

DEREITO COLECTIVO

FRANCISCA FERNÁNDEZ PROL
Profesora Titular de Dereito do Traballo e da Seguridade Social
Universidade de Vigo
franfernandez@uvigo.es

Palabras chave: liberdade sindical; dereito de folga; conflito colectivo; convenio colectivo aplicable.

Palabras clave: libertad sindical; derecho de huelga; conflicto colectivo; convenio colectivo aplicable.

Keywords: trade union freedom; right to strike; collective conflict; applicable collective agreement.

XURISPRUDENCIA:

TUTELA DE DEREITOS FUNDAMENTAIS E LIBERDADES PÚBLICAS: vulneración do dereito á liberdade sindical. Revogación de mandato de representante unitario en asemblea convocada ao efecto. Cabe a revogación da totalidade da candidatura, inclusive suplentes. STS (Sala do Social) do 20 de decembro de 2022 (rec. 115/2021).

Normas aplicadas:

- Art. 28 CE
- Arts. 67.3 e 77 ET

A sentenza seleccionada analiza, dende a perspectiva do dereito á liberdade sindical, a prerrogativa, ex arts. 67.3 e 77 ET, de revogación dos representantes unitarios no marco de asemblea convocada ao efecto.

Os feitos e antecedentes procesuais poden resumirse como segue. Celebradas eleccións sindicais, con data do 18 de setembro de 2019, resultan elixidos membros do

correspondente comité de empresa sete candidatos da CIG, un representante de UGT e un representante de CCOO. Este último, precisamente, é o representante obxecto da revogación discutida, concorrendo nel circunstancias singulares, consideradas polo Alto Tribunal a efectos resolución: xa resultara elixido en anteriores procesos electorais, mais integrándose na candidatura doutra organización sindical –a CIG-. Poucas semanas despois da reelección, o 7 de novembro de 2019, preséntase ante a Autoridade Laboral, con copia á empresa, escrito asinado polos restantes membros do comité de empresa e outros traballadores, solicitando a convocatoria de asemblea para o 27 de novembro, co obxecto de proceder á “revogación de toda a candidatura presentada por CCOO nas últimas eleccións sindicais (...), polo descontento que (...) produce a súa forma de actuar sindicalmente, a denuncia contra compañeiros, os comentarios impropios...”. Á asemblea, desenvolvida o citado día 27 de novembro, asisten “entre 35 e 40 traballadores, producíndose diversas intervencións sobre o obxecto daquela, dándose por finalizada sen proceder a votación ningunha”. Esta, en efecto, segundo consta na acta remitida á empresa e á Oficina Pública de Rexistro de Eleccións Sindicais, prodúcese ao día seguinte -28 de novembro de 2019-, sinalándose, así mesmo, no devandito documento, o resultado seguinte: votos a favor: 130; votos en contra: 4; votos nulos: 1. Indícase, xa que logo, que queda revogada a totalidade da candidatura de CCOO, notificándose os nomes dos oito traballadores que a conformaban.

Fronte ao citado proceder, a representación de CCOO interpón demanda de tutela de dereitos fundamentais e liberdades públicas, suplicando se dite sentenza pola que, previa estimación da existencia da vulneración do dereito á liberdade sindical, se efectúen os pronunciamentos seguintes: que se declare a nulidade radical do proceso de revogación e posterior votación; que se repoña a situación ao momento anterior a producirse a conduta antisindical e se declare o dereito do actor a manter a condición de membro do comité de empresa ou, subsidiariamente, acceda a dita condición o correspondente suplente; que se condene aos

demandados a pagar, en concepto de reparación, unha indemnización de 2.500 € ao representante revogado e outra, da mesma contía, ao sindicato CCOO.

Por sentenza do 22 de decembro de 2020, a Sala do Social do TSX de Galicia declara a nulidade radical da convocatoria da asemblea, así como do acordo de revogación da candidatura de CCOO “por ser lesivas do dereito á liberdade sindical dos demandantes”. Ordena, xa que logo, a reposición inmediata do representante revogado na súa condición de membro do comité de empresa e condena aos demandados a comunicar a Oficina Pública a resolución, así como ao pago, ao representante afectado e ao sindicato CCOO, de dúas indemnizacións por importe, respectivamente, de 2.000 € e 1.500 €.

Contra o dito fallo, a representación do Comité de empresa presenta recurso de casación, denunciando, en esencia, infracción do art. 67.3 ET e xurisprudencia pola que se procede a súa interpretación –en particular, STS do 28 de xaneiro de 2020 (rec. 2884/2017)-, consonte a que é conforme a Dereito a revogación total dos membros titulares e suplentes dunha candidatura na medida en que se presume que todos comparten unha mesma liña de actuación. Fronte a elo, a parte recorrida aduce que a revogación deriva de enfrontamentos mantidos no precedente comité de empresa, determinantes do cambio de afiliación sindical do representante revogado, e que a extensión daquela a toda a candidatura conforma unha represalia por facilitarlle esta proseguir coa actividade sindical.

No marco da análise da cuestión formulada, o TS identifica –e delimita-, consonte a xurisprudencia na materia, o ámbito subxectivo da revogación, o suxeito titular dela, así como as causas nas que deben sustentarse.

En canto ao primeiro, o Alto Tribunal destaca –consonte o sinalado nas SSTS do 2 de outubro de 2012 (rec. 3046/2011) e de 28 de xaneiro de 2020 (rec. 2884/2017)- a potencial extensión da revogación, non só aos representantes actuais, senón tamén aos seus suplentes ou representantes futuros, “cando os traballadores valorasen como ineficaz ou como insatisfactoria a actividade conxunta de defensa dos seus intereses levada cabo por todos eles” e así se sinalara

expresamente na orde do día da correspondente asemblea revocatoria.

A revogación, por outra banda, concíbese como unha facultade atribuída, “en exclusividade”, á asemblea de electores. Pois, malia a forte sindicalización das eleccións a representantes unitarios, o “ordenamento xurídico non atribúe, nin aos sindicatos, nin ao comité, a facultade de destituír ou cesar aos representantes elixidos, nin de decidir sobre a permanencia da súa condición de representantes” – STS do 30 de xuño de 2020 (rec. 4234/2017)-. É a asemblea de traballadores, como órgano representativo de participación, “o instrumento que a lei prevé para a expresión directa da vontade dos traballadores en períodos intermedios entre procesos electorais” (SSTS do 8 de outubro de 2001 (rec. 3137/2000) e do 15 de xuño de 2006 (rec. 5500/2004)-.

Finalmente, a devandita revogación non conforma unha decisión causal precisada de singular motivación: “trátase máis ben dunha perda de confianza ou desacordo coa actuación dos representantes que non require outra xustificación que a propia vontade revocatoria” –STS do 24 de marzo de 2021 (rec. 933/2018)-.

Así, consonte a xurisprudencia citada, “a permanencia do mandato representativo depende efectiva e exclusivamente dos traballadores representados”, aos que corresponde, xa que logo, no marco da asemblea, a censura e correlativa revogación. “Censura que o lexislador –art. 67.3 ET- non configura como unha decisión causal” precisada de especial xustificación. Para esta, en efecto, abonda a propia vontade revocatoria, que pode acadar aos suplentes das correspondentes candidaturas electorais.

No suposto de Autos, con todo, o litixio non se sitúa no plano da legalidade ordinaria, senón no eido da tutela do dereito á liberdade sindical, que, como lembra o Tribunal, “queda afectado e menoscabado se a actividade sindical ten consecuencias negativas para quen a realiza ou cando se xeren prexuízos negativos polo seu desempeño lexítimo” – STC 336/2005, do 20 de decembro-, pois “a acción sindical constitúe un contido esencial da liberdade sindical” –STS de 14 do outubro de 2020 (rec. 40/2019)-. Denunciada a

vulneración do dereito á liberdade sindical, cómpre, xa que logo, analizar os indicios proporcionados por quen a alegue, así como, seguidamente, a xustificación aportada polo autor ou autores aos que se lle impute aquela.

A tales efectos, o TS destaca as circunstancias seguintes, ás que reconece “aparencia verosímil” da alegada vulneración do dereito á liberdade sindical: a asemblea revogatoria celébrase só dous meses despois das eleccións, sen o transcurso, polo tanto, dun tempo suficiente para avaliar a acción sindical desenvolvida; malia a integrar o colexio electoral 185 traballadores, na asemblea só participaron entre 35 e 40 traballadores, votando, o día seguinte, 130 traballadores; a revogación prodúcese logo da integración do representante revogado nunha candidatura distinta –a de CCOO- a aquela –da CIG- na que se presentara en procesos electorais precedentes, sendo o referido cambio de afiliación sindical froito de discrepancias previas con compañeiros da CIG, no seu día trasladadas á Inspección de Traballo; finalmente, non se procedeu a unha posterior convocatoria electoral para a cobertura da vacante, o que, segundo o Tribunal, trunca toda capacidade de acción sindical de CCOO e priva de representación aos seus votantes.

Xerada, en virtude dos indicios indicados, sospeita razoable de lesión do dereito fundamental, a carga probatoria desprázase sobre os presuntos autores daquela, “incluso no suposto de decisións discrecionais, ou non causais, e que non precisan por tanto ser motivadas”, pois, como xa se indicou en STS do 31 de maio de 2022 (rec. 601/2021) –con cita de STC 90/1997- “elo non exclúe que, dende a perspectiva constitucional, sexa igualmente ilícita unha decisión desta natureza contraria aos dereitos fundamentais do traballador”. E “o sustento meramente formal na convocatoria dunha asemblea revogatoria non resulta suficiente para explicar, por si mesmo, obxectiva, razoable e proporcionadamente, a decisión cuestionada, nin destrúe a arquitectura indiciaria na que se sustenta a sentenza recorrida”. Procede, en consecuencia, desestimar o recurso de casación formulado e confirmar a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia.

DOCTRINA XUDICIAL:

CONFLITO COLECTIVO: convenio colectivo denunciado con carácter previo á data de entrada en vigor do RD-lei 32/2021, de 28 de decembro, de medidas urxentes para a reforma laboral, a garantía da estabilidade no emprego e a transformación do mercado de traballo. Ultraactividade. Interpretación do art. 86.3 ET na redacción previa á reforma. Cómputo do período de ultraactividade dende a data da denuncia, non dende a data de expiración da vixencia do convenio.

STSX de Galicia (Sala do Social) do 26 de setembro de 2022 (rec. 3321/2022).

Normas aplicadas:

- Art. 86.3 ET
- Disp. Transitoria 7ª RD-lei 32/2021, do 28 de decembro, de medidas urxentes para a reforma laboral, a garantía da estabilidade no emprego e a transformación do mercado de traballo.

A sentenza seleccionada analiza –e determina– o período de ultraactividade dun convenio colectivo de empresa obxecto de denuncia con carácter previo á entrada en vigor da reforma operada por RD-lei 32/2021.

O ámbito de aplicación temporal do convenio colectivo empresarial obxecto de litixio –o XII Convenio Colectivo da empresa Ferroatlántica, S.A.U. nas factorías de Cee-Dumbría e centrais hidroeléctricas 2016-2020 (BOP da Coruña do 12 de febreiro de 2019)– rexíase polas seguintes regras: fixébase, como data de caducidade, o 31 de decembro de 2020; así mesmo, finalizada a súa vixencia, o convenio debía entenderse prorrogado, de ano en ano, mentres que por calquera das partes non fose solicitada a súa revisión ou rescisión, con tres meses de antelación, como mínimo, ao seu termo ou a calquera das súas prórrogas. Consonante o indicado, o 29 de setembro de 2020, a empresa procedeu á denuncia do citado convenio, o que comunica á Autoridade Laboral, ao comité de empresa e ás seccións sindicais. Iniciado o proceso de negociación e transcorrida unha anualidade sen acadarse acordo, o día 29 de setembro de 2021, a empresa comunica a expiración do período de vixencia do citado convenio colectivo empresarial e a aplicación do convenio colectivo de

ámbito superior –o Convenio Colectivo provincial para a industria siderometalúrxica da provincia da Coruña 2015-2019-.

Fronte á empregadora, presentan demanda de conflito colectivo o comité de empresa, a CIG, CGT Galicia, UGT e USO, instando declaración de que as relacións laborais naquela continúan a rexerse polo referido convenio colectivo empresarial. Segundo a parte demandante, o prazo anual de ultraactividade contemplado polo art. 86.3 ET, na redacción previa á reforma operada por RD-lei 32/2021, non debe computarse dende a data da denuncia –o 29 de setembro de 2020-, senón dende a data de finalización da vixencia do convenio –31 de decembro de 2020-, rematando, xa que logo, a 31 de decembro de 2021, xa en vigor a citada reforma laboral –e, sinaladamente, a súa Disp. Transitoria 7ª, segundo a que, “Os convenios colectivos denunciados á data de entrada en vigor deste real decreto-lei, e en tanto non se adopte un novo convenio, manterán a súa vixencia nos termos establecidos no artigo 86.3 do Estatuto dos traballadores na redacción dada polo presente real decreto-lei”-. Polo contrario, a empresa demandada defende que aquel prazo dun ano debe computarse dende a denuncia e sitúa, consecuentemente, o remate da vixencia do convenio colectivo no 29 de setembro de 2021, non resultando de aplicación, xa que logo, a citada Disp. Transitoria 7ª do RD-lei 32/2021.

Esta última posición é a que acada a ratificación do Xulgado que coñece do Asunto en primeira instancia –Xulgado do Social núm. 6 da Coruña, sentenza do 23 de marzo de 2022-. Con base nunha interpretación literal do art. 86.3 ET pre-reforma –cuxo apartado 4º refería expresamente a denuncia- e tamén teleolóxica –ao pretender a norma obxecto de interpretación evitar unha petrificación das condicións laborais pactadas en convenio, impulsando a súa áxil renegociación (Exposición de Motivos da Lei 3/2012)-, o xulgador conclúe, en efecto, que a ultraactividade comezou coa denuncia e rematou ao cumprirse a anualidade. O que, a súa vez, presenta dúas derivadas: por unha banda, a aplicación do convenio colectivo de ámbito superior; por outra, a inaplicación do RD-lei 32/2021.

Fronte ao dito pronunciamento, álzase, en suplicación, a parte demandante recorrente, que aduce, en esencia, dous motivos. Alega, por unha banda, infracción do art. 86.3 ET, na versión previa á reforma de 2021, cuxa interpretación na instancia estima contraria aos criterios hermenéuticos establecidos polo art. 3.1 do Código civil. Denuncia, por outra banda, vulneración da Disp. Transitoria 7ª RD-lei 32/2021 en relación co art. 86.3 e 4 ET, neste caso na redacción post-reforma, ao considerar que tales novas normas procuran recuperar a regra da ultraactividade convencional indefinida, non só *ad futurum*, senón tamén con efectos retroactivos, ao aplicarse a citada Disp. Transitoria a todos os convenios colectivos obxecto de negociación no momento da súa entrada en vigor.

A Sala do Social do Tribunal galego entende, con todo, que a sentenza de instancia resolve de forma axustada a Dereito. Pois, a interpretación do art. 86.3, parágrafo 4, ET (versión de 2012) efectuada polo Xulgado conta coa ratificación do TS, que expresamente indicou: “a regulación do réxime de ultraactividade legal implica (...) que transcorrido un ano dende a denuncia do convenio aplicárase, se o houbese, o convenio colectivo de ámbito superior que fose de aplicación” –STS do 20 de abril de 2022 (rec. 264/2021) con cita das precedentes SSTs do 5 e 7 de xuño de 2018 (rec. 364/2017 e 663/2017)-. E non incorre a resolución recorrida en vulneración dos criterios hermenéuticos establecidos no art. 3.1 do Código civil. Pois, segundo este, é canon interpretativo prioritario o da interpretación literal, ao que debe acudirse cando a claridade dos termos é patente –aplicándose os criterios restantes só en defecto de tal claridade-, e a literalidade do art. 86.3, punto cuarto, ET (versión pre-reforma), é clara ao referir o transcurso dun ano “dende a denuncia do convenio”. Tal é, por outra banda, a conclusión sostida polo Maxistrado Sempere Navarro, no marco do voto particular subscrito á STS do 17 de marzo de 2015 (rec. 233/2013), que integra, así mesmo, a fundamentación xurídica da resolución obxecto de análise. Segundo aquel, en efecto, coa regra “imperativa” cuarta do art. 86.3 ET, “o lexislador desexa establecer un tope máximo de vixencia ‘ultra activa’: non máis dun ano tras a denuncia do convenio”.

De modo que, o inicio da ultraactividade, no caso obxecto de análise, produciuse o 29 de setembro de 2020 e, transcorrido un ano –o 29 de setembro de 2021–, o convenio perdeu a súa vixencia. Polo que non procede a aplicación da norma de Dereito Transitoria aducida –a Disp. Transitoria 7ª RD-lei 32/2021– precisamente supeditada á concorrencia dun convenio aínda en vigor.

A Sala, consecuentemente, desestima o recurso de suplicación e confirma a resolución de instancia.

DEREITO DE FOLGA: non existe vulneración. Empresa do ámbito audiovisual. Recurso a medios técnicos a disposición da empresa, pero de uso non habitual, así como a traballadores xa contratados que desenvolven funcións habituais. Non se aprecia esquirolaxe técnica, nin tampouco esquiloraxe interna.

STX de Galicia (Sala do Social) do 25 de outubro de 2022 (rec. 13/2022).

Normas aplicadas:

- Art. 28.2 CE

A resolución obxecto de análise trae causa dos feitos seguintes. Con data do 28 de outubro de 2021, desenvólvese, no sector público autonómico galego, folga convocada polo sindicato Central Unitaria de Traballadores/as (CUT). No marco do seguimento daquela na Corporación de Radio Televisión de Galicia, S.A. (CRTVG), a organización convocante presenta demanda de tutela de dereitos fundamentais e liberdades públicas, instando, en particular, a que se declare vulnerado o dereito de folga por mor das actuacións seguintes: emisión do programa non esencial “Galicia en goles”, emisión en condicións de aparente normalidade do programa “Bos días”.

En canto a este último, a lesión alegada prodúcese, ao entender da organización demandante, por mor da concorrencia das circunstancias seguintes: secundada a convocatoria por un traballador do programa, o día da folga, no marco do devandito programa –configurado como servizo esencial pola Orde correspondente–, procédese á emisión de dúas reportaxes pregravadas nas que o narrador –a voz *en off* das ditas gravacións audiovisuais– é, precisamente, o

traballador en folga. No caso do programa “Galicia en goles”, a CUT alega a retransmisión radiofónica dun evento deportivo –o partido de fútbol Celta-Real Sociedad-, a través dos servizos centrais da CRTVG, malia ao exercicio do dereito á folga polo presentador e polo técnico do referido programa. En ambos casos, con base nos feitos e argumentación a continuación glosados, a resposta da Sala galega é desestimatoria.

Pois, no primeiro suposto, segundo destaca o Tribunal, os feitos imputables á empresa deben reducirse á reprodución de dúas reportaxes narradas polo traballador en folga, tendo que considerarse, ademais, dúas singularidades: por unha banda, o contido mesmo do programa informativo “Bos días”, que conforman precisamente noticias previamente elaboradas –e mesmo xa difundidas en días previos- e seleccionadas de madrugada (entre as 4:00 e as 6:00 da mañá) o propio día da emisión (que comeza ás 08:00); por outra banda, segundo indica o traballador afectado, a comunicación da súa adhesión á folga o mesmo día desta (ás 07:00), estando xa decidida a programación.

Con base nas citadas circunstancias fácticas, a Sala emprende a análise da vulneración imputada, distinguindo dúas dimensións ou planos, individual –atendendo ao exercicio do dereito de folga polo traballador afectado- e colectivo –atendendo aos correlativos efectos sobre o conxunto da folga-. Así, para o TSX de Galicia, o traballador si secundou a folga, pois nin acudiu ao posto de traballo, nin desenvolveu actividade algunha, “que é o que habilita *grosso modo* o exercicio do dereito de folga”, resultando inocua, no referido plano individual, a emisión de pezas gravadas polo folguista en días previos á mobilización. Ao seu entender, soste o contrario incluso podería levar ao seguinte “absurdo”: se todos os redactores secundaran a folga non podería emitirse, malia a súa consideración como servizo esencial, o programa “Bos días”, que integran, como se indicou, pezas pregravadas. Así mesmo, ademais diso, a Sala recorre á configuración destas últimas como obras cuxa explotación corresponde, ex art. 51 do Real decreto legislativo 1/1996, do 12 de abril, polo que se aproba o texto refundido da Lei de propiedade intelectual, á CRTVG, que, xa

que logo, “pode facer uso daquelas, con independencia de se os seus autores materiais –e intelectuais- secundan unha folga ou deixan de ser empregados da propia empresa no momento da súa comunicación pública”.

No plano colectivo, a análise ten por obxecto determinar se a difusión das reportaxes enlatadas determina a proxección dunha imaxe de normalidade por parte do ente público, resultando deste xeito afectados –en realidade, minorados ou mesmo anulados- os efectos inherentes ao exercicio do dereito de folga. Tarefa para a que conforma o punto de partida a xurisprudencia do TS en asuntos similares, que, avaliando o exercicio do dereito de folga noutra televisión, indicou: “co sinalado enfoque empresarial, quedaría lexitimada unha actuación na que se emitisen tamén todos os programas de entretemento -películas, concursos, reportaxes etc.- que constitúen a maior porcentaxe da programación de calquera televisión e que están, na súa inmensa maioría pregravados. Se a iso engadímoslle a emisión en directo dos informativos -que sempre estará xustificada polo debido respecto ao dereito de comunicación e información se así se estableceu na correspondente norma de servizos mínimos- o resultado práctico non pode ser máis evidente: conséguese ofrecer unha aparencia de normalidade co que a realización dunha folga neste tipo de empresas pode chegar a ter unha transcendencia social practicamente nula e, conseguintemente, o exercicio dese dereito pode quedar practicamente baleirado de contido real, o que non é admisible en termos do dereito constitucional á folga” (STS do 27 de xaneiro de 2021, rec. 140/2019). Doutrina, por outra banda, como lembra a Sala, acorde coa xurisprudencia máis clásica na materia: pois non sendo o dereito de folga un dereito ilimitado, “resulta esencial [con todo] a consecución dunha certa eficacia” –STC 123/1992 do 28 de setembro, así como, tamén con referencia expresa á devandita eficacia mínima, STC 41/1984, do 21 de marzo-.

Consonte á devandita xurisprudencia, con todo, malia a conformar a emisión das pezas pregravadas un indicio ou proba verosímil da vulneración do dereito colectivo exercitado polo sindicato demandante, aquel resulta, a xuízo da Sala, desvirtuado polas seguintes circunstancias

concorrentes: a selección –de só dúas pezas –da trintena emitidas- elaboradas por un traballador folguista; a selección involuntaria ou fortuíta daquelas pola comunicación do exercicio de folga, polo traballador afectado, só unha hora antes da emisión do programa; a redución, nun 30 por 100, da duración habitual deste último; finalmente, a cualificación do referido espazo televisivo como servizo esencial conforme á correspondente Orde de fixación de servizos mínimos. A conclusión, con todo, suscita certas dúbidas, pois, como recoñecen os Maxistrados, podería estimarse “certo que a non interrupción do servizo de televisión -ou a emisión dun tempo longo de programación- priva de repercusión apreciable a folga, subtraendo a súa virtualidade de medio de presión e de inequívoca exteriorización dos efectos do paro laboral producido mediante a esixencia dunha aparencia de normalidade do servizo”.

Finalmente, non se aprecia vulneración do dereito de folga por mor da emisión do partido de fútbol RC Celta / Real Sociedad no canto do programa “Galicia en goles”. Pois este último, cuxo presentador e técnico secundaron a folga, a xuízo da Sala galega, non se emitiu, non sendo substitutiva del a mera retransmisión radiofónica do referido evento deportivo. Destaca o Tribunal que “Galicia en goles” é un programa radiofónico de información deportiva, no que son obxecto de comentario distintos partidos de fútbol disputados simultaneamente, efectuándose conexións cos locutores presentes en cada estadio, emitíndose, así mesmo, cuñas publicitarias. O que non sucede o día da folga no que non se comentan outros eventos deportivos, non se efectúan as devanditas conexións, nin se emite publicidade ningunha e, polo contrario, infórmase á audiencia da alteración da programación por mor da folga. Así, posto que non se emite, segundo o parecer do Tribunal, o programa controvertido –tampouco nunha versión *sui generis* como defendía a organización sindical demandante-, non concorre, así mesmo, esquiloraxe interna. Pois non se estima tal o lanzamento do sinal radiofónico efectuado por unha traballadora non folguista, técnica do programa previo “A tarde”, no momento do devandito lanzamento aínda en horario laboral. E o presentador de “Galicia en goles” non se

considera así mesmo substituído polos comentaristas presentes no estadio de Balaídos.

Completa a fundamentación xurídica da resolución unha exhaustiva listaxe da doutrina constitucional e xurisprudencia máis destacada –e clásica– en materia de folga, referindo, en particular: a “consagración do dereito de folga como dereito constitucional (...) coherente coa idea de Estado Social e Democrático de Dereito” –STC 11/1981, do 8 de abril–; a súa protección preeminente determinante do “efecto de reducir e en certo modo anestesiar, paralizar o manter nunha vida vexetativa, latente, outros dereitos (...) [como] a potestade directiva do empresario” –STC 123/1992–; así como a prohibición de esquiloraxe interna, de modo que “nin o empresario pode impoñer aos traballadores non folguistas a realización das tarefas que corresponden aos que secundaron a convocatoria, nin os traballadores que libremente decidiron non secundala poden substituír o traballo dos seus compañeiros” –STC 33/2011, de 28 de marzo–; e incluso no relativo á denominada esquirolaxe técnica ou tecnolóxica, toda vez que “a substitución de traballadores a través de medios técnicos ou tecnolóxicos pode ser tamén un acto lesivo do dereito de folga, cando baleire de contido, privando de eficacia o citado dereito” –STS do 5 de decembro de 2012, rec. 265/2011–.

Mais a devandita doutrina e xurisprudencia “clásicas” son obxecto de contraste cun pronunciamento máis recente –STC 17/2017, de febreiro–, polo demais recaído nun asunto con notables similitudes coa *litis*, ao versar sobre a potencial vulneración do dereito de folga en Telemadrid por mor da retransmisión por esta dun partido da Champions League. Pois, segundo esta non é abusivo nin o recurso a traballadores non folguistas que realizan funcións propias da súa categoría, nin tampouco a utilización de medios técnicos propiedade da empresa aínda que de uso non habitual, senón meramente excepcional. Pois, segundo indica aquela: “A efectividade do exercicio do dereito de folga non demanda do empresario unha conduta dirixida a non utilizar os medios técnicos cos que conta na empresa ou a absterse de realizar unha actividade produtiva que poida comprometer o logro dos obxectivos da folga, do mesmo xeito que non obriga aos

restantes traballadores a contribuír ao éxito da protesta, e iso porque o que garante a Constitución é o dereito a realizar a folga, non o resultado ou o éxito desta”; “esixir ao empresario que non utilice medios técnicos cos que conta na empresa supón impoñer ao empresario unha conduta de colaboración na folga non prevista legalmente”; “nin a Constitución, nin a xurisprudencia constitucional obrigan aos restantes traballadores a contribuír ao éxito da reivindicación, pois debe respectarse a liberdade de traballo daqueles traballadores que non quixesen sumarse á folga” –con cita das SSTC 11/1981, do 8 de abril, 37/1998, do 17 de febreiro, 33/2011, do 28 de marzo e 69/2016, do 14 de abril”; “O dereito de folga aparece configurado como unha presión legal ao empresario que debe soportar as consecuencias naturais do seu exercicio por parte dos traballadores que se absteñen de traballar, pero non se impón o deber ou a obriga de colaboración cos folguistas no logro dos seus propósitos”.

Doutrina que, proxectada sobre a controversia analizada polo TSX de Galicia, leva a este a concluír como segue. Non existiu lesión do dereito de folga, pois a empregadora fixo un uso regular do seu poder de organización: os medios técnicos empregados xa existían -non foron adquiridos expresamente para facer fronte aos efectos da folga- e os traballadores non folguistas non realizaron funcións distintas ás que lles corresponden –a técnica fixo o seu traballo, ao proceder ao tratamento do sinal e ao emitilo-.

En consecuencia, o TSX de Galicia desestima integramente a demanda formulada.

LIBERDADE SINDICAL: despedimento obxectivo de persoa traballadora que participou en asembleas e se postula como candidata nas eleccións sindicais STSX de Galicia (Sala do Social) do 14 de setembro de 2022 (rec. 3310/2022).

Normas aplicadas:

- Art. 28 CE
- Art. 53.4 ET
- Arts. 96 e 181.2 LRXS

A STSX de Galicia do 14 de setembro de 2022 (rec. 3310/2022) resolve o recurso de suplicación formulado fronte

á resolución de instancia –do Xulgado do Social núm. 2 de Ferrol do 14 de outubro de 2021 (núm. 372/2021)- que desestima a demanda de nulidade, por vulneración do dereito á liberdade sindical, dun despedimento obxectivo consecuentemente declarado procedente. Ante a Sala, a representación do traballador interesa a revogación do devandito fallo, declarando o despido nulo ou, subsidiariamente, improcedente. Considerando os feitos declarados probados e con base nos argumentos a continuación glosados, con todo, o recurso de suplicación resulta desestimado.

A efectos de análise da pretensión de nulidade por vulneración do dereito á liberdade sindical –na que se centra o presente comentario-, deben destacarse os seguintes feitos declarados probados: o traballador despedido participou, a finais de 2019, nunha asemblea na que se acorda rexeitar a proposta empresarial de cambio de xornada nunha empresa do grupo, que, non obstante, non é a empregadora daquel; non consta que esta última tivera coñecemento da referida participación; presentado, con data do 7 de abril de 2021, aviso previo para a celebración de eleccións sindicais nun centro de traballo da mercantil empregadora, o 15 de abril de 2021, ás 10:00, a organización sindical CIG presenta nas oficinas da empresa a súa candidatura, figurando nesta o traballador despedido –iso, malia a que a data de inicio do proceso electoral estaba fixada para o 11 de maio de 2021 e a de presentación de candidaturas para 20 de maio de 2021, ás 10:00; a carta de despido foi entregada ao actor con data do 15 de abril de 2021, ás 14:16; o 13 de abril de 2021, ás 21:07, a empresa require por *mail* a unha entidade de crédito cheque bancario nominativo en favor do traballador polo importe da indemnización por despido, cheque entregado a empregadora o día 14 de abril de 2021.

A resolución da controversia require da aplicación de normas substantivas –o art. 53.4 ET, que, como é sabido, establece a nulidade do despedimento que teña como móbil algunhas das causas de discriminación prohibidas na Constitución ou na Lei ou se producise con violación de dereitos fundamentais e liberdades públicas- e, así mesmo, procesuais –os arts. 96.1 e 181.2 LRXS-, acollendo este último, como lembra a

Sala, a seguinte doutrina construída polo TC –entre outras, SSTC 171/2005, 16/2006, 120/2006, 138/2006 e 76/2010-. A proba indiciaria artículase nun dobre plano: o traballador, en primeiro lugar, debe achegar un “indicio razoable” de que o acto empresarial lesiona o seu dereito fundamental, “principio de proba ou proba verosímil dirixidos a poñer de manifesto o motivo oculto que se denuncia” –polo que non abonda a mera alegación da vulneración constitucional, senón que debe deducirse do alegado a posibilidade da lesión-; e “só unha vez cumprido este primeiro e inescusable deber, recae sobre a parte demandada a carga de probar que a súa actuación tivo causas reais absolutamente estrañas á pretendida vulneración e que teñen entidade suficiente para xustificar a decisión adoptada.

Así, consonte precisa o Tribunal galego, para entender que se produciu unha conduta empresarial vulneradora dos dereitos fundamentais dun traballador –xa que logo, cualificable como nula-, precisamos da concorrencia de tres elementos: a actuación do traballador que supoña unha manifestación do exercicio do seu dereito, neste caso, á liberdade sindical; a represalia empresarial, no presente suposto materializada na elección do traballador para ser despedido obxectivamente; a conexión causal entre ambas condutas, operando, respecto da aquela, a sinalada técnica indiciaria, pois, en numerosas ocasións, a apreciación do vínculo ou conexión resulta moi dificultosa “ao tratar o empregador de agochar a verdadeira causa que motivou a conduta empresarial (a represalia) mediante o veo protector doutras causas legalmente admitidas (exercicio do poder disciplinario ou do poder de dirección)”. E o criterio ao que máis asiduamente recorren os Tribunais a efectos de visibilizar esa conexión mínima é o da “conexión temporal ou correlación temporal”, que require dunha “evidente ou certa proximidade no tempo entre a acción do traballador e a reacción represaliadora, binomio (o de acción-reacción) que ten unha determinada cronoloxía, de modo que é preciso que a decisión empresarial se tome unha vez se teña coñecemento da acción que supostamente provoca tal represalia”. Criterio ao que se suman outros como o denominado criterio “comparativo” que, pola súa banda,

require contrastar cal foi o comportamento do empresario fronte a outros traballadores cunha conduta similar á do suxeito prexudicado.

A aplicación da doutrina glosada ao caso de Autos permite ao Tribunal acadar as conclusións seguintes. No relativo á participación do traballador en asembleas, destaca que non se desprende dos feitos probados que esta fose especialmente relevante, de modo que o "individualizase" respecto dos restantes traballadores tamén presentes na xuntanza, determinando que a devandita conduta "especialmente reivindicativa" fose coñecida pola empresa e xerase, xa que logo, unha resposta reactiva. Xa en canto á participación do traballador no proceso electoral, o Tribunal descarta a concorrencia do elemento temporal, como se indicou, precisado dunha concreta cronoloxía: pois, neste caso, a solicitude de emisión dun cheque bancario nominativo a favor do traballador e polo importe da indemnización, con carácter previo á remisión da candidatura na que se integraba aquel, revela que a decisión de amortización non conformou unha reacción á participación no proceso electoral. Non se aprecian, pois, indicios de vulneración da liberdade sindical.

LIBERDADE SINDICAL: despedimento colectivo e prioridade de permanencia do representante unitario. STSX de Galicia (Sala do Social) do 15 de decembro de 2022 (rec. 5937/2022).

Normas aplicadas:

- Arts. 51 e 68 ET

A resolución seleccionada, ao coñecer do recurso de suplicación formulado contra a sentenza do Xulgado do Social núm. 1 de Ferrol do 22 de xullo de 2022, analiza o ámbito de operatividade e correlativos límites da prioridade de permanencia recoñecida, no marco de despedidos colectivos, aos representantes dos traballadores. Procede, xa que logo, á interpretación dos arts. 51.7 e 68.1.b) ET, preceptos que respectivamente sinalan: "os representantes legais dos traballadores terán prioridade de permanencia na empresa nos supostos a que se refire este artigo [despedimentos colectivos]"; "Os membros do comité de empresa e os delegados de persoal, como representantes legais dos

traballadores, terán, a salvo do que se dispoña nos convenios colectivos, as seguintes garantías: b) Prioridade de permanencia na empresa ou centro de traballo respecto dos demais traballadores, nos supostos de suspensión ou extinción por causas tecnolóxicas ou económicas”.

Os feitos dos que trae causa o Asunto son, en esencia, os seguintes: a empresa demandada tramitou un expediente de regulación de emprego, sendo estimado conforme a Dereito por STSX de Galicia do 16 de decembro de 2020, resultando esta confirmada por STS do 20 de outubro de 2021 (rec. 88/2021); o devandito despido colectivo afecta a 68 traballadores, sinaladamente das seccións de metal e loxística, que resultan eliminadas, aínda que esta última pasa a integrarse no proceso produtivo doutra sección; procédese, en particular, á extinción do contrato de traballo do presidente do comité de empresa, que entón ocupaba un posto de traballo no servizo de loxística, pero que, con anterioridade e aínda con carácter puntual, prestara servizos en tarefas de corte da sección de carpintería e, así mesmo, como desprazado fora do centro de traballo, en tarefas de montaxe de mobiliario.

Presentada demanda de despido polo referido representante legal dos traballadores, en instancia, este estímase nulo, condenándose á empresa á inmediata readmisión con pago dos salarios de trámite. Fronte ao citado fallo, a representación da empresa formula recurso de suplicación, alegando, en esencia, que non debe operar a prioridade de permanencia ao desaparecer a sección de loxística e, xa que logo, o posto do traballador e por non ter participado este no proceso de revisión curricular ofertado a efectos de avaliación da súa idoneidade para prestar servizos no departamento de carpintería.

Para a resolución do litixio, a Sala parte da seguinte concepción da prioridade de permanencia: esta conforma unha garantía para, por unha banda, protexer as funcións representativas dos representantes dos traballadores e, por outra, para salvagardar o dereito fundamental á liberdade sindical e evitar situacións de carácter discriminatorio. Polo que a inaplicación da referida garantía –ao despedirse, no caso de Autos, a un membro do comité de empresa- esixe a

necesaria xustificación por parte do empresario. De modo que “a afectación inxustificada do titular da garantía levaría á declaración de nulidade do despedimento individual do afectado”.

E isto é o que sucede, precisamente, no suposto examinado. Pois, dada a acreditada polivalencia do traballador demandante e téndose producido recolocacións na sección de carpintería, “non se acerta a entender, aínda que o demandante non se presentase ao proceso de avaliación curricular, como non se lle ofreceu integrarse na dita sección. Pois a prioridade de permanencia dos representantes dos traballadores implica que, habendo un posto idóneo ás aptitudes e grupo profesional do representante, este debe ter preferencia no posto en detrimento doutros en caso de traslados ou despidos”. A xuízo do Tribunal, finalmente, a empresa non proporcionou una explicación obxectiva, razoable e satisfactoria da non recolocación do traballador representante, por tal condición titular dun dereito de prioridade de permanencia respecto de cada un dos traballadores que si foron recolocados, pero cuxa maior formación ou experiencia non foi en absoluto probada. A Sala, xa que logo, desestima o recurso de suplicación, confirmando a resolución de instancia.