

LA NECESARIA SUPERACIÓN DEL CONFLICTO INDUSTRIAL COMO VÍA PARA MEJORAR LA EFECTIVIDAD DE LA ACCIÓN SINDICAL: LA NATURALEZA DE DERECHO FUNDAMENTAL DE LAS MEDIDAS DE CONFLICTO COLECTIVO LABORAL

Alba García Torres

Profesora Contratada Doctora del Área de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Universidad de Oviedo.

1. Origen, evolución y caracteres del conflicto colectivo laboral en el ordenamiento jurídico español. 2. Tipología de medidas de conflicto colectivo. 3. El derecho al ejercicio de las medidas de conflicto colectivo como derecho Fundamental. 4. Los límites a las medidas de conflicto colectivo en el ordenamiento español. 5. Los límites transnacionales al ejercicio de medidas de conflictos colectivo: luces y sombras. 6. En particular, ejercicio y límites del boicot como medida de acción sindical. 7. Las medidas de conflicto más allá de la huelga: ¿tienen una lectura en clave de género?

1. ORIGEN, EVOLUCIÓN Y CARACTERES DEL CONFLICTO COLECTIVO LABORAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

El marco normativo que regula la acción de los sindicatos es poco armónico, en la medida en que sus fuentes son muchas y heterogéneas, emanadas en momentos históricos muy diferentes y con arreglo a planteamientos político-ideológicos antagónicos. El modelo de derecho colectivo español responde o refleja problemas de la época en la que fue diseñado, sin que haya habido una evolución de las estructuras colectivas acompasada con los cambios productivos y con las reformas del derecho individual.

Tradicionalmente se ha dicho que la misión fundamental del Derecho debe ser la ordenación de los conflictos, la cual debe garantizar un adecuado desenvolvimiento de las relaciones sociales. Para ello, es necesario que el sistema identifique cuales son los intereses en juego, y proponga una articulación de aquellos que dé una respuesta coherente y armónica, en consonancia con los valores subyacentes a cada concreto ordenamiento y que, a la vista de todo ello, proponga las reglas y procedimientos necesarios para garantizar la convivencia de los distintos sectores sociales¹.

En este contexto, debe recordarse que uno de los pilares de nuestro actual texto constitucional es el valor "libertad" (art. 1.1 CE). Nuestra norma fundamental consagra a lo largo de su articulado libertades de muy diverso tipo y contenido para los más variados ámbitos de la vida económica y social. De esta manera, el texto constitucional no se ha limitado a proporcionar medios de acción e

1 Vid. GARCÍA MURCIA, J., «Derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, nº 108, 2014, pp. 275-295.

instrumentos de compensación de las desigualdades sociales, sino que también ha reconocido un amplio espacio para las libertades personales, económicas y profesionales, que constituyen bases del sistema y que requieren respeto desde todas sus vertientes o manifestaciones.

Llevada esta idea al Derecho del Trabajo y, a diferencia de lo que sucede en otros ámbitos del ordenamiento jurídico, se reconoce el principio de autodefensa o autotutela, que permite que los sujetos enfrentados por un conflicto asuman por sí mismos la defensa de sus intereses frente a la contraparte. El elemento nuclear de la autotutela es la atribución a dichos sujetos de capacidad para resolver conflictos mediante la acción directa, en lugar de recurrir a la actividad mediadora del Estado, articulada a través del proceso. La acción directa se expresa a través de la adopción de medidas de conflicto. La noción de medidas de conflicto comprende todo instrumento de presión unilateral susceptible de ser empleados por las partes con el fin de forzar la adopción de un acuerdo favorable a sus intereses o defender la propia postura dentro de aquel. La función de estas medidas no es la de operar, como mecanismo de solución del conflicto, sino más bien de afirmación de las propias pretensiones dentro del mismo².

La Constitución española de 1978 consagra el principio de autotutela, y marca en este sentido un punto de inflexión, ya que la concepción que se instaura entonces, y que debiera regir hacia futuro, gira en torno a la autonomía colectiva y a sus diferentes manifestaciones. El artículo 37.2 establece que *«se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. La ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que puedan establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad»*, lo que supone que la norma constitucional proclama de manera expresa la vigencia del principio de autodefensa o autotutela. Aun así, el principio de autotutela y los derechos de conflicto a él vinculados no se limitan a este precepto, sino que también se incluye, con distinta ubicación sistemática, al artículo 28.2 CE.

Posiblemente el sistema de relaciones laborales planteado y diseñado durante la Transición ya adolecía de determinadas carencias o cargas que se han ido arrastrando y que han supuesto un obstáculo para la modernización del sistema de relaciones laborales. El mejor ejemplo de esto es el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, de relaciones de trabajo, que todavía hoy día constituye la regulación legal del derecho de huelga, del cierre patronal y del procedimiento administrativo de solución de conflictos colectivos de trabajo. Regulación obsoleta y plagada de lagunas y deficiencias técnicas³, que a pesar de la intervención del Tribunal Constitucional para amoldarla al nuevo marco político y jurídico (STC

2 Vid. SANGUINETI RAYMOND, W., «El principio de autotutela en el Derecho del Trabajo Español», *THEMIS: Revista de Derecho*, nº 45, 2002, pp. 245.

3 Vid. VIVERO SERRANO, J.B., «El ejercicio del derecho de huelga y la solución del conflicto colectivo de fondo por diversos medios», *RUCT*, nº 10, 2009, pp. 198-199.

11/1981, de 8 de abril), no ha dejado de responder a un modelo sindical intervencionista y autoritario, que nada tiene que ver con el diseño de lo que debieran ser las relaciones laborales y sindicales en un Estado democrático.

Esto se debe, fundamentalmente, a dos razones: la primera que esa normativa respondía a la situación política y social derivada del tránsito entre regímenes, y que mezclaba y confundía planos habitualmente bien separados y delimitados en las sociedades industriales avanzadas. De esta manera, los conflictos laborales y políticos que, en las democracias sólidas, están claramente separados en sistemas institucionales distintos, se superponían y confundían tanto en las calles como en la normativa. Así, reivindicaciones laborales como mejoras salariales, modernización de las condiciones de empleo y trabajo, o pactos distributivos, se mezclaban con presiones y movilizaciones para democratizar el país y establecer derechos fundamentales básicos, como la libertad ideológica o sindical. Se instauró en esos años una tendencia al conflicto laboral «total», con resonancias políticas que no encajaban en el marco institucional, y que la normativa aprobada en esa época trataba de alguna manera de contener mientras se daba tránsito al reconocimiento de derechos y libertades políticas plenos⁴.

Y la segunda razón se explica en la propia concepción del Estatuto y el momento histórico en que fue concebido, en el que se estaba produciendo un cambio de modelo productivo y de rearticulación del mercado de trabajo que no fue debidamente incorporado a la nueva normativa laboral del conflicto, lo que conlleva que toda su andadura se caracterice por una especie asincronía entre sus normas y la realidad social. Y ello es así, porque el Estatuto de los Trabajadores supone la plasmación de un marco de relaciones laborales típico del fordismo maduro y de los derechos colectivos laborales –quizás sea el último ejemplo tardío de institucionalización de un sistema de relaciones laborales garantistas y de derecho al trabajo moderno–, pero esta institucionalización se realiza justamente cuando este tipo de modelo de relaciones laborales se empezaba a fragmentar y deconstruir en el entorno internacional⁵.

Si bien la herramienta principal para la solución de los conflictos debiera ser la negociación, atendiendo a lo previsto en el artículo 37.1 CE, las medidas de presión a través de las cuales los conflictos se exteriorizan, constituyen mecanismos encaminados, tanto a asegurar la negociación, como a permitir una mejor defensa de las propias posiciones de esta⁶. La negociación entre las partes y la defensa de los propios intereses por cada una de ellas, recurriendo en su caso a la adopción de medidas de presión, no constituyen situaciones antagónicas y

4 Vid. ALONSO BENITO, L.E., «El trabajo y su futuro en España a la luz del Estatuto de los Trabajadores», en VV.AA., RUESGA BENITO, S.M. (Coord.), *Transformaciones laborales en España a XXV años de la promulgación del Estatuto de los Trabajadores*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005, pp. 55-56.

5 Vid. ALONSO BENITO, L.E., *op.cit.*, pp. 57.

6 Vid. SANGUINETI RAYMOND, W., «El principio de autotutela en el Derecho del Trabajo Español», *THEMIS: Revista de Derecho*, nº 45, 2002, pp. 244.

excluyentes, sino instrumentos que, siendo expresión de la misma realidad contradictoria se encaminan en última instancia a la consecución de un resultado semejante, la solución o composición del conflicto.

2. TIPOLOGÍA DE MEDIDAS DE CONFLICTO COLECTIVO

En la práctica la mayor parte de los conflictos colectivos se articulan a través de la huelga, que es la medida de conflicto principal y la más protegida. Eso explica también que la mayor parte de aportaciones judiciales sobre las medidas se circunscriban también a aquella. Por ello, ha tenido que ser la doctrina científica la que juegue un papel más relevante para identificar los distintos tipos, aunque la ausencia de desarrollo normativo y de sentencias han derivado en que falte un análisis en profundidad.

El RDL 17/1977 responde, como ya se ha visto, al momento histórico en el que fue promulgado. Y así, en su exposición de motivos enmarca ese contexto al afirmar que *«la regulación de las relaciones de trabajo en nuestro Derecho vigente, responde a una concepción política intervencionista que, evidentemente, ha propiciado toda una larga etapa de importantes avances sociales. El nuevo marco político hacia el que aceleradamente discurre la Nación aconseja una profunda reforma normativa, inspirada en el principio de liberalización de las relaciones de trabajo, en consonancia con los sistemas jurídicos imperantes en los países de Europa Occidental de nuestro mismo contexto cultural»*. Puede parecer coherente con esa mención al principio de libertad que no se establezca un catálogo de medidas de conflicto colectivo, ni siquiera que se mencionen aquellas como tal, y, sin embargo, el texto articulado dedica íntegramente su regulación a la huelga, al cierre patronal y a la resolución extrajudicial de conflictos.

De hecho, la única mención a otras fórmulas distintas a la huelga se infiere del precepto que establece que *«los trabajadores que participaren en huelga ilegal o cualquier otra forma de alteración colectiva en el régimen normal de trabajo, incurrirán en la falta (...)»*. Sin embargo, la acción del artículo 37 de la CE tiene que cambiar necesariamente esta visión. Aunque no exista un catálogo de medidas de conflicto colectivo, a través del principio constitucional de autotutela debería entenderse que está permitida cualquier alteración colectiva del régimen de trabajo.

Los trabajadores deberían poder elegir la tipología de las medidas de conflicto que consideran más eficaces para conseguir sus reivindicaciones laborales. Además, debe de tenerse en cuenta que en ocasiones las "otras" medidas de conflicto aparecen simultáneamente a la huelga. En esos supuestos se valora o se analiza el ejercicio en conjunto, pero no hay un análisis de la licitud individual de cada una de ellas al margen de la huelga. Siguiendo la lógica del RDL 17/1977 deberían considerarse ilegales aquellas medidas que buscan sólo un daño ilícito, pero está

sin determinar o precisar cuál es el objetivo de las medidas de conflicto distintas a la huelga. El objetivo de las medidas de conflicto no siempre es paralizar la producción, a veces es afectar a la reputación o perjudicar las relaciones comerciales. Por eso es más difícil de valorar que la huelga desde la perspectiva de los daños, que pueden ser a largo plazo (aunque eso también puede afectar a la huelga por la terciarización del conflicto, como se verá en los siguientes epígrafes).

La doctrina científica ha hecho un esfuerzo estos años por categorizar los distintos tipos de conflicto colectivo que pueden surgir en el seno de las relaciones laborales, una vez superada la concepción de la Transición del conflicto total. Y así se distingue claramente entre los conflictos jurídicos y económicos, los colectivos y los individuales –y los plurales–, los propios y los impropios⁷. Sin embargo, no se ha hecho el mismo esfuerzo por categorizar las distintas respuestas que se pueden articular en torno aquellos, erigiéndose la huelga como la vía principal, y casi única, de respuesta organizada de las personas trabajadoras. Es probable que nuestro modelo de derecho sindical se haya construido sobre una serie de presunciones, vinculada al reconocimiento de la libertad sindical como espacio libre de injerencias del Estado o de terceros, en las que se entiende que los sujetos sindicales tienen capacidad y libertad para decidir sus modos y maneras de actuación, lo que ha conllevado que el derecho se haya inhibido a la hora de tipificar posibles conductas o modos de acción directa.

Sin embargo, esta omisión, que pudiera inicialmente parecer la más idónea y respetuosa con el contenido esencial de la libertad sindical, puede acabar siendo contraproducente, porque la práctica demuestra que cuando las medidas de conflicto colectivo se escapan de las acciones conocidas o típicas el ordenamiento jurídico no tiene una respuesta armónica y, por ello, su actuación no siempre es coherente, ya que no están claras que conductas son ilícitas y dónde debe situarse la línea entre el legítimo ejercicio, el ilícito laboral y un eventual reproche penal.

En los conflictos colectivos laborales es muy habitual que las partes acudan a determinadas '*medidas de presión*' que sirven para exteriorizar y visibilizar el conflicto. No hay que perder de vista que en las situaciones de conflicto laboral las fórmulas que se pueden utilizar como medida de presión pueden adoptar una fisonomía variada que, en algunas ocasiones, se enmarcan en el ámbito de protección que dispensan otros derechos, cuyo ámbito subjetivo es más amplio. Tal es el caso del derecho de reunión y manifestación, que presenta un carácter instrumental ya que se puede acudir a él como vía para lograr objetivos relacionados con cualquier materia, y por consiguiente también con el empleo, las condiciones de trabajo u otros aspectos específicamente laborales⁸.

7 Vid. MONTAÑA MELGAR, A., «Los Conflictos de trabajo. Cap. XXVII» *Manual*, pp. 761-764.

8 Vid. CEINOS SUÁREZ, A., «Manifestaciones y reuniones como medidas de conflicto colectivo: Sentencia TC 193/2011, de 12 de diciembre», en VV.AA., GARCÍA MURCIA, J. (Dir.), *Libertad sindical y otros Derechos de acción colectiva de trabajadores y empresarios: 20 casos de trabajadores y empresarios*, 2014, pp. 666-667.

En esta desregulación parece que resulta más claro determinar que conductas no serían legales, como el sabotaje o atentado contra los bienes e instalaciones de la empresa, los piquetes coactivos, y las agresiones al empresario o a las personas que ejercen el poder de dirección. También, cabe recordar que la ley prohíbe las medidas de conflicto que supongan alteraciones de la producción distintas de la huelga [será sancionable con el despido «*cualquier otra forma de alteración colectiva en el régimen normal de trabajo*» (art. 16 RDL 17/1977)], por lo que parece que no son legítimas las huelgas de brazos caídos, celo o reglamento, etc.

Los empresarios normalmente tienen menos necesidad de acudir a medidas de conflicto que las personas trabajadoras, dado que generalmente se encuentran en una posición de poder, desde el punto de vista social, económico y jurídico. Por supuesto, en principio, también pueden acudir a medidas de conflicto, pero estas serían ilegales cuando constituyeran un uso abusivo o desviado de los poderes empresariales, como sucede con las '*listas negras*' sindicales o los despidos o sanciones llevados a cabo como represalias por el ejercicio de un derecho (garantía de indemnidad, vinculada ahora a la Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa).

Esta cuestión pone de relevancia una realidad que no siempre se ha expresado con suficiente claridad, las medidas de conflicto colectivo ofensivo no incluyen en su radio de acción a la empresa. Es cierto que la Constitución menciona a los empresarios y al ejercicio de medidas de conflicto colectivo por parte de aquellos. Sin embargo, solo lo hace como elemento necesario o configurador del principio de autotutela antes expuesto. Y ello es así porque no existen, ni parece que se puedan proyectar, medidas de conflicto colectivo ofensivas por parte de la empresa sin que estas sean consideradas ilícitas o desproporcionadas. Como se sabe, el cierre patronal, que es la expresión tradicional de medida de conflicto empresarial, solo es posible en nuestro país si es defensiva y ni siquiera tiene una conexión remota con la libertad de empresa, ya que no es una decisión libre del empresario, sino que su régimen se asemeja más a una medida de policía, que garantice la seguridad de las personas y las cosas implicadas en el conflicto.

La empresa no puede proceder al cierre ofensivo porque tiene un deber de "ocupación efectiva", pero tampoco parece claro que pudiera acudir a otras tipologías de medidas de conflicto vinculadas a otros derechos fundamentales como la libertad de expresión, ya que está sujeta por la debida protección de datos o el derecho a la intimidad de las personas que trabajan bajo su dirección y control.

En este contexto, podría decirse que el derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo es un derecho profesional de las personas trabajadoras, pero este esquema no es trasladable a la empresa, por lo que en los supuestos empresariales aquellas se desvinculan de los derechos fundamentales.

El planteamiento sobre el alcance y los límites de las medidas de conflicto colectivo debe hacerse con precisión dogmática, ya que este se vincula a un

interrogante clave en el futuro del sindicalismo. El cambio de modelo productivo que se está produciendo en nuestras sociedades necesariamente requiere de nuevas fórmulas de acción sindical en los centros de trabajo que desbordan el marco tradicional de la huelga. Sin embargo, estas fórmulas –algunas ya no tan nuevas– no cuentan con ningún apoyo legal, ni si quiera para identificar, definir o tipificar la conducta.

Caso paradigmático de esta es la situación es el boicot laboral, en la medida en que la respuesta que articula el ordenamiento jurídico puede resultar incluso contradictoria, ya que se hace referencia a ‘medidas de boicot’ para diversas actuaciones, llevadas a cabo por grupos con intereses y objetivos muy distintos. Por tanto, para poder otorgarle consecuencias jurídicas concretas, se requiere antes que nada definir y categorizar que se entiende por boicot, y diferenciar o separar claramente cuando se trata de una práctica económica y cuando se puede utilizar como una, eventual, medida de conflicto colectivo laboral.

En la práctica económica y, por ende, para el derecho mercantil el boicot se entiende que es una medida ilícita porque constituyen una práctica restrictiva de la competencia. En este contexto, se produce un boicot cuando varios operadores acuerdan excluir un competidor potencial o actual mediante una forma de coacción coactiva y, en el caso que nos ocupa, de carácter colectivo⁹. Entendido desde esta perspectiva, el boicot aunque se de en el ámbito interno de un estado puede transgredir las libertades económicas consagradas en el acervo comunitario, más específicamente puede suponer una vulneración del artículo 101.1 TFUE, que declara incompatibles con el mercado común y, por ello, prohibidos, todos los acuerdos, decisiones o practicas entre empresas o asociaciones de empresas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior. El artículo 101 TFUE está dirigido a proteger no sólo los intereses de los competidores, o los consumidores, sino la estructura del mercado y, de este modo, la competencia en cuanto tal.

En el Derecho interno, la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, reedita la regla europea en su artículo 1 y se establece que *«se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o consciente-mente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional»*. De la definición legal, la doctrina mercantilista ha inferido el boicot como aquellas practicas consistentes en el cese o negativa colectiva de relaciones comerciales o de suministro con un cliente o proveedor (*‘concerted refusal to deal o to supply’*). Entendido de esta manera el boicot, como forma de coacción colectiva, es un acuerdo colusorio que no puede tener justificación, ya que ataca directamente la

⁹ Vid. GUILLEM CARRAU, J., «Práctica concertada de boicot a terceros de los socios cooperativistas y responsabilidad de la cooperativa. Sentencia de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo nº 1497/2018», *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 36, 2020, pp. 450-452.

libertad empresarial (art. 38 de la CE) de un operador que se ve obligado a tomar decisiones empresariales contra su voluntad para no perjudicar sus ventas y/o abandonar el mercado¹⁰.

Como se puede observar, la delimitación del concepto de 'boicot' se establece entre agentes que intervienen en el mercado de manera libre y horizontal. Quedaría por determinar si esta fórmula se puede trasladar a las relaciones de subordinación y dependencia, con una marcada jerarquía, que se generan en las relaciones laborales. O si las llamadas medidas de boicot en el ámbito de las relaciones de trabajo, son realmente fórmulas de colapso económico, o si estamos ante distintas manifestaciones de diversos derechos fundamentales, como la libertad de expresión, manifestación, libertad sindical. Dependiendo como se entienda podría plantearse inicialmente si el boicot entra en las medidas sancionadas como ilícito laboral por el artículo 16 de la RDL-17/1977.

Cuando se alude al boicot laboral se está haciendo referencia a circunstancias o acciones diferentes a las abordadas por parte de la doctrina mercantil. Si la huelga se ha definido, tradicionalmente, como la *«cesación de la actividad laboral acordada colectivamente por los trabajadores, bien directamente o a través de sus representantes»* y sería, conforme a lo expuesto en el epígrafe anterior, la respuesta idónea o natural a un conflicto bilateral propio del sector industrial, el boicot laboral sería –rebasado el marco teórico del conflicto bilateral– el llamamiento, por parte de las personas trabajadoras por sí mismas o a través de sus representantes, al cese colectivo del consumo por parte de clientes, usuarios y ciudadanía en general mientras no se cumplan o respeten determinadas condiciones laborales en la empresa o sector.

Entendido de esta manera el boicot laboral alcanzaría, como medida de conflicto colectivo, principalmente al derecho de información y al de manifestación o reunión, en su caso, para comunicar de manera fehaciente a la ciudadanía la existencia de la conflictividad laboral y que se sumen al citado llamamiento. Sin embargo, aunque parezca que inicialmente debe reconocerse la licitud de las medidas de boicot, no hay ni un desarrollo legal de este, ni una construcción jurisprudencial respecto de sus límites: ni como ilícito laboral, ni como ilícito penal, más allá de que las conductas se pueden vincular a delitos de odio o de discriminación si este se hace por estigmatizar o discriminar un determinado grupo o colectivo¹¹.

Además del boicot, la práctica ha demostrado que existen otras muchas medidas de conflicto colectivo, siendo un catálogo abierto que queda a la imaginación de

10 Vid. DÍEZ ESTELLA F. y GUERRA FERNÁNDEZ, A., «Artículo 1. Conductas colusorias», en VV.AA., MAS-SAGUER, J., SALA, JM. y GUTIÉRREZ, A. (Dir.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 87.

11 Vid. SANTANA VEGA, D.M., «El llamamiento al boicot de productos en España ¿Libertad de expresión política o conducta delictiva? Un análisis desde el derecho público español», *Revista de Ciencia Penal y Criminología*, 2022, n° 224, pp. 1-43.

las personas trabajadoras y sus representantes. Así, resulta habitual que en el marco de un conflicto laboral se adopten medidas tales como campañas en las redes sociales o campañas informativas en la radio y televisión, los comunicados y notas de prensa, la publicidad de carteles o “memes”, los piquetes informativos, las manifestaciones y las reuniones, las sentadas fuera del centro de trabajo o los encierros, las “huelgas de hambre”, la recolección de firmas, el boicot o evitación de relaciones comerciales con la empresa o los productos de la empresa, etc. De esta tipología variada se ha empezado hacer eco la negociación colectiva, que en su regulación de las cláusulas de paz comienza a extender su alcance a otras medidas de conflicto y no solamente a la huelga. Baste como ejemplo, el artículo 10.5 del Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral al Servicio de la Administración de la Comunidad de Madrid (2025-2028)¹², que establece que *«las organizaciones sindicales que suscriben el presente convenio se comprometen a no promover durante toda su vigencia, directamente o a través de una de sus federaciones o sindicatos asociados, de sus secciones sindicales o de los órganos de representación unitaria en los que, individual o conjuntamente, ostenten la mayoría de miembros, huelgas, concentraciones, manifestaciones, campañas o cualquier otra medida de conflicto colectivo que tengan como finalidad o como efecto, directos o indirectos, la modificación de lo acordado, de conformidad todo ello con el principio de buena fe negociada»*.

En todo caso, parece que los objetivos últimos de toda medida de conflicto colectivo son dos: o bien la presión en el seno de un conflicto, o bien la búsqueda más inmediata de una solución para el mismo. Por ello, pueden ser unilaterales (las de presión), pero también bilaterales o compartidas (por ejemplo, el compromiso de sujeción a un arbitraje)¹³.

3. EL DERECHO AL EJERCICIO DE LAS MEDIDAS DE CONFLICTO COLECTIVO COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Como se ha dicho, el artículo 37.2 de la Constitución Española establece que *«se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. La ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que puedan establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad»*.

La ubicación sistemática del precepto ‘Sección 2. De los derechos y deberes de los ciudadanos’ parece que desvincula su configuración, ejercicio y límites de la protección propia de los derechos fundamentales, separándose la concepción que se tiene de estas medidas del marco conceptual y regulatorio de la huelga.

¹² Resolución de 12 de diciembre de 2024, BOCM de 23 de diciembre de 2024.

¹³ Vid. GARCÍA MURCIA, J., «Derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, nº108, 2014, pp. 275-295.

En este sentido, cabe recordar que tanto el legislador (ya sea laboral o penal), como la jurisprudencia (en sus distintos niveles: Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional, TJUE y TEDH), cuando aborda los límites del ejercicio del derecho de huelga parte de la concepción de que la conducta protegida debe ser prioritariamente el ejercicio del derecho fundamental, y las conductas que lo limiten o condicionen deben analizarse con cautela, ya que al ser un derecho especialmente protegido, las injerencias sobre aquel pueden ser consideradas como agresiones ilegítimas.

La pregunta que se plantea en este contexto es si todas estas conductas ejercidas fuera del marco estricto de la huelga se pueden vincular de alguna manera con el ejercicio de los derechos fundamentales, por ejemplo, a través de los derechos de libertad de expresión, reunión y manifestación (arts. 20 y 21 CE) o si el ejercicio de medidas de conflictos colectivo en sí mismas consideradas pueden considerarse como un ejercicio de derechos fundamentales.

Sin embargo, a la hora de abordar el resto de los supuestos de medidas de conflicto, se parte de una concepción antagónica, probablemente derivada de esa desregularización o de la distinta ubicación sistemática en el texto constitucional, en la que se entiende que las medidas ejercidas por las personas trabajadoras o sindicatos pueden limitar o atentar contra otras libertades que se priorizan (como la libertad de empresa) y son las primeras las que deben ceder o restringirse. Por tanto, la falta de regulación de las medidas de conflicto colectivo lejos de suponer un blindaje del principio de autodefensa y del contenido esencial de la libertad sindical genera un efecto perverso en el que la respuesta del ordenamiento jurídico es desvincularlas del ejercicio de los derechos fundamentales, lo que aparta la aplicación del juicio de proporcionalidad en su delimitación.

Quizás en esta respuesta no influya solo la falta de una regulación específica, aunque sí está en la raíz del problema, ya que es probable que la falta de desarrollo legal y jurisprudencial del principio de autotutela sea la que explique la falta de una cultura sindical de protesta más allá de la huelga, y que ello conlleve que la respuesta del ordenamiento jurídica sea estimar *'per se'* que no existe proporcionalidad en los daños sufridos, quizá porque en muchas ocasiones los efectos de la protesta afectan a terceros ajenos al conflicto.

A este marco normativo confuso, se suma una realidad incuestionable y es que en las últimas décadas se registra una fuerte tendencia hacia la reducción cuantitativa de los niveles agregados de huelga. Tradicionalmente, los conflictos colectivos se caracterizaban por ser conflictos industriales, y todos presentaban características más o menos homogéneas, que obedecían a determinados patrones que facilitaban el diálogo, la negociación y la gestión del conflicto. Estos conflictos industriales también se caracterizaban por evidenciarse de manera clara que el sacrificio asumido entre ambas partes era proporcional y, probablemente, en esa proporcionalidad ha residido tradicionalmente su legitimidad.

Sin embargo, se observan cambios profundos en la estructura ocupacional en nuestro sistema que hace que inevitablemente se genere una tendencia hacia la terciarización del conflicto. Estas dos variables conllevan una reducción del número de conflictos en la industria y el aumento correlativo en los servicios públicos y privados. Esta nueva dinámica y naturaleza del conflicto traslada –o al menos puede trasladar– la incidencia del conflicto del marco estrictamente laboral a usuarios, clientes y ciudadanía en general¹⁴, ya que la fuerza del conflicto en el sector terciario es directamente proporcional a la creación de problemas a terceros sujetos. De ahí que la relevancia social del conflicto genere a su vez debate político-normativo en demanda de mayor regulación que evite abusos y efectos sobre las personas usuarias y la ciudadanía, pero también daños económicos sobre la actividad y el empleo de otros posibles sectores afectados por las repercusiones de una determinada acción.

La intervención de las autoridades tiende a convertir el conflicto en multilateral, a diferencia del conflicto industrial que es básicamente bilateral, esto es, afecta esencialmente a los dos actores tradicionales (empresario y sindicatos). Este carácter multilateral supone que el conflicto –y la autotutela que lo define– en el sector terciario sea más fácilmente vulnerado el ejercicio del derecho, porque el interés del empresario se alinea con los intereses de otros ajenos al conflicto laboral: clientes, usuarios, ciudadanía en general. Este hecho debe tenerse en consideración, y no minimizar su importancia, ya la intervención de la autoridad puede conllevar un mayor sacrificio en los intereses de las personas trabajadoras, lo que puede ocasionar daños absolutamente desproporcionados en relación con la protesta.

Las medidas de conflicto colectivo son necesarias en contextos que, por una u otras razones, la huelga puede perder efectividad, o quizá ni siquiera puede ser convocada. Las personas trabajadoras deben contar con otras medidas de presión, y estas han de disfrutar de garantías adecuadas. Esta idea conecta con su consideración como derechos fundamentales por su incorporación al contenido esencial de otros derechos fundamentales, algunos específicos, como la libertad sindical, y otros inespecíficos, como la libertad de expresión o las de reunión y manifestación.

Este marco regulatorio incompleto e impreciso abre muchos interrogantes desde un punto de vista dogmático, pero también desde la práctica y ejercicio de los derechos de acción sindical. Así, cabría preguntarse si debe tener el mismo reproche laboral una huelga de brazos caídos, en el que se perpetra un incumplimiento de la obligación de trabajar y, por ende, de la buena fe contractual, que una manifestación reivindicativa o el llamamiento al boicot a una empresa, en el que la finalidad última es la comunicación o externalización –de manera fehaciente y veraz– de los problemas laborales acaecidos en su seno y que, por

14 Vid. ALOS MONER, R. y MARTÍN ARTILES, A., *Teoría del conflicto y negociación laboral. Una perspectiva sociológica*, Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 2002, pp. 29.

ello, no deja de ser una particular forma de ejercer el derecho de información y libertad de expresión. Esta idea se debe vincular entonces con una más global y es si es posible que determinadas fórmulas de plantear los conflictos colectivos se conecten con el ejercicio de otros derechos fundamentales y de ser así, si esto se puede conectar a su vez con el contenido esencial de libertad sindical, y aplicar la teoría de los derechos reforzados de los sindicatos.

En este sentido, resulta necesario recordar que el contenido esencial de la libertad sindical no se agota con la literalidad del artículo 28.1 de la CE, circunscrita a su vertiente organizativa o asociativa, sino que está integrado por manifestaciones más allá de las previstas en el texto constitucional. Por muy detallado y concreto que parezca el enunciado del precepto, a propósito del contenido de la libertad sindical, no puede considerársele exhaustivo o limitativo, sino meramente ejemplificativo (STC 23/1983, de 25 de marzo).

El precepto constitucional debe ser interpretado, por un lado, de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los Convenios Internacionales sobre la materia ratificados por España (art. 10.2 CE), y, de otra, en relación con el mandato incluido en el artículo 7 de la CE, de manera que participen en la defensa y protección de los trabajadores (STC 70/1982, de 29 de noviembre y STC 37/1983, de 11 mayo). Para conseguir tal fin la libertad sindical debe comprender *«todos los medios de acción que contribuyen a que el sindicato pueda desenvolver la actividad que está llamado desde el propio texto constitucional»* (STC 39/1986, de 31 de marzo). Por ello, se puede afirmar que el derecho a la actividad sindical pretende conferir a los sujetos sindicales un espacio de libertad dentro del cual puedan llevar a cabo todas las acciones instrumentales que resulten necesarias para el cumplimiento de las funciones que constitucionalmente tienen encomendados.

Desde esta perspectiva no resulta exagerado afirmar que para nuestro Alto Tribunal cualquier actividad lícita desarrollada por el sindicato en defensa de sus intereses se encuentra amparada por la libertad sindical, cuyo único límite sería el respeto a la Constitución y a la ley. Por ende, para el desarrollo de esa función de autotutela es necesario que el sindicato ejerza una serie de derechos, los cuales, por tanto, serían manifestaciones de la libertad sindical considerada en su dimensión colectiva.

Esos derechos y facultades que identifican y permiten su ejercicio, van a venir configurados por una característica genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores, no basada únicamente en el vínculo de la afiliación, sino en la propia naturaleza sindical del grupo (STC 101/1996, de 11 de junio). De esta forma, desde el punto de vista constitucional sus funciones no se agotan en la mera representación de sus miembros, a través de los esquemas del apoderamiento y de la representación del Derecho privado (SSTC 70/1982, de 29 de noviembre y 11/1998, de 13 de enero). Por eso, cuando la Constitución y la

Ley les invisten de la función de defender los intereses de los trabajadores, les legitiman para ejercer aquellos derechos que, aun siendo asociados en puridad a los trabajadores, sin embargo, son de necesario ejercicio colectivo (STC 70/1982, de 29 de noviembre).

Estos derechos de actividad sindical, integrantes del contenido esencial del derecho, son fundamentalmente los siguientes: la huelga, la negociación colectiva, y la promoción de conflictos. Ya que todas estas manifestaciones colectivas contribuyen a que el sindicato pueda desarrollar las funciones a la que es llamado por el artículo 7 de la Constitución, y estas *«constituyen el núcleo mínimo e indisponible de la libertad sindical, sin el cual ese derecho no sería reconocible»* (STC 30/1992), de tal modo que *«el derecho de libertad sindical se encuentra integrado por los derechos y facultades que identifican y permiten su ejercicio»* (STC 11/1981). Por ello, *«desde el punto de vista colectivo, la libertad sindical consiste en el derecho de los sindicatos al libre ejercicio de su actividad, tanto en su faceta de defensa y promoción de los intereses económicos que le son propios»* (SSTC 70/1992, 29 de noviembre y 73/1994) como, en general, *«en la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores»* (SSTC 4/1993 y 39/1986).

Por tanto, las medidas de conflicto colectivo ejercidas por los sindicatos se vinculan no solo con el ejercicio de diversos derechos fundamentales, sino que, a través de aquellos, se asienta como contenido esencial de la libertad sindical, a través de la doctrina de los derechos reforzados.

Además, cabría dar una vuelta adicional a este planteamiento de las medidas de conflicto como derecho fundamental, y abordar qué ocurre si aquellas no son planteadas por un sindicato, sino por las personas trabajadoras de una empresa y si se pueden seguir irradiando entonces el carácter de derecho fundamental de las mismas. Nuevamente, la doctrina del Tribunal Constitucional arroja pistas sobre cómo afrontar esta cuestión, ya que nuestro alto tribunal ha entendido que existen situaciones que podrían denominarse pre-sindicales, que deben ser entendidas como actos preparatorios y previos de una acción propiamente sindical. Actos que en ocasiones se configuran como presupuesto de esta última, de suerte que si se coartan y sufren represalias los participantes en los mismos se hace difícil igualmente aquellas acción propiamente sindical, *«lo que no se compadece con la relevancia constitucional atribuida a los Sindicatos y con su carácter de organismos básicos del sistema político y piezas económicas y sociales indispensables para la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores (...), y, en todo caso, se dificulta el ejercicio de un derecho fundamental»*. (STC 197/1990, de 29 de noviembre).

Y ello se entiende asó, porque si se rechazara que esos actos preparatorios estuvieran cubiertos por el derecho fundamental de libertad sindical, *«quienes pretendan impedir o dificultar la penetración y la acción sindical en la Empresa podrán impedir, también, coartar y represaliar en ese momento previo, con la*

certeza de que las consecuencias y sanciones legales de tan ilegítimo proceder les serán más «benignas», por así decirlo (cabría indemnizar en caso de despido improcedente en vez de readmitir al trabajador en la Empresa), que si lo hacen en un momento posterior, en donde ya existe afiliación y acción propiamente sindical, momento éste ya plenamente cubierto por las garantías y la protección del derecho fundamental y en el que el despido sería radicalmente nulo y no podría implicar la extinción del contrato de trabajo del afectado. Por los efectos intimidatorios que la medida puede tener, la protección del derecho fundamental debe extenderse, al menos en determinados supuestos, a los actos preparatorios del ejercicio del derecho, pues de otra forma se dificultaría la plena efectividad del mismo» (STC 197/1990, de 29 de noviembre).

Esta concepción amplia de la libertad sindical es coherente con la experiencia histórica y con el origen de la figura del Sindicato. Experiencia y origen que muestran cómo la acción organizada de las personas trabajadoras a través del sindicato surgió en la mayor parte de las ocasiones de un previo conflicto o de reivindicaciones pendientes, para satisfacer las cuales los trabajadores se dotan de estructuras de actuación colectiva, que si en un primer momento son ocasionales, puntuales y hasta relativamente espontáneas, posteriormente se convierten en permanentes y constituyen en la figura del Sindicato. Si no se proporciona la debida tutela en esos estadios primarios a quien promueve por vez primera una actuación encaminada a dotarse de unas vías que canalicen y defiendan los intereses colectivos, difícilmente podrá transitarse hacia la organización y actuación propiamente sindical, contemplados como derecho fundamental por la Constitución, porque la experiencia secular ha mostrado su efectividad y necesidad para la afirmación de los intereses de los trabajadores. Lo que refuerza la conveniencia de extender la protección del derecho fundamental a determinados actos que razonablemente cabe calificar de preparatorios y presupuesto del ejercicio de los derechos sindicales. En definitiva, no todo lo previo a la afiliación y a la actividad sindical llevada a cabo como tal puede considerarse ajeno al ámbito del derecho fundamental.

4. LOS LÍMITES A LAS MEDIDAS DE CONFLICTO COLECTIVO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

La Constitución Española reconoce en su art. 37.2 el derecho de los empresarios y trabajadores a adoptar medidas de conflicto colectivo. Sin embargo, esto no quiere decir que todas estas medidas sean lícitas o legítimas. No está claro cuáles son lícitas y cuáles son los límites en el ejercicio de aquellas, ya que el artículo 37.2 después de reconocer la legitimidad de adoptar medidas de conflicto remite a la ley la regulación del «(...) ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que puedan establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad».

No obstante, el Decreto-ley 17/77, más allá de la regulación del régimen de la huelga, solo prevé que será sancionable mediante la figura del despido disciplinario la participación en una huelga ilegal o «*cualquier otra forma de alteración colectiva en el régimen normal de trabajo*» (art. 16), pero sin precisar qué debe entenderse por alteración colectiva del régimen normal de trabajo, ni sus eventuales límites o formas o modalidades en que se pueda plantear o exteriorizar esa anomalía.

La regulación de la huelga se ha basado, principalmente, en los principios de proporcionalidad y mutuo sacrificio, así como en la cláusula general de abuso del derecho, todo ello con el fin de moderar los efectos en la empresa de aquella medida de conflicto colectivo y, en especial, de tratar de evitar su impacto más allá de lo que desde un punto de vista social se ha considerado uso racional o soportable¹⁵. Siguiendo esta idea, en la actualidad son sobradamente conocidos los límites en el ejercicio del derecho de huelga, pero, no existe un desarrollo, ni legal ni jurisprudencial, de cómo deben ejercerse el resto de las medidas de conflicto colectivo.

Sin embargo, parece que la perspectiva de aproximación a los límites debe ser diferente a la de huelga, porque en aquella hay un daño recíproco automático (pérdida de salario-pérdida de producción), pero en las medidas de conflicto no hay, en principio, daño para los trabajadores ni daño directo para el empresario, salvo que las medidas sean eficaces. El carácter abusivo tendrá que ver con la extralimitación, por ejemplo, que el piquete informativo difunda mentiras o secretos, que vulnere derechos, pero no por el mero hecho de externalizar el conflicto. Las medidas de conflicto colectivo distintas a la huelga buscan muchas veces involucrar a terceros para ejercer más presión. La huelga busca eso también a veces (huelgas de basuras o de transporte), pero parece más consustancial a otras medidas de conflicto colectivo.

Por ello, debe revisarse desde esta perspectiva la tradicional afirmación de que las medidas de conflicto colectivo distintas a la huelga puede suponer un desequilibrio a favor de los trabajadores (v.gr. el llamamiento al boicot probablemente tenga que analizarse también desde este punto de vista, que supone un cierto reequilibrio de las posiciones habituales). En este contexto, debe tenerse en cuenta que los equilibrios conocidos respecto de los sacrificios de las partes son válidos en el conflicto industrial, pero superado el marco conceptual de aquel, y llevada la huelga al nuevo modelo productivo, aquella pierde una parte de su efectividad, ya que su alcance e intensidad no se puede replicar en el sector servicios. En efecto, el alcance de la huelga no se limitaba en la lógica fordista y taylorista a los efectos negativos económicos derivados de la bajada o paraliza-

¹⁵ Vid. GARCÍA MURCIA, J., «Derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, nº 108, 2014, pp. 275-295.

ción de producción, sino también la interrupción de la cadena productiva y el almacenaje o estocaje de mercancías inservibles.

El nuevo panorama productivo debe conllevar necesariamente nuevas fórmulas de conflicto distintas de la huelga, ya que los sindicatos se hallan objetivamente en una posición dialéctica de contrapoder respecto de los empleadores, por lo que si una medida deja de ser efectiva tienen legitimidad constitucional para plantear un nuevo escenario, con distintas fórmulas de autodefensa (STC 134/1994, de 9 de mayo). Sin embargo, existe un desajuste entre cómo se perciben los daños que provoca una huelga, y cómo se perciben los daños que provocan otras medidas de conflicto, ya que en general se consideran aquellas un ataque ante otras libertades o derechos legítimos (v.gr. libertad de empresa) y sin embargo la huelga disfruta de garantías que refuerzan el derecho. Si la respuesta que habitualmente se ofrece respecto de medidas de conflicto "menor" (incluso, en alguna ocasión reproche penal, *vid.* en este sentido el 'Caso de las 6 de la Suiza')¹⁶ se trasladara sin más al marco jurídico de la huelga prácticamente todas las huelgas merecerían ese reproche penal, lo que desde luego sería incompatible con su naturaleza misma como derecho fundamental. La diferente perspectiva de aproximación hace que la protección de las medidas de conflicto sea asimétrica y que estén menos protegidos los que se suman a medidas de conflicto de menor intensidad, lo que resulta jurídicamente incoherente.

Nuevamente, parece razonable entender que en la medida en que se vinculan con el ejercicio de un derecho fundamental –la libertad sindical– debiera aplicarse el '*favor libertatis*', debiendo estar claras que conductas suponen un ilícito laboral, y más aún aquellas que suponen un ilícito penal, por venir amparadas por un derecho fundamental. No puede ser que una acción que deriva del ejercicio de un derecho fundamental (vinculado, como se ha visto, al ejercicio de la libertad sindical) no vengán acompañadas de una adecuada regulación en lo que se refiere a los límites de su ejercicio y las consecuencias de su incumplimiento. Antes de calificar una medida de conflicto colectivo como ilícito penal, tendrían que haberse previsto medidas sancionadoras en el ámbito laboral –cuando la persona trabajadora haya participado en esas acciones– porque si no se estaría sancionando directamente la acción del sindicato, y con ello el ejercicio mismo de la libertad sindical.

Además, siguiendo el marco regulador de la huelga, parece razonable entender que debería diferenciarse cuando las medidas de conflicto tienen un fin ilícito, y todo el que participe en aquella conducta podría merecer el reproche correspondiente –como ocurre en las huelgas ilegales– y aquellos otros supuestos en los que la medida es legítima, pero se producen acciones desproporcionadas en su desarrollo, en cuyo caso solo serán sancionados quienes participaron activa-

16 Sobre este conflicto en particular, *vid.* GARCÍA TORRES, A., «El papel del sindicato a debate: una relectura de los derechos de Acción Sindical a raíz del «Caso de las 6 de Suiza», *Net21*, nº 20, 2024.

mente de aquellas¹⁷. Por tanto, las medidas de conflicto solo pueden entenderse como una medida ilícita cuando no tenga una conexión real con un conflicto laboral, o cuando haya una extralimitación en el ejercicio. Aun así, como en el caso de la huelga, no todas las conductas deberían ser sancionadas de manera homogénea.

En este sentido, no puede ser lo mismo, por ejemplo, un “*escrache*” por cuestiones políticas y/o personales en el domicilio privado de una persona ejercido por ciudadanos comunes, que un “*piquete informativo*” sobre las condiciones de trabajo en el marco de un conflicto laboral a las puertas del centro de trabajo y convocado por un sindicato, aunque en puridad no esté convocada una huelga. Así se puede desprender sin esfuerzo de la doctrina judicial existente en la materia. Cuando nuestra doctrina se ha pronunciado acerca de la licitud de los escraches lo ha hecho ponderado los derechos fundamentales en juego, y la disyuntiva que se ha planteado es la proporcionalidad entre “el derecho a la intimidad personal y familiar” del representante político y el derecho de manifestación y reunión.

Así ocurrió, por ejemplo, con las SSTSPV 218/2013 y 219/2013, en las que se declaran legítimas las concentraciones ante una vivienda particular de un político al entender que constituían una perturbación en el derecho a la intimidad personal y familiar del morador y que tal perturbación, en el supuesto concreto, resulta además “desproporcionada”¹⁸. Sin embargo, la medida no era ilícita *per se*, sino su ejecución, que se entendió en el supuesto concreto desproporcionada. Las sentencias plantearon esta problemática a través de la técnica clásica de la ponderación: dos conductas legítimas que chocan entre sí y en función de las circunstancias del caso cuál debe ceder. Dicho de otro modo, se analizó si las concentraciones pacíficas ante el domicilio particular de un cargo público durante un breve período de tiempo implican una afectación lo suficientemente grave a la intimidad personal y familiar como para justificar el sacrificio del derecho fundamental de reunión y manifestación.

Por lo demás, la lectura de esta doctrina introduce un elemento que a los efectos laborales puede resultar clarificador, y es que el mensaje transmitido por los escraches versaba sobre un tema (la búsqueda de soluciones a la dramática situación provocada por el significativo incremento de los desahucios en el marco de la crisis) y tuvo lugar en un contexto (coincidente con la propuesta y posterior tramitación parlamentaria de la reforma de la legislación hipotecaria) que inscribía tales acciones en las coordenadas de la crítica política y de un debate público sobre cuestiones de interés general. Las características de esta

17 Vid. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., «Vulneración de las normas sobre competencia por parte de una asociación de autónomos que incita al boicot. STS Sala Contencioso Administrativo, de 19 de octubre de 2018 (rec. Cas. núm. 4389/2017)», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 1, 2019.

18 Vid. ALONSO RIMO, A., «Escraches, derecho de reunión y criminalización de la protesta social», *TEORDER*, nº 14, 2013, pp. 147-149.

información coinciden con el ámbito de protección reforzada de la libertad de expresión, de acuerdo con la jurisprudencia del TC y del TEDH, que entienden que debe operar cuando se trata de asuntos de trascendencia pública, particularmente en el marco de la crítica política¹⁹. Extrapolada esta idea al ámbito laboral, parece que el radio de acción de la libertad de expresión cuando se trata de externalizar un conflicto laboral y comunicado en la vía pública o en los alrededores del centro de trabajo debe ser entendido como un ejercicio legítimo de derechos fundamentales que solo podrá ser limitado en aplicación del triple test de proporcionalidad.

5. LOS LÍMITES TRANSNACIONALES AL EJERCICIO DE MEDIDAS DE CONFLICTOS COLECTIVO: LUCES Y SOMBRAS

Un problema adicional en la aplicación de las medidas de conflicto colectivo es que en ocasiones ni siquiera está claro que fuentes tienen preferencia de aplicación o si la concurrencia de distintos ordenamientos (nacionales y supranacionales) podría conllevar límites adicionales a los tradicionalmente conocidos. Así ocurrió, por ejemplo, en los casos de *Albany*, *Laval* y *Viking*, en los que se planteó si el ejercicio de medidas de conflicto colectivo suponía una eventual vulneración de las libertades fundamentales de la Unión Europea.

En lo que se refiere específicamente al derecho de huelga, el artículo 153 TFUE establece un listado de materias en las que la Unión Europea puede apoyar y completar la acción de los Estados Miembros, añadiendo en su apartado quinto que *«las disposiciones del presente artículo no se aplicarán a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal»*. Por consiguiente, la Unión Europea carece de competencia para establecer un marco regulador del derecho de huelga y de las condiciones de su ejercicio, del mismo modo, que tampoco tiene competencia para armonizar las legislaciones nacionales al respecto. Por tanto, se puede concluir que la inclusión del citado derecho en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea es meramente declarativa, en la medida que su alcance, ejercicio, límites y marco constitucional y legal será el interno de cada Estado miembro. La remisión de la regulación de la negociación colectiva y la huelga a los derechos nacionales plantea, en ocasiones, conflictos entre su ejercicio y el debido respeto a las libertades económicas fundamentales reconocidas en los tratados, en especial a los principios de libre competencia y establecimiento. A pesar de que el ámbito subjetivo de estos principios es la empresa –y su actividad puramente económica–, las fronteras entre esta y las normas e instituciones estatales de

19 Vid. CUERDA ARNAU, M.L., «Libertad de expresión y crítica política a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Teoría y Derecho*, 2013, nº 13, pp. 215 y ss. y Cfr. STEDH caso Lopes Gomes da Silva c. Portugal, de 28 de septiembre de 2000 y caso Plattform «Ärzte Für Das Leben» c. Austria, de 21 de junio de 1988.

carácter social, y en particular los convenios colectivos, no siempre están claramente delimitadas²⁰.

Por eso, se hizo necesaria la aprobación de la Directiva Bolkestein, 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior y, posteriormente, sucesivas intervenciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En este sentido, el primer pronunciamiento en la materia se produjo con la conocida sentencia Albany [STJUE de 21 de septiembre de 1999 (Asunto C-67/96), de 21 de septiembre de 1999 (C-115/97, C-116/97 y C-117/97) y de 21 de septiembre de 1999 (C-219/97)], que se fue matizando en pronunciamientos subsiguientes.

Con la doctrina instaurada en el caso Albany, aunque en puridad no resolvía una cuestión en torno a medidas de conflicto colectivo sino si el derecho de la Unión puede afectar a la negociación colectiva, el TJUE otorgó en el ámbito de la Unión el mismo valor a la protección social que a la libre competencia, en la medida en que obligaba a que cada uno de estos principios fuera interpretado a la luz del otro, de modo que ambos obtuvieran el máximo de su eficacia²¹. En este sentido, el Tribunal entendía que la protección de los derechos fundamentales constituía un interés legítimo que podía justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario, incluso en virtud de una libertad fundamental garantizada por el Tratado, como puede ser la libre circulación de mercancías. Conviene recordar que el artículo 6.3 del TUE reconocía que «los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales».

Posteriormente, la STJUE de 11 de diciembre de 2007 (Asunto C-438/05) se separa de la doctrina iniciada en Albany, si bien no supone un cambio absoluto de postura, sí que introduce importantes matices²². El conflicto planteado en este supuesto se genera a raíz de la decisión de la compañía finlandesa *Viking* de cambiar el pabellón de uno de sus barcos de Finlandia a Estonia, con lo cual pasaría a beneficiarse de las condiciones laborales menos onerosas de este país. El caso resuelve de forma directa el conflicto entre los derechos fundamental y las libertades de circulación. La sentencia reconoce, en primer término, que los primeros encuentran también fundamento en el derecho comunitario, con apoyo en las normas internacionales, en el artículo 28 de la Carta de Niza y en

20 Vid. GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., «Negociación Colectiva, Derecho de la competencia y libertades de circulación de la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 92, 2011, pp. 143.

21 Vid. OJEDA AVILÉS, A., «La sindicación de los trabajadores autónomos y semiautónomos», en VV.AA., GARCÍA LASO, A., y SANGUINETI RAYMOND, W., *Sindicatos y cambios económicos y sociales*, ed. Ediciones Salamanca, 2002, pp. 197.

22 Vid. TAPIA HERMIDA, A., «Libertades fundamentales (libre prestación de servicios y libertad de establecimiento) y medidas de conflicto colectivo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 301, pp. 85.

las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. Sin embargo, este reconocimiento, viene lastrado por su necesaria conciliación con las exigencias relativas a los derechos protegidos por el Tratado, en particular las libertades económicas fundamentales²³.

El Tribunal de Justicia estableció la aplicabilidad del artículo 49 del TUE²⁴, antiguo artículo 43 TCE, a la huelga, afirmando que el ejercicio de los derechos fundamentales no es absoluto y puede estar sometido a límites. En aplicación del citado artículo el Tribunal consideró que las restricciones provocadas por los sindicatos sobre la libre competencia solo se deben entender justificadas en el caso de superar el triple test de proporcionalidad, empleado habitualmente por el TJUE para solucionar los conflictos entre las normas laborales estatales y las libertades de circulación comunitaria.

El Tribunal recordó que la prohibición de vulnerar una libertad fundamental de carácter imperativa prevista por alguna disposición del Tratado se extendía, en especial, a todos los convenios que tuvieran por objeto regular, de forma colectiva, el trabajo por cuenta ajena. Esta decisión se impuso a la postura de los Gobiernos danés y sueco (estados de procedencia de las cuestiones prejudiciales), que en sus alegaciones afirmaron que el carácter fundamental del derecho a adoptar medidas de acción colectiva debía excluir las mismas del ámbito de aplicación del artículo 49 del TFUE.

La doctrina 'Viking' se continuó en la STJUE del 18 de diciembre de 2007 (Asunto 341/05), conocida como *Laval*. El asunto cuestionado ante el Tribunal responde al conflicto planteado por los sindicatos suecos contra la empresa letona "*Laval*", que operaba en Suecia a través de una filial. Los sindicatos de este país trataron que la empresa suscribiera el convenio sueco de construcción y, tras la negativa de la empresa, se comenzó un boicot en todo el país al entender que esta decisión implicaba un empeoramiento de la situación laboral de los trabajadores desplazados, ya que al no suscribirse el convenio se fijaban unas condiciones retributivas más bajas que las establecidas, con carácter general, en Suecia. El TJUE estableció entonces que *«aunque las materias relativas a la adopción de conflicto colectivo no estén comprendidas en el ámbito de competencia de la Comunidad, y los Estados miembros puedan fijar libremente los requisitos de existencia de estos derechos, y las formas de su ejercicio, los Estados miembros deberán, en el ejercicio de esta competencia, respetar el Derecho comunitario»*.

23 Vid. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., «Protección social complementaria y libertad económica en el ámbito comunitario: las cláusulas de designación», *Derecho de las relaciones laborales*, nº 4, 2017, pp. 332.

24 En concreto, el actual artículo 49 del TUE prevé que *«en el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro. La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 54, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales»*.

Sin embargo, esta jurisprudencia no supone, en realidad, una reflexión sobre el alcance y licitud de aquellas sino una toma de posición sobre si las libertades económicas de la Unión suponían o no un límite adicional a los derechos fundamentales legítimamente ejercidos dentro de los derechos nacionales (huelga, manifestación, boicot), pero no sobre el alcance legítimo de aquellas en un marco general. Esta disyuntiva se aprecia en la doctrina del TEDH que entendió que a la hora de interpretar el artículo 11 del Convenio no se puede hacer exclusivamente desde esa perspectiva, aunque sí se pueda tener en cuenta las circunstancias concurrentes²⁵. Pero no se ha abordado qué medidas de conflicto son legítimas y cuál es su alcance.

El problema de la compatibilidad entre las libertades económicas reconocidas en los tratados constitutivos y el ejercicio de los derechos fundamentales es que la propia integración europea ha sido un fenómeno de dos velocidades, ya que si bien desde su fundación se ha avanzado de manera consistente en las cuestiones relativas a los factores económicos, no ha pasado lo mismo respecto de la cuestión social. En efecto, en la regulación europea han primado siempre las libertades económicas sobre los derechos individuales. Este fenómeno puede explicarse históricamente, ya que Unión Europea proviene de la Comunidad Económica Europea, que estaba pensada inicialmente como un intercambio exclusivo de bienes y mercancías y, a pesar de que se ha tratado de avanzar en la construcción de una Europa social, esta no termina de ser una realidad jurídica.

La idea clave que se desprende de la integración europea desde la perspectiva de las libertades económicas es que se aumenta el poder relativo del mercado respecto de los Estados. Este hecho tiene dos consecuencias inmediatas. Por un lado, el debilitamiento del poder estatal conlleva que las legislaciones nacionales pierdan imperatividad, pues no dan respuesta –ni pueden darla– a un fenómeno claramente supranacional. Por otro lado, la actividad de los sindicatos y, por ende, de la negociación colectiva, se va a ver debilitada.

Por ello, se puede afirmar que las libertades económicas tienen carácter de base o fundamento constitucional del Derecho de la Unión, y que actúan como límite a los propios derechos nacionales. Así, se afirmó que las empresas privadas pueden oponer la libertad de establecimiento y libre prestación de servicios frente a acontecimiento sindicales, en particular, frente a las medidas de conflicto colectivo que de alguna manera restrinjan el ejercicio de esta libertad empresarial. En base a ello, fueron desestimadas las pretensiones de diversos sindicatos nacionales, que alegaban que la finalidad de medidas de conflicto colectivo adoptadas no eran impedir la libertad de establecimiento o una injerencia injustificada en el derecho de la competencia sino evitar el dumping social que de factor se estaba produciendo²⁶.

25 Vid. RODRÍGUEZ CARDO, I., «Jurisprudencia reciente del TEDH en materia laboral y de seguridad social (2020-febrero de 2023)», *Foro. Nueva época*, vol. 25, núm. 1, 2022, pp. 299-300.

26 Vid. GOERLICH PESET, J.M. y GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia un estudio de las relaciones entre el ordenamiento laboral y la disciplina del mercado*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2011, pp. 19-20.

La primacía actual de las libertades económicas sobre los derechos fundamentales se evidencia hasta el punto en que el TUE ha afirmado que, a pesar de que la regulación de los derechos colectivos no es una materia competencia de la Unión y, por tanto, lo Estados miembros pueden fijar libremente los requisitos de existencia de los derechos y las formas de ejercicio de estos, el margen de apreciación de que disponen en materia de política social no puede justificar que se vulneren los derechos y libertades económicas fundamentales que las disposiciones del Tratado Confieren a los particulares (STJUE 11 de diciembre de 2007, Caso Viking).

De esta idea principal la jurisprudencia comunitaria entiende que el carácter fundamental atribuido al derecho de adoptar medidas de conflicto colectivo no permite excluirlas del ámbito de aplicación del derecho comunitario, en concreto de la aplicación del principio de la competencias y de la libertad de establecimiento de la que gozan las empresa radicadas en otro Estado miembro y que desplazan trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional (Sentencia de 18 de diciembre de 2008, Caso Laval).

Por tanto, si en Albany se afirmó que los derechos colectivos son una excepción a la aplicación de la libre competencia, los pronunciamientos posteriores parece que cambian esta perspectiva inicial, configurándose las libertades económicas como una inmunidad propia de la Unión Europea.

Y ello es así porque, como se ha visto, el Tribunal ha admitido la posibilidad de conocer sobre materias que no son competencia del derecho comunitario si resulta posible que estas contradigan o contravengan alguna de las libertades económicas esenciales reconocidas en los Tratados. Como se puede observar, las libertades económicas se configuran como base del sistema, lo que permite la libre movilidad de los capitales, productos y servicios, trascendiendo más allá de la soberanía de cualquier estado, sin que en contraprestación exista una protección de los derechos colectivos de ámbito supranacional.

En este sentido, debe entenderse como inmunidad del sistema, tal y como se planteó en Albany, al menos respecto de la negociación colectiva, se configuraba como aquellas conductas que el sistema dota de resistencia frente a intromisiones ilegítimas, haciendo intocable o irrenunciable su contenido esencial y que resulta indisponible tanto para los poderes públicos, como para terceros particulares.

El concepto de inmunidad, a estos efectos no debería entenderse como una anomalía o fallo del sistema, sino como una protección cualificada de aquellos elementos nucleares y definitorios del ordenamiento jurídico. Y, a estos efectos, tal cualidad debería ser predicable respecto de los derechos fundamentales, en los que debe asentarse, principalmente, la construcción de los Estados Social, democráticos y de Derecho. De esta manera, el concepto de 'inmunidad' podría asemejarse a la teoría del "tiempo de los derechos", la cual se erige como una

reivindicación colectiva y de atribución positiva de derechos, que construyen las señas de identidad de nuestra época²⁷.

Sin embargo, el devenir jurisprudencial europeo actual desarraiga este concepto iniciado en Albany sobre los derechos colectivos, trasladando las prerrogativas que deberían ser propias de los derechos fundamentales a las libertades económicas, optando por una Unión Europea más económica que social.

6. EN PARTICULAR, EJERCICIO Y LÍMITES DEL BOICOT COMO MEDIDA DE ACCIÓN SINDICAL

Como se apuntó en la tipología de las medidas de conflicto colectivo, hay una confusión terminológica respecto del concepto de boicot, ya que en el ámbito económico se considera una medida ilícita por contravenir el derecho de la competencia. Sin embargo, en el ámbito laboral parece que son, al menos, toleradas. Probablemente, en esta contradicción interna del ordenamiento pese la confusión terminológica, ya que en los boicots laborales se conjugan con medidas mercantiles tendentes a garantizar la libre competencia. En nuestro sistema se reconoce la licitud de las medidas de boicot, pero no hay ni un desarrollo legal de este, ni una construcción jurisprudencial respecto de sus límites: ni como ilícito laboral, ni como ilícito penal, más allá de que las conductas se pueden vincular a delitos de odio o de discriminación²⁸.

Si bien el Tribunal Constitucional español no se ha pronunciado directamente sobre el boicot laboral, sí lo ha hecho de manera tangencial. Así, la STC 198/2004, entendió que vulneraba derechos fundamentales el despido de un delegado sindical por distribuir anuncios de prensa y comunicado a clientes de una empresa hotelera, criticándola, anunciando movilizaciones y haciendo un llamamiento al boicot. Se entiende que la sanción laboral –no penal– vulnera los derechos de información y expresión en el ejercicio de su libertad sindical. Especialmente porque el demandante participo en acciones de comunicación que se refiere estrictamente al contenido de las reivindicaciones sostenidas por los trabajadores en su conflicto en las empresas. En términos similares se considera injustificado el despido de un delegado sindical motivado por una reunión no autorizada con los clientes divulgando la conflictividad laboral interna y criticando aquella (STC 227/2000).

Además, la STC 160/2003, de 15 de septiembre, estableció las circunstancias que deben tenerse en cuenta a la hora de apreciar los límites de la libertad de expresión derivados de su concurrencia con otros derechos fundamentales «la

27 Vid. BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Madrid, 1991, pp. 37.

28 Vid. SANTANA VEGA, D.M., «El llamamiento al boicot de productos en España ¿Libertad de expresión política o conducta delictiva? Un análisis desde el derecho público español», *Revista de Ciencia Penal y Criminología*, 2022, n° 224, pp. 1-43.

relevancia pública del asunto y el carácter de personaje público del sujeto sobre el que se emite la crítica u opinión, especialmente si es o no titular de un cargo público. Igualmente importa para el enjuiciamiento constitucional el contexto en el que se producen las manifestaciones enjuiciables, como una entrevista o intervención oral, y, por encima de todo, si en efecto contribuyen o no a la formación de la opinión pública libre» (FJ 4).

En este mismo sentido, el TEDH ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones específicamente sobre las medidas de Boicot. En el asunto *Gustafsson c. Suecia*²⁹ (25 de abril de 1996, n. °15573/1989) abordó la licitud de las presiones sufridas por el dueño de un restaurante, que ante el boicot de que fue objeto por parte de un sindicato al negarse a suscribir un convenio colectivo con sus trabajadores, se vio forzado a vender su negocio. Durante el verano de 1987, el recurrente era propietario del restaurante 'Threbaden' y del albergue juvenil 'Lummelunda'.

El recurrente no estaba afiliado a ninguna de las dos organizaciones patronales del sector de la restauración, que son el Sindicato Patronal sueco de la hostelería y de la restauración (HRAF) y la Unión patronal del sindicato sueco de los restauradores (SRA), el primero miembro a su vez de la Confederación patronal sueca (SAF). En consecuencia, no estaba ligado por ninguno de los convenios colectivos firmados entre estos dos sindicatos con el Sindicato del personal de hostelería y de restauración (HRF).

En 1987 rechazó firmar un acuerdo de sustitución con el HRF, que hubiera supuesto la aplicación de un convenio colectivo firmado entre el HRAF y el HRF y afirmó su hostilidad por principio al sistema de la negociación colectiva. Además, destacó que sus asalariados estaban mejor remunerados que si lo estuvieran en el marco del convenio colectivo y que ellos mismos no deseaban suscribir el acuerdo de sustitución. Tras la negativa del recurrente, el HRF impuso un bloqueo a su restaurante y por ello decretó un boicot. Otros cuantos sindicatos tomaron medidas de represalia en solidaridad en julio de 1987 y en el transcurso del verano de 1988, a consecuencia de lo cual los repartos al restaurante fueron interrumpidos.

En agosto de 1988, el señor Gustafsson, amparándose en el Convenio, solicitó al Gobierno que prohibiera al HRF que continuara con el bloqueo, y a los demás sindicatos que continuaran con sus actos de solidaridad; igualmente solicitó al Gobierno que ordenase a todos los sindicatos o, en su defecto, al Estado que le indemnizara por daños y perjuicios. El 12 de enero de 1989, el Gobierno rechazó la queja del demandante basándose en que dicha queja era sobre un desacuerdo jurídico entre unas personas privadas que sólo podía ser resuelto ante un tribunal. Según lo dispuesto por la Ley de 1988 sobre el control judicial

de determinadas decisiones administrativas, solicitó un control judicial de la decisión del Gobierno, pero el Tribunal Supremo administrativo lo rechazó el 29 de junio de 1989. Consideró que la decisión cuestionada no afectaba a un asunto administrativo que necesitara el ejercicio de la potestad pública, u queja se sustancia más bien en el hecho de que las medidas adoptadas por el sindicato eran conformes a la legislación sueca. Sin embargo, el artículo 6 no garantiza ningún contenido particular a «los derechos y obligaciones» (de carácter civil) en los Estados parte. En el caso concreto, no existe ningún derecho reconocido por la legislación sueca que conlleve la aplicación del artículo 6.1 del Convenio, que en consecuencia no ha sido vulnerado³⁰.

A juicio del Tribunal, el Convenio Europeo reconoce «la libertad de defender los intereses profesionales de los afiliados a un sindicato mediante las acciones colectivas de este», siendo la negociación colectiva uno de los medios que el Estado puede arbitrar para asegurar el ejercicio de tal libertad³¹. Sin embargo, el Tribunal ha matizado que no todos los derechos incluidos en la libertad de asociación son equivalentes, teniendo prioridad el derecho a negociación colectiva³², con la consecuencia de que «el Estado tiene que adoptar medidas específicas y medidas concretas para garantizar este derecho»³³.

En realidad, la principal objeción del demandante en contra tanto de la segunda como de la primera posibilidad era de naturaleza política, es decir, que se mostraba en contra del sistema de negociación colectiva en vigor en Suecia. Sin embargo, el artículo 11 del Convenio no ampara como tal derecho el no suscribir un convenio colectivo. La obligación positiva impuesta por el artículo 11 al Estado, incluido todo aquello referido a la protección de las opiniones individuales, podría extenderse a las medidas relacionadas con el funcionamiento del sistema de negociación colectiva, pero únicamente cuando éstas invaden el ámbito de la libertad de asociación. Una obligación que, como es el caso, no dificulta de manera importante el ejercicio de esta libertad, aunque provoque un perjuicio económico, no supone ninguna obligación positiva según el artículo 11.

30 Artículo 6.1 CEDH: «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

31 Vid. MARTÍN HUERTAS, M.A., «Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativas a partidos políticos y a sindicatos», *Revista Cuestiones Constitucionales*, nº 23, Ciudad de México jul./dic., 2010.

32 Vid. GOMES, J., «Algumas notas sobre o direito à greve e a sua evolução ao nível europeu», *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, nº1, 2017, pp. 175.

33 Vid. SALCEDO BELTRÁN, M.C., *Negociación Colectiva, Conflicto Laboral y Carta Social Europea*, Editorial Bomarzo, Albacete, pp. 93.

Además, el demandante no ha presentado ninguna prueba que apoye su afirmación de que las condiciones de trabajo en su restaurante eran mejores que aquellas impuestas por medio del convenio colectivo. Teniendo en cuenta la función especial y la importancia que tienen los convenios colectivos dentro de la reglamentación de las condiciones de trabajo en Suecia, el Tribunal no tiene ningún motivo para dudar de que las medidas del sindicato perseguían la consecución de unos objetivos legítimos compatibles con el artículo 11 del Convenio.

Más recientemente el TEDH ha tenido la oportunidad de analizar de nuevo la licitud de las medidas de boicot en su sentencia de 11 de junio de 2020, *Caso Baldassi c. Francia*, en la que estima la licitud de un llamamiento al boicot si se hace como protesta política por sujetos que realizan activismo político, cuya finalidad es desencadenar o estimular el debate entre los clientes del supermercado y hacer un llamamiento a los ciudadanos comunes sobre la ética del establecimiento. A mayor abundamiento, el TEDH argumenta en el *caso Baldassi*, que el llamamiento al boicot es ante todo una forma particular de libertad de expresión.

En lo que respecta a las concentraciones informativas se aúnan dos derechos fundamentales –el derecho de manifestación y la libertad de expresión– que se erigen juntos en uno de los ejes vertebradores (cauce del principio democrático participativo) del Estado social y democrático de derecho proclamado en la Constitución. En este sentido, el TEDH ha establecido que el artículo 11 del Convenio garantiza una fuerte protección a las manifestaciones públicas que forman parte de la vida política nacional o local y hay pocas situaciones en las que se pueda prohibir legítimamente una reunión sobre la base de la sustancia del mensaje que los participantes se proponen transmitir. Y es que, en una sociedad democrática las ideas que desafían el orden establecido y cuya realización se defienden por medios pacíficos deben tener la oportunidad adecuada de expresarse mediante el ejercicio de la libertad de reunión y otros medios lícitos (asunto *Stankov y Organización Macedonia Unida Ilinden c. Bulgaria*, de 2 de octubre de 2001; asunto *Sergei Kuznetsov c. Rusia*, de 23 de octubre de 2008). La prohibición de las manifestaciones sólo puede justificarse si existe un riesgo real de que estas den lugar a disturbios.

Entendido el boicot de esta manera por parte del TEDH encaja sin esfuerzos en la doctrina de nuestro alto tribunal sobre los derechos reforzados del sindicato. Cuando el boicot a un establecimiento se produce por parte de un sujeto cuya libertad de expresión se encuentra reforzada por los propios fines y funciones que constitucionalmente tiene asignados, para tratar de comunicar a los ciudadanos la existencia de un problema laboral o de unas condiciones de trabajo determinadas, estas actuaciones deben entenderse como manifestaciones propias del contenido esencial de la libertad sindical y del lícito planteamiento de medidas de conflicto colectivo.

7. LAS MEDIDAS DE CONFLICTO MÁS ALLÁ DE LA HUELGA ¿TIENEN UNA LECTURA EN CLAVE DE GÉNERO?

La superación del modelo tradicional del conflicto colectivo basado en la huelga deja una reflexión, o una lectura adicional, en clave de género. La huelga como instrumento histórico de lucha se ha vinculado a los grandes centros de trabajo fordista y taylorista, en el que el sujeto colectivo se identificaba con el '*blue collar*'. Sin embargo, este planteamiento es difícilmente trasladable a las nuevas formas de trabajo atípico.

Los datos estadísticos demuestran que los representantes unitarios aplican con mayor frecuencia que los sindicatos la convocatoria de huelga (a pesar de que estos datos son confusos ya que existen muchos comités fuertemente sindicalizados). Así, los delegados y comités de empresa son responsables de más del 50 por 100 de las huelgas convocadas en nuestro país, mientras que UGT convoca en torno al 18 por 100, CCOO alrededor del 24 por 100³⁴. Desde el punto de vista teórico puede resultar problemático que sea la representación unitaria quien gestione el conflicto, habida cuenta de que estos dependen del empresario por la vía contractual directa, aunque ostenten unas amplias garantías para disuadirlo de comportamientos lesivos.

Más allá de esas consideraciones los datos en sí arrojan una pregunta interesante ¿qué ocurre en aquellos sectores en los que por el volumen de la empresa y su organización no existe margen legal para la existencia de representación unitaria? Cabría preguntarse si en estos supuestos dónde no existe representación unitaria el sindicato recupera la iniciativa. Este problema de inoperancia de las medidas de conflicto colectivo clásica tiene un claro sesgo de género ya que no resulta sorprendente que esta situación se produzca mayoritariamente en sectores feminizados, como es el pequeño comercio, los cuidados, servicios, etc...

Los datos disponibles son difíciles de interpretar –ya que a veces los comités están fuertemente sindicalizados y ambos sujetos se confunden en las estadísticas– pero parece que la respuesta debe ser negativa, y afirmarse que estos sectores sin representación unitaria tampoco son atendidos por el sindicato. El papel del sindicato sigue estando principalmente en las fábricas grandes, en las que está más asentado a través de las secciones sindicales y una fuerte presencia en los comités. El papel del sindicato también tiene más presencia en los conflictos de carácter más global o totalizados vinculados a la negociación de convenios sectoriales o huelgas generales, pero aún tiene poca presencia en los conflictos de sector terciarizados.

Esta realidad nos está indicando al menos una cosa que puede resultar evidente, pero una conclusión que puede pasar más inadvertida: las huelgas se convocan

34 Vid. OJEDA AVILÉS, A., «La representación unitaria: el "faux ami"», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 58, 2005 (Ejemplar dedicado a: XXV años del Estatuto de los Trabajadores), pp. 343-344.

en sectores y/o centros de trabajo, en los que existe representación unitaria fuerte y que, por tanto, hay una plantilla más o menos numerosa que se asemeja al centro de trabajo clásico. A sensu contrario, las huelgas y el planteamiento de medidas de conflicto colectivo se desconectan de sectores atomizados, precarios, informales, sectores que no sorprende que sean los más altamente feminizados.

Por aportar un dato que evidencia esta problemática: en 2023 la proporción mujeres entre los ocupados del Sector Servicios –un sector fuertemente atomizado– era del 54%. Este dato por sí sólo puede no resultar relevante, o al contrario, puede parecer que nos informa de que en el sector servicios hay un equilibrio entre géneros y que no feminizado. Sin embargo, en este sector económico es donde trabajan el 88,9% del total de mujeres ocupadas del país³⁵.

Aunque en estos sectores el sindicato fuera capaz de recuperar la iniciativa y promover la acción sindical y el planteamiento de las medidas de conflicto, al margen de la existencia de los comités de empresa, parece que la huelga deja de ser una herramienta idónea. No olvidemos que en su propia concepción se ha dicho que la huelga es un derecho de titularidad individual, pero de ejercicio colectivo y que esta supone reequilibrar la posición de las personas trabajadoras frente al empresario mediante la agrupación y el concierto colectivo (STC 11/1981, de 8 de abril). Por lo que, aunque técnicamente podría plantearse una huelga en centros de trabajo con una o dos personas trabajadoras, parece difícil que sea un instrumento eficaz. Por tanto, en sectores atomizados parece evidente que el ejercicio de la acción sindical debería plantearse de una manera diferente, con un apoyo más real y decidido por parte de los sindicatos³⁶.

35 Vid. Informe *La situación de las mujeres en el mercado de trabajo 2023*, pp. 17-18. https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec_trabajo/analisis_mercado_trabajo/situacion-mujeres/Mujeres-y-Mercado-de-Trabajo-2023.pdf

36 Vid. GARCÍA TORRES, A., «El papel del sindicato a debate: una relectura de los derechos de Acción Sindical a raíz del «Caso de las 6 de Suiza», *Net21*, nº20, 2024, pp. 5-6.