

ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DE LOS EFECTOS DE LA HUELGA SOBRE EL CONTRATO: PUNTOS CRÍTICOS

DANIEL TOSCANI GIMÉNEZ

Prof. TU de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Valencia

EXTRACTO

Palabras clave: Huelga, descuentos salariales, devengo de prestaciones, garantía de indemnidad, piquetes informativos, esquirolaje

El presente artículo analiza los efectos de la huelga sobre el contrato de trabajo, determinando que conceptos retributivos se pueden descontar y en qué proporción, así como las consecuencias sobre el devengo de prestaciones. Por otra parte, el ejercicio del derecho de huelga lleva aparejado unas garantías de indemnidad y, al mismo tiempo, los trabajadores tienen derecho a celebrar reuniones para informar y expresar sus reivindicaciones, recabar la solidaridad de terceros o superar su oposición, solicitando pacíficamente la adhesión a la misma y a la participación en acciones colectivas legales. Lo que lleva a estudiar las posibilidades de sancionar a los trabajadores durante la huelga, así como los límites de los piquetes informativos. Finalmente se prohíbe el esquirolaje durante el periodo de huelga, de tal modo que se indagará sobre las posibilidades de contratación o externalización de la actividad durante la huelga, así como el uso de las facultades ordinarias de dirección de la empresa y el empleo de nuevas tecnologías.

ABSTRACT

Key words: Strike, remuneration discounts, accrual of benefits, guarantees of indemnity, Pickets, scabbing

The present paper analyzes the effects of a strike on the labour contract, determining the remuneration that can be discounted and in which proportion, and the impact on the accrual of benefits. Moreover, the exercise of the right to strike carries guarantees of indemnity and at the same time, workers have the right to hold meetings to inform and express their demands, seek the solidarity of others or overcome their opposition peacefully requesting the participation in legal collective actions. This leads to study the possibility of penalizing the workers during the strike, as well as the limits of pickets. Finally, scabbing is prohibited during the strike, so the paper inquires about the possibilities of hiring or outsourcing the work during the strike, the use of the ordinary powers of management of the company and the use of new technologies.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN
2. ALTA EN LA SEGURIDAD SOCIAL Y DEVENGO DE PRESTACIONES
3. DESCUENTOS RETRIBUTIVOS
4. GARANTÍAS DE INDEMNIDAD
 - 4.1. La nulidad de sanciones impuestas por el ejercicio del derecho
 - 4.2. Prohibición de esquirolaje
 - 4.2.1. Esquirolaje externo
 - 4.2.2. Esquirolaje interno
 - 4.2.3. Empleo de medios tecnológicos
5. EL DERECHO A DIFUNDIR Y HACER PÚBLICO EL CONFLICTO
 - 5.1. Las libertades de expresión e información
 - 5.2. Piquetes informativos

1. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con el art. 6.1 del Real Decreto-Ley 17/1977, de Relaciones del Trabajo, (RDLRT), el ejercicio del derecho de huelga no extingue la relación de trabajo, ni puede dar lugar a sanción alguna, salvo que el trabajador, durante la misma, incurriera en falta laboral.

Durante la huelga se entenderá suspendido el contrato de trabajo y el trabajador no tendrá derecho al salario. Asimismo, el art. 45 del ET establece que el contrato de trabajo se suspende durante el ejercicio del derecho de huelga quedando las partes eximidas de las recíprocas obligaciones de prestar servicios y remunerar los mismos.

En el supuesto de los funcionarios, el apartado 2 del artículo 30 de la Ley 7/2007, de 12 de Abril, que aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, establece que los funcionarios que ejerciten el derecho de huelga no devengarán ni percibirán las retribuciones correspondientes al tiempo que hayan permanecido en esa situación, sin que la deducción de haberes que se efectúa tenga, en ningún caso, carácter de sanción disciplinaria ni afecte al régimen respectivo de sus prestaciones sociales.

Por el contrario, el contrato de trabajo de los trabajadores no huelguistas no se suspende, aun cuando la huelga imposibilite a la empresa darle ocupación efectiva, al no tener cabida el supuesto en ninguno de los apartados del art. 45 del ET¹. Sin embargo, algunos autores estiman que el art. 45 del ET no es una lista cerrada y que, el caso en cuestión podría incluso subsumirse en el supuesto de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que sí está expresamente contemplado en el art. 45 y en última instancia, la empresa podrá solicitar la autorización de cierre patronal o instar la suspensión de los

¹ SSTs de 20 y 22 de junio de 1995.

contratos por fuerza mayor². Si bien convendría que la Ley recogiera expresamente el derecho de los trabajadores no huelguistas a seguir percibiendo íntegramente sus retribuciones en caso de no poder trabajar.

Estos efectos conllevan, por una parte, el descuento de alguno de los conceptos retributivos de los trabajadores durante el periodo de huelga, así como consecuencias sobre el devengo de prestaciones actuales y futuras. Por otra parte, a los trabajadores que se encuentren en huelga no se les puede sancionar por el hecho de ejercer el derecho fundamental y, al mismo, tiempo, tienen derecho a celebrar reuniones para informar y expresar sus reivindicaciones³, recabar la solidaridad de terceros o superar su oposición⁴, solicitando pacíficamente la adhesión a la misma y a la participación en acciones colectivas legales⁵. Siempre de acuerdo con el deber de buena fe⁶. Por su parte, el empresario tiene prohibido contratar a trabajadores externos para sustituir a los trabajadores en huelga, así como hacer uso de sus facultades ordinarias de dirección, para reorganizar los trabajadores no huelguistas, todo con el objetivo de respetar el contenido esencial del derecho de huelga. De este modo el artículo analizará los concretos conceptos retributivos que se pueden descontar y en qué proporción, las consecuencias sobre el devengo de prestaciones, así como la extensión de la garantía de indemnidad de los trabajadores en huelga y los límites de los piquetes informativos y de la prohibición del esquirolaje, especialmente en relación con el uso de las nuevas tecnologías.

2. ALTA EN LA SEGURIDAD SOCIAL Y DEVENGO DE PRESTACIONES

El art. 6.3. del RDLRT dispone que, el trabajador en huelga permanecerá en situación de alta especial en la Seguridad Social⁷, con suspensión de la obligación de cotización por parte del empresario y del propio trabajador y no computará a efectos del periodo de carencia de futuras prestaciones⁸ (arts. 106.5 y 125.6 de la LGSS). Salvo en el caso de desempleo donde se computa,

² Sempere Navarro, A.V., “Jurisprudencia unificada sobre huelga”, Repertorio de Jurisprudencia, nº. 20, 2008, págs. 11 y 12 y SSTS de 20 y 22 de junio de 1995.

³ Arts. 20.1 CE, 68 ET y 8 LOLS.

⁴ STC 137/1997, de 21 de julio.

⁵ STC 254/1988, de 21 de diciembre.

⁶ Art. 5 ET.

⁷ Salvo que se trate de una huelga ilegal, en cuyo caso se produce la baja del trabajador durante dicho periodo. Véase, Quintanilla Navarro, R.Y., “El derecho de huelga en la doctrina del Tribunal Constitucional: propuestas para una Ley orgánica”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº. 73, 2008, pág. 360.

⁸ STC 13/1984, de 3 de febrero.

si es necesario para completar el periodo mínimo de carencia genérica de 360 días (art. 3.3 del RD 625/1985). Se considera asimismo un paréntesis a efectos de reunir los periodos de carencia específicos de futuras prestaciones⁹.

En caso de huelga parcial, el trabajador se mantiene en situación de alta real durante toda la jornada, al margen del número de horas trabajadas y se mantiene la obligación de cotizar por la retribución percibida por el tiempo trabajado cotizándose por los salarios realmente percibidos¹⁰.

El trabajador en huelga no tendrá derecho a la prestación por desempleo, ni a la económica por incapacidad temporal, sí a la asistencia sanitaria, salvo que se trate de accidente de trabajo en cuyo caso sí se inicia el abono de la prestación (arts. 131.3 y 208.2 de la LGSS). Sin embargo, si ya se le está abonando alguna de las dos prestaciones, antes del inicio de la huelga, tendrá derecho a seguir percibiéndolas¹¹. Las situaciones de huelga y cierre patronal no impedirán el reconocimiento y percepción del subsidio por maternidad (art. 8 del RD29572009, de 6 de marzo).

Los trabajadores en huelga podrán suscribir un convenio especial con la Seguridad Social, con las siguientes particularidades, conforme al art. 18 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre:

Su objeto será el de completar las bases de cotización correspondientes a las contingencias de incapacidad permanente y muerte y supervivencia, derivadas de enfermedad común y accidente no laboral, jubilación y servicios sociales durante el período de huelga legal o cierre patronal legal.

En los casos de huelga legal total o cierre patronal legal, la base diaria de cotización será el promedio de las bases de cotización por las que hubiera venido cotizando el trabajador durante el mes anterior a la fecha de inicio de la huelga total o del cierre patronal.

En los supuestos de huelga legal parcial, la base diaria de cotización será la diferencia entre la base de cotización calculada conforme al apartado anterior y la base por la que se cotice diariamente por el trabajador durante la situación de huelga legal parcial.

3. DESCUENTOS RETRIBUTIVOS

Al suspenderse la obligación de trabajar, se suspende asimismo, la obligación de abonar las correspondientes retribuciones por la prestación de ser-

⁹ STC 48/1991, de 28 de febrero y STC 152/1991, de 8 de julio.

¹⁰ De la Puebla Pinilla, A., "Suspensión del contrato de trabajo por el ejercicio del derecho de huelga", Portal Jurídico, Lex Nova, 2012.

¹¹ Quintanilla Navarro, R.Y., "EL derecho de huelga en la doctrina del Tribunal Constitucional: propuestas para una Ley orgánica", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº. 73, 2008, pág. 359.

vicios. Luego se procederá a descontar todos los componentes salariales, esto es, salario base y la parte proporcional de los complementos salariales, de las pagas extraordinarias y la del descanso semanal, que se devenga día a día por los días trabajados a lo largo de la semana en cuanto a su retribución, pero no su duración¹², así como los propios descansos semanales y los días festivos en general que coincidan con el periodo de huelga¹³, en estos casos descontando el aumento de la retribución previsto para estos días¹⁴. Si bien esto es presumir que dichos días se realiza la huelga y esto puede ser así o no. Lo más razonable sería precisamente, al contrario, presumir que no se ha ejercido el derecho si no consta que hay participación activa en la huelga¹⁵. No se descuenta el periodo de huelga a efectos de calcular las vacaciones anuales¹⁶, que se rige por el principio de “impermeabilidad” y no se ve afectado ni en cuanto a su duración ni retribución¹⁷, salvo que se trate de una huelga ilegal, en cuyo caso sí se descuentan los días¹⁸. No se descuentan los días festivos fuera del periodo de huelga¹⁹.

Como acertadamente señalan algunos autores²⁰, el problema estriba cuando el complemento salarial no guarda relación con una referencia temporal concreta, como pluses de productividad o cantidad que tiene como finalidad aumentar el rendimiento del trabajador. Así, por ejemplo, el abono de una paga extraordinaria por el cumplimiento de ciertos objetivos. Lo proporcional sería abonar la paga si se han cumplido los objetivos a pesar de participar en la huelga²¹. Por lo general la jurisprudencia aboga por el descuento proporcional

¹² SSTTS de 1 de octubre de 1991, 22 de enero de 1993, 24 de enero de 1994, 18 de marzo de 1996 y 13 de marzo de 2001.

¹³ Gonzalez de Rivera Serra, X., “Los descuentos salariales con ocasión del ejercicio del derecho de huelga”, *Boletín Aranzadi Laboral*, 2001.

¹⁴ SSTTS de 26 de mayo de 1992, 19 de octubre de 1993, 18 de abril y 6 de mayo de 1994 y 18 de marzo de 1996.

¹⁵ Martínez Rocamora, L.G., “Dos cuestiones sobre la huelga”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º. 308, 2000, pág. 5.

¹⁶ SSTCT de 15 de marzo y 8 de junio de 1988.

¹⁷ Goerlich Peset, J. M., “Los efectos de la huelga”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pg. 30, Alfonso Mellado, C. L. y Peña Obiol, S., “Vacaciones, fiestas, descanso semanal”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 82, Fernández Avilés, J. A., “Configuración jurídica del salario”, Ed. Comares, Granada, 2002, pág. 400 y Castro Conte, M., “De nuevo sobre las consecuencias económicas del ejercicio del derecho a la huelga”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º. 7, 2009, págs. 3 y 4.

¹⁸ STS de 11 de octubre de 1994.

¹⁹ STS de 13 de marzo de 2001.

²⁰ Martínez Rocamora, L.G., “Dos cuestiones sobre la huelga”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º. 308, 2000, págs. 2 y 3.

²¹ Martínez Rocamora, L.G., “Dos cuestiones sobre la huelga”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º. 308, 2000, pág. 3

al periodo de huelga de estos pluses²². En cualquier caso, no deben tener nunca una finalidad “antihuelga”²³, para ello no deben ser objeto de descuentos desproporcionados, sino precisamente proporcional con el periodo de huelga, al igual que en otros conceptos²⁴.

En cuanto a las retribuciones extrasalariales, correspondientes a los días de huelga, habrá que estar a lo que diga el convenio colectivo aplicable. Así, para que incida la huelga de forma negativa en la percepción de pluses extrasalariales, como por ejemplo, pluses de asistencia²⁵ o dietas²⁶, es necesario que así lo contemple expresamente el convenio colectivo aplicable, no, por ejemplo, cuando haga referencia a ausencias por cualquier causa en general, ni mucho menos cuando guarde silencio²⁷.

Si el trabajador tiene una jornada irregular y no realice el mismo número de horas de trabajo todos los días, se descontará el número de horas del día de huelga²⁸.

En la práctica, el criterio a seguir para el cálculo de la cantidad a deducir por participación en huelga, es el de dividir las remuneraciones anuales por un divisor, compuesto por el número de horas anuales de trabajo que se tiene la obligación de prestar, más las horas correspondientes a las fiestas laborales y al periodo anual de vacaciones no comprendidos dentro del periodo de huelga²⁹.

A tales efectos se descontará el salario correspondiente a los trabajadores que libremente participen en la huelga, hecho que se puede inferir por actos explícitos, como la declaración expresa de participar en la huelga o por actos implícitos³⁰, como no acudir al trabajo los días de huelga o no contestar cuando la empresa posibilite manifestarse expresamente en el sentido de que no se participa en la huelga³¹, pero no por la mera adhesión a la huelga en alguno de

²² SSTS de 22 de enero de 1993, 29 de septiembre y 16 de octubre de 1995.

²³ Fernando García, F., “Los efectos de la huelga en el contrato de trabajo”, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 199.

²⁴ Martínez Rocamora, L.G., “Dos cuestiones sobre la huelga”, Revista Doctrinal Aranzadi Social, n.º. 308, 2000, pág. 3.

²⁵ STS de 15 de noviembre de 2007.

²⁶ STS de 30 de septiembre de 1996.

²⁷ Martínez Rocamora, L.G., “Dos cuestiones sobre la huelga”, Revista Doctrinal Aranzadi Social, n.º. 308, 2000, pág. 3.

²⁸ STS de 4 de octubre de 1995 y SAN 167/2013, de 25 de septiembre.

²⁹ SSTS de 16 y 17 de Diciembre de 1991, 14 y 30 de Octubre de 1993, 19 de Febrero, 15 de Marzo, 10, 25 y 30 de Mayo y 24 de Septiembre de 1994, 30 de Marzo de 1995 y 14 de Octubre y 7 de Mayo de 1996.

³⁰ Tascón López, R., “Reflexiones acerca de cómo el marco dado por el ejercicio «tácito» del derecho fundamental de huelga influye (aunque no haya sido expresamente alegado) en la valoración gradualista de las causas de despido disciplinario”, Revista Doctrinal Aranzadi Social, n.º. 83, 2008, pág. 4.

³¹ STC 332/1994, de 8 de febrero y STC 80/2005, de 4 de abril y SSTS de 1 de octubre de 1992, 30 de enero de 1997 y 19 de junio de 2013.

los días objeto de convocatoria³² o el mero hecho de estar afiliado al sindicato convocante³³.

El descuento, practicado por error por parte de la empresa, a trabajadores no huelguistas, pero afiliados al sindicato convocante, vulnera el derecho de libertad sindical³⁴.

4. GARANTÍAS DE INDEMNIDAD

4.1. La nulidad de sanciones impuestas por el ejercicio del derecho

El trabajador no podrá ser sancionado por el ejercicio del derecho a la huelga, ni por las acciones que garantiza tal ejercicio³⁵. De este modo, se establece una garantía de indemnidad frente a represalias empresariales³⁶. Así serán nulas las sanciones impuestas por el mero hecho del ejercicio del derecho y concretamente, serán nulos los despidos que se lleven a cabo como medida de represalia o retorsión por el hecho de ejercer el derecho a la huelga³⁷. Asimismo, el art. 52 d) del ET establece que no se computarán las ausencias debido a huelga legal, por el tiempo que dure la misma, a los efectos de despido objetivo por ausencias justificadas.

En los supuestos en que tras, anunciar la empresa despidos colectivos de parte de la plantilla, los trabajadores ejerzan el derecho a la huelga como medida de presión y protesta y la empresa, como respuesta, incremente el número de trabajadores que pretende despedir, se entenderá que lesiona el derecho fundamental, el acto de ampliación o elevación del número de trabajadores despedidos pero no los despidos iniciales. La lesión de un derecho fundamental es una conducta ilícita concreta, pero que no puede tener efectos retroactivos sobre las conductas anteriores adoptadas por el empresario³⁸. También se considera despido nulo la

³² Castro Conte, M., “De nuevo sobre las consecuencias económicas del ejercicio del derecho a la huelga”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º. 7, 2009, pág. 6.

³³ STC 11/1998, de 13 de enero, STC 198/1998, de 13 de octubre, STC 45/1999, de 22 de marzo y STS de 15 de junio de 1999. Gonzalez de Rivera Serra, X., “Los descuentos salariales con ocasión del ejercicio del derecho de huelga”, *Boletín Aranzadi Laboral*, 2001, pág. 4.

³⁴ STC 126/1998, de 15 de junio, STC 158/1998, de 13 de junio, STC 198/1998, de 13 de octubre y 223/1998, de 24 de noviembre y STS de 15 de junio de 1999.

³⁵ STC 44/1995, de 13 de febrero.

³⁶ Eneriz Olaechea, F.J., “El derecho fundamental de huelga: su debida regulación postconstitucional”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º. 5, 2011, pág. 6.

³⁷ STC 76/2010, de 19 de octubre.

³⁸ STS de 20 de septiembre de 2013. Al respecto, véase, Fernandez Baraibar, M., “Elevación del número de despidos en represalia por el ejercicio del derecho de huelga”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º. 10, 2014.

no renovación de contratos temporales, tras haber participado los trabajadores en una huelga³⁹ o la no superación de un periodo de prueba⁴⁰ o la exclusión cara al futuro de bolsas de trabajo o procesos de selección⁴¹.

Asimismo, se han considerado nulos los despidos objetivos por reducción de la actividad, realizados por una empresa contratista, al haberle rescindido la contrata la empresa principal, por derivarse indirectamente del previo ejercicio del derecho de huelga⁴².

Ahora bien, el hecho de participar en una huelga legal, no exime al trabajador del poder disciplinario de la empresa. Esto es, una cosa es que la empresa no pueda despedir al trabajador por el mero hecho de participar activamente en una huelga legal, es decir, como mera represalia y, otra, bien distinta, es que si el trabajador incurre en alguna de las causas legales de despido disciplinario del art. 54 del ET, pese a participar en una huelga legal, podrá ser despedido de forma procedente, pues el ejercicio del derecho fundamental no ampara los incumplimientos graves y culpables de las obligaciones laborales. Si bien, en algunos supuesto si supone la modulación de dichos incumplimientos, en el sentido de que durante el conflicto se exige una agravación del incumplimiento, comparado con circunstancias normales. Así, por ejemplo, cuando la libertad de expresión se ejerce en el contexto de una huelga, estaría comprendido dentro de la libertad sindical⁴³. De tal modo que las obligaciones de buena fe de los trabajadores, no se desenvuelven en una situación normal de actividad, sino en un contexto de conflicto, todo lo cual le da un mayor margen de acción a los derechos de información y expresión⁴⁴, pudiendo así proferir expresiones

³⁹ STC 75/2010, de 19 de octubre y STC 100/2010, de 16 de noviembre. En el caso concreto de profesores de religión, vid. Castro Argüelles, M.A., "Delimitación y alcance de las responsabilidades derivadas del despido de una profesora de religión como consecuencia del ejercicio del derecho de huelga", Revista Doctrinal Aranzadi Social, nº. 66, 2012. La Administración pública es al responsable de las consecuencias laborales por la lesión del derecho fundamental. De tal modo que se le obliga a readmitir el trabajador. Mientras que el Obispo, pese a que no ostenta una relación laboral, ni contractual con el trabajador, es responsable de la indemnización por los daños morales. SSTS de 22 de octubre de 2009 y 30 de diciembre de 2010 y STC 75/2010, de 19 de octubre y art. 177.4 de la Ley 26/2011.

⁴⁰ Ferrando García, F.m., "Despido nulo: delimitación en caso de huelga", Revista Doctrinal Aranzadi Social, Vol. V., 1997, pág. 5.

⁴¹ STC 6/2011, de 14 de octubre.

⁴² STC 75/2010, de 19 de octubre. Véase, Sempere Navarro, A.V., y San Martín Mazzucconi, C., "¿Puede una empresa minorar los efectos de la huelga?", Noticias Breves, Gomez-Acebo & Pombo, enero, 2014, pág. 2.

⁴³ Lopez Ahumada, J.E., "Ejercicio de los derechos de información y expresión en el caso de huelga: ¿posible aplicación del deber de sigilo profesional?", Revista Doctrinal Aranzadi, nº. 5214, 2006, pág. 4.

⁴⁴ Lopez Ahumada, J.e., "Ejercicio de los derechos de información y expresión en el caso de huelga: ¿posible aplicación del deber de sigilo profesional?", Revista Doctrinal Aranzadi, nº. 5214, 2006, pág. 6.

en los cánticos, eslóganes y consignas propias de toda manifestación y los escritos de las pancartas que en situaciones de normalidad no serían tolerables⁴⁵.

Ahora bien, evidentemente, si la empresa no puede probar el incumplimiento laboral que alega, la consecuencia conllevará la calificación del despido como nulo y si se prueba el incumplimiento, pero no reviste la suficiente gravedad, entonces la calificación del despido sería improcedente⁴⁶.

Por el contrario, la mera participación pasiva en una huelga declarada como abusiva o ilegal no es causa justificativa de despido, aunque sí puede acarrear una sanción menor⁴⁷, salvo que las ausencias del trabajador alcancen las exigidas por el convenio colectivo aplicable para poder despedir, ya que en estos supuestos las ausencias no quedarían amparadas, obviamente, por el ejercicio del derecho fundamental⁴⁸.

Por regla general, la doctrina judicial gradualista requiere una participación activa en la huelga ilegal para que sea una causa de despido procedente. Así, cuando se tratase de una huelga salvaje llevada a cabo directamente por los propios trabajadores, obviando todos los requisitos formales exigidos normativamente⁴⁹ o coaccionar a los trabajadores no huelguistas, física o psicológicamente para intentar impedir su derecho a trabajar, increpándoles e insultándoles⁵⁰ o cuando el trabajador es designado para cubrir servicios mínimos y los incumple⁵¹. Más, en estos casos, cuando se forma parte del Comité de huelga o se es representante de los trabajadores, dado que en dicho caso, además del incumplimiento genérico de ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa, recogido en el art. 52. 2 c) del ET, sería aplicable el específico de la letra d) del citado artículo que, considera causa de despido la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo, al incurrir en un ejercicio abusivo de sus facultades como miembro del comité de huelga o representante de los trabajadores⁵².

Además en estos casos, si no se probara el incumplimiento que alega el empresario, al tratarse de una huelga ilegal, no se declararía la nulidad del des-

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de febrero de 2000.

⁴⁶ Ferrando García, F.M., “Despido nulo: delimitación en caso de huelga”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Vol. V., 1997, pág. 2.

⁴⁷ STC 332/1994, de 19 de diciembre y STC 40/1995, de 13 de febrero.

⁴⁸ Ferrando García, F.M., “Despido nulo: delimitación en caso de huelga”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Vol. V., 1997, pág. 2.

⁴⁹ Tascón López, R., “Reflexiones acerca de cómo el marco dado por el ejercicio «tácito» del derecho fundamental de huelga influye (aunque no haya sido expresamente alegado) en la valoración gradualista de las causas de despido disciplinario”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º. 83, 2008, pág. 6.

⁵⁰ SSTs de 8 de abril de 1985, 18 de abril y 18 de julio de 1996 y 23 de junio de 1988.

⁵¹ STC 123/1990, de 2 de julio.

⁵² Gracia Alegria, G., “Despido disciplinario de representante de los trabajadores por hechos ocurridos principalmente durante el desarrollo de unas jornadas de huelga”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º. 56, 2010, pág. 4.

pido, sino su improcedencia⁵³. De este modo es legal despedir a los trabajadores que hubieran incurrido en estos incumplimientos graves y culpables, pero, por un lado, no se puede llevar a cabo despidos selectivos entre los mismos por razones discriminatorias⁵⁴, como por ejemplo despedir sólo a los miembros del Comité de Huelga⁵⁵ y, por otro, en sentido contrario, no se puede realizar despidos de forma genérica, esto es, sancionando a todos los trabajadores que formaban parte de la huelga, sino que las responsabilidades deben ser individuales por las acciones concretas llevadas a cabo por cada uno⁵⁶.

4.2. Prohibición de esquirolaje

4.2.1 Esquirolaje externo

El art. 6 del RDLRT, establece expresamente que en tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de incumplimiento de los servicios de mantenimiento y seguridad, servicios mínimos o supuestos de emergencia⁵⁷.

Esta prohibición se extiende, asimismo, a los supuestos en los que el empresario recurra a la celebración de un contrato de puesta a disposición con una Empresa de Trabajo Temporal, con el fin de minorar la eficacia a la huelga (art. 8 a) de la Ley 14/1994). No obstante no hay una prohibición específica de acudir a mecanismos de contrata o subcontrata de obras o servicios⁵⁸. Así ocurre muchas veces en la práctica, especialmente en administraciones públicas que tienen externalizada algún servicio, como limpieza o recogida de residuos y al ponerse en huelga los trabajadores de la empresa privada contratista, la administración recurre a una empresa pública para llevar a cabo el servicio, así, por ejemplo, TRAGSA. Sin embargo, la doctrina mantiene que no se puede admitir con el único argumento de que no está expresamente prohibido, ya que en la práctica reduciría la eficacia de la huelga y, por ende, atentaría contra el

⁵³ Ferrando García, F.M., “Despido nulo: delimitación en caso de huelga”, Revista Doctrinal Aranzadi Social, Vol. V., 1997, pág. 2.

⁵⁴ SSTs de 21 de mayo de 1984 y 30 de noviembre de 1982.

⁵⁵ STS de 26 de noviembre de 1990.

⁵⁶ STC 332/1994, de 19 de diciembre y STC 53/1995, de 23 de febrero. Monereo Pérez, J. L. (Coord.), “Derecho de huelga y conflictos colectivos. Estudio crítico de la doctrina jurídica”, Ed. Comares, Granada, 2002, págs. 348 y ss.

⁵⁷ Alzaga Ruiz, I., “La sustitución interna de los trabajadores huelguistas: un supuesto de vulneración del derecho de huelga”, Revista Doctrinal Aranzadi, nº. 4011, 2002, pág. 3.

⁵⁸ Incluso podemos encontrar algunas sentencias en las cuales se ha admitido. Vid. STS de 27 de septiembre de 1999.

derecho esencial del derecho fundamental⁵⁹ y, en última instancia, se estaría sustituyendo a trabajadores huelguistas que es lo que prohíbe la normativa.

De este modo, es necesario que se sustituya a trabajadores de la empresa. Por lo tanto, no se estaría ante este supuesto cuando se trata de colaboradores externos habituales⁶⁰ o personal de refuerzo. Ahora bien, para que concurra tal supuesto, es necesario que la plantilla se encuentre al completo, entonces las contrataciones adicionales son de refuerzo y no sustituyen a nadie, de lo contrario, estamos ante sustitución⁶¹. No es un supuesto de sustitución, en cambio, cuando se trata de contratar a un número escaso de personal para actividades conexas⁶².

Ni tampoco cuando una empresa, que pertenece al mismo grupo que la empresa que se encuentra en huelga, acude a los servicios de una tercera, con el argumento que la huelga en una empresa del grupo no puede afectar a todas las demás⁶³. No obstante, en mi opinión, habría que diferenciar aquellos casos en que se pudiera aplicar los criterios jurisprudenciales de “alzamiento del velo” de la personalidad jurídica, esto es, plantilla única y caja única y en tales supuestos, especialmente cuando sea aplicable el criterio de plantilla única, habría que concluir que es un supuesto, más bien, de esquirolaje interno, al igual que lo sería desplazar trabajadores de un centro de trabajo a otro de la misma empresa.

Asimismo, cuando se trata de un servicio público, por ejemplo, hospitalario, transporte, etc., se puede derivar a los usuarios a otro centro o empresa, que ofrece el mismo servicio, aun cuando forme parte de la misma red pública. Así, por ejemplo pacientes de un hospital público en huelga que son derivados a otro hospital público⁶⁴.

4.2.2. *Esquirolaje interno*

De este modo el RDLRT contempla la prohibición del esquirolaje externo,

⁵⁹ Romeral Hernandez, J., “Vulneración del derecho de huelga por modificación del turno de trabajo”, Revista Doctrinal Aranzadi Social, n.º. 36, 2011, pág. 2 y SEMPERE NAVARRO, A.V., y San Martín Mazzucconi, C., “¿Puede una empresa minorar los efectos de la huelga?”, Noticias Breves, Gomez-Acebo & Pombo, enero, 2014, pág. 2.

⁶⁰ STS de 15 de abril de 2005.

⁶¹ Hierro Hierro, F.J., “Distintos cuestionamientos acerca de la actitud empresarial como vulneradora del derecho de huelga”, Revista Doctrinal Aranzadi, n.º. 8422, 2004, pág. 5.

⁶² STC 123/1992, de 28 de septiembre.

⁶³ SAN de 29 de julio de 2013. Vid. Sempere Navarro, A.V., y San Martín Mazzucconi, C., “¿Puede una empresa minorar los efectos de la huelga?”, Noticias Breves, Gomez-Acebo & Pombo, enero, 2014, pág. 2.

⁶⁴ De Val Tena, A.I., “La prohibición legal de sustituir a los trabajadores huelguistas: sobre un posible comportamiento empresarial contrario al derecho de huelga”, Revista Doctrinal Aranzadi Social, n.º. 5214, 2001, págs. 6 y 7.

pero no el supuesto de esquirolaje interno⁶⁵, esto es, la facultad que tiene la empresa, mientras dure la huelga, de emplear sus poderes ordinarios de dirección. Este supuesto, como tantos otros, ha tenido que ser interpretado por la jurisprudencia, que estima que el empleo de las facultades ordinarias de dirección por parte de la empresa, por ejemplo, movilidad funcional y geográfica, que es perfectamente legítimo en situaciones de normalidad, esto es, cuando no hay un conflicto, no se puede admitir durante una huelga con el pretexto de que no está expresamente prohibido, puesto que tales facultades empresariales pueden, no obstante, reducir la eficacia de la huelga y, por ende, atentar contra el derecho esencial del derecho fundamental, convirtiéndose en abusivas, ya que el derecho de huelga goza de una jerarquía preeminente a los derechos que pueden amparar dichas facultades como son la libertad de empresa, etc.⁶⁶.

Debiendo el demandante aportar indicios de la vulneración, invirtiendo la carga de la prueba, lo cual comportará la imposición del abono de una indemnización por parte de la empresa⁶⁷.

De este modo resulta ilícito, mientras dure la huelga, por ejemplo, realizar horas extraordinarias, reorganizar la plantilla que no participa en la huelga, cambiando turnos⁶⁸ o modificando el calendario laboral⁶⁹, de tal modo que se convoca a los trabajadores en días que se habían establecido como no laborales o derivar la actividad a otros centros de trabajo, de forma que deje sin efecto el ejercicio del derecho a la huelga⁷⁰. No es necesario que se sustituya por completo todas las funciones de los trabajadores que participan en la huelga, sino que es suficiente con que se sustituya parte o incluso una de las funciones, por

⁶⁵ García Salas, A.i., “Sustitución interna de trabajadores en huelga: la delimitación de esquirolaje interno dentro de la legalidad”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Vol. IV, 1998, González de la Aleja, R., “Algunas reflexiones sobre el esquirolaje interno”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 62, 1993, pág. 975, Goerlich Peset, J.M., “Los efectos de la huelga”, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 96, De Val Tena, A.L., “La prohibición legal de sustituir a los trabajadores huelguistas: sobre un posible comportamiento empresarial contrario al derecho de huelga”, *Revista Aranzadi Social*, n.º 14, 2001 y Hierro Hierro, F.J., “Distintos cuestionamientos acerca de la actitud empresarial como vulneradora del derecho de huelga”, *Revista Doctrinal Aranzadi*, n.º 8422, 2004, pág. 2.

⁶⁶ STC 123/1992, de 28 de septiembre, STC 18/2007, de 12 de febrero y STC 33/2011, de 28 de marzo. Vid. Cavas Martínez, F., “Derecho de huelga y sustitución de trabajadores huelguistas. Límites jurídicos al “ius variandi” empresarial”, *La Ley*, n.º 2, 1993.

⁶⁷ Alzaga Ruiz, I., “La sustitución interna de los trabajadores huelguistas: un supuesto de vulneración del derecho de huelga”, *Aranzadi Social*, n.º 11, 2002, pág. 4. SSTS de 22 de julio de 1996 y 30 de enero de 1997.

⁶⁸ Romeral Hernández, J., “Vulneración del derecho de huelga por modificación del turno de trabajo”, *Aranzadi Social*, n.º 5, 2011.

⁶⁹ Carrizosa Prieto, E., “La alteración empresarial del calendario laboral como medida lesiva del derecho de huelga”, *Aranzadi Social*, n.º 86, 2012.

⁷⁰ Gordo González, L., “El contenido esencial del derecho de huelga: prohibición del esquirolaje interno”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º 20, 2012, págs. 5 y 6.

trabajadores no huelguistas, que tenían asignadas otras tareas antes del inicio del conflicto⁷¹, pues, el derecho de los trabajadores no huelguistas a trabajar, no les legitima para reducir o incluso anular los efectos de la huelga. De lo contrario, se vaciaría de contenido el derecho de huelga⁷².

Ahora bien, parece que la prohibición sólo es efectiva mientras dure la huelga. De tal modo que no se puede considerar una práctica de esquirolaje interno la recuperación de la actividad perdida mediante la realización de horas extraordinarias, cambios de turno o modificación de calendario laboral, etc., una vez transcurrida la huelga⁷³. No obstante, se ha criticado, con acierto, a mi modo de ver, esta postura, pues aun cuando no sería estrictamente un supuesto de esquirolaje interno, pues no se puede sustituir trabajadores en huelga cuando la huelga ha finalizado, no es menos cierto que resulta lesivo para el derecho fundamental, pudiendo en la práctica vaciarlo de contenido⁷⁴. Efectivamente, de esta forma el empresario podría, bien en los días justo anteriores a la huelga intensificar la producción, en previsión de la bajada de la misma que supondrá la huelga, bien, recuperar en los días posteriores a la huelga aumentando la producción. Si bien, esto sólo se podría predicar de aquellas actividades que constituyan producción de bienes, pues en las que sean prestación de servicios, la interrupción de la prestación del servicio durante la huelga, ya es imposible recuperar obviamente. Con la problemática, de difícil resolución, de hasta cuándo se consideraría lesivo del derecho de huelga.

4.2.3. Empleo de medios tecnológicos

En cuanto al empleo de medios automáticos o mecánicos para sustituir a los trabajadores en huelga, lo que se ha dado en denominar como esquirolaje tecnológico⁷⁵, la jurisprudencia ha estado dividida desde un primer momento y posteriormente ha ido modificando su postura. Así, en un primer momento, el TS lo admite con el argumento de que no existe precepto alguno que lo prohíbe⁷⁶. Ahora bien, es evidente que, dependiendo de la actividad en la que se haya declarado la huelga, si es un sector que está ya de por sí, esto es habitualmente, automatizado en un alto grado, la utilización de los medios técnicos de los que habitualmente dispone la

⁷¹ STC 34/2011, de 28 de marzo.

⁷² STS de 24 de octubre de 1989. Al respecto, véase Alzaga Ruiz, I., “La sustitución interna de los trabajadores huelguistas: un supuesto de vulneración del derecho de huelga”, *Aranzadi Social*, n.º. 11, 2002, págs. 2 y 3.

⁷³ STSJ de Castilla-La Mancha 728/2001, de 5 de julio.

⁷⁴ Carrizosa Prieto, E., “La alteración empresarial del calendario laboral como medida lesiva del derecho de huelga”, *Aranzadi Social*, n.º. 86, 2012, pág. 4.

⁷⁵ Para un análisis extenso de este supuesto. Véase, López Lluch, M.I., “El derecho de huelga: nueva doctrina sobre el “esquirolaje tecnológico” en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de diciembre de 2012”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º. 5, 2013, pág. 11.

⁷⁶ SSTs de 27 de septiembre de 1999 y 4 de julio de 2000, 9 de diciembre de 2003, 15 de abril de 2005 y 11 de junio de 2012.

empresa puede llegar a atenuar o limitar las consecuencias de la huelga hasta un punto que no tenga incidencia en la actividad empresarial, vaciando de contenido el derecho de huelga. Esto se puede apreciar de forma gráfica en el sector Radiotelevisivo. Así, por el contrario, el TC lo prohíbe desde un primer momento, con el argumento que si bien hay ciertos programas que pueden ampararse en el derecho constitucional de informar y comunicar del art. 20 de la CE, como los espacios informativos, la mayoría de la programación no reviste el rango amparado por dicho derecho fundamental, sino que está desprovisto de todo contenido e interés informativo, revistiendo un carácter, más bien, de puro entretenimiento. De tal modo que el derecho fundamental a la huelga no tiene por qué verse limitado por esta actividad, que puede grabarse y posteriormente programarse para emitirse sin la intervención de mano de obra, durante una huelga y que acabaría por vaciar de contenido a la misma⁷⁷, ya que la misma no tendría incidencia en la actividad empresarial y, por lo tanto, tendría una nula repercusión o transcendencia social⁷⁸.

En consecuencia, esta jurisprudencia del TC, hace que el TS también modifique su postura, haciendo suya los argumentos del TC, en cuanto a que el derecho de huelga puede verse vulnerado por la sustitución de trabajadores por medios tecnológicos, privando a los trabajadores materialmente del ejercicio de dicho derecho fundamental⁷⁹.

No obstante, a mi modo de ver, aun cuando esto es cierto, es imprescindible diferenciar aquellas actividades que emplean mano de obra en situaciones normales y habituales, esto es, cuando no hay conflictos sociales, de aquellas otras que no la emplean, es decir que están plenamente automatizadas o mecanizadas.

En las primeras, será posible sustituir mano de obra por medios tecnológicos durante una huelga, mientras que, en las segundas, no hay sustitución de trabajadores, sino continuidad del empleo habitual y normal de medios tecnológicos y, por ende, resulta imposible subsumir el supuesto en el de esquirolaje, que requiere inexorablemente el requisito de sustitución de trabajadores.

Luego en este segundo caso, en actividades que están plenamente automatizadas, durante una huelga, sólo se podrá limitar las mismas por la fijación de los servicios mínimos establecidos, previo la declaración como esencial de la actividad correspondiente, pero no por la pretensión de prohibir la actividad bajo el pretexto que es un supuesto de esquirolaje, ya que no es así, porque no hay sustitución de trabajadores.

A nadie se le escapa que esta práctica puede ir extendiéndose cada vez más con el paso de los años y a más actividades, conforme el estado de la tec-

⁷⁷ STC 183/2006, de 19 de junio.

⁷⁸ López Lluch, M.I., “El derecho de huelga: nueva doctrina sobre el “esquirolaje tecnológico” en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de diciembre de 2012”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº. 5, 2013, pág. 11.

⁷⁹ STS de 5 de diciembre de 2012.

nología vaya avanzando. Sin embargo, esto es inevitable, pues el esquirolaje requiere de la sustitución de mano de obra y no se puede aplicar en aquellas actividades que no la empleen. Por ello, sería necesario, modificar dicha doctrina, dejando de hablar de esquirolaje tecnológico y de la sustitución de mano de obra por medios tecnológicos y simplemente prohibiendo la utilización de medios tecnológicos que no requieren de mano de obra durante una huelga más allá de los establecidos en los servicios mínimo, en su caso, por vulnerar le contenido esencial del derecho de huelga, ya que priva a los trabajadores materialmente del ejercicio de su derecho a la huelga.

5. EL DERECHO A DIFUNDIR Y HACER PÚBLICO EL CONFLICTO

La finalidad de la huelga es la de lograr unas reivindicaciones concretas⁸⁰, y a tales efectos se hace público no sólo el hecho del conflicto⁸¹, sino que se puede difundir las cuestiones litigiosas⁸². Los trabajadores en huelga podrán efectuar publicidad de la misma, en forma pacífica, y llevar a efecto recogida de fondos sin coacción alguna⁸³. Sin embargo, dicha publicidad no puede amparar contenidos tendentes a desprestigiar a la empresa⁸⁴.

Así, los trabajadores tienen el derecho a celebrar reuniones para informar y expresar sus reivindicaciones⁸⁵, recabar la solidaridad de terceros o superar su oposición⁸⁶, solicitando pacíficamente la adhesión a la misma y a la participación en acciones colectivas legales⁸⁷. Siempre de acuerdo con el deber de buena fe⁸⁸. Lo que nos lleva a analizar las libertades de expresión e información durante la huelga, así como los piquetes informativos.

5.1. Las libertades de expresión e información

La libertad de expresión viene definida en el propio art. 20 de la CE como el derecho “a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción”.

El trabajador, como ciudadano que es, puede ejercer su derecho a la libertad de expresión, si bien al estar inserto en una organización empresarial, tal derecho

⁸⁰ STC 11/1981, de 8 de abril.

⁸¹ STC 332/1994, de 19 de diciembre.

⁸² STC 120/1983, de 15 de diciembre.

⁸³ Art. 6.6. del RDLRT.

⁸⁴ STS de 12 de febrero de 2013.

⁸⁵ Arts. 20.1 CE, 68 ET y 8 LOLS.

⁸⁶ STC 137/1997, de 21 de julio.

⁸⁷ STC 254/1988, de 21 de diciembre.

⁸⁸ Art. 5 ET.

se encuentra con ciertos límites algunos comunes a todos los ciudadanos y otros específicos por el hecho de ser trabajador. De este modo, cuando nos situamos en el ámbito de una relación laboral las manifestaciones de una parte respecto de la otra deben enmarcarse en las pautas de comportamiento que se derivan de la existencia de tal relación, pues el contrato entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona, junto a otros, también el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, de modo que manifestaciones del mismo que en otro contexto pudieran ser legítimas no tienen por qué serlo necesariamente en el marco de dicha relación⁸⁹.

Es importante diferenciar aquí la libertad de expresión de la libertad de información. Esta última se limita a manifestar unos hechos concretos a dar una noticia. Mientras que la libertad de expresión ampara juicios de valor, ideas y pensamientos sobre unos hechos en cuestión⁹⁰. Así, de forma general, cuando se trata de libertad de información la información transmitida debe ser veraz, si bien subjetivamente, esto es, el trabajador debe estar convencido que lo que ha dicho es veraz y contrastado, aunque luego se probara que estuviera equivocado de forma objetiva, con todo lo que ello entraña en cuanto a la dificultad de la prueba. Así, por ejemplo, divulga algo que ha visto en internet acerca de la empresa, que luego se prueba que es mentira (SSTC 6/1988, de 21 de enero, 107/1988 y 57/1999, de 12 de abril). En cambio, la libertad de expresión, al tratarse de juicios de valor, no deja de ser algo intangible o abstracto y, en consecuencia, no está sujeto a esa prueba de veracidad⁹¹. Si bien, en la práctica, como destaca la doctrina, la delimitación no suele ser tan meridiana en cuanto que la expresión de la propia opinión necesita a menudo apoyarse en la narración de los hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o noticias comprende casi siempre algún elemento valorativo⁹².

Se deberá respetar el honor, la dignidad y la intimidad de los demás⁹³. Ahora bien, pese a que en una primera etapa, la jurisprudencia protegía el interés particular de la persona ofendida sin más, de tal modo que si se había lesionado su honor, se consideraba que se había extralimitado en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión⁹⁴. En la actualidad, aun cuando se lesione el derecho al honor de una persona, este perjuicio estaría justificado si se sustenta en un interés general o público, superior al interés individual o particular⁹⁵.

⁸⁹ STC 151/2004, de 20 de septiembre.

⁹⁰ STC 214/1991, STC 20/2002 y STC 139/2007.

⁹¹ STC 9/2007,

⁹² Palomeque López, C., "Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos", AA. VV., Dir. Sempere Navarro, A. V., *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Ed. AS, Madrid, 2003, pág. 244.

⁹³ Así, lo reconoce además, expresamente el propio art. 20.4 de la CE.

⁹⁴ STC 120/1983, STC 413/1983, STC 414/1983 y STC 175/1985.

⁹⁵ STC 104/1986, STC 159/1986, STC 20/1992 y STEDH de 13 de febrero de 2003.

Además, la jurisprudencia añade que el ejercicio del derecho se haga de acuerdo con el principio de buena fe y sin abuso de derecho⁹⁶, dando prevalencia incluso al deber de buena fe, sobre ese interés público⁹⁷. No obstante, este requisito ha sido duramente criticado por la doctrina, acertadamente, ya que de este modo, el principio de buena fe, que supone un principio general de interpretación, se convierte en un criterio determinante para la resolución de conflictos de derechos fundamentales⁹⁸. Se acaba por resucitar, de épocas anteriores, el genérico deber de lealtad del trabajador, en la práctica⁹⁹, por mucho que formalmente la jurisprudencia insista que éste deber ya no está vigente¹⁰⁰.

A tales efectos se debe realizar un ejercicio de ponderación entre los intereses en juego, el público y el individual¹⁰¹. De este modo, la libertad de información estará justificada cuando “los hechos o expresiones tengan interés público, que sean relevantes para la comunidad, y que la información sea veraz¹⁰². Si bien esa exigencia de veracidad se mide subjetivamente, esto es, el trabajador debe estar convencido que lo que ha dicho es veraz y contrastado, aunque luego se probara que estuviera equivocado de forma objetiva”¹⁰³, no simples rumores¹⁰⁴. Mientras que se amparará la libertad de expresión “cuando no se incluyan expresiones injuriosas, superfluas a la hora de ayudar a la formación de la opinión pública¹⁰⁵”. De tal forma que no se pueden verter injurias y calumnias¹⁰⁶. Se admite la crítica¹⁰⁷, pero no el insulto¹⁰⁸.

De forma específica, en cuanto a límites derivados de su condición de trabajador, podemos destacar:

⁹⁶ STC 6/1988.

⁹⁷ STC 126/2003.

⁹⁸ Valdés Dal-Ré, F., “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, *Revista Relaciones Laborales*, nº 8, 1990, pág. 293 y Baylos Grau, A., “El Derecho del Trabajo: modelo para armar”, Ed. Trotta, Madrid, 1991, pág. 99.

⁹⁹ Goñi Sein, J.L., “Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿necesidad de una reformulación?”, Primera Ponencia de las XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, organizadas por la Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Pamplona, días 29 y 30, de 2014, pág. 50.

¹⁰⁰ SSTC 120/1983, 186/1996, 213/2002.

¹⁰¹ Padilla Ruiz, P., “El conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº. 4, 2011.

¹⁰² STC 104/1986. Vid. Padilla Ruiz, P., “El conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº. 4, 2011.

¹⁰³ STC 437/2006.

¹⁰⁴ SSTC 4/1996 y 197/1998.

¹⁰⁵ Padilla Ruiz, P., “El conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº. 4, 2011.

¹⁰⁶ STC 139/2007.

¹⁰⁷ SSTC 6/2000, 49/2001, 204/2001 y 20/2002.

¹⁰⁸ SSTC 204/1997, 134/1999, 6/2000, 29/2001 y 181/2006 y Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2009.

Que no debe existir legal, convencional o contractualmente una obligación de guardar secreto profesional, esto es, de no desvelar cierta información relativa a su puesto de trabajo o a la empresa en general, como ocurre con los representantes legales y el deber de sigilo¹⁰⁹ (SSTC 99/1994, de 11 de abril y 6/1995, de 10 de enero).

La libertad de expresión se interpreta por parte de la jurisprudencia de una forma más restringida cuando se dirige al ámbito exterior a personas ajenas a la empresa o a la opinión pública, que cuando se emplea dentro de la empresa, entre compañeros o representantes de los trabajadores, debido al mayor riesgo que ello entraña para el prestigio de la empresa (STC 126/1990, de 5 de julio).

Asimismo, siempre es necesario ponderar las concretas circunstancias de los hechos y el contexto. Así, no es lo mismo insultar un jefe sin previa provocación que contestar a un insulto previo, que cuando se le acaba de sancionar a un trabajador o cuando se está en una manifestación y se están profiriendo los cánticos, eslóganes y consignas propias de toda manifestación y los escritos de las pancartas¹¹⁰. Además, cuando se ejerce en el contexto de una huelga, como es el caso que nos concierne, como destaca la doctrina, estarían comprendidos dentro de la libertad sindical¹¹¹. De tal modo que las obligaciones de buena fe de los trabajadores y, muy especialmente las de sigilo de los representantes, no se desenvuelven en una situación normal de actividad, sino en un contexto de conflicto, todo lo cual le da un mayor margen de acción a los derechos de información y expresión¹¹², pudiendo informar sobre todos los temas que directa o indirectamente tengan o puedan tener repercusión en las relaciones laborales¹¹³, siempre que no tengan el carácter de confidencial desde una perspectiva objetiva, esto es, sin que sea suficiente que la empresa los haya calificado como tales de forma unilateral¹¹⁴.

Los trabajadores en huelga, sus representantes legales y las organizaciones sindicales pueden ejercer su derecho de reunión para el desenvolvimiento del derecho de huelga, sin que la prohibición legal de ocupar el centro de trabajo pueda entenderse como regla impeditiva del derecho a reunión, y siempre y

¹⁰⁹ Lopez Ahumada, J.E., “Ejercicio de los derechos de información y expresión en el caso de huelga: ¿posible aplicación del deber de sigilo profesional?”, Revista Doctrinal Aranzadi, n.º 5214, 2006.

¹¹⁰ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de febrero de 2000.

¹¹¹ Lopez Ahumada, J.E., “Ejercicio de los derechos de información y expresión en el caso de huelga: ¿posible aplicación del deber de sigilo profesional?”, Revista Doctrinal Aranzadi, n.º 5214, 2006, pág. 4.

¹¹² Lopez Ahumada, J.E., “Ejercicio de los derechos de información y expresión en el caso de huelga: ¿posible aplicación del deber de sigilo profesional?”, Revista Doctrinal Aranzadi, n.º 5214, 2006, pág. 6.

¹¹³ STC 168/1996, de 25 de noviembre.

¹¹⁴ STS de 13 de diciembre de 1989.

cuando dicha reunión sea pacífica y no coaccione o impida los derechos del resto de personas. La huelga como ejercicio de un derecho fundamental implica un *deber del empresario de no obstaculizar el paro de los trabajadores*. En nuestro sistema el empresario no puede recurrir libremente al cierre patronal como medida de conflicto¹¹⁵.

En lo que concierne a la actividad sindical¹¹⁶ en la utilización del correo electrónico, en lo que nos concierne, durante una huelga, es evidente que es un medio por el cual sirve de vía de transmisión de información de comunicación entre el representante sindical y los trabajadores y que en todo caso el empresario tiene el deber de respetar¹¹⁷, sin embargo, es necesario hacer alguna precisión a tenor de lo que el TC¹¹⁸ ha tenido por bien pronunciarse al respecto.

En primer lugar, en la utilización del correo electrónico no puede interferirse en lo que debe entenderse como la actividad que la empresa tiene normalmente. Es decir, no será un uso apropiado del correo electrónico si por esta vía se envían de forma masiva tantísimos e-mails que sobrepasen la capacidad del servidor para canalizarlos y por tanto inutilicen esta vía para la

¹¹⁵ SSTs de 10 de marzo y 9 de junio de 1982, 18 de julio de 1986, 20 de marzo de 1991 y STC 11/1981, de 8 de abril.

¹¹⁶ En opinión de algún autor son los Convenios Colectivos los que en los últimos tiempos están garantizando el ejercicio del derecho sindical en las nuevas tecnologías, ya que, si nos referimos al ámbito legal, todavía existen limitaciones a este respecto. Vid. Piñero Royo, M. y Lázaro Sánchez, L., *“Los derechos on-line en el ordenamiento laboral español: estado de la cuestión.”*, http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyC02/DYC002_A07.pdf

¹¹⁷ Uno de los aspectos en los que las nuevas tecnologías han supuesto un cambio en la forma de llevar a cabo la labor sindical es precisamente la del correo. Antes de la existencia de éste, se utilizaba por parte de los representantes unitarios de los trabajadores y de las secciones sindicales el tablón de anuncios que servía como medio para comunicarse con los trabajadores afiliados y también por extensión al resto de los trabajadores (art. 8.2 a) LOLS). Además el empresario debía facilitar diversos aspectos tales como: servicio telefónico, escritorios, máquina de escribir, fotocopiadora, etc. Con la aparición del correo electrónico en parte se ha ganado en facilidad a la hora de cumplir con las obligaciones sindicales pero también es cierto, y son palabras del TC, que las empresas no están obligadas a tener una infraestructura informática para llevar a cabo el uso sindical. En el uso del correo también impone una serie de condiciones como son principalmente la de no perjudicar la actividad normal de la empresa en el uso de la acción sindical como tampoco que cause mayores costes de los normales al empresario. Así, reconoce el Alto Tribunal que el empresario debe en todo caso respetar la labor sindical sin entorpecer la actividad empresarial. Vid. Domínguez Martín, A., *“La conflictividad entre el control empresarial y la intimidad del trabajador”*, Ed. Lex nova: La revista, N.º 51, 2008, págs. 28 y ss. Vid. STC 281/2005, STSJ Castilla y León/Burgos de 30 de julio de 2007. Vid. Roldán Martínez, A., *“El derecho de los representantes de los trabajadores a utilizar los medios electrónicos de comunicación propiedad de la empresa”*, Aranzadi Social n.º 11/2008 parte Estudio, Pamplona, edición electrónica y Sempere, A.V. y Navarro Mazzucconi, C., *“El uso sindical del correo electrónico a la luz de la STC 281/2005”*, Aranzadi Social, n.º 17/2005 parte Tribuna, 2005, edición electrónica.

¹¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 281/2005, de 7 de noviembre. Vid. García Murcia, J., *“Tres sentencias recientes del TS sobre derechos de los trabajadores y sus representantes en el ámbito de la empresa”*, La Ley, n.º 260, mayo 2012, edición electrónica.

transmisión y recepción de e-mails por el resto del personal de la empresa. Por tanto, tiene que realizarse un uso proporcional y adecuado de esta vía para la comunicación de información¹¹⁹.

En segundo lugar, el empresario podrá determinar en qué condiciones se podrá utilizar el correo electrónico para esta finalidad. En aras de proteger el adecuado funcionamiento de la red y del correo electrónico principalmente, podrá concretar los criterios que se deben observar teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional¹²⁰ no admite en ningún caso que se impongan barreras a la efectividad de dicho derecho¹²¹ en tanto supondría una vulneración del mismo¹²².

5.2. Piquetes informativos

En consecuencia, los derechos de informar y expresar sus reivindicaciones, recabar la solidaridad de terceros o superar su oposición, solicitando pacíficamente la adhesión a la misma y a la participación en acciones colectivas legales, justifica la existencia de piquetes pacíficos informativos, que no intimiden ni coaccionen a trabajadores que pretendan ejercer su derecho a no participar en la huelga¹²³, así como trabajadores de empresas contratistas o

¹¹⁹ Roig Botella, A., “*El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa. Aspectos constitucionales, penales y laborales*”, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 114.

¹²⁰ En opinión de algún autor ha expresado que “*Con carácter general, si bien con excepciones, puede dimanarse una cierta tensión doctrinal entre los pronunciamientos del TC y los de rango inferior: de tal manera que el primero de ellos se ha mostrado, en general, mucho más propenso a reconocer, con pocas limitaciones, el pleno ejercicio del derecho a la intimidad por parte del trabajador en el ejercicio de las relaciones laborales*”. *Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías*. Cuadernos de Derecho judicial. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pág. 210.

¹²¹ Vid. STS de 17 Mayo de 2012, en el que el tribunal desestima la demanda presentada por los sindicatos al sostener que los costes que supondría la creación de 6.500 emails a cada uno de los trabajadores perjudicaría económicamente al empresario, y en consecuencia ante la inexistencia de la obligación de incorporar nuevas infraestructuras que conlleven gastos rechaza la solicitud de los sindicatos. No obstante, también rechaza la posibilidad de utilizar la intranet de la empresa como vehículo de comunicación entre trabajadores y sindicatos, en buena medida por los gastos económicos que supondría, y a este respecto considero que dicho criterio es cuanto menos criticable, en tanto los gastos que supone introducir datos en un portal como es la intranet no genera los mismos gastos que la creación de tantas cuentas de emails para tantos empleados. Por otro lado, si no se concede la creación de cuentas de correo tomando como argumento el coste económico, considero que se debería haber permitido la solicitud de utilizarlo como medio de comunicación, porque en mi humilde opinión, dicha intranet haría el papel de un tablón de anuncios para conocer información sindical, y no respetar dicho aspecto supondría conculcar los derechos sindicales de los trabajadores. Más si cabe, cuando la intranet de algunas administraciones públicas son utilizadas como medio de comunicación para transmitir información a sus empleados.

¹²² Roig Botella, A., “*El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa. Aspectos constitucionales, penales y laborales*”, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 114.

¹²³ STC 332/1994, de 19 de diciembre y STS 362/1999, de 11 de marzo.

de ETT¹²⁴ o los encargados de realizar los servicios de mantenimiento y seguridad¹²⁵, clientes o terceros que intenten acceder a la empresa, ni física ni psicológicamente¹²⁶, por ejemplo, insultándoles o amenazándoles¹²⁷, ni mucho menos impidan el acceso al trabajo mediante actos violentos, sino que informen y soliciten la adhesión a la huelga mediante medios pacíficos.

Se debe respetar el derecho al trabajo de los trabajadores que no quieran sumarse a la huelga. Se debe ejercer el derecho conforme a los principio de la buena fe, pacíficamente¹²⁸. De tal modo que si no se respeta el derecho de no adherirse a la huelga y a trabajar, que se reconoce en el art. 6.4 del RDLRT, mediante, por ejemplo, la fórmula de piquetes masivos, que impiden la entrada al trabajo¹²⁹, existirá abuso en el ejercicio del derecho y no estará amparado por el art. 28 de la CE¹³⁰, al vulnerarse otros derechos consagrados en el texto constitucional, como la libertad de trabajar e incluso otros derechos fundamentales como la dignidad de la persona o su integridad física y moral¹³¹, convirtiendo la huelga en ilícita¹³². Sin que sea necesario que la acción de los piquetes constituya un ilícito penal¹³³. Si bien, como hemos visto, la empresa puede sancionar a los trabajadores que participen en acciones ilícitas o abusivas, no obstante, no lo puede hacer de forma genérica, esto es, sancionando a todos los trabajadores que formaban parte del piquete, sino que las responsabilidades deben ser individuales por las acciones concretas llevadas a cabo por cada uno¹³⁴.

¹²⁴ Art. 8. a) de la Ley 14/1994, de 1 de junio y STC 123/1992 de 28 de septiembre y 66/2002, de 21 de marzo.

¹²⁵ ATC 193/1999, de 21 de julio.

¹²⁶ ATC 36/1989, de 23 de enero y ATC 71/1992, de 9 de marzo.

¹²⁷ STC 333/1994, de 19 de diciembre y STC 40/1995, de 13 de febrero.

¹²⁸ POQUET CATALÁ, R., “Servicios esenciales y derecho de huelga”, Revista doctrinal Aranzadi Social, nº. 3, 2013, pág. 3.

¹²⁹ ALONSO OLEA, M., “Derecho del Trabajo”, Ed. Civitas, Madrid, 2009, pág. 1255.

¹³⁰ STC 37/1988, de 17 de febrero.

¹³¹ STC 137/1997, de 21 de julio.

¹³² STC 332/1994, de 19 de diciembre.

¹³³ Alonso-Olea García, B., “Sobre el ámbito y lo que no incluye el derecho de huelga, su ejercicio lícito y sus límites. Comentario a la STC 104/2011, de 20 de junio”, Revista española de Derecho del Trabajo, 2012, pág. 20.

¹³⁴ STC 332/1994, de 19 de diciembre y STC 53/1995, de 23 de febrero. Monereo Pérez, J. L. (Coord.), “Derecho de huelga y conflictos colectivos. Estudio crítico de la doctrina jurídica”, Ed. Comares, Granada, 2002, págs. 348 y ss.