenta el papel de personaje público y de relevancia que ostentan por tener el cargo de directores, y que por ello también han de someterse al escrutinio de su gestión con relación a la empresa y los trabajadores.

Por todo ello, el TS falla en favor de la libertad de expresión en el ejercicio de la libertad sindical, velando así por los derechos y condiciones laborales de los trabajadores y limitando a su vez el derecho al honor de los demandantes.

Por otro lado, de entre los derechos fundamentales reconocidos en la CE, hemos de destacar dos en concreto, que serán el objeto de este trabajo, en el cual analizaremos

su propia tutela jurisdiccional. Estos son el derecho de huelga y libertad sindical en el artículo 28 de nuestra norma fundamental.³

Objetivamente solo estos dos derechos están vinculados de manera directa a la materia laboral y además obtienen la máxima protección y garantías debido a la manera en que se regulan dentro del Capítulo II del Título I.

En primer lugar, hemos de tener en cuenta que la regulación se divide en dos secciones, la Sección I llamada “De los derechos y de las libertades públicas”, regulada entre los artículo 15 a 29, y la segunda “De los derechos y deberes de los ciudadanos”, cuya regulación se extiende entre los artículo 30 y 38.

Todos ellos considerados como ya hemos explicado, derechos fundamentales, y contienen en común que todos ellos vinculan a los poderes públicos y pueden ser regulados solo por Ley; debiendo respetar su contenido inicial, previsto así en el artículo 53.1 de la CE.⁴

Pero a partir de aquí, solo los derechos reconocidos en la Sección Primera del Capítulo Segundo gozan de dos garantías fundamentales; contenidas en el segundo apartado del artículo 53 anteriormente mencionado. La primera garantía adicional se trata de que cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de estos derechos a través de un procedimiento sumario y preferente ante los Tribunales.

Y, por otro lado, también tendrán opción a acogerse al recurso de amparo, como última vía ejercitable después de haber agotado todas las vías de la jurisdicción ordinaria, conociendo de este recurso el propio Tribunal Constitucional.

³ Artículo 28 CE:

1. “Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato.”
2. “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.”

⁴ Artículo 53.1 CE: “los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vincular a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161,1, a).

Esta ubicación de los derechos de huelga y libertad sindical en el Título I de la CE refleja la intención del constituyente, en cuanto al rango de importancia que se les otorga.

En relación con lo anterior, no se puede pasar por alto que, además de estos dos derechos típicamente laborales, encontramos otros derechos centrales en el ámbito laboral. Nos referimos al derecho a la negociación colectiva (art 37 CE), el derecho de adopción de medidas de conflicto colectivo y la libertad de profesión y oficio (art. 35 CE), así como la libertad de empresa (artículo 38 CE).

A pesar de no encontrarse en la Sección Primera del Capítulo II, ostentan una posición muy importante en la Constitución y sobre todo en la regulación de las relaciones laborales.

Por ello, todos los derechos incluidos en el Título I gozarán de la protección de su contenido esencial, definido como el conjunto de facultades y potestades inherentes a un derecho que no pueden ser desconocidas o restringidas por ninguna norma, incluida la ley.⁵

En este análisis de la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales en materia laboral, debe de haber un conflicto para poder determinar la tutela que se va a otorgar y poner en práctica.

Uno de los primeros pasos para desentrañar un conflicto entre derechos, será interpretar que tipo de derechos entran en juego. Ya que hemos de establecer la jerarquía normativa de cada uno de los derechos que se encuentran en conflicto para poder establecer si se va a optar por el criterio de ponderación y un juicio de proporcionalidad, o si por otro lado, prevalece el criterio de jerarquía normativa instaurado en el artículo 9.3 CE; por el cual se determina la superioridad de rango de unas normas sobre otras y la consiguiente aplicación de la norma superior, lo que significa que una norma de rango inferior no puede ser contraria a la de rango superior.

Teniendo todo ello en cuenta, se nos presenta el siguiente problema: ¿qué ocurre si los derechos que entran en conflicto son el derecho de libertad de empresa frente a el derecho de huelga o libertad sindical? ¿se resuelve por el criterio de jerarquía normativa

⁵ Art. 53.1 CE.

del artículo 9.3 CE? ¿o en cambio puede aplicarse el juicio de ponderación por ser ambos derechos ubicados en el Título I, tratando de proteger el contenido esencial de ambos?

Nosotros interpretamos que la resolución ante un conflicto entre derechos constitucionales, esto es, del mismo rango jerárquico, pasa por un criterio de ponderación.

Porque a pesar de que los derechos de la Sección 2º gocen de una mayor protección, todos ellos son derechos constitucionales, y por ello se ha de intentar respetar lo máximo posible su contenido esencial, tratando de establecer un juicio de ponderación entre uno y otro. Por lo que se hace necesario un juicio de proporcionalidad con el objetivo de preservar los derechos protegidos en la constitución.⁶ Pues la ventaja aquí es que no se establece ningún tipo de jerarquía entre uno y otro derecho, ni se prejuzga su legitimidad. Simplemente atendiendo al caso en concreto, un derecho tendrá que ceder en mayor o menor medida en beneficio del otro, intentando proteger en gran medida el contenido esencial de ambos derechos.

Es particularmente utilizado en la casuística de los recursos de amparo.

En cuanto a el juicio de proporcionalidad estrictamente considerado, también puede ser utilizado no solamente cuando haya un conflicto directo entre dos derechos fundamentales. Sino que este conflicto puede producirse también a través de cualquier actuación de los poderes públicos que suponga una injerencia en la esfera de los derechos y libertades de las personas. O puede servir de parámetro de validez constitucional de las leyes y normas con rango de ley que han limitado los derechos fundamentales.⁷

Una vez se hace el juicio de ponderación estimando de qué manera ha de prevalecer un derecho sobre otro, es necesario examinar la proporcionalidad de la medida empleada para ello.

La medida ha de ser idónea para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido por ella, además ha de ser necesaria, en el sentido de que no exista otra menos lesiva para la consecución de tal fin con igual eficacia y finalmente si cumple con el

⁶ MARTIN FAJARDO MORI, “El Conflicto entre los Derechos Fundamentales del Trabajador y los Poderes Empresariales en la Transmisión de Empresa”, en *Revista UCP*, 2013, pág. 173.

⁷ CHANO REGAÑA, L., “Ponderación (Tribunal Constitucional Español)” en *Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 23, 2022, pág. 245.

criterio de proporcionalidad, esto es, si es ponderada o equilibrada, por derivarse de su aplicación más beneficiosa o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto.⁸

Por consiguiente, el criterio de ponderación opera como herramienta de justificación razonable desde el punto de vista constitucional para comprobar si guarda la necesaria proporcionalidad con el fin pretendido.

Es decir, ponderación consiste en una comparación entre la importancia de la afectación negativa que la intervención del legislador ocasiona en el derecho fundamental y la importancia de la afectación positiva que esa intervención genera en el fin mediano que persigue.⁹

Como ya hemos mencionado anteriormente, tanto la libertad de empresa como el derecho al trabajo constituyen dos caras de la misma moneda, siendo estos los derechos que se otorgan por un lado al empresario para el efectivo desarrollo de su actividad, así como a los trabajadores para que realicen su actividad de manera estable y con garantías propias.

Son derechos básicos y fundamentales para el desarrollo de estas relaciones entre trabajadores y empresarios, y a pesar de no estar localizados expresamente en la Sección 1 del Capítulo II del Título I, consideramos que, para poder hacer un buen análisis del derecho de huelga y libertad sindical, es necesario dar unas nociones sobre como este derecho al trabajo y la libertad de empresa tienen una gran influencia y repercusión en la resolución de los conflictos que puedan producirse.

⁸ VILLAVERDE, I., REQUEJO, P., PRESNO, M.A., ALÁEZ, B., SARASOLA, IG., BASTIDA, F., “Resolución de conflictos entre derechos fundamentales, El principio de proporcionalidad”, en *Teoría general de los derechos fundamentales en la constitución de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, pág. 132.

⁹ BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ISBN, Madrid, 2005, pág. 617.

2.1.La libertad de empresa

Encontramos el fundamento constitucional de los poderes del empresario en la libertad de empresa, reconocida en el artículo 38 de la CE. En el mismo se establece expresamente “la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado”¹⁰ y obliga a proteger su ejercicio “de acuerdo con las exigencias de la economía general y en su caso de la planificación”.¹¹

Pero además de la libertad de empresa, encontramos el derecho a la propiedad privada, el derecho de asociación del (artículo 22), la libertad de expresión (artículo 20), que son igualmente necesarios e indispensables para que la actividad empresarial pueda desarrollarse plenamente.

2.1.1. Regulación

Como derecho fundamental que es, le son aplicables las reglas generales de cualquier derecho fundamental; estas son:

En primer lugar, los derechos fundamentales requieren de desarrollo mediante ley, respetando su contenido esencial. No toda su regulación ha de hacerse mediante ley, su regulación general es la única que está sujeta a reserva de ley. En cambio, la regulación de las distintas profesiones o actividades empresariales en concreto no está sometida a reserva de ley.

Y, en segundo lugar, vinculan a todos los poderes públicos y constituyen una máxima dentro del ordenamiento, por ello, se obliga a los Tribunales y Administración a

¹⁰ Artículo 38 CE: “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.”

¹¹ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Artículo 38: la libertad de empresa”, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (Dir. M. Rodríguez- Piñero y Bravo Ferrer t M.^a Emilia. E. Casas Baamonde), BOE, Madrid, 2018, pág. 1247.

velar por su vigencia, garantizar su aplicabilidad y eliminar los impedimentos que puedan obstaculizar su efectividad.

2.1.2. Titularidad

La libertad de empresa, protegida constitucionalmente, incluye cualquier actividad organizada que tenga por objeto ofrecer productos o servicios en el mercado. No es necesario que la actividad sea con ánimos de lucro o que se trate de una actividad habitual. Ya que una actividad ocasional también entraría dentro de la protección del precepto, siempre que necesite de una planificación y organización de factores productivos.

Engloba todos los aspectos de la actividad empresarial. Es decir, cualquier regulación que restrinja la libertad de adoptar decisiones en el ámbito de su empresa, constituye una limitación de la libertad de empresa.

De esta manera, el reconocimiento específico de la libertad de empresa del artículo 38 CE, se basa en la tutela constitucional de la realización libre de actividades económicas sin tener en cuenta para ello la conexión personal entre la actividad y el individuo que la realiza.

Sin embargo, se niega esta protección constitucional a toda actividad que se encuentre prohibida por nuestro ordenamiento, con independencia de que se desarrolle con carácter empresarial.

2.1.3. Contenido

El fundamento principal de este derecho es asegurar a los individuos un ámbito de acción libre de intervenciones estatales. Es decir, consiste en salvaguardar la independencia y autonomía de los ciudadanos, permitiéndoles expresar su potencial creativo en el ámbito económico de manera independiente al Estado y con la menor interferencia posible.¹²

Derivando de la dignidad de la persona, pues presupone necesariamente reconocer a los seres humanos la autonomía para decidir cómo ganarse la vida. Se conecta así con la libertad como valor superior del OJ recogido en el artículo 1 de la CE.¹³

Se desprenden dos elementos esenciales de este derecho:

En primer lugar, el derecho a establecer y mantener en funcionamiento empresas y así como a ser su propietario.

Y, por otro lado, el derecho del propietario a tomar decisiones económicas fundamentales, que abarcan desde la determinación de inversiones hasta la formulación de objetivos y estrategias operativas y la combinación de recursos personales y materiales.

Por tanto, este reconocimiento constitucional, insta una configuración unitaria del poder de dirección, siendo este el conjunto de facultades que definen la posición del empresario en la relación laboral.¹⁴

¹² PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Artículo 38: la libertad de empresa” ..., op. cit., pág. 1248-1250.

¹³ LENCE REIJA, C., “La tutela de la libertad de empresa frente a intervenciones administrativas desproporcionadas” en *Revista General de Derecho Administrativo*, N.º 46, 2017.

Consultado en: <https://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1508074>.

¹⁴ VALDÉS DAL-REÉ., “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, en *Revista de crítica y teórica práctica*, núm. 1, 1990, pág. 275.

2.1.4. La relación de la libertad de empresa con otros derechos fundamentales

a) Libertad de Empresa y Derecho al Trabajo

Nos hallamos ante dos derechos fundamentales, por un lado, el derecho de libertad de empresa reconocido en el art 38 CE y por otro lado el derecho al trabajo del art 35 CE. Al ser ambos derechos fundamentales, son considerados como restricciones a la intervención de los poderes públicos, y de ello podríamos concluir que la actividad empresarial merece la misma protección constitucional que la actividad laboral por cuenta ajena.

Pero es evidente, que la Constitución requiere un nivel más alto de intervención estatal o de mandatos de protección para asegurar los derechos de los trabajadores frente a los empleadores, en comparación con lo que exige para proteger la libertad empresarial.

Es natural que los poderes del empresario, derivados del derecho a la libertad de empresa, estén sujetos a límites, controles y contrapesos.

En un modelo pluralista y democrático, uno de los elementos fundamentales es la dignidad de la persona y el desarrollo de su personalidad.

Por lo tanto, el conjunto de libertades, derechos y principios constitucionales conlleva inevitablemente un sistema de restricciones a los poderes empresariales, siendo los derechos fundamentales los que ocupan una posición indiscutible de primacía entre estos límites.

Con palabras del Tribunal Constitucional: “la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la CE le reconoce como ciudadano, pues ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el artículo 38 del texto constitucional legitima el

que quienes prestan servicios en aquellas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales”.¹⁵

b) La aplicación de la ponderación en la libertad de empresa

Partiendo de la premisa de que hay intereses públicos que justifican la implementación de medidas restrictivas en la libertad de empresa, el problema central radica en la correcta aplicación del juicio de proporcionalidad. Este juicio determinará la inconstitucionalidad de una medida si se demuestra que no era adecuada, necesaria y proporcionada.

El método de ponderación y el juicio de proporcionalidad se imponen como requisitos derivados de la unidad de la Constitución, que demanda “preservar al máximo la eficacia de los bienes constitucionales que entran en conflicto.”

Una medida se considera adecuada cuando es capaz de lograr el objetivo perseguido. La condición de necesidad implica una evaluación comparativa entre medios: una medida es necesaria solo cuando no hay otra opción menos restrictiva disponible que logre el mismo objetivo con la misma eficacia.

La condición de proporcionalidad en sentido estricto se basa, en una evaluación comparativa entre fines, cuando el objetivo perseguido con la restricción es constitucionalmente más valioso que el fin sacrificado, protegido por la libertad de empresa.¹⁶

Es decir, este tercer filtro se supera cuando la relación entre la restricción de la libertad que implica la norma y la protección del objetivo perseguido y su valor es aceptable. Esto implica que cuanto más intensa sea la restricción, mayor deberá ser el

¹⁵ F.J. 2º, sentencia 88/1985, de 19 de junio. También F.J. 1º, sentencia 104/1987, de 17 de junio y F.J. 6º, sentencia 6/1988, de 21 de enero.

¹⁶ VILLAYERDE, I., REQUEJO, P., PRESNO, M.A., ALÁEZ, B., SARASOLA, IG., BASTIDA, F., “Resolución de conflictos entre derechos fundamentales, El principio de proporcionalidad”..., op.cit. pág.132.

valor del interés que se busca proteger, así como más intensa la necesidad y adecuación de la norma.

Podría ser útil recordar la doctrina de la graduación (Stufentheorie) formulada por el Tribunal Constitucional alemán en su famosa sentencia sobre las farmacias del 11 de junio de 1958. (Sentencia BVerfGE 7, 377 [Ley sobre Farmacias])

Según esta sentencia, hemos de distinguir entre; por un lado, las limitaciones públicas que afectan al ejercicio de una actividad empresarial que se consideran fundadas en el bien común; cuando la protección del derecho fundamental se limita a impedir que se impongan condiciones que deban considerarse gravosas e irrazonables.¹⁷

Mientras que las limitaciones que afectan a la libertad de elección de una profesión o empresa están sometidas a un grado de escrutinio más intenso. Pues la libertad de elección únicamente puede limitarse en la medida en que sea imprescindible para proteger intereses generales especialmente importantes. La legitimidad de los requisitos subjetivos se supedita a que guarden proporción con el objetivo de asegurar que la actividad profesional o empresarial se desarrolla ordenadamente. Mientras que los requisitos objetivos de acceso a una actividad solo pueden justificarse cuando sean imprescindibles para evitar daños a intereses generales de más alto valor, daños verificables.

Para que una regulación pública de la actividad empresarial privada sea legítima, no es suficiente con que sea adecuada y necesaria; sino que, además, los fines perseguidos por el poder público tengan un valor constitucional lo bastante significativo como para justificar la intervención estatal.

¹⁷ Sentencia BVerfGE 7, 377 (Ley sobre Farmacias) / Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán.

2.1.5. Restricciones a la libertad de empresa constitucionalmente admisibles

Hemos de considerar limitación de la libertad de empresa, toda regulación que le impida desarrollar una actividad empresarial, ejercer su poder de dirección en una economía de mercado.

Por otro lado, en el juicio de ponderación mencionado anteriormente, se establecen los requisitos necesarios para que una posible restricción sea constitucional, por ello, además de todo lo mencionado posteriormente, hay que tener en cuenta que entra en juego siempre el requisito de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Empezaremos mencionando realmente que restricción a la libertad de empresa no son constitucionalmente admisibles, dejando más claro así las que sí lo son.

Ya que es innecesaria una medida cuando existen opciones menos restrictivas a disposición del poder público.

Especialmente complicadas de justificar desde el criterio de necesidad son las restricciones que confieren a las Administraciones Públicas el poder de determinar cuántas empresas pueden operar en un sector específico, limitando de esta manera la libertad de empresa. Sin embargo, cuando estas limitaciones se deben, por ejemplo, a la escasez del espacio radioeléctrico, la justificación es evidente. Es decir, pueden estar justificadas las restricciones al número de empresas como medio para garantizar la prestación de un servicio público de manera universal.

También se consideran restrictivas. las medidas que buscan proteger a ciertos empresarios en perjuicio de competidores o /y consumidores son inconstitucionales. Sacrificar la libertad de empresa en favor de la protección de empresarios no es justificable constitucionalmente, ya que la protección de un sector empresarial no tiene valor comparable a la libertad de empresa y no es un objetivo legítimo del Estado.

Asimismo, las medidas que trasladan decisiones de la autoridad pública a particulares son inconstitucionales, ya que generan desigualdad entre las empresas públicas y privadas. También son ilegítimas las medidas que imponen a un empresario los costos de la actividad de otro.

Concluimos que las limitaciones a la libertad de empresa que se intentan justificar en intereses no generales, como los de un sector económico¹⁸ o el de los empresarios en general, no son constitucionalmente válidas. Como es el caso específico de la adscripción obligatoria de los empresarios a las Cámaras de Comercio, declarada inconstitucional en relación con el derecho de asociación, ya que no resistió un juicio de necesidad en función de las tareas de interés público asignadas a las Cámaras.

También son discutibles las normas que limitan el tamaño de las empresas en determinados sectores, ya que difícilmente puede justificarse con un interés público que un determinado producto sea prestado por empresas pequeñas. Un ejemplo de ello son el sistema de estancos como medio de distribución del tabaco es difícilmente compatible con la economía de mercado.

Las normas que imponen restricciones objetivas al acceso de la actividad empresarial cuando su efecto es otorgar ingresos monopolísticos a un reducido grupo de empresarios a expensas de excluir del mercado a la gran mayoría de ciudadanos; requiere un examen muy minucioso. Ya que, aunque, estas medidas superasen el juicio de igualdad, por distribuirse de acuerdo con criterios no discriminatorios; o el juicio de adecuación por basarse en un interés general y el juicio de necesidad, ya que no puede lograrse la protección eficaz de dichos intereses generales abriendo más el mercado.

Podrían aun considerarse normas inconstitucionales si el interés general en el que se apoya no es absolutamente relevante.

¹⁸ STC 109/2003, de 5 de junio.

Tanto en la jurisprudencia nacional como en la comunitaria, el argumento que ha respaldado este tipo de medidas se encuentra precisamente en el razonamiento que subyace en el art 86.2 TFUE¹⁹; a través del cual se entiende que asegurar la viabilidad económica de las empresas que prestan el servicio se logra proporcionándoles ingresos monopolísticos a cambio de que asuman la prestación del servicio. Donde se busca determinar si realmente hay una forma menos restrictiva de garantizar la prestación del servicio a toda la población.

2.2. Derecho al trabajo

Dentro de los derechos laborales que puede tener el trabajador, encontramos el derecho al trabajo establecido en el art 35 CE, el cual trataremos en primer lugar, por considerarlo el más general, que puede dar pie a la habilitación específica del resto de derechos como, el derecho de libertad sindical, el derecho a huelga y el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo.

En este precepto se establece el deber y derecho al trabajo de todos los españoles, así como la promoción en el trabajo y una remuneración suficiente y digna; sin que en ningún caso pueda hacerse una discriminación por razón de sexo.

Este derecho presenta un doble aspecto:²⁰

Por un lado, el aspecto individual, en el que se concreta el derecho a todos a un determinado puesto de trabajo si reúnen los requisitos necesarios de capacitación y el derecho a tener un empleo estable, es decir, que no puedan ser despedidos si no existe justa causa.

¹⁹ Art. 86.2 TFUE: “Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho, o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión.”.

Consultado en: <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf> (Pág. 45).

²⁰ NOGUEIRA GUASTAVINO, M., “Artículo 35: el derecho al trabajo”, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (Dir. M. Rodríguez- Piñero y Bravo Ferrer t M.ª Emilia. E. Casas Baamonde), BOE, Madrid, 2018, págs. 1118.

En cambio, en su dimensión colectiva, se materializa en un mandato a los poderes públicos para que efectúen una política de pleno empleo y favorecer el mismo.

En el ámbito comunitario también se encuentra fijado en el art 15 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

El derecho al trabajo establecido en el artículo 35 de la CE, no implica que no se puedan poner límites o exigir unos concretos requisitos para desempeñar una determinada actividad profesional.

Muchas de las normas de nuestro ordenamiento ajustan, ordenan y limitan el ejercicio de profesiones y oficio exigiendo diversos requisitos. Tampoco esto quiere decir que pueda limitarse de cualquier manera, sino que las propias regulaciones tienen el límite, este es la protección de intereses generales y lograr el respeto debido al derecho al trabajo y a la libre elección de profesión.

Dentro de estos límites, el Tribunal Constitucional permite que los poderes públicos intervengan en el ejercicio de ciertas actividades profesionales al establecer pruebas selectivas para obtener la habilitación, autorización o licencia necesaria para llevar a cabo dicha actividad profesional.

Esta intervención puede variar dependiendo de la importancia constitucional de los intereses involucrados en su ejercicio.

Esta intervención no infringe el art 35 de la Constitución Española, ya que de este precepto no se infiere el derecho a ejercer cualquier actividad sino el derecho a elegir libremente profesión y oficio. Por tanto, la regulación de ciertas profesiones no se considera una limitación de este derecho.

Una limitación discutible en este ámbito es la obligatoriedad de adherirse a Colegios Profesionales para ejercer una determinada actividad, que a priori puede considerarse inconstitucional, por afectar a el derecho de libre elección y el derecho de asociación; por lo que realmente solo será constitucionalmente lícito cuando esté justificado por servir a un interés público.

Parecido a esta limitación serían las incompatibilidades de los empleados públicos. Pero en la STC 178/1989, de 2 de noviembre, se recuerda que la aplicación de este precepto en el ámbito de la función pública no puede hacerse de forma automática, no se está vulnerando este derecho porque el legislador establezca límites o requisitos para garantizar la consecución de objetivos fijados en la propia Constitución.

Se presume que el legislador, en el ámbito de la función pública, no va a imponer requisitos o condiciones que no respondan a los intereses públicos, a los que, con objetividad, ha de servir, como impone el art 103.1 de la CE, la Administración Pública en la que se encuadran los empleados públicos.²¹

2.2.1 Regulación

Este precepto en su segundo apartado establece la regulación de un Estatuto de los Trabajadores.

Este mandato se cumple mediante la promulgación del mismo en la Ley 8/1980, de 10 de marzo, regulando el concepto de trabajador asalariado en tres grandes bloques de materias: la relación individual de trabajo (Título I); la representación de los trabajadores en la empresa (Título II) y la negociación y convenios colectivos (Título III).

El texto refundido actual en vigor, el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, resultado de significativas reformas laborales, conserva los tres bloques originales.

Contiene algunas de las instituciones fundamentales del Derecho del Trabajo (aquellas que no requieren de ley orgánica). Sin embargo, no abarca todas ellas, ya que la legislación laboral se encuentra dispersa en varias normativas; aunque todas partes del concepto básico establecido en el Estatuto de los Trabajadores.

²¹ F.J. 8º, sentencia 178/1989, de 2 de noviembre.

2.2.2. Titularidad

El Tribunal Constitucional afirma que el concepto de trabajador por cuenta ajena y su regulación por la norma estatutaria a la que remite el artículo 35; no aparece expresamente definido en la Norma Suprema y no se halla, por tanto, constitucionalizado.

Por lo tanto, será el legislador estatal a quien le corresponde definirlo y articular un régimen jurídico estatutario al respecto.

Una vez que el legislador ha delimitado el concepto de trabajador asalariado, el ámbito subjetivo del Estatuto de los Trabajadores adquiere relevancia constitucional ya que determina el ámbito subjetivo de ciertos derechos de diferentes naturalezas reconocidos por la Constitución.

La doctrina mayoritaria considera que en el ordenamiento jurídico laboral existe una reserva de ley absoluta, en parte por la previsión general establecida por el art 53.1 pero además por la del art 35.2. donde el legislador, en respuesta de este mandato, incluyó en el artículo 3.2 del Estatuto de los Trabajadores que las disposiciones legales y reglamentarias se aplicarán con sujeción estricta al principio de jerarquía normativa; que las disposiciones reglamentarias podían desarrollar los preceptos que establecen las normas de rango superior; pero no podrán establecer condiciones distintas a las ya establecidas por las normas que van a desarrollar.²²

²² NOGUEIRA GUASTAVINO, M., “Artículo 35: el derecho al trabajo”, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (Dir. M. Rodríguez- Piñero y Bravo Ferrer t M.^a Emilia. E. Casas Baamonde), BOE, Madrid, 2018, págs. 1118.

De esta manera, el ET establecería una reserva material de ley que abarcaría todo el conjunto de derechos y obligaciones fundamentales de los trabajadores. El ámbito del reglamento se limitaría exclusivamente a la ejecución o complemento de las leyes.

2.2.3. Contenido: derecho a un empleo estable

Se refiere a el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedido si no existe justa causa.

Esto implica que el despido sea causal, ha de tener unos requisitos de forma y fondo, y se garantice su revisión judicial, conectando con el derecho a la tutela judicial efectiva.

Este derecho incluye elementos esenciales derivado de los Tratados Internacionales a los que se encuentra vinculado el legislador.

De todo lo anterior, concluimos , que la concepción del derecho del trabajo como un derecho fundamental, con un contenido mínimo ya determinado con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, permitirá argumentar que cuando la normativa laboral, establece la nulidad del despido en caso de violación de derechos fundamentales y libertades públicas, se refiere a todos los derechos fundamentales, independientemente de su posición en la Constitución o de si tienen acceso al recurso de amparo o no.

Esto implica que se requiere una motivación judicial reforzada cuando está en juego este derecho, ya que no solo informa la actuación de los poderes públicos, incluido el judicial, sino que también goza de una garantía adicional debido a su ubicación constitucional, como lo establece la reserva de ley y el respeto a su contenido esencial. (art 53.1 de la Constitución española).

3. DERECHOS FUNDAMENTALES ESPECIFICOS EN EL MARCO DE LAS RELACIONES LABORALES

3.1.La libertad sindical

3.1.1. Regulación

De una manera general, el reconocimiento de este derecho se produce a partir de la II Guerra Mundial alrededor de Europa.

Aunque nuestras Constituciones de 1869 y 1876 consagran en sus artículos 17 y 13 la libertad de asociación, no se trata de una regulación extensa ni específica. Que sólo se concretará en la Constitución Republicana de 1931, con su artículo 39, que atribuía a todos los españoles el derecho de asociarse o sindicarse libremente.

En nuestra Constitución actual, la libertad sindical aparece expresamente consagrada en el apartado 1º del artículo 28 de la Constitución Española. Que ha sido desarrollado por la LO 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical; cuya constitucionalidad ha sido demostrada y probada a través de la STC 98/85²³, en la que el TC desestima tres recursos previos de inconstitucionalidad promovidos por el Parlamento y el Gobierno Vasco, cuando aún solo era un proyecto de ley.²⁴

A pesar de que este precepto es considerado uno de los más precisos y técnicos de todo el Título I²⁵, por sí solo es insuficiente para concretar el verdadero significado de este derecho, sino que hay que hacer referencia a otros derechos ubicados en la Constitución para poder determinar de manera eficaz el alcance de este derecho; como el artículo 7, donde se exige democracia en la estructura interna y funcionamiento de los

²³ STC 98/85.

²⁵ VIDAL MARÍN, T., “La libertad sindical” en *Anuario Parlamento y Constitución*, núm. 4, 2000, pág.203.

sindicatos, el artículo 127.1 de la CE que prohíbe a jueces, magistrados y fiscales pertenecer a estos.

3.1.2. Titularidad

La libertad sindical se reconoce a todos; sin perjuicio de que algunos de los posibles sujetos como los funcionarios, puedan quedar sujetos a peculiaridades, y otros, como las Fuerzas Armadas y demás cuerpos bajo disciplina militar, puedan ver limitado el ejercicio de este derecho o quedar exceptuados del mismo.

Con el término “todos” al que se refiere este precepto, lo identificamos con los trabajadores por cuenta ajena, es decir, que se encuentran subordinados a un poder de dirección, con independencia de que la relación de servicios sea de naturaleza laboral o administrativa.

Esto parece excluir del ámbito de sujeción de este derecho a los trabajadores autónomos. Sin perjuicio, de que, en ciertos casos, el legislador pueda asimilarlos, de forma más o menos plena, a los trabajadores subordinados, como ocurre de manera limitada, en el caso de la libertad de afiliación a organizaciones sindicales preexistentes en el art 3.1 Ley Orgánica de Libertad Sindical con los trabajadores autónomos que no tengan trabajadores dependientes a su servicio.²⁶

Siguiendo el conflicto de si la titularidad solo pertenece a trabajadores por cuenta ajena, nos adentramos en la cuestión de si los empresarios gozan del ejercicio de la libertad sindical.

Aparentemente, el art 28.1 CE, como el resto de los derechos fundamentales reconocidos en la misma; han de ser interpretados de acuerdo con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que incluye dentro de los titulares de la libertad sindical a los empresarios.

²⁶ PÉREZ AMORÓS, F., *Normativa laboral*, editorial Bosch, S.A., 1986, pág. 36.

Siendo esto así, el concepto “todos” que se utiliza en este precepto, englobaría tanto a los trabajadores subordinados a los que ya nos hemos referido como a las entidades que los reciben.

En cambio, en la propia LOLS, se observa un régimen asimétrico puesto que sus disposiciones solo se aplican a la libertad sindical de trabajadores y funcionarios y sus organizaciones; mientras que el asociacionismo empresarial queda sujeto a reglas diferentes.

De hecho, en la Disposición Derogatoria de la Ley Orgánica de la Libertad Sindical, aunque derogó expresamente la Ley 19/1977, previó su permanencia en vigor en lo que respecta a las asociaciones profesionales y, en particular, a las asociaciones empresariales cuya libertad de sindicación se reconoce a efectos de lo dispuesto en el art 28.1 de la CE y de los convenios internacionales suscritos por España.

La jurisprudencia constitucional ha ido más allá de esta idea al configurar de manera separada la sindicación de los trabajadores y la libre asociación de los empresarios.

En la Sentencia del Tribunal Constitucional 52/1992²⁷, de 8 de abril, el Tribunal establece que la libertad sindical es solo aplicable a los trabajadores y sus organizaciones, sin que pueda incluirse también el asociacionismo empresarial, dado que es incompatible con la propia naturaleza del derecho de libertad sindical; por basarse este en la defensa y promoción del interés de los trabajadores.

Posteriormente otra sentencia del Tribunal Constitucional 75/1992²⁸, matiza el alcance real de este derecho con relación al asociacionismo empresarial.

Establece que las organizaciones empresariales no son equiparables a los sindicatos de los trabajadores. A pesar de que la Constitución les otorgue una relevancia análoga a ambos en su artículo 7, el asociacionismo empresarial no está protegido por el

²⁷ STC 52/1992, de 8 de abril.

²⁸ STC 75/1992.

derecho específico reconocido en el art 28.1 de la CE, que se refiere solo a sindicatos de trabajadores. No obstante, esto no significa que el tratamiento jurídico de las organizaciones empresariales no este condicionado por la Constitución. Por el contrario, la Constitución garantiza que su creación y funcionamiento sean libres, de acuerdo con el artículo 7; y lo hace al más alto nivel, si no es virtud de este artículo 28, sino en la aplicación de la libertad de asociación protegida en el artículo 22.

Por ello en virtud de estos artículos 7 y 22 de la Constitución, se garantiza a las organizaciones empresariales un ámbito de inmunidad frente a la actuación de los poderes públicos que se asemeja enormemente a las facultades organizativas de la libertad sindical de los trabajadores.

La aplicación del principio genérico de igualdad, y no discriminación exige que la intervención estatal de apoyo a las organizaciones empresariales más representativas se realice con precauciones similares a las que rodean la figura de representatividad sindical.

Sin embargo, hemos de destacar que la separación de las organizaciones empresariales del ámbito de la libertad sindical puede tener una relevancia significativa en lo que respecta a la tutela de sus expectativas en cuanto a la acción colectiva y, sobre todo, en el ámbito de la negociación.

Por otro lado, en lo referente en materia de extranjería, no se verán completamente excluidos los extranjeros en situación de ilegalidad, pero su sindicación quedará sujeta a peculiaridades o requisitos específicos.

De una manera más detallada, analizaremos la situación de los funcionarios públicos respecto de este derecho.

En primer lugar, las Fuerzas Armadas y cuerpos sujetos a disciplina militar; sufren limitaciones y exclusiones de este derecho.

Así mismo, los Magistrados, Jueces y Fiscales quedan excluidos por ministerios del art 127.1 CE (cfr. art. 1.4 LOLS); el cual establece que mientras estos sujetos se hallen en activo no podrán pertenecer a sindicatos.

Para algunos de estos sujetos, la ausencia de sindicación se podría ver equilibrada por la posibilidad de ejercer el derecho de libre asociación profesional, el cual se mantiene independiente del derecho analizado.

Hablamos del caso de Magistrados, Jueces y Fiscales según el artículo 401 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Un cuerpo sujeto a disciplina militar también es la Guardia Civil; y a pesar de contener ese régimen militar se ha utilizado la misma línea de razonamiento y se les permite este derecho de asociación profesional pero no puede ser ejercido sin tener en cuenta el principio de neutralidad.

Sin embargo, los militares propiamente dichos, quedan excluidos tanto de la libertad sindical como de la posibilidad de asociarse con fines profesionales.

Esta completa exclusión total de los cuerpos sometidos a disciplina militar ha sido objeto de críticas por parte del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, que interpreta que, dentro del marco del Convenio Europeo de Derecho Humanos, los principios de jerarquía y neutralidad pueden justificar limitaciones o restricciones, pero no la prohibición absoluta de la sindicación.

En lo referente a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado no sujetos a disciplina militar, como es el cuerpo de Policía. Este cuerpo está sujeto a limitaciones en el ejercicio de la libertad sindical; además se establece en el art 1.5 de la LOLS que el desarrollo de esta limitación se regirá por su normativa específica, dado el carácter armado y la organización jerarquizada.

En este caso se encuentra regulado en la LO 9/2015, de Régimen de Personal de la Policía Nacional; en su artículo 91; el cual establece como límites el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución; y además constituyen, límites, en la medida en que puedan ser vulnerados por dicho ejercicio, los principios básicos de actuación del art 5 de la LO 2/1986, de 13 de marzo.

La conexión de estos grupos con lo que podríamos denominar el fundamento central de la autoridad estatal o la base fundamental de la soberanía estatal; implica la necesidad de mantenerlos “impermeabilizados” frente a las opciones ideológicas presentes en la sociedad. La exclusión o limitaciones de la libertad se convierten así en instrumentos para preservar su independencia y neutralidad.

Esta misma idea se ha utilizado para analizar la constitucionalidad de la DA 3º LOLS, que restringe las facultades de acción sindical de los trabajadores o funcionarios ordinarios que prestan sus servicios en el interior de establecimientos militares.

En la STC 101/1991²⁹, se sigue esa línea de fundamentación en el principio de neutralidad, que al igual que otros particulares rasgos organizativos de la institución militar, también se encuentra su justificación en los fines que se fijan a las Fuerzas Armadas en el artículo 8 de la Constitución.

3.1.3. Contenido de la libertad sindical

Del artículo 28.1 de la Constitución Española se desprende únicamente aspectos organizativos de la libertad sindical, desde el punto individual, como es el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección o no afiliarse a ninguno; como desde el punto de vista colectivo en el que se establece el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas.

Se plantea entonces el alcance de la autonomía organizativa de los sindicatos; este derecho garantiza a los sindicatos un espacio de libertad frente a cualquier injerencia o intromisión por parte del Estado en su actividad organizativa. Sin embargo, esto no excluye toda intervención de los entes públicos.

Se exige una democracia interna en los sindicatos, señalada en el artículo 7 de la Constitución. Esto se materializa en una política de mínima intervención en la autonomía organizativa de los sindicatos. A estos se les concede la libertad para configurar democráticamente su modelo de funcionamiento a través de la redacción de sus estatutos

²⁹ Cfr. Sentencia 101/1991.

y normas internas. Además, generalmente se sostiene que la interpretación de estos documentos recae en la jurisdicción ordinaria.

Pero la libertad sindical no se agota en sus aspectos organizativos. El derecho constitucional a la libertad sindical abarca no solo el derecho de los individuos a fundar sindicatos y afiliarse a ellos, sino también el derecho a que los sindicatos fundados, y aquellos a los que se han afiliado, cumplan las funciones que se esperan de ellos. En consecuencia, se entiende que el derecho reconocido en el art 28 CE implica que las organizaciones sindicales creadas libremente desempeñen el papel y las funciones del art 7 de la Constitución les atribuye a los sindicatos de los trabajadores, participando así en la defensa y protección de los intereses de los trabajadores.³⁰

Es cierto que a medida que pasa el tiempo se produce una expansión del contenido esencial de la libertad sindical.

Esta expansión inicialmente se refiere a derecho de acción cuya conexión con la libertad sindical es evidente, como son las manifestaciones relacionadas con la exteriorización de los conflictos colectivos. Nos referimos a la huelga, la incoación de procedimientos judiciales, pues carecería de sentido que quien puede defender los intereses de los trabajadores mediante la negociación o la huelga no pudiese hacerlo mediante la utilización de los procedimientos legalmente previstos para la solución pacífica de conflictos colectivos.

Debido a este fenómeno expansivo del contenido de la libertad sindical, la jurisprudencia constitucional ha comenzado a diferenciar entre contenido esencial y contenido adicional. De modo que los actos contrarios a este contenido adicional pudiesen también ser susceptibles de infringir el art 28.1 CE. Este contenido adicional es de creación infra constitucional, y deben ser ejercitados en el marco de su regulación, pudiendo incluso ser alterados o suprimidos por la norma legal o convencional que los establezca.

³⁰ GOERLICH PESET, J.M., “Artículo 28: la libertad sindical”, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (Dir. M. Rodríguez- Piñero y Bravo Ferrer t M.^a Emilia. E. Casas Baamonde), BOE, Madrid, 2018, pág. 1017.

Sin embargo, aunque tengan origen infra constitucional, forman parte del contenido constitucional del derecho y merecen la protección legal y constitucional de dicha libertad.

Un problema que surge a partir de la expansión del contenido de la libertad sindical más allá de los aspectos organizativos entra en él otros derechos constitucionales, como es la negociación y procedimientos de conflicto colectivo, cuya ubicación en el art 37 habría de suponer, que no tiene acceso al recurso de amparo. Por ello, desde un primer momento el TC ha hecho hincapié en que no todas las facultades incluidas en el contenido adicional podrán tener la protección de las facultades que integran el contenido esencial.

No se puede entender la constitucionalización de todos y cada una de las facultades que corresponden al sindicato, sino que se limita fundamentalmente al acceso efectivo a la contratación colectiva, para impedir que los poderes públicos y el empresario rechacen su participación en un proceso de contratación colectiva, estando el sindicato legitimado para ello.

Sin embargo, el TC también defiende la interpretación conjunta de los artículos 7, 28 y 37 de nuestra norma fundamental, lo que demuestra también la falta de una adecuada sistematización de dichos derechos en nuestra ley fundamental, así como el concreto análisis que se ha de realizar a la hora de determinar si se trata de un contenido lo suficientemente unido a la libertad sindical como para otorgarle su protección y garantías reforzadas.³¹

a) Aspecto colectivo de la libertad sindical

Dentro de nuestro sistema de relaciones laborales coexisten diferentes organizaciones que asumen las tareas de defensa de los intereses de los trabajadores, a las cuales se les asignan legalmente competencias generalmente similares. Los sindicatos coexisten con los órganos de representación unitaria.

³¹ STC 37/1983, de 11 de mayo.

En primer lugar, la doctrina constitucional reserva la aplicación del art 28.1 CE a los sindicatos strictu sensu. Con esto, se descartan las acciones materialmente sindicales que desarrollan los órganos de representación unitaria queden amparadas por la libertad sindical.

Los órganos de representación de los trabajadores no tienen reconocimiento constitucional, sino que son creación de la Ley y poseen solo una indirecta relación con el art 129.2 CE; en el que se establece que los poderes públicos promoverán la participación en la empresa. Y establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción. En consecuencia, su creación y regulación son desarrollo de este último precepto y no del art 28.1 CE.

Como resultado inmediato de lo anterior, se desprende que las cuestiones relacionadas con la correcta aplicación de los criterios desarrollados en relación con las facultades de acción sindical, negociación o conflicto colectivo, cuando son protagonizadas por los órganos de representación unitaria, adquieren trascendencia constitucional. Ya que se establecen fuertes elementos de conexión entre ambas formas de representación; y se hace un entendimiento funcional del derecho de libertad sindical, que reparara en las acciones ejercitadas y no tanto o de manera tan estricta en la organización estrictamente que las desarrollaba. Es decir, que la actividad de los representantes unitarios, cuando se encuentren afiliados a un sindicato, puede tener consecuencias desde la perspectiva del art 28.1 CE.

Pero ello no quiere decir que, este derecho o libertad de fundar sindicatos, que son creados para la defensa de intereses generales de los trabajadores pueda ser utilizado por todos, es decir, que pueda crearse sindicatos por desempleados y jubilados, o el caso de autónomos. Esto no puede ser porque la actividad de los sindicatos se justifica directamente con la actividad que desempeñan frente al empresario; cuyo objeto se vería desnaturalizado si colectivos como los desempleados o los autónomos tuviesen acceso a

la libertad sindical³². Por ello dice el TC que estos colectivos han de buscar su defensa en asociaciones no sindicales.³³

b) Tutela de las conductas individuales de significación sindical

Nos enfrentamos al problema que supone la tutela de trabajadores individuales de los que no consta afiliación sindical pero que desarrollan actividades que materialmente pueden ser consideradas sindicales.

Existen pronunciamientos que hacen hincapié en la necesidad de incluir en el ámbito del derecho fundamental estas conductas individuales materialmente sindicales por su conexión a aspectos vinculados a la libertad sindical.

Este derecho no debería ser entendido como excluyente de su titularidad a los trabajadores no afiliados puesto que cuando una actividad de un sindicato tiene proyección externa y se dirige a todos los trabajadores, afiliados y no afiliados, el derecho constitucional de libertad sindical debe proteger a todos los trabajadores que participen en esa actividad, o proteger a todos los trabajadores sobre los que se proyecte las consecuencias de esa actividad externa.

3.1.4. Igualdad sindical y los sindicatos con mayor representatividad

La idea de representación sindical implica la implementación de medidas específicas para fomentar la presencia sindical mediante la asignación de facultades adicionales de acción sindicales a las organizaciones sindicales con una base amplia y una estructuración organizativa sólida. Así, el concepto de representatividad se vincula

³² GIMENO SENDRA, V., TORRES DEL MORAL, A., MORENILLA ALLARD, P., DIAZ MARTINEZ, M., *Los Derechos Fundamentales y su Protección Jurisdiccional*, COLEX, 1ª edición., 2007, pág. 215-216.

³³ STC 98/1985, de 29 de julio.

con la importancia constitucional de las organizaciones sindicales como portavoces de intereses sociales y económicos, según lo establecido en el artículo 7 de la Constitución.

La institución de representatividad plantea problemas desde el punto de vista de la integridad de la libertad sindical. No se cuestiona la promoción de las organizaciones sindicales, sino que cuando estas son selectivas, rompen la igualdad entre los sindicatos. Esta ruptura de la igualdad puede ser contraria al artículo 14, e incluso también al propio artículo 28.1 de la Constitución, puesto que el favorecimiento injustificado de unas organizaciones podría favorecer la afiliación a unas o restringir las competencias de otras.

De hecho, si atendemos al texto fundación de la OIT y su Convenio 87 que hablan de las organizaciones más representativas; ni las resoluciones de su Comité de Libertad Sindical ni la jurisprudencia del TEDH nos explican la necesidad de estas prerrogativas ni el criterio objetivamente utilizado.

Ante eso el Tribunal Europeo requiere que dicha desigualdad de trato entre los sindicatos más representativos y los que carecen de ella tengan una justificación objetiva y razonable.³⁴

Más concretamente, atendiendo a nuestra propia regulación y jurisprudencia, observamos que el reconocimiento se encuentra en conflicto con el principio de libertad sindical e igualdad de trato de los sindicatos derivado del artículo 28.1 CE. Sin embargo, este conflicto incide en otro principio, el de promoción del hecho sindical, que enlaza con el art 7 de la Constitución y sería obstaculizado por una defensa a ultranza de del primero.

Dado que una defensa extrema de la libertad sindical podría perjudicar la eficaz defensa de los intereses de los trabajadores, que se vería afectada por una atomización sindical. Por ello la declaración contenida en el artículo 6.1 de la LOLS no puede ser cuestionada. El TC sostiene que la representatividad sindical confiere una posición jurídica singular, a pesar de la tensión entre los principios mencionados que plantea un problema de límites.

³⁴ STEDH de 27 de octubre de 1975, caso del Sindicato Nacional de Policía Belga, y de 6 de febrero de 1976, caso del Sindicato Sueco de Conductores de Locomotoras.

Para ponderar que esta representatividad y sus prerrogativas propias no son contrarias a derecho hemos de tener en cuenta.

Por un lado, el modo de alcanzar tal condición de sindicato más representativo. Estos requisitos han de tener un carácter objetivo y no poseer elementos de parcialidad o abuso. Consideramos que los artículos 6 y 7 de la LOLS³⁵ si cumplen tales requisitos. Los órganos de control y cómputo de los resultados electorales no pueden depender de los propios sindicatos más representativos.

El segundo problema que se discute es la legitimidad de la asignación de diferentes prerrogativas a las organizaciones sindicales, en función de su representatividad.

La jurisprudencia constitucional llega a la conclusión de que las organizaciones más representativas tienen la capacidad de realizar un cúmulo de funciones adicionales que las organizaciones que no tienen tal condición no podrían desarrollar. Por ello, podría

³⁵ Artículo sexto:

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

2. Tendrán la consideración de sindicatos más representativos a nivel estatal:

a) Los que acrediten una especial audiencia, expresada en la obtención, en dicho ámbito del 10 por 100 o más del total de delegados de personal de los miembros de los comités de empresa y de los correspondientes órganos de las Administraciones públicas.

b) Los sindicatos o entes sindicales, afiliados, federados o confederados a una organización sindical de ámbito estatal que tenga la consideración de más representativa de acuerdo con lo previsto en la letra a).

3. Las organizaciones que tengan la consideración de sindicato más representativo según el número anterior, gozarán de capacidad representativa a todos los niveles territoriales y funcionales para:

a) Ostentar representación institucional ante las Administraciones públicas u otras entidades y organismos de carácter estatal o de Comunidad Autónoma que la tenga prevista.

b) La negociación colectiva, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores.

c) Participar como interlocutores en la determinación de las condiciones de trabajo en las Administraciones públicas a través de los oportunos procedimientos de consulta o negociación.

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

e) Promover elecciones para delegados de personal y comités de empresa y órganos correspondientes de las Administraciones públicas.

f) Obtener cesiones temporales del uso de inmuebles patrimoniales públicos en los términos que se establezcan legalmente.

g) Cualquier otra función representativa que se establezca. ”.

justificarse la asignación diferenciada del apoyo económico, con la idea de que se les atribuyen especiales funciones a los sindicatos más representativos.

No obstante, es fundamental subrayar una posición crucial en el ámbito de las facultades de actuación, la diferenciación solo es legítima cuando está vinculada al contenido adicional de la libertad sindical.

El tribunal Constitucional ha señalado que lo esencial debe ser disfrutado de manera equitativa por todos los sindicatos, mientras que lo adicional, con el propósito de fomentar el hecho sindical al permitir el acceso a ventajas que no serían posibles sin la intervención legislativa, permite en mayor medida la implementación de políticas selectivas.

3.1.5. Conexión entre la libertad sindical y otros derechos fundamentales

Resulta imperativo examinar detenidamente una circunstancia específica, las conexiones entre la libertad sindical y otros derechos fundamentales, ya que a través de estas conexiones han surgido garantías adicionales para la libertad sindical.

En primer lugar, es crucial recordar el papel desempeñado por la prohibición de discriminación en relación con la integridad de los derechos fundamentales. Esta conexión cobra especial importancia al presentarse como una garantía particular efectiva del ejercicio de la libertad sindical, especialmente en sus aspectos individuales.

Tal es la relevancia de esta conexión que la jurisprudencia ha desarrollado una institución específica, denominada “garantía de indemnidad” (STC 87/1998, de 21 de abril)³⁶; que prohíbe cualquier diferencia de trato por razón de afiliación sindical de los trabajadores y sus representantes, en relación con el resto de los trabajadores.

Esto se fundamenta en que dentro del contenido del derecho de libertad sindical reconocido en el artículo 28 se encuadra el derecho del trabajador a no sufrir, por razón

³⁶ Cfr. Sentencia 87/1998, de 21 de abril.

de su actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa.

Este principio no solo aborda las represalias directas empresariales mediante despido o sanciones, sino también las diferencias de trato injustificadas en materia salarial o en cualquier aspecto de las condiciones laborales.

Hay que destacar también la conexión establecida entre el artículo 28.1 CE y los derechos vinculados a la intimidad.

Una manifestación de esta conexión es que no cabe obligar a representantes sindicales a suministrar datos al respecto. Y, sobre todo, que la información sindical al alcance de la empresa solo puede ser utilizada con los fines para los que ha sido recabada.

Un ejemplo es la STC 11/1998, de 13 de enero³⁷; cuyo pronunciamiento impide o prohíbe que la información sindical sea utilizada para la recaudación de las cuotas a efectos de proceder a los descuentos por huelga.

Por último, cabe referirse a las relaciones que se han establecido entre la libertad sindical y las libertades de expresión e información. Esta conexión es particularmente evidente desde el momento en el que el ejercicio de estas libertades por los representantes forma parte de la propia libertad sindical y que explicaremos más detenidamente con un caso real al final del trabajo.

3.2.El derecho de huelga

Por otro lado, en el artículo 28.2 de la Constitución Española se reconoce el derecho de huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses.

Hemos de señalar al igual que en el anterior derecho, ambos están regulados en este artículo 28, que como se dice coloquialmente, pertenece al núcleo duro de la Constitución, por tratarse de un derecho fundamental, localizándose en la Sección

³⁷ STC 11/1998, de 13 de enero.

Primera, Capítulo II del Título I de esta norma suprema. Teniendo en cuenta que esta condición de derecho fundamental trae consigo una reforzada tutela jurisdiccional, así como unas garantías concretas a las que nos referiremos de manera más precisa en los siguientes epígrafes.

De todo lo anterior se desprende que este derecho es indispensable para que los derechos de los trabajadores se aproximen a una situación de mayor equilibrio respecto de la situación del empresario. Esta idea sigue el concepto de Estado social y democrático establecido en el artículo 1 de la Constitución; habilitando así unos medios de defensa de los intereses de grupos más dependientes como pueden ser los trabajadores frente a los empresarios.

3.2.1. Regulación

En cuanto a su regulación, hemos de resaltar que esta se concentra fundamentalmente en el Real Decreto Ley sobre Relaciones de Trabajo 17/1977(RDLRT); esta norma de rango legal fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad resuelto por el TC en la STC 11/1981, la cual acompaña y complementa a este decreto; de manera que permite su correcta interpretación y aplicación en la práctica.

Pero se trata de una escasa regulación, y es necesario un ulterior desarrollo por el legislador, siendo necesaria una ley postconstitucional que aclare y desarrolle dicha regulación, siendo este Real Decreto ininteligible e inaplicable si no se acompaña con la STC 11/1981.

Por ello se dice que la jurisprudencia constitucional ha suplido la inactividad del legislador a la que se hace referencia.

3.2.2. *Titularidad*

Remitiéndonos concretamente al artículo 28 de la Constitución, se señala de manera general que va dirigido a los “trabajadores”.

Dejando una laguna a la hora de concretar si se refiere de una manera general a los trabajadores o solamente a los trabajadores por cuenta ajena concretamente. Tanto doctrina como jurisprudencia concuerdan en que está haciendo referencia a los trabajadores por cuenta ajena, siendo solo aplicable a personas que prestan en favor de otro un trabajo retribuido, sometidos a los poderes de orden y distribución de sus contratadores.

Además, en la Ley Orgánica 4/2000 en su artículo 11, también se extiende su titularidad a los extranjeros, pudiendo estos ejercerlo de la misma manera que los nacionales, ya que se considera que este derecho corresponde a toda persona, al igual que el derecho de libertad sindical.

Por otro lado, analizamos uno de los casos más controvertidos, que es el caso de los funcionarios públicos, que también lo ha sido en el derecho a la libertad sindical como hemos estudiado anteriormente.

En este particular caso, la misma STC 11/1981³⁸ señaló que “el eventual derecho de huelga de los funcionarios públicos no está regulado, y, por consiguiente, tampoco prohibido por el Real Decreto ley sobre relaciones de trabajo.” A pesar de no hallarse incluidos expresamente en esta norma, se les ha aplicado de igual manera.

Además, esta sentencia reinterpretó el alcance del entonces artículo 221.1. Código Penal, afirmando que no se penalizan todas las huelgas de los funcionarios públicos, sino únicamente las que pretende alterar el orden jurídico o político del Estado.

³⁸ STC 11/1981.

Otra manifestación de esta línea de pensamiento viene reflejada en el Estatuto Marco del Personal Estatutario de Servicios de Salud, en su artículo 18.c), se garantiza el derecho de huelga siempre que se mantengan los servicios esenciales que sean necesarios para la atención sanitaria de la población.³⁹

Sin embargo, encontramos un sector de funcionarios públicos que se encuentran excluidos de este derecho de huelga. En primer lugar, los militares están privados del ejercicio del derecho de huelga, y análogamente los miembros de la Guardia Civil según su artículo 13 de la LO 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de derecho y deberes de los miembros de la Guardia Civil.⁴⁰

También el TEDH se pronuncia sobre estas restricciones al derecho de huelga para los miembros de los cuerpos policiales, en este presente caso, los miembros de la Ertzaintza⁴¹

Según su dictamen, esta prohibición no es contraria ni a la Carta Social ni a la jurisprudencia. Para el Tribunal de Estrasburgo cabe imponer restricciones a los tres colectivos de personas citados por el artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; los miembros de las Fuerzas Armadas, de la Policía o de la Administración del Estado.

³⁹ Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de Servicio de Salud.

⁴⁰ Artículo 13 de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de Derechos y Deberes de los Miembros de la Guardia Civil.

⁴¹ STEDH 45892/2009, de 21 de abril del 2015.

3.2.3. *Contenido*

El ejercicio del derecho de huelga puede concebirse como “la cesación de la prestación de servicios” según el artículo 7.1. RDLRT.⁴² Es decir, consiste en la “cesación de prestación de servicios y sin ocupación por los trabajadores huelguistas del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias.”

Durante la huelga, el trabajador permanece en una situación de “alta especial” en la Seguridad Social, suspendiéndose la obligación de cotización por ambas partes, tanto del empresario como del trabajador. (arts. 166.7 LGSS y 6.3 RDLRT).

La STC 259/2007⁴³; aclara que el objeto de las huelgas puede consistir en la reivindicación de mejoras en las condiciones económicas, o, en general, en las condiciones de trabajo, y puede suponer también una protesta con repercusión en otras esferas o ámbitos. Argumentan 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.

Por otro lado, en la legislación se regula de manera muy concreta lo que se llaman huelgas “contra convenio”, es decir, las huelgas ilegales, definidas en el artículo 11 RDLRT como “huelgas cuyo objeto es alterar, dentro de su periodo de vigencia, lo pactado en un convenio colectivo o lo establecido por laudo. Se consideran ilegales también aquellas huelgas que no han seguido el procedimiento legal o convencional o en la que no se asegura el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.”

Teniendo en cuenta lo anterior, podríamos preguntarnos realmente que eficacia tiene una huelga si no puede pretender tan siquiera cambiar lo acordado en el

⁴² Arts.7 y 11 Real Decreto ley sobre Relaciones de Trabajo.

⁴³ STC 259/2007.

convenio vigente; pero la STC 11/1981⁴⁴ nos da una buena interpretación a esa cuestión.

De la sentencia anterior inferimos que si cabe una huelga durante el periodo de vigencia de un convenio colectivo cuando la finalidad de la huelga no sea estrictamente la de alterar el convenio, como puede ser exigir una reivindicación que no implique la modificación del convenio; o por otro lado, también cabe una huelga que reclame una determinada interpretación del convenio, distinta a la adoptada por la otra parte; cuando el convenio se haya incumplido por la parte empresarial o cuando se haya producido un cambio absoluto y radical de las circunstancias , que permitan aplicar la llamadas clausula *rebus sic stantibus*.

Un aspecto importante que regular en el derecho de huelga se encuentra establecido en el artículo 6.1. RDLRT. Se trata de que el derecho de huelga no puede dar lugar a la extinción de la relación de trabajo ni a sanción alguna. En consecuencia, estas sanciones o despidos serán nulos.

Únicamente serán admisibles las sanciones que sean consecuencia de la vulneración de los servicios mínimos. En todo caso, la sanción requiere una conducta de especial gravedad y culpabilidad, reflejando así una participación activa en la huelga ilegal que justifique tal sanción.

a. Facultades individuales y colectivas del derecho de huelga

Tradicionalmente se concibe el derecho de huelga como un derecho de titularidad individual, pero con la peculiaridad de que su ejercicio es colectivo.

Ya la STC 11/1981⁴⁵ declara que el derecho de huelga, si bien es atribuido a los trabajadores *uti singuli*, requiere necesariamente para su ejercicio la cooperación entre los trabajadores, es decir “la concurrencia de una pluralidad y actos de ejercicio y de

⁴⁴ STC 11/1981.

⁴⁵ Ibid.

participación colectiva necesaria para que el acto sea reconocible como ejercicio de huelga”.

Pero esta sentencia no es solo relevante por señalar esa titularidad individual y ejercicio colectivo, sino que también señala o establece algunas de las facultades contenidas en el derecho de huelga como puede ser la convocatoria, publicidad, negociación entre otras.

En relación con la sentencia, surge un debate en si la titularidad de este derecho es atribuida o no a los sindicatos y demás representación de trabajadores también.

Y en la sentencia se interpreta el artículo 3 de la RDLT; que establece que los facultados para acordar la declaración de huelga son los trabajadores, a través de sus representantes; o directamente los propios trabajadores del centro de trabajo.

Entonces la sentencia quiere también aclarar este punto, y destacar que la titularidad del derecho de huelga no es sindical ni tampoco de cualquier otra representación de los trabajadores reconocida por la ley; sino que es una titularidad individual como hemos dicho anteriormente, propia únicamente de los trabajadores, pero que se ejercita de manera colectiva y concertadamente a través de ya sea los sindicatos, asambleas de trabajadores, o representantes. Ya que, utilizando el sentido común, no es posible una huelga convocada por un único trabajador.

Un ejemplo práctico que demuestra el porqué de que la titularidad sea individual pero el ejercicio colectivo viene expresado en los artículos 2 RDLRT y 8.1 RDLRT.

Pues en el artículo 2 RDLRT⁴⁶ se establece como nulos los pactos que establezcan en contratos individuales la renuncia o cualquier restricción al derecho de huelga.

⁴⁶ Artículo 2.1 Real Decreto ley sobre Relaciones de Trabajo.

Pero, sin embargo, el artículo 8.1. RDLRT⁴⁷ prevé que en los convenios colectivos si se puedan pactar renunciaciones, durante su vigencia, al ejercicio del derecho de huelga.

Cosa que como hemos visto anteriormente no se permite al trabajador individualmente considerado, pero si se permite a los sujetos que negocian estos convenios colectivos, como son los sindicatos o representantes de trabajadores. Pues la situación de desequilibrio entre una situación y otra no es la misma.

3.2.4. *Límites del derecho de huelga*

Los límites que tiene nuestro derecho de huelga se encuentran en el propio texto constitucional, concretamente en el artículo 28.2 CE, que establece que la ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías necesarias para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.

La jurisprudencia ha limitado estos posibles límites, interpretando que el criterio a seguir para crear estos límites ha de ser el de mayor amplitud para el derecho y la restricción del límite que se imponga a los estrictamente necesario.

En algunas de sus resoluciones el propio Tribunal Constitucional⁴⁸, señala que los límites nunca podrán rebasar el contenido esencial del propio derecho de huelga, y que por servicios esenciales se refiere a los intereses conectados con derechos fundamentales, libertades públicas y bienes constitucionalmente protegidos.

Por tanto, solo en los casos en que la satisfacción de esos intereses exija el mantenimiento de un servicio esencial, es admisible la restricción o límite del derecho de huelga, solo en la proporción necesaria para poder mantener y proteger esos intereses.

⁴⁷ Artículo 8.1 Real Decreto ley sobre Relaciones de Trabajo: “Los convenios colectivos podrán establecer normas complementarias relacionadas con los procedimientos de solución de los conflictos que den origen a la huelga, así como la renuncia, durante su vigencia, al ejercicio de tal derecho.”

⁴⁸ STC 183,184,191 y 193/2006.

Pues a pesar de que la huelga es un derecho de hacer presión sobre el empresario, no es ni debe ser en momento alguno, una vía para producir daños o deterioros en los bienes de capital.

Para poder entender toda esta regulación tan teórica podemos analizar un supuesto de huelga con extralimitaciones de una parte y de otra en la STC 80/2005 de 4 de abril.⁴⁹

Puesto que en una huelga se pueden producir extralimitación por parte de los trabajadores pudiendo dar lugar a una huelga ilegal y una vulneración de los derechos del empresario. O, por otro lado, que sea la parte empresarial la que limite de manera exagerada el derecho de huelga de los trabajadores como es el presente caso.

En el presente caso, se produce una extralimitación empresarial, cuando el empresario se aprovecha de que es imprescindible la protección de los servicios esenciales, selecciona servicios y puestos que tienen que ser mantenidos con ese pretexto, siendo estos puestos totalmente ajenos a mantener la seguridad y mantenimiento de la empresa, con la finalidad de no alterar, en la medida de lo posible, el funcionamiento normal de la propia empresa, haciendo posible el contacto con los clientes, la recepción de pedidos y acceso normal a todas las instalaciones.

Esto se evidencia cuando los trabajadores seleccionados realizan las labores que normalmente prestan en su puesto de trabajo, manifestando así la mala fe empresarial al privarles del verdadero derecho de huelga, seleccionándoles para trabajar como cualquier otro día normal.

Esto es considerado por el Tribunal Constitucional como constitucionalmente inadmisibles, pues supone según la propia sentencia “ situar al derecho de huelga y al derecho del trabajo en idéntico plano de protección constitucional, que aunque resulte conforme a nuestra CE que el ejercicio de huelga pueda verse limitado a fin de que el trabajo pueda reanudarse sin dificultad tan pronto como finalice la huelga, pero eso no quiere decir que el derecho de huelga pueda restringirse o eliminarse con el objeto de mantener la actividad productiva”, es un claro abuso.

⁴⁹ STC 80/2005, de 4 de abril.

3.3.Derecho a la negociación colectiva

3.3.1. Regulación

No es hasta la tercera generación del constitucionalismo del siglo XX, tras la caída de los regímenes totalitarios de naturaleza fascista, que se comienza a incorporar en los textos constitucionales la negociación colectiva.

Se concibe ya este derecho con sustantividad propia y no solo asociado a las manifestaciones de los derechos de los sindicatos y asociaciones.

Concretamente en nuestro texto constitucional se localiza en el artículo 37.1 CE⁵⁰, según el cual la ley deberá garantizar este derecho entre los representantes de trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios colectivos.

Pero además de ser considerado un derecho fundamental por su relevancia constitucional y con la protección y garantías que eso conlleva, hemos de destacar que su contenido también se integra en el contenido esencial de la libertad sindical.

Por otra parte, se dedica todo el Título III del Estatuto de los Trabajadores a la negociación colectiva y a los convenios colectivos; ya que estos últimos son el resultado de la negociación desarrollada por los representantes de los trabajadores y empresarios; es decir, un acuerdo libremente adoptado entre estos dos sujetos como consecuencia de su autonomía colectiva.⁵¹

⁵⁰ Art. 37.1. CE: “La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios.”

⁵¹ Artículo 82.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Además, también se encuentra protegido este derecho a través del artículo 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.⁵²

3.3.2. *Titularidad*

Este aspecto de la negociación colectiva es un tanto complejo. Primeramente, haremos referencia al artículo 87 del Estatuto de los Trabajadores, el cual utilizando el término “técnico- jurídico” de legitimación, delimita quienes son las personas que pueden llevar a cabo las negociaciones, y en su caso, concluir los convenios colectivos correspondientes.

Según este artículo encontramos por un lado legitimados a las organizaciones sindicales, pero también se encuentran legitimados para los convenios de empresa y de ámbito inferior el comité de empresa, los delegados de personal.

Y de acuerdo con lo anterior, para comprender el alcance de la titularidad de este derecho y su protección correspondiente, hemos de diferenciar entre las representaciones unitarias y las sindicales.

Pues hemos de recalcar que las representaciones unitarias quedan fuera de la protección típica de los derechos fundamentales, pues no presentan conexión alguna con el artículo 28.1. CE. Y por tanto este derecho de negociación colectiva del que son titulares no se encuentra ligado con el contenido esencial de la libertad sindical; quedando reducido este derecho a su protección ordinaria, sin poder acceder a las garantías propias de los derechos fundamentales, a las que ya hemos hecho referencia anteriormente.⁵³

⁵² Artículo 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE: “Los trabajadores y empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho de la Unión, y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga.”

⁵³ STC 73/1984, de 27 de marzo; 165/1986, de 19 de diciembre.

El propio TC precisa que “el papel reservado al sindicato por los artículos 7 y 28.1. CE no puede ser predicado del comité de empresa que, en tanto en cuanto la ley atribuya el papel de representante a que se refiere el artículo 37.1 CE, podrá ver vulnerado su derecho a la negociación, pero no el de la libertad sindical, pues ésta no alcanza a cubrir constitucionalmente la actividad del comité.”⁵⁴

3.3.3. Contenido

Los postulados de libertad e igualdad de forma dictados desde el liberalismo no tardaron en poner de manifiesto la disparidad de fuerzas existentes entre ambos sujetos de la relación de trabajo, que se veía potenciada por una creciente demanda de empleo. Ante esta situación comienza a surgir la necesidad de crear un método de contratación que fijara las mismas condiciones para todos los trabajadores.⁵⁵ A esta necesidad le acompañan las cuestiones de como determinar con quienes unirse, a que efectos y que cuestiones serían objeto de regulación y negociación por tal colectividad.

Concibiendo esta unidad de negociación como un espacio común donde coinciden el empresario y el sindicato para la regulación de las condiciones de trabajo.⁵⁶

Pero además de esta capacidad de negociación de las condiciones de trabajo, este derecho a la negociación colectiva consagrado en la Carta Magna, también se establece la fuerza vinculante que han de tener los convenios resultantes de la correspondiente negociación.

Por ello, con carácter general estos pactos son considerados auténticas normas jurídicas incluyéndose dentro de las fuentes del derecho laboral según el principio de unidad de ordenamiento jurídico.⁵⁷

⁵⁴ STC 37 y 118/1983, de 11 de mayo y de 13 de diciembre.

⁵⁵ WEBB, S., *Historia del sindicalismo 1666-1920*, MTSS, 1990, pág. 57.

⁵⁶ WINDMULLER, J., *Nueva consideración de la negociación colectiva en los planes industrializados*, Ministerio de trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989, pág. 137.

⁵⁷ STC 151/1994, de 23 de mayo.

Tienen por tanto fuerza plena, “erga omnes”, pues se aplican a los trabajadores y empresarios que queden comprendidos dentro de su radio de actuación. Se impone dentro de las relaciones individuales de trabajo sin necesidad de técnicas de auxilio o mecanismos adicionales, sino que son cláusulas de aplicación directa pactadas entre empleado y empresario.

Manteniendo esa fuerza y eficacia hasta que no sean sustituidas por otra norma, legal o convencional.

3.3.4. Límites al derecho de negociación colectiva en los funcionarios públicos

Al igual que ocurre con la libertad sindical en el ámbito de los funcionarios, observamos que en el ámbito de la negociación colectiva se producen de manera análoga otros límites en su ejercicio por parte de los funcionarios públicos.

Se produce también un ligero debate jurisprudencial cuestionando si la negociación colectiva de los funcionarios forma parte del derecho fundamental de la libertad sindical o no. A pesar de las diversas opiniones, en una mayoría se reconoce que, si tienen una conexión entre ellos, pero se destaca por otro lado que la titularidad de la libertad sindical no tiene como consecuencia necesaria el derecho a la negociación de este colectivo.⁵⁸

Siguiendo con esta línea de pensamiento, analizando el artículo 6.3 Ley Orgánica de Libertad Sindical⁵⁹, se evidencia que no se atribuye de modo inequívoco a los funcionarios este derecho de negociación colectiva, sino que se hace hincapié sobre todo en su simple derecho a participar como interlocutores en la determinación de condiciones

⁵⁸ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J, Y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., “El derecho a la negociación colectiva a través de la interpretación del TC”, en *Revista Anuario da Facultad de Dereito da Universidade da Coruña*, pág. 352-353.

⁵⁹ Art. 6.3 Ley Orgánica de Libertad Sindical.

de trabajo en las administraciones públicas a través de los oportunos procedimientos de consulta o negociación.

Dejando así un poco abierta la configuración legal de la negociación colectiva, que será desarrollada por la ley ordinaria posteriormente en la LORAP, que en su Capítulo III desarrolla la participación en la determinación de las condiciones de trabajo; así como en su modificación por la ley 7/1990. Y actualmente en la ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público, que en su artículo 15⁶⁰ establece entre los derechos individuales ejercidos colectivamente en su apartado b) se incluye su derecho a la negociación colectiva y a la participación en la determinación de las condiciones de trabajo; y además se dedica el Capítulo IV a regular este derecho de negociación colectiva.

3.3.5. La tutela del derecho a la negociación colectiva mediante el recurso de amparo.

Resulta interesante analizar si el derecho a la negociación colectiva podría ser objeto de protección por el recurso de amparo.

De primeras atendiendo a su ubicación en el artículo 37.1 CE, fuera de la Sección 1º del Capítulo II del Título I, lleva a pensar que no constituye de por sí, de manera individual un derecho fundamental tutelable en el recurso de amparo.⁶¹

Pero si el conflicto y la vulneración se producen en la negociación colectiva, pero con una conexión inequívoca con el derecho a la libertad sindical, si podrá ser susceptible de amparo. Ya que si, por ejemplo, se produce una vulneración en mitad de las negociaciones hacia un sindicato, se va a entender vulnerado de manera directa el derecho a la libertad sindical y por ello susceptible del recurso de amparo, aunque también se haya vulnerado el derecho de negociación colectiva de una manera análoga.

⁶⁰ Art 15 Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

⁶¹ STC 105/1992, de 1 de julio y 80/2000, de 27 de marzo.

Y, al contrario, el propio Tribunal Constitucional ha negado el acceso al recurso de amparo, por vulneraciones producidas a otros sujetos representantes de los trabajadores que no sean los sindicatos, al no poder conectar los artículos 28.1 y 37.1 de la Constitución.

Desde otra perspectiva, los trabajadores individuales no tienen la posibilidad de impugnar directamente cláusulas de un convenio a través de una vía procesal específica⁶², pues su legitimación se limita a ejercer acciones indirectas contra actos empresariales que apliquen esas cláusulas, pero solo si se ven afectados derechos fundamentales con garantías especiales.⁶³

3.4. Derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo

3.4.1. Regulación

El artículo 37.2 de la Constitución española reconoce el derecho de los trabajadores a adoptar medidas de conflicto colectivo.

Desde que se redactó en 1978, ha sido un precepto de contenido ambiguo. A su entendimiento no ha contribuido tampoco la jurisprudencia pues es muy escasa alrededor de este precepto, como si ocurre en el caso del derecho a la negociación colectiva o el derecho de huelga, con los que tiene íntima conexión, pero también autonomía, pues el conflicto colectivo aflora, en la mayoría de los casos a raíz de la negociación colectiva.⁶⁴

⁶² FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J, Y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., “El derecho a la negociación colectiva a través de la interpretación del TC”, en *Revista Anuario da Facultad de Dereito da Universidade da Coruña*, pág. 368.

⁶³ STC 56/2000, de 28 de febrero.

⁶⁴ GARCÍA BLASCO, J., “Artículo 37.2: el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo” en *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (Dir. M. Rodríguez- Piñero y Bravo Ferrer t M.^a Emilia. E. Casas Baamonde), BOE, Madrid, 2018, pág.1239.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, concretamente en su artículo 28, regula de manera simultánea tanto el derecho a la negociación colectiva como el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, aunque sean dos derechos independientes como explicaremos más adelante.

También se desarrolla en el artículo 4.1 d) del Estatuto de los Trabajadores como un derecho básico de los trabajadores cuya forma y contenido habrán de desarrollarse en una normativa específica.⁶⁵

Encontramos dicho desarrollo específico en la Ley de Procedimiento Laboral que dedica todo su Capítulo VIII al proceso de conflicto colectivo⁶⁶, donde el legislador regula un mecanismo jurisdiccional para que las partes, empresarios y trabajadores, puedan resolver sus controversias colectivas. Así como el procedimiento de conflicto colectivo regulado en los arts. 17 y ss. del Real Decreto ley sobre Relaciones Laborales

3.4.2. *Titularidad*

Tanto el propio artículo 37.2 de la constitución como el artículo 154 de la Ley de Procedimiento Laboral nos aclara quienes están legitimados para la adopción de medidas de conflicto colectivo.

Ya en la constitución establece claramente la titularidad de este derecho para los trabajadores como para los empresarios. Y en el anteriormente mencionado artículo 154 legitima a los sindicatos cuyo ámbito de actuación corresponda en el conflicto, de igual manera lo hace con las asociaciones empresariales, los empresarios y los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores.

⁶⁵ <https://vlex.es/vid/derecho-trabajadores-empresarios-adoptar-899696762>.

⁶⁶ Artículo 153.1 de la Ley de Procedimiento Laboral.

“Se tramitarán a través del presente proceso las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores o a un colectivo genérico susceptible de determinación individual y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, pactos o acuerdos de empresa o de una decisión empresarial de carácter colectivo...”

3.4.3. Contenido

El conflicto colectivo de trabajo puede ser definido como toda discrepancia colectiva entre el empresario y los trabajadores manifestada externamente.

Esta discrepancia se exterioriza a través de las medidas de conflicto colectivo, consideradas como medidas o medios de solución pacífica de estos conflictos colectivos.

En el conflicto colectivo encontramos dos elementos. Por un lado, el elemento subjetivo, es decir, la controversia ha de afectar a un colectivo de trabajadores, en abstracto, no como un grupo de trabajadores concretos.

Y, por otro lado, un elemento objetivo, pues el interés no puede ser individual ni la suma de varios intereses individuales, sino que ha de ser colectivo de un grupo de trabajadores.⁶⁷

Destacan como medidas de conflicto colectivo la huelga y el cierre patronal, y respecto a estas dos encontramos jurisprudencia relevante que aclara su contenido estricto dentro de este derecho a la adopción de medidas colectivas.

La STC 11/1981, de 8 de abril, establece que el artículo 37.2 del que hablamos no es un precepto reiterativo del art.28.2, llegando a la conclusión de que el constituyente quiso separar el derecho de huelga del resto de las posibles medidas de conflicto colectivo.

Pues, aunque toda huelga se encuentra estrictamente unida a un conflicto colectivo, en la configuración del artículo 28.2 de la norma suprema no es un derecho derivado del conflicto colectivo, sino que es un derecho de carácter autónomo, por lo que los límites legales que permite el artículo 37.2 son mayores que los autorizados en el artículo 28.2.⁶⁸

Con la finalidad de reconocer a la huelga como un derecho fundamental autónomo en el artículo 28.

⁶⁷ FERRADANS CARAMÉS, C., “Los medios de exteriorización del conflicto colectivo” en *Aproximación interdisciplinar al conflicto y a la negociación* (Dir. José Sánchez Pérez), Universidad de Cádiz, 2005, pág.176.

⁶⁸ GARCÍA BLASCO, J., “Artículo 37.2: el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo” en *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (Dir. M. Rodríguez- Piñero y Bravo Ferrer t M.ª Emilia. E. Casas Baamonde), BOE, Madrid, 2018, pág.1240.

No ocurre lo mismo en el caso del cierre patronal, que si se encuentra incluido en entre las medidas generales de conflicto en el artículo 37. Y tiene su razón de ser en que, a diferencia de la huelga, la decisión de aplicar el cierre patronal no afecta solo al personal conflictivo, sino que también al pacífico, cuyos derechos y libertades resultan gravemente lesionados.

En consecuencia, no se permite que esta medida de conflicto colectivo se utilice con fines ofensivos hacia los trabajadores, como puede ocurrir si el empresario lo utiliza como medida para que los huelguistas pongan fin a la huelga y volver al trabajo.

Por tanto, solo sería válido el cierre patronal como una manifestación de un poder policía, pues su finalidad es asegurar la integridad de las personas y de los bienes, siempre que exista una decidida voluntad de apertura del establecimiento una vez desaparecido el riesgo. Esta matización sobre el cierre patronal constituye un límite sustancial al mismo para no vaciar de contenido el derecho de huelga.⁶⁹

3.4.4. La tutela del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo mediante al recurso de amparo.

En este caso ocurre algo similar a lo explicado con el derecho a la negociación colectiva. Por su ubicación ya entendemos que este derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo no es susceptible de recurso de amparo por sí mismo.

Pero si esta adopción de medidas de conflicto colectivo fuera vulnerada cuando la llevase a cabo un órgano sindical, y estuviera integrada en el contenido esencial de la libertad sindical, si pudiera llegar a ser susceptible de amparo por su estrecha conexión en ese caso en concreto con la libertad sindical del artículo 28.

No ocurriría lo mismo, si esa adopción de medidas de conflicto colectivo fuera adoptada por una asociación de empresarios, pues estos sujetos no son titulares de dicha libertad

⁶⁹ STC 191/1987 y STC 226/1988.

sindical, y, por tanto, no legitimados para la protección del recurso de amparo. O en el caso de que esta acción se llevase a cabo por un órgano de representación legal de los trabajadores pues no se encuentran amparados tampoco por esta libertad sindical.

4. RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL MARCO DE LAS RELACIONES LABORALES

4.1. Las garantías normativas y ante la jurisdicción ordinaria: desarrollo normativo de los derechos fundamentales laborales; en especial el recurso preferente y sumario en el marco de la ley de la jurisdicción social

En el Capítulo IV de nuestra norma fundamental, se regulan las garantías de los derechos y libertades fundamentales, que como en páginas anteriores ya hemos explicado, encontramos distintos grados de protección de estos derechos fundamentales según se encuentren en la Sección 1º o en la Sección 2º del Capítulo II del Título II.

Los derechos reconocidos en la Sección 1º están garantizados de tres formas:

En primer lugar, por el recurso de inconstitucionalidad frente a leyes o normas de rango de ley que puedan dictarse en su desarrollo y no respeten su contenido esencial.

En segundo lugar, mediante la invocación del derecho ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento preferente y sumario.

Y, por último, mediante la interposición del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, al cual le dedicaremos un apartado exclusivo posteriormente.

Mientras que los derechos de la Sección 2º reciben una protección expresa, es decir, el recurso de inconstitucionalidad si no se respeta su contenido esencial; ya que solo puede ser regulado por ley por lo que se desprende de los artículos 24.1 y 53.1 de la CE, siendo legitimados todos los ciudadanos a recabar la tutela de estos derechos ante los Tribunales ordinarios.

Si lo aplicamos a los supuestos de los derechos de contenido laboral, concluimos de nuevo que la protección máxima es concedida al derecho de huelga y libertad sindical (artículo 28 CE).

Mientras que la protección media anteriormente descrita se concede al derecho del trabajo, al derecho de negociación colectiva y a la libertad de empresa.

La evolución de la protección judicial en los derechos fundamentales en el orden jurisdiccional laboral es “original” comparado con los órdenes civil, penal y administrativo.

En el ámbito laboral no existió desarrollo del artículo 53.2 CE⁷⁰, hasta prácticamente la Ley de Procedimiento Laboral de 1990, que fue posteriormente derogada por la LPL de 1995.

Por otro lado, al elaborarse la LPJDF (Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona de 1978), no se creó un proceso especial para la tutela de estos derechos fundamentales de orden laboral y no fue hasta 1985 con la promulgación de la Ley orgánica de la Libertad Sindical que se desarrolló estos preceptos constitucionales, aunque solo se limitase a la tutela jurídica de la libertad sindical del artículo 28 de la CE, como si el resto de derechos fundamentales de carácter laboral no necesitaran de un proceso especial preferente y sumario, pues se tramitaban por las reglas ordinarias del proceso laboral.

Pero, aunque la rúbrica del Capítulo XI del título II del Libro II de la Ley del Procedimiento Laboral se titule de la tutela de los derechos la libertad sindical, esta omisión a la que ya hemos hecho referencia se suplió con doctrina y jurisprudencia; y además observamos que en el artículo 181⁷¹ de la propia ley, se extiende a los demás derechos fundamentales y libertades públicas, las normas especiales previstas en dicho capítulo relativo al amparo laboral.

⁷⁰ Artículo 53.2 CE: “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección primera del capítulo segundo ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el TC. Éste último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.”

⁷¹ Art. 181 LPL: “las demandas de tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluidas la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social, se tramitarán conforme a las disposiciones establecidas en este capítulo. En dichas demandas se expresarán el derecho o derechos fundamentales que se estimen infringidos.”

En esta ley (arts. 172 a 182), se define el amparo laboral como un proceso especial, preferente y sumario, para la tutela de los derechos fundamentales invocados por los trabajadores o sindicatos.

En su propio artículo 175 se refleja que cualquier trabajador o sindicato que invoque un derecho o interés legítimo que considere lesionados los derechos de libertad sindical podrá recabar su tutela a través de este proceso cuando la pretensión sea de las atribuidas al orden jurisdiccional social.

Su objeto queda bien limitado en el artículo 176, teniendo solo conocimiento de la lesión de la libertad sindical, sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela de la citada libertad.

Su carácter preferente y sumario se indica en el artículo 177, donde la tramitación de estos procesos tendrá carácter urgente, siendo preferente respecto de todos los que se sigan en el Juzgado o Tribunal; así los recursos que se interpongan también se resolverán por el Tribunal con igual preferencia.

Por otro lado, otra de las garantías judiciales que rodean el ejercicio de la libertad sindical se encuentran reguladas en dos leyes; la Ley de Jurisdicción Social y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

En relación con esta última ley, encontramos dos procedimientos habilitados para el caso de disposiciones legislativas que sean antisindicales. Puede tratarse de ley orgánica u ordinaria, o disposiciones con rango de ley dictadas por el Ejecutivo, así como convenios internacionales ratificados que infrinjan la autonómica sindical.

Encontramos dos procedimientos disponibles:

Por un lado, el recurso de inconstitucionalidad que debe de ser promovido dentro de los tres meses siguientes a la publicación de la disposición legal por demanda de 50 diputados o senadores, del Presidente del Gobierno, del Defensor del Pueblo o los órganos plurales de las comunidades autónomas.

Y, por otro lado, la cuestión de inconstitucionalidad, promovida por un juez o tribunal contra la ley de cuya validez dependa el fallo.

Pero es cierto que son vías procesales escasamente utilizadas, teniendo en cuenta que la ocasión más relevante fue planteada contra el Real Decreto Ley sobre Relaciones de Trabajo 17/1977, en el que el TC anuló varios preceptos sobre la huelga en su sentencia 11/1981.⁷² La vía más utilizada en materia sindical es el recurso de amparo por individuos contra estos comportamientos antisindicales.

Encontramos otro procedimiento contra reglamentos, actos o vías de hecho administrativas. El artículo 12 de la LOLS establece que serán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan o supongan cualquier tipo de discriminación en el empleo o en las condiciones de trabajo; por adhesión o no a un sindicato o, en general, por realizar actividades sindicales.

Si el órgano entendiese que existe una violación de ese derecho, se decreta el cese inmediato de esa actuación o comportamiento antisindical, así como la reparación de sus consecuencias; remitiendo las actuaciones al Ministerio Fiscal a los efectos de depuración de eventuales conductas delictivas.⁷³

Un ejemplo típico de estas infracciones contra la libertad sindical ocurre en el ámbito de las corporaciones públicas; desde un Real Decreto del Gobierno imponiendo unos servicios mínimos excesivos en una huelga de servicios esenciales hasta la denegación por parte del Ayuntamiento a la apertura de un local sindical por considerarlo “una actividad molesta y peligrosa”:

Los órganos judiciales y los procedimientos competentes para juzgar la antisindicalidad dependen del tipo de infracción; si esta es penal, la competencia corresponde a las salas de lo criminal, si es de la Administración en uso de potestades de imperio corresponde al tribunal contencioso-administrativo por el procedimiento

⁷² STC 11/1981.

⁷³ OJEDA AVILÉS, A., *Compendio de Derecho Internacional*, Tecnos, pág. 118-124.

abreviado de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa 297/1998; o si es de índole privada la competencia pertenece a los tribunales sociales.

La tutela de los derechos sindicales y de huelga de los funcionarios tiene la particularidad de que no son competentes los tribunales de lo social, sino que se sustancia ante el contencioso-administrativo según el artículo 3 de la Ley de Jurisdicción Social. Un supuesto interpretado de forma restrictiva, estando solo permitido cuando las conductas se basasen en un sujeto puramente funcionarial y estrictamente dentro del área de derecho administrativo.

También cabe un procedimiento cuando la infracción contra estos derechos se produzca por actos u omisiones judiciales, es decir, tienen su origen inmediato y directo en el comportamiento de un órgano judicial denegando el amparo procesal a un sindicato que reuniese las condiciones para ello. Y el procedimiento permite interponer un recurso ante el tribunal jerárquicamente superior.

A continuación, nos centraremos de una manera más concreta en el procedimiento especial de tutela de la libertad sindical ante los tribunales ordinarios, regulado en los artículos 177 y siguientes de la Ley de Jurisdicción Social regulan la vía procesal de tutela de este derecho contra cualquier agresión en sede privada a la misma, que puede provenir de los empresarios pero a veces también de los sindicatos o de los poderes públicos como empleadores, según nos indica el artículo 182 de la misma ley al hacer referencia a las conducta antisindicales “del empleador, asociación patronal, Administración Pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada.”.

Por otra parte, una característica esencial de esta protección especial es su cognición limitada, restringiendo la pretensión a las lesiones del contenido esencial del derecho de configuración constitucional sin poder entrar en las facultades que hayan podido ser adicionadas por normas inferiores, a las que el artículo 178 se refiere como “fundamentos diversos” a la tutela del derecho fundamental; que tan solo sería considerada una infracción simple sin relevancia en la protección constitucional del derecho fundamental invocado, acabando en la desestimación de la demanda, aunque conserven la acción para alegar una infracción de legalidad ordinaria en otro proceso.

Como hemos visto anteriormente según los artículos 13 y 14 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical y el artículo 177 de la Ley de Jurisdicción Social; cualquier trabajador o sindicato puede invocar esta vulneración de su derecho a la libertad sindical.

También el proceso tendrá carácter urgente como ya hemos señalado anteriormente, y por ello se regula en el artículo 70 de esta última ley mencionada, una excepción, no siendo necesario agotar la vía administrativa para interponer esta demanda de tutela de derechos fundamentales, si bien se marca el plazo de 20 días para interponer tal demanda desde el día siguiente a la notificación del acto.

Además, el Ministerio Fiscal es siempre parte, “velando especialmente por la integridad de la reparación de las víctimas e interesando la adopción, en su caso, de las medidas necesarias para la depuración de las conductas delictivas.”⁷⁴

Y el sindicato al que pertenece el trabajador puede intervenir también, así como cualquier otro sindicato que ostente la condición de más representativo, en calidad de coayudantes, su intervención no es autónoma, sino que siempre es dependiente de la actuación del actor principal.⁷⁵

En materia probatoria se encuentra regulado de manera novedosa en la Ley de Jurisdicción Social, la inversión de la carga de la prueba, pues constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho, corresponde al demandado aportar la justificación objetiva y razonable, y suficientemente probada, de las medidas y de su proporcionalidad⁷⁶. Frente a la regla contenida en el artículo 1.214 del Código Civil donde corresponde la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone⁷⁷. Por tanto, se acoge la doctrina de la inversión consagrada, a partir de 1981, en el seno de la categoría de los despidos radicalmente nulos.⁷⁸

⁷⁴ Artículo 177.3 Ley de Jurisdicción Social.

⁷⁵ Artículo 177.2 Ley de Jurisdicción Social.

⁷⁶ Artículo 181.2 Ley de Jurisdicción Social.

⁷⁷ Artículo 1.214 CC.

⁷⁸ VIDAL FERNÁNDEZ, B., *Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales*, Tecnos, pág. 52-53.

4.2.Las garantías administrativas: el papel de la Inspección de Trabajo

La inspección de trabajo es un servicio público encargado de vigilar y controlar el efectivo cumplimiento de la normativa laboral, se pretende defender y preservar los derechos de los trabajadores y al sostenimiento del sistema de protección social.⁷⁹

Nace en el año 1906 como respuesta a la necesidad de una reforma social, creada entre otras cosas, para la fijación de condiciones mínimas de trabajo que carecían de validez sin un órgano que vigilara y regulara su cumplimiento.⁸⁰

Así en su inicio, la función principal de la Inspección era velar por el cumplimiento de las primeras leyes obreras; pero irónicamente no solo los empresarios protestaban por la presencia de esta institución, sino que además los propios trabajadores eran recelosos por tratarse de una intervención del Estado en el ámbito laboral que revolucionaba a todos los liberales del siglo XIX⁸¹.

Cuando nos referimos a su función de fiscalizar el cumplimiento de su normativa laboral; hemos de incluir tanto la exigencia de las normas legales, reglamentarias, así como los acuerdos y convenios colectivos, según el artículo 14 de la Ley de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (LIT) se basa su labor de vigilancia en dos criterios.

⁷⁹ Véase al respecto el preámbulo de la Ley 23/2015 de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

⁸⁰ MARTÍN VALVERDE, A. Y GARCIA MURCIA, J., *Tratado práctico de derecho del trabajo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág.3076.

⁸¹ GARCÍA MURCIA, J., *La inspección de trabajo: Regulación española y perspectiva internacional*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pág. 44.

Por un lado, un criterio normativo, donde se amplía su competencia como hemos dicho con anterioridad a las normas legales, reglamentarias y acuerdos o convenios colectivos.

Y según el criterio material, donde se exige que las normas sobre las que se ejerza este control han de estar referidas a una serie de materias propias de la LIT, según determina el artículo 12.1. de la misma.

Por otro lado, además de esta función de fiscalización de la normativa laboral, que es la que más nos interesa pues garantiza la preservación de los derechos fundamentales en las relaciones laborales; nos encontramos con la función de asistencia técnica a diferentes personas, entidades y organismos de la Seguridad Social.

Podemos hacer una distinción entre la labor asistencial que ofrece la Inspección a los organismos públicos que se lleva a cabo solo si estos órganos solicitan la información o asistencia técnica.

Mientras que la labor para con los trabajadores se trata de una actuación de oficio propia de su función inspectora, siendo esta intervención propia una garantía más para la protección de estos sujetos.

Y, por último, hemos de señalar su función de conciliación, mediación y arbitraje; con el propósito de la evitación e integración de los conflictos laborales.

Continuando con la actuación propiamente dicha de la Inspección de Trabajo, se inicia de oficio como hemos mencionado antes y se trata de una potestad de servicio público que se desarrollara a través de una orden de una autoridad superior, por la solicitud de cualquier otra administración u órgano judicial y además a través de denuncia pública interpuesta por cualquier persona que tenga conocimiento de algún hecho constitutivo de infracción.

Estas actuaciones primeramente deberán regirse por los principios generales de ordenación del sistema de inspección de trabajo como la obligación de prestar servicio con la mayor eficacia y calidad posible, mediante al coordinación y participación de las distintas Administraciones Públicas, siempre desde la

imparcialidad, objetividad e igualdad de trato y no discriminación según el artículo 2 de la Ley del Sistema de Inspección del Trabajo y de la Seguridad Social.

Una vez se activa alguna de las vías de inicio de una actuación inspectora (programa de actividad, orden de un superior, solicitud de otro organismo, denuncia...etc.); la Inspección de Trabajo tiene cuatro modalidades de actuación para llevar a cabo su actuación comprobatoria regulados en el artículo 21.1. y 21.2. de la LIT.⁸² Siendo estos; la visita de la Inspección de Trabajo al centro o lugar de trabajo; el requerimiento de comparecencia del sujeto inspeccionado ante el inspector para llevar a cabo las aclaraciones que considere necesarias; en el caso de que se posea el expediente administrativo y con él se pueda iniciar y terminar la actividad inspectora y, por último, comprobando los datos y antecedentes con la colaboración del resto de Administraciones Públicas.

Cuando ya se hayan realizado estas actuaciones comprobatorias anteriormente mencionadas, la Inspección podrá establecer cualquiera de las medidas para las que se encuentra facultada como los requerimientos, las actas y los informes propuestas.⁸³ Y además también está autorizada a adoptar las medidas cautelares que considere necesarias en aquellos casos que se sospeche que el sujeto oculta o altera pruebas o documentos.

Los requerimientos consisten en advertir al sujeto responsable para que en el plazo señalado corrija las actuaciones comunicadas por la Inspección e incumplen de alguna manera la normativa laboral. Se trata de un buen instrumento pues no pone en peligro los trabajadores ya que no se necesita incoar un procedimiento sancionador.

Por otro lado, encontramos las actas que requiere de un procedimiento administrativo que puede ser promovido por un acta de infracción, de obstrucción o de liquidación. Donde se hace constar los hechos que producen tal falta, así como la propuesta de sanción acorde a la regulación de dicha sanción.

⁸² Procedimiento de actuación regulados en el Artículo 21.1 y 21.2. de la Ley del Sistema de Inspección de Trabajo y de Seguridad Social.

⁸³ MARTIN VALVERDE, A., RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 2021, pág.866-867.

El acta de obstrucción contiene prácticamente lo mismo, pero se trata de sancionar actos que han impedido la labor comprobatoria de la inspección.

Y, por otro lado, las actas de liquidación tienen el fin de detectar deudas en materia de Seguridad Social como afiliación, bajas, cotización y similares.

Para finalizar, encontramos los informes propuesta que se utilizan en los casos en los que la infracción detectada excede de la jurisdicción de orden social o de las competencias del propio órgano de inspección. Y por ello se emite un informe de la infracción detectada, así como una propuesta para su sanción, pero se envía y deja en manos del órgano competente para que actúe como mejor considere.

De acuerdo con todo lo anterior podemos discernir alguna de las garantías que puede ofrecer este órgano frente a las posibles infracciones que se puedan llevar a cabo en la normativa laboral, y además según lo dispuesto en el artículo 2 de la LOITSS, nuestro sistema de inspección gira en torno a los principios esenciales recogidos en la Organización Internacional del Trabajo; de concepción única e integral llevando a la unidad de función y actuación de la función inspectora en todas las materias del orden social.

Lo que no significa que sea incompatible con la creciente especialización de la actividad inspectora en determinadas materias que se han vuelto bastante complejas, como ocurre con la SS o con la prevención de riesgos laborales y que por ello se necesita esa especialización desde el punto de vista técnico.

El propio Convenio 81 de la OIT de 11 de julio de 1947, sobre Inspección de Trabajo en la Industria y en el Comercio, avala en su artículo 3.1 el modelo generalista.⁸⁴ Por tanto, a juicio de la OIT, “un desfile de especialistas en una misma fábrica podría provocar serios problemas de coordinación, por lo que se considera que

⁸⁴ Artículo 3.1. Convenio 81 de la OIT que atribuye a los sistemas nacionales de inspección la misión de “velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión, tales como las disposiciones sobre horas de trabajo, salarios, seguridad, higiene y bienestar, empleo de menores y demás disposiciones afines.”

la mejor solución es “recurrir a inspectores con conocimientos generales muy amplios y, si hubiese lugar, apelar a personal especializado.”⁸⁵

Esta regulación de la LOITSS representa el equilibrio que ha de haber entre la perspectiva generalista y las necesidades de especialización funcional y que por ello podrán los inspectores realizar cuantas actuaciones de investigación y adoptar cuantas medidas se consideren oportunas, respecto de la totalidad de las materias del orden social en el que tienen competencia.⁸⁶

4.3.El papel del amparo constitucional

El recurso de amparo constituye un medio de impugnación extraordinario y subsidiario, que cabe interponer ante el TC contra la última resolución judicial definitiva emanadas del Poder Judicial, por haber vulnerado dicha resolución algún derecho fundamental contemplado en la Sección 1º del Capítulo II del Título I de la CE, dirigido a obtener la declaración de nulidad de dicha resolución, así como el reconocimiento del derecho fundamental infringido y la adopción, en su caso de las medidas apropiadas para su restablecimiento.⁸⁷

El TC, por tanto, es el guardián e intérprete supremos de la CE⁸⁸; de hecho, en su STC 1/1981 de 26 de enero⁸⁹, el propio Tribunal Constitucional afirma que la finalidad esencial de este recurso de amparo es la protección de los derechos fundamentales cuando las vías ordinarias de protección han resultado ineficientes.

⁸⁵ ILLUECA BALLESTER, H., “La Inspección de Trabajo y la Seguridad Social” en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 27, 2021, pág. 220.

⁸⁶ Art 15.2 Ley Orgánica Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

⁸⁷ VIDAL FERNÁNDEZ, B., *Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales*, Tecnos, 2015, pág. 133-135.

⁸⁸ Artículo 1 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

⁸⁹ STC 1/1981, de 26 de enero.

En cuanto a su ámbito de aplicación debemos resaltar a la vez que aclarar que, a pesar de que el recurso de amparo solo puede solicitarse para los derechos fundamentales del artículo 53.2. de la propia constitución; es decir, los pertenecientes a la Sección 1º del Capítulo II del Título I; eso no significa que no pueda invocarse cualquier otro precepto fundamental vulnerado.

Esto abre la puerta a el supuesto de que se traten de derechos constitucionales distintos a los previstos en los artículos 14 a 30 de la Constitución; podrían conectarse de alguna manera a estos derechos que si son susceptibles de amparo. Como por ejemplo hemos explicado que ocurre con el derecho a la negociación colectiva, que por sí mismo, o vulnerado de manera aislada no es posible acceder al recurso de amparo; mientras que, si se conecta tal vulneración de la negociación colectiva con la vulneración del derecho a la libertad sindical, cuyo contenido está estrechamente unido; si pudiera concederse el amparo buscado.

En este aspecto son muy relevantes las sentencias 118/1983, de 13 de diciembre; así como las más recientes SSTC 125/2006 de 24 de abril como la SSTC 75/2010 de 19 de octubre; donde el Tribunal Constitucional se pronuncia de manera clara al respecto.

Señala que no habría inconveniente en considerar vulnerado el derecho a la negociación colectiva, pero lo que no resulta posible afirmar, sin otras precisiones adicionales, que toda infracción del artículo 37.1 de la CE lo es también del artículo 28.1 de forma que aquella fuera siempre objeto del amparo constitucional, pues ello supone desconocer tanto el significado estricto de este último precepto como la posición del primero ajena a los derechos y libertades que conforme a la Constitución y a la LOTC son susceptibles de amparo.⁹⁰

Por otro lado, podría surgirnos la duda de si los sindicatos de los trabajadores se encuentran legitimados para interponer este recurso de amparo; ya que según el artículo 46.1 a) de la LOTC está legitimada para presentar una demanda de amparo constitucional toda persona, natural o jurídica, que invoque un interés legítimo.

Deducimos por tanto que, cuando es preciso agotar la vía judicial ordinaria, han de interponerlo quienes han sido partes en ese proceso previo. En cambio, cuando la

⁹⁰ STC 118/1983, de 13 de diciembre; STC 125/2006 de 24 de abril y STC 75/2010 de 19 de octubre.

vulneración venga de un acto del poder legislativo se requiere que sea la persona directamente afectada.

De acuerdo con la jurisprudencia del TC ostentan dicho interés no solamente las víctimas, sino toda persona que se encuentre en una determinada situación jurídico-material que le autoriza a solicitar la tutela de su derecho fundamental vulnerado⁹¹, así como aquellos entes que representan intereses legítimos de personas que por sí mismas ostentan tal legitimidad.

Y ya en la temprana sentencia 70/1982⁹², se entiende que el derecho que reconoce el artículo 28 de la CE, habilita a las organizaciones sindicales libremente creadas para que desempeñen el papel y las funciones que a los sindicatos de los trabajadores reconoce el artículo 7 de la CE, y por ello pueden participar en la defensa y protección de los intereses de los trabajadores.

4.4.Las garantías ante los órganos supranacionales

Para poder abordar el estudio de las garantías de estos derechos fundamentales laborales ante los órganos supranacionales, consideramos conveniente hacer un pequeño estudio sobre las fuentes de tales derechos en el ordenamiento jurídico internacional, es decir, como y donde se han regulado.

Los textos constitucionales de todos los Estados Miembros y los propios tratados internacionales se han ido relacionando de manera que los tratados se han ido “constitucionalizando”, mientras que las constituciones se han ido “europeizando”.

Apenas se constituyó el Consejo de Europa, se acordó introducir un principio de prioridad temporal en el desarrollo de uno de sus fines principales, que es el mantenimiento y mayor realización de los derechos humanos y libertades fundamentales⁹³, comenzaron con los convenios relativos a los derechos civiles y

⁹¹ STC 215/ 1991.

⁹² STC 70/1981.

⁹³ Artículo 1. B del Estatuto del Consejo de Europa.

políticos, y no fue hasta tiempo después que se reguló sobre los derechos económicos y sociales.

Se consagran en el artículo 11 del CEDH el derecho de sindicación; y la prohibición del trabajo forzoso en su artículo 4. Esta regulación los eleva a derechos laborales esenciales, pues se trata de las dos grandes fuentes que regulan el constitucionalismo europeo laboral son la Carta Social Europea y el derecho de la Unión.

Un aspecto interesante de la Carta es que atribuye a todos estos derechos laborales considerados sociales, un estatuto jurídico equivalente al de los derechos civiles y políticos, apartándose así de la histórica tendencia de diferenciación entre los derechos sociales y políticos y civiles; proporcionando de esta manera a los derechos sociales una mayor garantía de justiciabilidad.

Pero, además, el ordenamiento comunitario no solo sirve para la consagración y actualización de los derechos laborales ya consagrados en la mayoría de derechos nacionales; sino que también reconocen nuevos derechos laborales, como es el artículo 25 de la Carta Social Europea donde se reconoce el derecho de los trabajadores a la tutela de sus créditos en caso de insolvencia de su empresario o su artículo 29 donde se regula el derechos de los trabajadores y sus representantes a ser informados y consultados en los procedimientos de despidos colectivos.

Y también la declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo muestra un compromiso por parte de los gobierno y las organizaciones empresariales y de trabajadores de respetar y defender estos valores en el plano económico y social; afirmando los compromisos que son inherentes a la pertenencia de la OIT, como son; la libertad de asociación y libertad sindical; la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio; la abolición del trabajo infantil y un entorno de trabajo seguro y saludable.

Por tanto, todos estos textos comunitarios tienen una gran influencia en la regulación posterior de la Carta Comunitaria de los Derechos Fundamentales de los Trabajadores (CCDFT), junto con los convenios de la Organización Internacional del Trabajo.

Una vez hemos estudiado alguna de las fuentes del ordenamiento jurídico internacional en relación con los derechos constitucionales laborales, vamos a pasar a analizar algunos de los procedimientos de control de la aplicación de las normas sobre libertad sindical dentro de los organismos internacionales, para la salvaguarda de los convenios y tratados reguladores de la materia.

Por un lado, nos encontramos con el procedimiento de protección de la libertad sindical de la OIT. En 1950 la OIT creó un procedimiento especial, distinto a su control de oficio y al procedimiento general para reclamaciones y quejas.

Su objetivo se basa en verificar el respeto de los Convenios de la OIT sobre la libertad sindical por parte de los Estados y con tal fin creó con la ONU, dos organismos especializados.

Por un lado, el Comité de Libertad Sindical y por otro la Comisión de Investigación y Conciliación, con la misión de examinar las quejas presentadas contra algún Estado Miembro por organizaciones obreras o patronales, por infracción de convenios sobre libertad sindical.

Las resoluciones de ambos organismos forman una doctrina con un valor fundamentalmente orientativo en temas como los límites del sindicalismo en los funcionarios, el alcance de las huelgas en servicios esenciales; creando una especie de derecho consuetudinario internacional sobre la materia.

Por otro lado, nos encontramos con el Convenio Europeo de Derechos Humanos firmado en Roma en 1950, en el que se reconoce el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse a los mismos en su artículo 11.1⁹⁴; considerado más bien escaso e insuficiente, lejos del reconocimiento del derecho de huelga y negociación colectiva que de otro modo si se encuentran regulados en la Carta Social Europea o por los Convenios de la OIT, donde si vienen regulados de una manera más relevante.

Sin embargo, este Convenio Europeo de Derechos Humanos si destaca por crear el Tribunal de Derechos Humanos (TEDH), uno de los mecanismos de garantía más

⁹⁴ Artículo 11.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses. “

importantes dentro del Derecho Internacional Público, cuyo objeto es atender las reclamaciones contra posibles infracciones de los preceptos de dicho convenio.

Para que este instrumento funcione es necesario que el Estado Miembro implicado haya firmado el compromiso a someterse a este organismo y además haya reconocido su competencia, también será necesario que el demandante haya agotado todos los recursos jurisdiccionales internos de su país.

Una vez cumplidas dichas condiciones, las personas físicas pueden plantear los litigios de manera indirecta ante este Tribunal, teniendo que dirigirse de manera previa a una Comisión Europea de Derechos Humanos, que será la encargada de seleccionar las demandas admisibles y presentarlas ante el propio Tribunal.

El tribunal se compone de tantos jueces como miembros del Consejo de Europa por periodos de nueve años reelegibles. Su competencia solo se extiende a las infracciones que se produzcan del Convenio de Roma, no a las referentes a la Carta Social Europea.

No se han dictado por el momento muchísimas resoluciones a cerca de la libertad sindical, pero algunas han tenido gran repercusión, sobre todo en los referentes a las cláusulas sobre libertad sindical.

Un ejemplo de estas sentencias a las que hacemos referencia podría ser el caso de Zakharova y otro vs. Rusia⁹⁵; en el cual se perfilan los límites de las represalias frente a las decisiones de afiliación y pertenencia sindical.

En este supuesto, los afectados son los miembros de un sindicato minoritario, que rechazaron seguir las directrices de la administración para unirse a una organización sindical de mayor ámbito; y en cambio dudaban entre o bien permanecer al margen de cualquier otra organización o bien unirse a una diferente de la sugerida por las autoridades administrativas. En todo este proceso sus condiciones de trabajo empezaron a empeorar, afectando a su tiempo de trabajo y su salario; llegando incluso a despedir a algunos de los que no aceptaron esas nuevas condiciones de trabajo.

Esta sentencia lo que hace es recalcar la necesidad de protección del derecho de libertad sindical y en la concurrencia de indicios suficientes de represalias que debían

⁹⁵ STEDH de 8 de marzo de 2022, recurso 12736/10.

haber sido refutados por la Administración, pues en estos casos debe invertirse la carga de la prueba.⁹⁶

Y por supuesto, no podemos dejar de lado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En un primer momento, si atendemos al artículo 153.5 TFUE, excluye de la acción de este tribunal el derecho de asociación y sindicación, el derecho de huelga y el de cierre patronal también.⁹⁷

Pero el carácter de derechos fundamentales que ostentan en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁹⁸, y las colisiones cada vez más frecuentes de estos derechos fundamentales con las libertades de la Unión, han hecho que si sean objeto de controvertidas sentencias del TJUE.

⁹⁶ RODRÍGUEZ CARDO, I.A., “Jurisprudencia reciente del TEDH en Materia Laboral y de Seguridad Social”, en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, vol. 25, núm. 1, pág. 297-299.

⁹⁷ Artículo 153.5 TFUE: “las disposiciones del presente artículo no se aplicarán a las remuneraciones, al derecho de asociación o sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal.”.

⁹⁸ Artículo 12.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación en todos los niveles, especialmente en los ámbitos político, sindical y cívico, lo que supone el derecho de toda persona a fundar con otros sindicatos y a afiliarse a los mismo para la defensa de sus intereses.”.

5. TRABAJO DE CAMPO

En este apartado del trabajo queremos plasmar en la práctica cómo todos estos conocimientos sobre la protección de los derechos laborales, que hemos adquirido a lo largo del trabajo, se reflejan en la realidad.

Utilizaremos dos sentencias en concreto, ambas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Con ellas podemos observar el conflicto que puede producirse ya sea del lado del derecho del empresario, es decir, dentro de la libertad de empresa, o bien cuando el conflicto ocurre con el derecho del trabajador, ya sea de la libertad sindical, la huelga, el derecho al trabajo; pudiendo analizar así las dos caras de la misma moneda.

Concretamente en el primer caso colisionan el derecho del empresario a poder asegurarse de que sus empleados realizan efectivamente sus actividades laborales contra el derecho del empleado a la intimidad y privacidad de su vida personal.

Pues como ya sabemos, ambos derechos son considerados fundamentales, hemos de realizar una ponderación entre ellos en el caso en concreto, atendiendo a las circunstancias específicas, para observar si el empresario puede o no limitar el derecho de la intimidad del trabajador para poder suplir su propio derecho. Y si así fuese, de qué manera y con que límites.

Mientras que, en el segundo caso, los derechos que colisionan son, por un lado, la libertad de expresión y por otro, la defensa de los valores comunes que se encuentran protegidos constitucionalmente, como es la bandera española en nuestro país.

Pero no se trata de la libertad de expresión de una persona cualquiera, sino de un representante sindical, es decir, hablamos de la libertad de expresión, pero unida análogamente a la libertad sindical, pues esta libertad de expresión forma parte del núcleo duro de habilidades para poder desempeñar la libertad sindical de manera correcta.

Bien, pues sin tan siquiera adentrarnos en el caso, ya podemos observar, como hemos comentado al inicio de nuestro trabajo, que realmente los derechos laborales están estrechamente unidos a otros derechos fundamentales y por ello, su protección debe hacerse teniendo en cuenta esa interpretación amplia y conjunta.

Cuando a la libertad de expresión se le añade y refuerza con la libertad sindical va a tener un mayor poder sobre la interpretación de las circunstancias del caso concreto como veremos más adelante.

5.1.Sentencia Barbulescu I y II

a) Sentencia de 12 de enero de 2016

El litigio que llega al TEDH tiene su origen en el despido de un trabajador. El cual, a petición de su empleador, abre una cuenta de Yahoo Messenger para responder a las peticiones de los clientes; teniendo esta cuenta, por tanto, un uso profesional.

Este despido se produce el 1 de agosto de 2007, que la empresa justifica con el incumplimiento de la normativa interna de la empresa por el trabajador, al usar estos recursos tecnológicos para unos fines personales. Según los hechos descritos en las sentencias, el trabajador fue advertido de que sus comunicaciones serían vigiladas durante nueve días (del 5 al 13 de julio de 2007) y que con dicha vigilancia habían descubierto que se había utilizado la cuenta profesional para fines personales; hecho que negó de manera reiterada el trabajador.

Después de la negativa del trabajador, la empresa hizo pública una transcripción de mensajes que había intercambiado con su novia y su hermano.

Debido a que se hizo pública esa información, el trabajador demandó a la empresa y solicitó una declaración de nulidad del despido por vulneración de la Constitución y del CP rumano, alegando que se había vulnerado su derecho a la privacidad de la correspondencia. Esta demanda fue desestimada ya que el empleador había actuado legalmente al informar al trabajador de que no podía utilizar esos medios para fines personales.

En la fase de recurso, el trabajador alegó la vulneración del artículo 8 CEDH⁹⁹ y que el tribunal de primera instancia había infringido normas procedimentales al no

⁹⁹ Artículo 8 CEDH: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

permitir testificar a los testigos que hubieran podido probar que el empleador no había sufrido ningún perjuicio como consecuencia del uso por parte del trabajador del correo profesional para fines personales.

El tribunal de apelación desestimó en 2008 dicho recurso y se basó en una Directiva de la UE, la 95/46/EC, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y la libre circulación de estos, ratificando una vez más que el comportamiento del empleador fue razonable y la vigilancia era el único medio para averiguar si había o no un incumplimiento de las obligaciones contractuales; desestimando a su vez los argumentos de vicios procedimentales, pues se consideraba que el tribunal había dispuesto de suficiente información para formar su fallo.

Y la argumentación del tribunal de apelación se recoge en el apartado 12 de la sentencia del TEDH; y se basa en el derecho que tiene el empleador, así como es su obligación, asegurar el funcionamiento de la compañía, y para ese fin, ha de comprobar la manera en que sus empleados completan sus obligaciones profesionales, y el derecho del empleador a imponer su poder disciplinario sobre el propio empleado se justifica con que antes de ejercerlo, se le informó al mismo empleado de que no debía utilizar tales medios tecnológicos para sus fines privados, y el mismo aseguró que no lo hacía aunque no era cierto.

Antes de meternos de lleno en la resolución final del TEDH, hemos de tener en cuenta la normativa interna e internacional aplicable al presente litigio.

Por un lado, la Constitución rumana, donde se reconoce debidamente el derecho a la protección de la privacidad de la vida familiar y personal, así como de la correspondencia privada, y además el Código Penal establece penas de prisión de tres a seis años para quien intercepte de forma ilegal dicha correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley, y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás.”

Por otra parte, en el Código de Trabajo se permite el derecho del empleador a controlar la forma en que el trabajador desempeña sus labores profesionales; pero con la obligación de guardar de manera confidencial los datos personales del trabajador.

Y nos apoyamos también en el Convenio del Consejo de Europa de 1981 para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal.

Finalmente, cuando el recurso se plantea ante el TEDH, será admitido ante las dudas que surgen sobre si la actuación del empleador había sido razonable y proporcionada.

Es decir, el conflicto aquí se suscita entre la protección del derecho del trabajador al respeto de su vida privada y de su correspondencia, consagrado en el artículo 8 del CEDH como ya hemos mencionado anteriormente. Y de otro lado se encuentra el interés del empleador y su derecho a velar por el correcto desarrollo de su propia actividad empresarial.

En el presente caso, el TEDH no considera abusiva la actuación de vigilancia llevada a cabo por el empleador, pues no tenía la intención de conocer información personal del empleado, sino simplemente quería cerciorarse de que el trabajador estaba desempeñando sus labores profesionales de manera correcta, de manera expresa lo remarca en la sentencia el tribunal diciendo que no es irrazonable que un empleador desee verificar que el trabajador está trabajando durante sus horas efectivas de trabajo.

Preponderando en este caso el derecho del empleador sobre el derecho del trabajador a su vida privada y su correspondencia.

Y, además, esta actuación queda respaldada por el preaviso que realizó el propio empleador a los trabajadores de la posible vigilancia de sus funciones en unos días en concreto.

Sin embargo, la sentencia incluye una detallada y precisa opinión disidente del magistrado Paulo Pinto de Albuquerque. En ella, se subraya que el control empresarial

sobre el uso de los medios informáticos no debe ser absoluto, discrecional ni arbitrario. Es necesario que haya justificación basada en la protección de otros derechos más allá de la simple productividad.¹⁰⁰

b) Sentencia de 5 de septiembre de 2017

Tras esta última sentencia que hemos analizado, el demandante (el trabajador) solicitó que el asunto fuera conocido por la Gran Sala, petición que fue aceptada el 6 de junio de 2016.¹⁰¹

Por tanto, de acuerdo con este artículo 43 del CEDH que hemos citado, se refleja ya la importancia que tendrá esta sentencia, si se ha considerado apta para revisar la interpretación que en ella se ha hecho.¹⁰²

Primeramente, en la sentencia se pone de manifiesto la normativa aplicada al caso, tanto el derecho internacional, en este caso las normas de derecho europeo, así como el derecho interno de los Estado Miembros del Consejo, observando que la mayoría de ellos protege ya sea por vía constitucional o por vía legal el derecho al respeto a la vida privada y a la correspondencia.

Entrando ya en la revisión de la interpretación y aplicación de la argumentación jurídica de fondo, encontramos de nuevo que el núcleo del litigio se trata de la argumentación seguida en torno a la aplicación del artículo 8 del CEDH que anteriormente hemos citado.

¹⁰⁰ <https://revistaconsinter.com/index.php/ojs/0710>

¹⁰¹ Artículo 43 del CEDH:

“1. En el plazo de tres meses a partir de la fecha de la sentencia de una Sala, cualquier parte del asunto podrá solicitar, en casos excepcionales, la remisión del asunto ante la Gran Sala.

2. Un colegio de cinco jueces de la Gran Sala aceptará la demanda si el asunto plantea una cuestión relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio o de sus protocolos o una cuestión grave de carácter general.

3. Si el colegio acepta la demanda, la Gran Sala se pronunciará acerca del asunto mediante sentencia.”

¹⁰²ROJO TORRECILLA, E., “De Barbulescu I a Barbulescu II, Notas a la importante sentencia de 5 de septiembre de 2017, y amplio recordatorio de la sentencia de la Sala Cuarta de 12 de enero de 2016”. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/09/de-barbulescu-i-barbulescu-ii-la-gran.html>.

Donde en su apartado primero se garantiza el derecho de toda persona a su vida privada; y respecto a este derecho el TEDH deberá asentar con su jurisprudencia como ha de ser interpretado este concepto.

En su opinión, este término ha de interpretarse de manera amplia, incluyéndose así las actividades profesionales, permitiendo de esta manera que las restricciones que afecten a la vida profesional de una persona puedan quedar protegidas por el artículo 8 del CEDH.

Justificando esta interpretación con que son restricciones a la vida privada todo lo que repercuta sobre la manera que el individuo desarrolla su identidad social a través de las relaciones con otros sujetos; y eso es frecuente en el ámbito de las relaciones de trabajo.

Más concretamente, la comunicación electrónica, que es a la que se está accediendo en el presente caso, es una parte del ejercicio de la vida privada social del individuo, y deberán establecerse unos límites en cuanto a su restricción o vigilancia. Incluyendo así este supuesto dentro del ámbito de aplicación de este artículo 8 del CEDH; a pesar de que vida privada y correspondencia son derechos con contornos diferentes pero que están estrechamente conectados por constituir ambas proyecciones de la dignidad humana.¹⁰³

En relación con los hechos probados en sede judicial nacional, no se llega a probar de manera clara que el trabajador fuese efectivamente informado por anticipado de la extensión y naturaleza de la vigilancia llevada a cabo por su empleador. Y de mayor importancia aún se recalca que las instrucciones de una empresa no pueden anular en ningún caso el ejercicio de la privacidad social en el puesto de trabajo, sino que ha de respetarse esa privacidad y confidencialidad de las comunicaciones, aunque puedan modularse o limitarse con medidas estrictamente necesarias.

De acuerdo con esto podemos diferenciar perfectamente el carácter más intervencionista y garantista a favor de los derechos de los trabajadores de esta segunda

¹⁰³ GAYARDO MOYA, R., “Un límite a los límites de la vida privada y de la correspondencia en los lugares de trabajo. Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de septiembre de 2017 en el caso *Barbulescu II c. Rumania*”, en *Revista de Derecho Social*, 2017, pág. 146.

sentencia con respecto a la primera que preponderaba más a favor del derecho del empleador.

Es más, como consecuencia de esta sentencia encontramos el Test Barbulescu de Garantía de la Privacidad (TBGP), que será ya de obligado cumplimiento en los casos de vigilancia de las comunicaciones, cuando se use el ordenador de la empresa.¹⁰⁴

En primer lugar, se habrá de comprobar si la vigilancia se ha hecho con un conocimiento efectivo al trabajador. Es decir, no es suficiente con que la empresa tenga reglas internas que prohíban el uso de los medios técnicos para fines personales, sino que también la empresa debe preavisar sobre los controles que pueden llevar a cabo, así como los medios que vayan a utilizar.¹⁰⁵

En cuanto al test de proporcionalidad propiamente dicho, ha de demostrarse un motivo legítimo que justifique dicha vigilancia, debiendo valorar si es posible la utilización de un control menos invasivo que el de acceder de manera directa al contenido de las comunicaciones. Así como las posibles consecuencias que puedan acarrear al trabajador.¹⁰⁶

Aplicando este test al caso concreto, se observa que los tribunales nacionales no comprobaron debidamente el alcance de esa vigilancia, ni las razones que justificaban la misma, así como tampoco el momento exacto en que se realizó. Por todo ello, se concluye que las autoridades nacionales no guardaron un equilibrio entre los intereses del juego y el empresario, sin otorgar la protección suficiente al derecho al respeto de la vida privada, provocando así una violación del art. 8 del Convenio.

Por tanto, esta sentencia supone un paso importante de garantía y respeto de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo, así como cambia radicalmente la

¹⁰⁴ GOÑI SEIN, J.L., “Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derecho de los trabajadores; análisis desde la perspectiva del Reglamento Europeo de Protección de Datos de 2016”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 78, 2017, págs. 20-21.

¹⁰⁵ MOLINA NAVARRETE, C., “De Barbulescu II a López Ribalda: ¿qué hay de nuevo en la protección de datos de los trabajadores?”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social del CEF*, núm. 419, febrero 2018, págs. 130-132.

¹⁰⁶ CABEZA PEREIRO, J., “La protección jurisdiccional de los derechos humanos y libertades fundamentales de los trabajadores ante el TEDH”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 69, 2015, págs. 80-82.

doctrina que tiene el TC al respecto, que habrá de ser revisada ya que establece que la mera prohibición por convenio colectivo del uso de ordenador para fines personales puede suponer la supresión de la expectativa de intimidad.

Tras esta sentencia no se podrá amparar la supresión de la vida privada con simples fundamentos como hemos visto anteriormente ni reducirla por completo, sino que ha de subsistir en todo momento una expectativa razonable de privacidad, siguiendo una interpretación amplia de la intimidad.

5.2.STEDH Fragoso Dacosta C. España

En el anterior caso hemos podido observar la colisión entre el derecho del empresario a controlar y revisar el trabajo de sus empleados frente al derecho a la privacidad de estos.

Mientras que en el presente caso vamos a observar la ponderación entre la libertad de expresión y la libertad ideológica de un lado, garantizada en nuestra constitución en los artículos 16 y 20. Y, por otro lado, se encuentran tipificadas las ofensas y ultrajes de palabra a España, sus comunidades autónomas o sus símbolos o emblemas según el artículo 543 de nuestro Código Penal, restringiendo así o poniendo un límite a la anteriormente mencionada libertad de expresión.

En octubre de 2014, en el Arsenal Militar de Ferrol, se producen una serie de impago de salarios a los trabajadores del servicio de limpieza de las instalaciones de defensa. Como consecuencia estos trabajadores se declararon en huelga y, además, junto a sus representantes sindicales celebraron concentraciones diarias frente al Arsenal, lugar donde trabajaban, gritando consignas relacionadas con sus protestas como “la bandera no paga las facturas”; justo en el momento del izado diario de la bandera en presencia de los militares.

La parte demandante en este litigio es Pablo Fragoso Dacosta, que fue condenado por delito de injuria a España, tras gritar durante la concentración y el izado de bandera, “aquí tenéis el silencio de la puta bandera” y “hay que prender fuego a la puta bandera”,

a lo que fue condenado por el juzgado de primera instancia a una multa de 1260 euros, que en caso de impago se sustituiría por la privación de libertad.

El asunto llega al Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo, alegando una vulneración a su libertad de expresión. Que fue admitido a trámite por su especial trascendencia constitucional.

La parte demandada alegaba que la condena era desproporcionada y no se había ponderado correctamente su propio derecho frente a la protección del interés general que supone la protección de los símbolos del Estado.

Finalmente, el Tribunal Constitucional desestimará este recurso, teniendo en cuenta las circunstancias en que se produjeron dichas injurias; pues no encuentra relación entre esas expresiones por parte del recurrente, con los impagos de los salarios, que eran el objeto de las protestas.

Además, también se tiene en cuenta por otro lado que varios de los manifestantes tampoco se encontraban de acuerdo con esas ideas, y que las autoridades militares, habían solicitado previamente a los representantes sindicales que se rebajasen el tono de las protestas por respeto al izado de la bandera nacional.

Por tanto, se llega a la conclusión que ese sentimiento de intolerancia no debería estar bajo la protección de la libertad de expresión, llevando a la desestimación del recurso, por tratarse de unas expresiones innecesarias y desvinculadas de la reivindicación laboral.

Este litigio llegará a manos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, donde el demandante alegaba la vulneración del artículo 10 del Convenio de Derechos Humanos donde se establece que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión.¹⁰⁷

¹⁰⁷ Artículo 10 CEDH:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende a la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2.El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención

A través de este precepto, el demandante justifica la utilización de un lenguaje agresivo con el contexto de huelga y reclamación en que se encontraban. Recalca que se expresó en contra de un símbolo y no de un conjunto de personas de manera directa y que, además, dichas expresiones no conllevaron ningún tipo de alteración o conflicto de orden público.

También se apoya directamente en el artículo 10.2 del Convenio anteriormente citado, expresando que no encuentra un objetivo legítimo para la restricción de su propia libertad de expresión.

Sin embargo, el Gobierno sí que considera que esa injerencia a la libertad de expresión está justificada, ya que por un lado se encuentra prevista por ley y el fin legítimo es proteger un símbolo común a todos los miembros de una nación.

En un primer momento, el Tribunal sí que entiende que esa injerencia está prevista en la ley, en el caso concreto, por el artículo 543 del CP español, aceptando este fin como objetivo legítimo.

Pero el Tribunal se pronuncia sobre qué aspectos cubre realmente la libertad de expresión y aclara que no sólo se aplica a las ideas que se reciben de forma favorable o que se consideren inofensivas, sino que también a aquellas que ofenden o escandalizan.¹⁰⁸

En el caso en concreto, se concede que las expresiones utilizadas por el demandante son fuertes, así como agresivas, pero se apunta que no hay prueba de que eso diera lugar a disturbios del orden público; además se concreta que esas expresiones estaban dirigidas contra un símbolo, que no se puede comparar a otros casos conocidos por el propio tribunal que injuriaban a personas físicas, entrometiéndose en su vida privada, causando estragos en su reputación y teniendo profundas consecuencias en la misma.¹⁰⁹

del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.”

¹⁰⁸ STEDH 7 de diciembre de 1976, Handyside c. Reino Unido.

¹⁰⁹ STEDH 7 de febrero de 2012, Axel Springer AG c. Alemania.

Aquí, se experimenta un intenso sentimiento de humillación según el personal militar, pero nada comparable con la intromisión en la vida privada de una persona de manera directa. Pues realmente no se interpuso ninguna demanda civil contra las declaraciones del demandante, no habiendo un daño personal en concreto, sino que fue el Ministerio Fiscal el que inició el procedimiento penal en su inicio.

Un punto muy importante que resaltar es la posición como representante sindical del recurrente que, a ojos del tribunal, podía justificar su actuación con el interés general de los trabajadores de la empresa de limpieza. Consolidando su jurisprudencia acerca de los miembros de un sindicato y su derecho a poder expresar a su empleador las reivindicaciones para mejorar la situación de sus trabajadores.¹¹⁰

Aunque no deben traspasarse ciertos límites como la reputación o los derechos de otros, es cierto que la provocación debe permitirse dentro de unos márgenes.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, el Tribunal falla a favor de este representante sindical, por no resultar equilibrada la actuación de las autoridades nacionales, considerando la sanción impuesta un tanto excesiva; violando el artículo 10 del Convenio.

Preponderando en el presente caso a favor de la libertad ideológica y de expresión, y reforzadas por su utilización en un contexto de función sindical, pues el demandado inicial recordemos que en el momento del litigio actuaba como representante sindical.

¹¹⁰ STEDH, 2 de junio de 2022, Straume c. Letonia.

6. CONCLUSIONES:

PRIMERA Partimos del estudio de los derechos fundamentales desde una perspectiva igualitaria, siguiendo la jurisprudencia más reciente del Tribunal Constitucional. Este considera como derechos fundamentales a todos los contenidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución, otorgándoles una posición fundamental a todos ellos.

En caso de conflicto entre dos derechos fundamentales, aunque uno pueda tener más garantías que otro por la sección en la que se encuentre ubicado, hemos de tener claro que procede hacer una ponderación y juicio de proporcionalidad con las medidas que se adopten entre esos derechos en conflicto, ya que ambos se consideran al mismo nivel.

Esto requerirá un análisis de las circunstancias concretas del caso, ya que no existe una solución única para todos los conflictos. A partir de ese análisis, habrá que limitar uno u otro derecho, de manera que uno prevalezca sobre el otro, pero siempre tratando de mantener y proteger el contenido esencial de ambos.

SEGUNDA Aunque los derechos ubicados en la Sección I tienen dos garantías adicionales otorgadas por el artículo 53.2 CE, que son la tutela jurisdiccional preferente y sumaria, y el recurso de amparo.

Esta diferencia ha sido objeto de gran debate y jurisprudencia a lo largo del tiempo y dentro de este trabajo. Pues hemos llegado a la conclusión de la relevancia de estudiar concretamente el contenido esencial de cada derecho. Ya que, si somos capaces de conectar un derecho ubicado en la Sección II, que no es digno de amparo, con el contenido esencial de un derecho de la Sección I, que sí lo es, podremos acceder al recurso de amparo gracias al estudio riguroso del contenido de cada derecho y sus relaciones.

Como ya hemos observado, si vinculamos ciertas vulneraciones de derechos como el de la negociación colectiva, incluido en la Sección II, con la acción del derecho a la libertad sindical, podemos apreciar una conexión que pueda hacer el caso concreto susceptible del amparo.

Pero esto no es evidente a simple vista y requiere un estudio detallado de la jurisprudencia y evolución de esta.

TERCERA Después de estudiar en profundidad los derechos de libertad sindical y el derecho de huelga, hemos descubierto muchas de sus particularidades que nos eran antes desconocidas, pues su aplicación práctica es algo compleja y necesitada de una correcta justificación.

En aspectos como la titularidad del derecho a la libertad sindical, este derecho es suprimido para ciertos colectivos. Inicialmente, podríamos considerar que este límite vulnera el derecho a la igualdad del artículo 14 de la Constitución. Sin embargo, al analizar casos concretos, como el de los militares, que están excluidos totalmente de este derecho, vemos que esta exclusión debe estar justificada de manera convincente para ser considerada válida. Dado que estos grupos están estrechamente vinculados con la autoridad estatal o la soberanía nacional, es necesario mantenerlos al margen de las opciones ideológicas presentes en la sociedad, lo que justifica su exclusión dentro de este derecho.

Un caso análogo se presenta con los sindicatos de mayor representatividad, que tienen más funciones que los sindicatos regulares. Aunque podría parecer una vulneración de la igualdad, esta diferencia se justifica solo si estas funciones adicionales no forman partes del contenido esencial de la libertad sindical, que debe ser desempeñado equitativamente por todos los sindicatos.

CUARTA En cuanto al derecho de huelga, tras su estudio exhaustivo, comprendemos que nuestra concepción inicial del derecho de huelga ha cambiado significativamente.

Al principio, podríamos pensar que se trata de un derecho individual, donde los trabajadores buscan cambiar sus condiciones laborales al sentirse vulnerados, decidiendo ejercer su derecho de huelga al no acudir al trabajo para que el empresario escuche y modifique sus circunstancias. Aunque esta percepción es parcialmente correcta, en realidad, el derecho de huelga es mucho más estructurado, con numerosos límites y procedimientos a seguir.

Es crucial destacar que el derecho de huelga es de titularidad individual y de ejercicio colectivo. Es decir, se atribuye individualmente al trabajador, pero su ejercicio requiere la coordinación y participación colectiva de los trabajadores, todos ellos buscando un fin común, para que pueda considerarse un verdadero ejercicio del derecho de huelga. Utilizando el sentido común, es evidente que una huelga convocada por un solo trabajador no es viable.

Además, un aspecto peculiar que no se percibe a simple vista es que la huelga no puede pretender alterar un convenio vigente.

Inicialmente, podríamos cuestionar la utilidad del derecho de huelga si no puede modificar lo acordado. Pero la jurisprudencia aclara que no se debe buscar la modificación del convenio en sí, sino reclamar alguna actuación del empresario incluida en el mismo o reivindicar algún aspecto del convenio sin que implique necesariamente su modificación. Solo se podrá solicitar la modificación del convenio en caso de un cambio absoluto y radical de las circunstancias, pues de lo contrario, la eficacia del convenio adoptado se vería comprometida por su constante modificación a través del derecho de huelga.

QUINTA Al resaltar algunos de los aspectos más sorprendentes en el estudio de estos derechos laborales, también valoramos la protección que estos derechos ofrecen en nuestras posibles acciones como trabajadores.

Aunque se busca un equilibrio entre los derechos del empresario y del trabajador, somos conscientes de que el empresario siempre tendrá un poder derivado de su posición de dirección, lo que puede hacer a los trabajadores más vulnerables. Como consecuencia, encontramos garantías como la sumaria y preferencia en los procesos administrativos y jurisdiccionales en la vertiente laboral, así como el acceso al recurso de amparo a través de los derechos de libertad sindical y huelga. Estos instrumentos nos facilitan y aumentan las oportunidades de ver resarcidos nuestros posibles derechos.

No solo obtenemos protección a nivel nacional, sino también a nivel internacional, a través de numerosos convenios y comités que revisan la correcta regulación de cada convenio. Tampoco podemos olvidar la importancia de tribunales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que, gracias a su marcada y relevante jurisprudencia, guían al resto de la jurisprudencia de los Estados Miembros a seguir un pensamiento garantista de los derechos laborales.

SEXTA Como se suele decir la información es poder, y toda la información que podamos tener acerca la protección de nuestros derechos laborales, en este caso, y las vías de protección a las que podemos acudir para protegernos de las vulneraciones cotidianas, podrán ayudarnos en las futuras relaciones laborales que emprendamos. Pues el derecho puede ser claro en su regulación, pero como hemos visto cada caso es único, y todo está sujeto a interpretación, y quizá ahí se encuentra la magia del derecho constitucional.

7. BIBLIOGRAFIA Y OTROS RECURSOS:

A. LIBROS Y REVISTAS:

- BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- CABEZA PEREIRO, J., “La protección jurisdiccional de los derechos humanos y libertades fundamentales de los trabajadores ante el TEDH”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 69, 2015, págs. 79-102.
- CHANO REGAÑA, L., “Ponderación (Tribunal Constitucional Español) en *Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 23, 2022, págs. 241-253.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., “El derecho a la negociación colectiva a través de la interpretación del TC” en *Revista Anuario da Facultad de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 8, 2004, págs. 349-368.
- FERRADANS CARAMÉS, C., “Los medios de exteriorización del conflicto colectivo” en *Aproximación interdisciplinar al conflicto y a la negociación* (Dir. José Sánchez Pérez), Universidad de Cádiz, 2005, págs.176-184.
- GARCÍA BLASCO, J., “Artículo 37.2: derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo” en *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (Dir. M. Rodríguez- Piñero y Bravo Ferrer t M.^a Emilia. E. Casas Baamonde), BOE, Madrid, 2018, págs. 1239-1245.

- GARCÍA MURCIA, J., *La inspección de trabajo: Regulación española y perspectiva internacional*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

- GAYARDO MOYA, R., “Un límite a los límites de la vida privada y de la correspondencia en los lugares de trabajo. Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de septiembre de 2017 en el caso Barbulescu II c. Rumania” en *Revista de Derecho Social*, 2017, págs. 141-156.

- GIMENO SENDRA, V., TORRES DEL MORAL, A., MORENILLA ALLARD, P., DIAZ MARTINEZ, M., *Los Derechos Fundamentales y su Protección Jurisdiccional*, COLEX, 1ª edición., 2007.

- GOERLICH PESET, J.M., “Artículo 28: la libertad sindical”, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (Dir. M. Rodríguez- Piñero y Bravo Ferrer t M.ª Emilia. E. Casas Baamonde), BOE, Madrid, 2018, págs. 1010- 1031.

- GOÑI SEIN, J.L., “Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derecho de los trabajadores; análisis desde la perspectiva del Reglamento Europeo de Protección de Datos de 2016”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 78, 2017, págs. 15 a 42.

- ILLUECA BALLESTER, H., “La Inspección de Trabajo y la Seguridad Social” en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 27, 2021, págs. 215 a 230.

- MARTÍN VALVERDE, A. Y GARCIA MURCIA, J., *Tratado práctico de derecho del trabajo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizu Menor, 2008.

- MARTIN VALVERDE, A., RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 2021.

- MARTIN FAJARDO MORI, “El Conflicto entre los Derechos Fundamentales del Trabajador y los Poderes Empresariales en la Transmisión de Empresa”, en *Revista UCP*, núm. 40, 2013, págs. 170 a 178.

- MOLINA NAVARRETE, C., “De Barbulescu II a López Ribalda: ¿qué hay de nuevo en la protección de datos de los trabajadores?”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social del CEF*, núm. 419, febrero 2018, págs. 125 a 135.

- NOGUEIRA GUASTAVINO, M., “Artículo 35: el derecho al trabajo”, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (Dir. M. Rodríguez- Piñero y Bravo Ferrer t M.^a Emilia. E. Casas Baamonde), BOE, Madrid, 2018, págs. 1185-1209.

- OJEDA AVILÉS, A., *Compendio de Derecho Internacional*, Tecnos.

- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Artículo 38: la libertad de empresa”, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (Dir. M. Rodríguez- Piñero y Bravo Ferrer t M.^a Emilia. E. Casas Baamonde), BOE, Madrid, 2018, págs. 1247-1274.

- PÉREZ AMORÓS, F., *Normativa laboral*, Editorial Bosch, S.A., 1986

- RODRÍGUEZ CARDO, I.A., “Jurisprudencia reciente del TEDH en Materia Laboral y de Seguridad Social”, en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, vol. 25, núm. 1, 2022, págs. 281-316.

- VALDÉS DAL-RÉ.: “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, en *Revista de crítica y teoría práctica*, núm. 1, 1990, págs. 277-294.
- VILLAVERDE, I., REQUEJO, P., PRESNO, M.A., ALÁEZ, B., SARASOLA, IG., BASTIDA, F., “Resolución de conflictos entre derechos fundamentales, El principio de proporcionalidad”, en *Teoría general de los derechos fundamentales en la constitución de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.
- VIDAL FERNÁNDEZ, B., *Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales*, Tecnos, 2015.
- VIDAL MARÍN, T., “La libertad sindical” en *Anuario Parlamento y Constitución*, núm. 4, 2000, págs. 201-238.
- WEBB, S., *Historia del sindicalismo 1666-1920*, MTSS, 1990.
- WINDMULLER, J., *Nueva consideración de la negociación colectiva en los planes industrializados*, Ministerio de trabajo y Seguridad Social, Ministerio de Trabajo e Inmigración y Secretaría General Técnica, Madrid, 1989.

B. RECURSOS ONLINE:

- <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/09/de-barbulescu-i-barbulescu-ii-la-gran.html>
- <https://www.navascusi.com/que-son-los-derechos-fundamentales-y-cuales-son/>
- <https://revistaconsinter.com/index.php/ojs/0710>
- <https://laadministraciondiala.inap.es/noticia.asp?id=1508074>
- <https://vlex.es/vid/derecho-trabajadores-empresarios-adoptar-89969676>

C. JURISPRUDENCIA

a. DEL TC:

- STC 1/1981, de 26 de enero.
- STC 11/1981.
- STC 37/1983, de 11 de mayo.
- STC 37 y 118/1983, de 11 de mayo y de 13 de diciembre.
- STC 73/1984, de 27 de marzo.
- STC 88/1985, de 19 de junio.
- STC 98/1985.
- STC 165/1986, de 19 de diciembre.
- STC 104/1987, de 17 de junio.
- STC 191/1987.
- STC 6/1988, de 21 de enero.
- STC 226/1988.

- STC 178/1989 de 2 de noviembre.
- STC 101/1991.
- STC 215/1991.
- STC 52/1992, de 8 de abril.
- STC 75/1992.
- STC 195/1992, de 1 de julio.
- STC 151/1994, de 23 de mayo.
- STC 87/1998, de 21 de abril.
- STC 11/1998, de 13 de enero.
- STC 56/2000, de 28 de febrero.
- STC 80/2000, de 27 de marzo.
- STC 109/2003, de 5 de junio.
- STC 80/2005, de 4 de abril.
- STC 183 y 184/2006.
- STC 191 y 193/2006.
- STC 125/2006, de 24 de abril.
- STC 259/2007.
- STC 75/2010, de 19 de octubre.
- STS 2935/2014, del 1 de julio.

b. JURISPRUDENCIA DEL TEDH:

- STEDH de 27 de octubre de 1975, caso del sindicato nacional de policía belga.
- SSTEDH de 6 de febrero de 1976, caso del Sindicato Sueco de Conductores de Locomotoras.

- STEDH de 7 de diciembre de 1976, Handyside c. Reino Unido.
- STEDH de 7 de febrero de 2012, Axel Springer AG c. Alemania.
- STEDH 45892/2009, de 21 de abril de 2015.
- STEDH, 2 de junio de 2022, Straume c. Letonia.

D. FUENTES NORMATIVAS:

a. NACIONAL:

- Código Civil.
- Constitución Española.
- Estatuto de los Trabajadores.
- Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.
- Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto del Personal Estatutario de Servicio de Salud.
- Ley reguladora de la Jurisdicción Social.
- LO 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil.
- Ley Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y de Seguridad Social.
- Ley Orgánica de Libertad Sindical.
- Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
- Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.
- Real Decreto sobre Relaciones de Trabajo.

b. INTERNACIONAL:

- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- Convenio 81 de la OIT.
- Convenio Europeo de Derechos Humanos.
- Estatuto del Consejo de Europa.
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.