

Contenido y tutela de la libertad sindical en el siglo XXI. Cuestiones críticas en el contexto tecnológico

Content and protection of union freedom in the 21st century. Critical issues in the technological context

SALVADOR PERÁN QUESADA

IR Grupo PAIDI SEJ-347 "Políticas de Empleo, Igualdad e Inclusión Social"

IP Proyecto Autonómico de I+D+i PPRO-SEJ-347-G-2023 "Medidas de apoyo al empleo de las personas mayores en la negociación colectiva"

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga

ID <https://orcid.org/0000-0002-0131-7726>

Cita Sugerida: PERÁN QUESADA, S.: «Contenido y tutela de la libertad sindical en el siglo XXI. Cuestiones críticas en el contexto tecnológico». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum.* Nº Extraordinario 2 (2024): 169-187.

Resumen

El derecho a la acción sindical para ser fiel a la finalidad para la que fue creado no puede entenderse desligado del contexto subjetivo, económico y social en el que se desarrolla en cada momento histórico. En la actualidad cada una de sus manifestaciones: el control del poder de dirección -y la protección de los derechos individuales de los trabajadores en la empresa-, el derecho a la negociación colectiva y el derecho a la huelga, puede quedar limitadas en su ejercicio efectivo por las nuevas características que afectan al empleo -especialmente por el efecto del teletrabajo y el trabajo a distancia que ha producido la dispersión la descolocación- y a los importantes cambios que en el tejido empresarial se han tenido lugar con la introducción del contexto cibernético. En este sentido, se proponen dos reflexiones críticas: Por una parte, sobre las medidas necesarias que deben seguirse para que el ejercicio de la libertad sindical en la empresa cumpla el fin para el que fue creada, con especial atención en la denuncia de aquellas situaciones que, en el marco de las nuevas formas de empleo, puedan tener finalidad antisindical. Por otra parte, sobre la actualización de la dimensión colectiva de la acción sindical ante las nuevas formas de conflictividad social en el marco de las actividades profesionales, y especialmente, cuando ello se produce a través de plataformas digitales.

Abstract

The right to union action cannot be understood separately from the subjective, economic and social context in which it develops at each historical moment. Currently, each of its manifestations: the control of management power -and the protection of the individual rights of workers in the company-, the right to collective bargaining and the right to strike, may be limited in its exercise. effective due to the new characteristics that affect employment -especially due to the effect of teleworking and remote work that dispersion and dislocation have produced-. In this sense, two critical reflections are proposed: On the one hand, on the necessary measures that must be followed so that the exercise of freedom of association in the company fulfills the purpose for which it was created, with special attention to reporting those situations. That, within the framework of new forms of employment, may have anti-union purposes. On the other hand, on updating the collective dimension of union action in the face of new forms of social conflict within the framework of professional activities, and especially when this occurs through digital platforms.

Palabras clave

Libertad sindical; nuevas tecnologías; trabajadores autónomos; esquirolaje tecnológico; video vigilancia con fines antisindicales

Keywords

Freedom of association; new technologies; self-employed workers; technological scabs; video surveillance for anti-union purposes

1. CONFIGURACIÓN JURÍDICA Y MARCO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL

1.1. Sobre la naturaleza jurídica de la libertad sindical

Hannah Arendt utilizaba la fórmula: *derecho a tener derechos*¹ para enunciar la imposibilidad del reconocimiento y efectividad de los Derechos Humanos desligados de la condición o pertenencia a la ciudadanía. Así los derechos intrínsecos de la persona individual -a la vida, a la dignidad, a la salud, a la educación...- no se agotan en sí mismos, sino que adquieren una transcendencia que los desborda², ya que se reconocen como derechos ligados a la convivencia a través de la relación o finalidad que se quiere garantizar³, esencialmente, la justicia, la paz social o la consecución de la equidad en un mundo globalizado.

De este modo, el Derecho de Libertad Sindical aparece como un cuerpo múltiple y complejo de derechos positivos y negativos y garantías dirigidas a favorecer su efectividad, y que cumple, como función social superior, la labor de vehicular el conflicto capital/trabajo, desde el reconocimiento de la autonomía y antagonismo de los intereses en juego y el legítimo derecho a la defensa de los intereses singulares de la clase trabajadora. Especialmente cuando, desde hace años de descentralización productiva y modificación de la relación individual de los sujetos del contrato de trabajo, asistimos a un reforzamiento de formas subjetivas hegemónicas que enfrentan la libertad individual con los derechos colectivos⁴.

Desde la perspectiva constitucional, la libertad sindical adquiere una dimensión heterogénea con rasgos propios de libertad pública y de derecho fundamental de carácter económico y social, que refuerza su vinculación con los principios de igualdad definidos en el artículo 9.2 CE. Esta doble naturaleza integradora de libertades públicas y derechos sociales, sitúan a la libertad sindical como medio apropiado para otras libertades en el ámbito laboral, como puedan ser la libertad y el pluralismo ideológico y político o de opinión, pero, sobre todo, lo configura como escudo para el igualitarismo social, entendiendo que las desigualdades sociales no son ajenas al marco jurídico institucional en el que se dan, sino que, son fruto o expresión del mismo⁵.

De este modo, se puede aplicar a la libertad sindical, la naturaleza de derecho social fundamental de carácter subjetivo público de libertad. Lo que tiene, como primer consecuencia, las tutelas y garantías reconocidas constitucionalmente a los derechos fundamentales y las libertades públicas, tanto frente a los empresarios como frente a los poderes públicos, desplegando sus efectos en las relaciones subjetivas privadas⁶, pero también, su blindaje, en su contenido esencial constitucional, frente a limitaciones de naturaleza legislativa dirigidas a evitar o menoscabar su operatividad práctica.

¹ ARENDT, H. *Los orígenes del totalitarismo*, Alianza Editorial, 1968, págs. 296-298.

² PERÁN QUESADA, S.; QUESADA SEGURA, R. *El tratamiento de los derechos laborales inespecíficos en la negociación colectiva. Enfoque general*, en VV. AA. MONEREO PÉREZ, J. L.; VILA TIERNO, F.; ÁLVAREZ CORTÉS, J. C. (Directores) *Derechos laborales fundamentales inespecíficos*, Comares, 2020.

³ PESES BARBA, G. *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Dykinson, 2004, pág. 284.

⁴ ACEMOGLU, D., JOHNSON, S. *Poder y progreso. Nuestra lucha milenaria por la tecnología y la prosperidad*, Deusto, 2023, p.268.

⁵ La desigualdad social no surge de forma espontánea a partir de abstractas fuerzas del mercado, sino que son consecuencia de decisiones políticas, en este sentido ver: SINGLITZ, J.E. *El precio de la desigualdad. El 1% de la población tiene lo que el 99% necesita*, Debolsillo, 2012, p.173; PIKETTY, T. *Capital e ideología*, Desuto, 2019, p.31.

⁶ MONEREO PÉREZ, J.L. *La Huelga*, en MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C., Moreno Vida, Mª N. (Directores) *Comentario a la Constitución socio económica de España*, Comares, 2002, pag.1060.

Al mismo tiempo, el derecho a la libertad sindical queda configurado como un poder de acción colectiva, en el contexto de una relación contractual caracterizada por la subordinación y dependencia, lo que viene a definir su ejercicio y las barreras a su efectividad. Y, precisamente, por habitar un entorno tan cambiante, el derecho de libertad sindical es un derecho ligado al contexto subjetivo, económico y social en el que se desarrolla, y, por ello, sus especificidades jurídicas deberán quedar definidas por la realidad social de cada momento histórico. Lo que, en consecuencia determina, que en función de la misma, deberá hacer frente a aquellos retos que puedan suponer limitaciones en su ejercicio efectivo. Con ello quiere decirse que los marcos normativos dirigidos a asegurar tales derechos deben configurar un cuadro de tutelas formales y específicas, a fin de que, en cada momento histórico, estos derechos puedan ejercerse de forma real y efectiva por parte de los trabajadores.

Dos cuestiones permiten valorar críticamente la vigor del derecho de libertad sindical en este momento histórico: De una parte, la dimensión operativa del ejercicio de la libertad sindical en el contexto tecnológico, lo que nos lleva a una reflexión sobre el posible uso de las nuevas tecnologías como instrumento antisindical, o, por el contrario, como mecanismo a favor del mismo. De otra, lo que el Tribunal Constitucional ha venido a denominar como *interés antagónico sindicalizable*,⁷ para determinar el ámbito subjetivo de aplicación de la libertad sindical, justificando la exclusión del trabajador autónomo del derecho a constituir organizaciones sindicales propias, lo que, en estos momentos, en donde la figura del trabajador autónomo se diluye en múltiples formas de prestación de servicios dependientes económicamente de un empleador, viene a establecer o limitar el alcance de los derechos de libertad colectiva/sindical.

1.2. Consideraciones generales sobre el contenido de la libertad sindical

El mandato constitucional contenido en el artículo 28.1 reconoce, como un derecho fundamental de la persona, el derecho de *todos a sindicarse libremente*, vinculando, necesariamente, el ejercicio de la libertad sindical al pluralismo social como expresión del poder de autodeterminación social y fuente material de ordenación de los conflictos colectivos⁸.

Este marco constitucional *prefigura y configura*⁹ el contenido esencial al derecho a la libertad sindical¹⁰ como derecho subjetivo de los trabajadores. Y, al mismo tiempo, está declarando, junto al derecho individual de cada persona al ejercicio de la acción sindical -creación de sindicatos, libertad de afiliación, tanto en su vertiente positiva como en su vertiente negativa-; el derecho colectivo a la autonomía y a la acción sindical -representación de los trabajadores y creación o afiliación a organizaciones confederadas de segundo nivel, incluidas las internacionales-.

Corresponde, por tanto, al trabajador el derecho a fundar sindicatos, afiliarse al sindicato de su elección -con la sola condición de observar los estatutos del mismo-. o a separarse del que estuviese afiliado, no pudiendo nadie ser obligado a afiliarse a un sindicato, elegir libremente a sus representantes dentro de cada sindicato y ejercer el derecho a la actividad sindical frente a terceros. Se trata de un derecho especialmente singular, dado que, si bien es de naturaleza individual, su ejercicio requiere la existencia de un sujeto colectivo, esto es, el sindicato, en cuanto asume la doble función de representación del interés general y de representación del interés específico¹¹.

⁷ STC 98/1985 de 29 de julio.

⁸ MONERO PÉREZ, J.L. *La negociación colectiva en España: un modelo de negociación colectiva para el Siglo XXI*, Atelier, 2024.

⁹ MONERO PÉREZ, J. L.; ORTEGA LOZANO, P. *El derecho de huelga. Configuración y régimen jurídico*, Aranzadi, 2019.

¹⁰ STC 123/1992, de 28 de septiembre.

¹¹ MARIUCCI, L. *Juslaboralismo y sindicatos en la era del ocaso del neoliberalismo*, Revista de Derecho Social, nº 92, 2020, pág. 28.

En todo caso, nos encontramos con dos ámbitos de tutela diferenciados, donde el sindicato tiene una protección privilegiada frente al ejercicio individual de la libertad sindical¹².

En su vertiente colectiva, la libertad sindical comprende igualmente facultades reconocidas a las propias organizaciones sindicales como son las de redactar sus estatutos y reglamento, organizar su administración interna y sus actividades y formular su programa de acción, constituir federaciones, confederaciones y organizaciones internacionales, así como afiliarse a ellas y retirarse de las mismas y, finalmente, a no ser suspendidas ni disueltas sino mediante resolución firme de la Autoridad Judicial fundada en incumplimiento grave de las Leyes.

A todo ello, debe tenerse en cuenta que, entre las facultades propias del sindicato y como expresión del contenido esencial del derecho de libertad sindical, cobra especial importancia la capacidad de acción sindical en la empresa -como frente a la administración pública cuando ésta actúa como empresario-. En cuanto a su contenido, y como bien se sabe, la acción sindical supone el derecho a la convocatoria de huelgas, la facultad de negociar pactos tanto de eficacia general como limitada¹³, así como la posibilidad de plantear conflictos colectivos ante la jurisdicción social¹⁴, la presentación de candidaturas para la elección de representantes de los trabajadores y funcionarios y empleados de la Administración Pública, así como, finalmente, el derecho a participar institucionalmente¹⁵ como se deriva del artículo 7 CE.

Enumeración de derechos que no tiene carácter de *númerus clausus* sino que, se completa, con los establecidos en el artículo 2 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical y el resultado enriquecedor de una activa jurisprudencia constitucional dirigida a definir el contenido esencial de este Derecho fundamental. Esta amplia lista de derechos se puede dividir en dos grandes categorías: Aquellos dirigidos a crear un marco de carácter organizativo y, aquellos otros que tienen por finalidad el establecimiento de un sistema de garantías dirigidas a permitir la acción efectiva de los derechos otorgados constitucionalmente¹⁶, tanto en su vertiente individual como colectiva.

El sistema de garantías que consagra nuestra Constitución, para la protección de los derechos que reconoce¹⁷, persigue el doble equilibrio de compaginar los intereses y salvaguardar los bienes jurídicos legítimos confrontados. De este modo, del artículo 53 CE se derivan tanto tutelas de naturaleza jurisdiccionales, que sitúan este derecho en el vértice de la protección de amparo otorgada por el Tribunal Constitucional; como no jurisdiccionales, vinculando a los poderes públicos a su protección y respeto, al considerarlos instrumentos necesarios para alcanzar la igualdad real y efectiva entre los individuos y grupos sociales que componen nuestra sociedad (artículo 9.2 CE), lo que configura su cuadro protector de eficacia directa e inmediata.

Junto a ello, garantías de naturaleza democrática, impiden que el sujeto colectivo obligue al trabajador individualmente considerado, reforzándose, para ello, el derecho de libertad individual. Ejemplo de esto el contenido en la importante STC 11/ 1981, de 8 de abril, que declaró el derecho de huelga como derecho individual de los trabajadores aunque su ejercicio sea colectivo, al requerir

¹² GARCÍA VIÑA, J. *El concepto de libertad sindical individual en España*, Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social, nº 4, 2022, pag. 77.

¹³ STC 4/1983, de 28 de enero.

¹⁴ STC 70/1982, de 29 de noviembre; STC 145/1999 de 22 de julio.

¹⁵ STC 39/1986, de 31 de marzo.

¹⁶ STC 164/1993 de 18 de mayo, STC 1/1994 17 de enero.

¹⁷ MONEREO PÉREZ, J.L. *La Huelga*, en MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M^a N. (Directores) *Comentario a la Constitución socio económica de España*, Comares, 2002, pag.1057.

el concierto o acuerdo entre ellos¹⁸. E, igualmente, la necesaria corrección de transmisión entre ambos sujetos - individual y colectivo - se fundamenta en elementos de carácter democrático. Por una parte los trabajadores, singularmente considerados, tienen derecho a crear sindicatos y a participar en su funcionamiento interno, así como a votar a sus representantes. Por su parte, el sindicato ejerce la acción sindical en la empresa, lo que, entre los derechos de representación están el de la convocatoria de huelgas, la facultad de negociar pactos tanto de eficacia general como limitada¹⁹, así como la facultad de plantear conflictos colectivos ante la jurisdicción social²⁰, la presentación de candidaturas para la elección de representantes de los trabajadores, y, la reservada a los que alcanzan el grado de más representativos, a la participación institucional²¹ como reflejo del artículo 7 CE.

2. PROBLEMATIZANDO EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LA LIBERTAD SINDICAL EN EL CONTEXTO TECNOLÓGICO

2.1. Derechos sindicales digitales

Las nuevas tecnologías han tenido un impacto decisivo, y en muchos casos disruptivo, sobre el modo en que se prestan las relaciones laborales y el modo en que se desarrollan los sistemas productivos, y, por lo tanto, sobre cómo debe garantizarse y desarrollarse la libertad sindical en dicho contexto.

Desde una perspectiva positiva es innegable que las nuevas formas de comunicación implantadas con carácter universal, pueden contribuir de forma muy efectiva en facilitar la acción sindical, permitiendo la rápida y generalizada difusión de información a los trabajadores. Pero también que, desde una perspectiva negativa, pueden contribuir a un uso antisindical de los derechos de los trabajadores, como puede ocurrir en los supuestos de espirometría tecnológica y videovigilancia durante el ejercicio del derecho de huelga.

En cuanto al efecto positivo de la tecnología digital en los derechos sindicales, conviene recordar la evolución histórica que se ha producido en el derecho a recibir información de los trabajadores afiliados a un sindicato así como de los trabajadores en general en el ámbito de la empresa o centro de trabajo, como el de los sujetos de una relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones Públicas como se establece en el artículo 1.2 LOLS.

En su momento, el medio que se garantizaba para la transmisión de información era el usual en el tiempo histórico en el que se aprueba la LOLS: “para lo cual será preceptivo la existencia de un tablón de anuncios, colocado en sitio visible, pudiéndose modular este derecho por la vía de la negociación colectiva”.

Este marco normativo, hoy claramente obsoleto, ha sido objeto de una decidida acción jurisprudencial, dirigida tanto a la protección del derecho de los trabajadores individuales a recibir y conocer la información sindical, como del derecho de los sindicatos a transmitir la misma través de sus formas organizativas en las empresas o centros de trabajo. Respecto a los medios materiales que el empresario deberá poner a disposición de las secciones sindicales, la referencia al tablón de anuncios, ya fue objeto de una importante modificación por la Ley 10/2021, de 9 de julio, de Trabajo a Distancia, en donde se estableció la obligación de un tablón virtual con esta finalidad, así

¹⁸ La importante STC 11/1981, en donde se adecúa al contenido constitucional del Derecho de Huelga, el RDL 17/77 regulador de la misma en periodo preconstitucional.

¹⁹ STC 4/1983, de 28 de enero.

²⁰ STC 70/1982, de 29 de noviembre; STC 145/1999 de 22 de julio.

²¹ STC 39/1986, de 31 de marzo.

como las obligaciones correspondientes de la empresa para el aseguramiento de este derecho, bien garantizando que no existiesen obstáculos para la comunicación entre los trabajadores a distancia y sus representantes legales, bien mediante el suministro, a la representación de los trabajadores, de los elementos necesarios para el desarrollo de su actividad representativa, haciendo singular referencia al acceso a las comunicaciones y direcciones electrónicas de uso en la empresa.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha venido configurando el derecho del uso del correo electrónico institucional de la empresa, como un auténtico *ciberderecho sindical*²², de la que son claras manifestaciones las SSTC 281/ 2005 de 7 de noviembre y 71/2023, de 25 de enero, en referencia a su alcance, así como a la forma en que deben utilizarse en el contexto productivo para la que fueron creados²³.

Ello supone que, si bien se reconoce y garantiza el uso de los medios virtuales existentes en la empresa para fines de acción sindical, se hace bajo determinadas premisas de carácter delimitador. Así, en este doble juego de garantías contrapuestas, se garantiza, por una parte, el deber empresarial de mantener al sindicato en el goce pacífico de los instrumentos aptos para su acción sindical, mientras que, por otra, se permite que la empresa pueda condicionar su uso en base a la existencia de condiciones. Tales como: que medios existan previamente, que su utilización no perjudique la finalidad para la que fueron creados por la empresa, o, que se respeten los límites y reglas de uso.

De esta forma, la doctrina jurisprudencial ha ido condicionando, el uso de los medios tecnológicos y digitales de los que dispone la empresa, a una serie de circunstancias, sin que ello se haya considerado una vulneración del derecho de información sindical.

Paradigmática, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 71/2023, en cuanto lista las posibles situaciones que pueden darse y fija los límites del deber empresarial: Así, la empresa no está obligada a dotarse de una infraestructura informática para uso sindical de forma específica o exclusiva - *no existe una obligación genérica de facilitar la transmisión de información sindical a los trabajadores, afiliados o no, a través de un sistema de correo electrónico con cargo al empleador si este sistema no existe en la empresa* -. Ni el empresario está obligado a proporcionar a los sindicatos medios materiales adicionales para llevar a cabo su función informativa, si ninguna ley, convenio colectivo, o acuerdo entre las partes así lo estableciese. Pero, si dichos medios existen, *no se puede justificar la negativa de la empresa a su uso por el simple y mero hecho de que no se haya alcanzado un acuerdo*. Si bien se añade: *salvo que éste haya sido desproporcionadamente gravoso o distorsionador para la mercantil*. De esta forma, el Constitucional supedita el uso del correo electrónico al posible sobrecoste que ello pueda suponer o a la presumible perturbación de la actividad productiva. En todo caso, *recae sobre la empresa la necesidad de probar las dificultades, disfunciones, interferencias y costes económicos que pueda suponerle el permitir a las secciones sindicales utilizar el correo electrónico como mecanismo de comunicación e información con el personal a su servicio*.

Por otra parte, el Tribunal Supremo en Sentencia 545/2023, de 12 de septiembre, no consideró lesiva del derecho de información sindical, la sustitución de los medios de comunicación digitales -el correo electrónico- por una nueva aplicación de los teléfonos móviles y tabletas, a pesar de que esta

²² LOUSADA AROCHENA, J.F, *La Sentencia 281/2005, de 7 de noviembre, del Tribunal Constitucional, o la carta de bautismo de los ciberderechos sindicales*, Revista de Jurisprudencia El Derecho, año II, nº 2, 2006.; LOUSADA AROCHENA, J.F. *Ciberderechos sindicales, de nuevo conseguidos a golpe de sentencia*, Revista de Jurisprudencia Laboral,nº 3, 2023.

²³ CAMPAL MARTÍNEZ, A.M. *La libertad sindical y el uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en el ejercicio de las libertades de expresión e información por los representantes de los trabajadores*, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, nº 27, 2011.

aplicación no llegaba al cien por cien de los trabajadores, justificando la empresa tal medida : *a fin de evitar correos masivos que entorpecían la red y creaban correos no deseados* .

Todo lo cual no significa que la posible utilización o no de los medios digitales existentes o inexistentes en la empresa, impidan por si mismos el derecho de información sindical. Subsisten los procedimientos habituales o cualquier otro previsto en la empresa o acordado con los representantes de los trabajadores, con la previsión tradicional de *que la difusión de información se desarrolle de acuerdo con las reglas establecidas, es decir, fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal de la empresa*²⁴.

No obstante lo anterior, no puede negarse que la doctrina del Tribunal Constitucional ha contribuido de forma importante en el aseguramiento de la utilización de los medios digitales y tecnológicos de los que dispone la empresa como vía de difusión de la información sindical, al integrar, en el núcleo mínimo e indisponible del contenido esencial del derecho a la libertad sindical -*sin el cual el derecho a la libertad sindical no sería reconocible*-, el derecho al uso de los medios tecnológicos de los que dispone la empresa, por parte de los sindicatos y representantes de los trabajadores.

Reconocimiento que contiene una doble consecuencia práctica: Por una parte, en cuanto se afirma *el derecho de las organizaciones sindicales a la transmisión de noticias de interés sindical así como el flujo de información entre el sindicato y los trabajadores*. Por otra, en cuanto se considera *el deber empresarial de mantener al sindicato en el goce pacífico de los instrumentos aptos para su acción sindical*²⁵.

2.2. Cuestiones críticas que afectan al ejercicio del derecho a huelga y suponen un elemento limitador de la libertad sindical, en el contexto tecnológico

2.2.1. Videovigilancia y ejercicio del derecho a huelga

El Tribunal Constitucional ha señalado de forma reiterada la *íntima conexión*²⁶ existente entre los derechos de libertad sindical y de huelga, al formar parte, el derecho de huelga, del derecho más amplio a la libertad sindical.

La efectividad del ejercicio del derecho de huelga se fundamenta en un cuadro de garantías y derechos subsidiarios vinculados a la misma. Una primera acción legislativa de carácter preconstitucional, junto a una interpretación jurisprudencial en clave constitucional²⁷, fueron las primeras manifestaciones que establecieron el cuadro de garantías. El derecho de huelga incluye, en su contenido esencial, *el derecho de difusión e información sobre la misma*²⁸, como expresión del *requerimiento pacífico a seguir la huelga*, establecido en el artículo 6.6 del Real Decreto-Ley 17/1977. Lo que no es, en definitiva, sino una manifestación más del derecho constitucional contenido en el artículo 28.2 CE, junto al de su convocatoria, adhesión voluntaria y ejercicio, desplegándose necesariamente las garantías para su efectividad.

²⁴ STC 94/1995 de 19 junio.

²⁵ STC 281/2005, de 7 de noviembre.

²⁶ STC 37/1998, de 17 de febrero.

²⁷ Si bien no fuese atendido en la STC 11/1981, de 8 de abril, BAYLOS GRAU, A. *Diez años de jurisprudencia constitucional: el derecho de huelga*, en RAMÓN ALARCÓN, M. (Coord.) *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Marcial Pons, 1992.

²⁸ STC 332/1994 de 23 de enero, STC 333/1994 de 19 de diciembre, STC 40/1995, de 13 de febrero.

En este contexto, una de las cuestiones que, significativamente, mas se han ido modificando desde el reconocimiento constitucional del Derecho de Huelga, ha sido, el de la forma de publicitar la misma, cuestión trascendente en cuanto que de ello depende el éxito de su seguimiento.

Pero es que, además, el derecho a la información y al proselitismo sindical esta de suyo incluido dentro del mas amplio *Derecho Fundamental de Libertad*²⁹ y ello tanto desde su dimensión positiva, en cuanto garantiza la posibilidad de que los trabajadores huelguistas puedan *recabar libremente la solidaridad de terceros*³⁰, así como *participar, dentro del marco legal, en acciones conjuntas dirigidas a tal fin*³¹, por lo que no se consideran admisibles la *aplicación por la autoridad pública de medidas restrictivas de derechos fundamentales desproporcionadas al fin perseguido* -STC 52/1995 de 31 de marzo³².

Como desde su dimensión negativa - ya que el Derecho de Libertad supone, igualmente, *respetar la libertad de los trabajadores que optan por no ejercer el derecho de huelga*³³, por lo que no son tolerables *coacciones, intimidaciones, amenazas ni actos de violencia de ninguna clase*³⁴. En este sentido, resulta de interés la sentencia de Tribunal Constitucional³⁵, donde considera que, la filmación realizada por la policía autonómica vasca - Ertzaintza - de la acción de un piquete informativo, supuso una vulneración del Derecho de Huelga y de Libertad Sindical. Entiende la sentencia que la acción de la policía *incidió en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho de huelga, configurándose como un obstáculo, objetivamente constatable*. El elemento relevante en este caso, se explica, viene determinado por la actuación policial que imposibilitó la plena efectividad del derecho de huelga, aun sin impedir por completo la actividad del piquete.

Conviene recordar, a estos efectos, que el Tribunal Constitucional ha venido extendiendo su doctrina sobre los límites del derecho fundamental de reunión y manifestación³⁶ a la delimitación del derecho a la publicidad *pacífica* de la huelga³⁷. Lo que quiere decir que, también en este caso, se va a exigir un doble juicio jurídico.

Por una parte, se deberá determinar si la acción impeditiva ha producido inaceptables extralimitaciones en la difusión y publicidad de la huelga, en especial, cuando se presume una posible colisión con otros derechos constitucionalmente protegidos, como la libertad a continuar trabajando, al derecho a la dignidad, o al derecho a la integridad física y moral.

Por otra, se deberá analizar la naturaleza de la actuación de los poderes públicos dirigida a restringir el libre ejercicio del derecho de huelga, en el sentido de si, la acción emprendida responde a un interés o a un bien constitucionalmente protegido y es proporcionada y razonable, o, por el contrario, si la misma constituye un atentado al ejercicio del derecho material de la libertad sindical

²⁹ MONEREO PÉREZ, J.L. *La Huelga*, en VV. AA. MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C.; MORENO VIDA, M^a. N. (Dir.) *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Comares, 2002, pág. 1058.

³⁰ STC 123/1983 de 12 de marzo.

³¹ STC 254/1988, de 21 de diciembre.

³² En este contexto, conviene reflexionar aún brevemente sobre la conflictiva Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, y sí, con la misma, se ha producido una grave injerencia legislativa dirigida a impedir el ejercicio efectivo de los derechos ligados a la libertad de reunión y manifestación y, por ende, a la libertad sindical. Derogada parcialmente y en especial en lo referente al ejercicio de los piquetes informativos, vía Ley Orgánica 5/2021, de 22 de abril, de derogación del artículo 315 apartado 3 del Código Penal.

³³ ATC 158/1994 de 9 de mayo.

³⁴ STC 332/1994 de 23 de enero, STC 137/1997 de 6 de agosto.

³⁵ STC 37/1998, de 17 de febrero.

³⁶ STC 2/1982 de 29 de enero.

³⁷ STC 332/1994 de 23 de enero, STC 137/1997 de 6 de agosto

y de huelga. Es decir, deberá aplicarse, en la valoración de la medida adoptada, el principio de proporcionalidad bajo los criterios de idoneidad, necesidad y ponderación³⁸.

En este caso, el Tribunal Constitucional, tras considerar, en principio, que las resoluciones judiciales no pueden limitarse a verificar el carácter motivado, razonable y no arbitrario de las actuaciones impugnadas³⁹, sin ponderar al mismo tiempo los bienes constitucionalmente en juego, declara en la STC 37/1998, que no es aceptable la presunción de que la información y la actuación de los piquetes informativos se vaya a ejercer de forma antijurídica, por lo que no son admisibles aquellas medidas restrictivas de carácter *preventivo*, que impliquen una limitación al pleno ejercicio efectivo del derecho a hacer publicidad de la huelga - establecido en el artículo 6.6 del Real Decreto-Ley 17/1977- y, en definitiva, al mismo Derecho de Huelga reconocido constitucionalmente.

Entiende el Constitucional que determinar si la acción enjuiciada, - en este supuesto, la grabación por la Ertzaintza del piquete informativo -, consiguió el objetivo perseguido, que, desde el juicio de idoneidad puede considerarse una medida idónea para la prevención de desordenes y en el contexto del ejercicio de la huelga, pero qué, por el contrario, en este supuesto, los principios de necesidad y ponderación no resultan superados, dado que el perjuicio sobre el ejercicio del derecho fundamental era mayor que el que se trataba de evitar.

Por ello concluye el constitucional, que la grabación del piquete informativo constituía una intromisión prospectiva y genérica en el ejercicio del derecho de huelga, dado su carácter restrictivo y coactivo, sin que la mera posibilidad de defensa del orden público pudiese justificar dicha intromisión. En definitiva que, en base al bien protegido, se deberían haber adoptado medidas menos gravosas.

Cuestión compleja y diferente se produce cuando el piquete informativo es grabado por la propia empresa. Aquí también es aplicable el principio de proporcionalidad en la valoración de las actuaciones empresariales adoptadas dentro del ejercicio de su poder disciplinario, para determinar si, con ellas, se ha producido vulneración del Derecho Fundamental de Huelga. Lo cual no siempre es fácil de determinar⁴⁰, en especial cuando nos hallamos ante formas ilegítimas de huelga, dado que, el Tribunal Constitucional, desde momentos tempranos, consideró que las conductas derivadas de los trabajadores en dichos contextos no están protegidas por el derecho de huelga y, como consecuencia, no cabe el juicio de ponderación de la medida aplicada por no vulnerar dicho derecho⁴¹.

En cuanto a las grabaciones que realiza la empresa de los piquetes informativos, -en el supuesto de la huelga legal- existe una amplia jurisprudencia que entiende que no vulneran el derecho de huelga, siempre que no exista un ánimo disuasorio en su ejercicio⁴².

Lo que no deja de ser discutible, pues, en principio, el mero filmar o fotografiar a los piquetes ya puede considerarse en sí mismo como una acción coactiva del derecho de huelga. No obstante, la justificación dada por el Constitucional en este supuesto se basa en un principio equilibrador, al

³⁸ STC 37/1998, de 17 de febrero :“Para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no existe otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”.

³⁹ STC 94/1995 de 19 de junio, STC 188/1995 de 18 de diciembre.

⁴⁰ CARRIZOSA PRIETO, E. *El principio de proporcionalidad como mecanismo de control de las injerencias en el derecho de huelga*. Temas Laborales nº 77. 2004, pag. 111 y sg.

⁴¹ STC 41/1984, de 21 de marzo.

⁴² STSJ 819/2000 de Murcia de 4 de septiembre, STSJ 4260/1999 de Galicia de 14 de diciembre; STSJ 6857/2006 de Cataluña de 9 de febrero; STSJ 3432/2016 de Cataluña de 4 de octubre.

entender que deben ponderarse los derechos contrapuestos: por una parte, la legítima protección del patrimonio empresarial como, también, la integridad física y moral del conjunto de los trabajadores - en especial de aquellos que no secundan la huelga -, y, por otra, la existencia de las garantías necesarias para evitar una intromisión coactiva del ejercicio de este derecho.

Por su parte, la doctrina laboralista se muestra partidaria de admitir el uso legítimo de estos dispositivos por parte de la empresa, al entender que el carácter antisindical de su uso queda debilitado en aquellos supuestos donde la instalación y el funcionamiento de medios tecnológicos era previo y conocido por los trabajadores y sus representantes; mientras que, por el contrario, considera que se presumen coactivos cuando su colocación se produzca tras el preaviso de la huelga o cuando se sitúen en el exterior del centro de trabajo grabando vía pública⁴³.

2.2.2. Reflexiones sobre el esquirolaje tecnológico

Es notorio que, desde hace ya años, el uso de toda clase de tecnología ha incidido en el ejercicio del derecho de huelga de los trabajadores, poniendo de relieve lo obsoleto de muchas de sus normas reguladoras. En este sentido, es paradigmática la previsión normativa sobre el esquirolaje en nuestro país, al circunscribirla a la prohibición de sustitución de trabajadores huelguistas por aquellos que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma (artículo 6.5 RD-Ley 17/1977).

Norma que la jurisprudencia constitucional ha ido corregido por la vía de prohibir aquellas formas que aminoren la *virtualidad de la huelga como medio de presión, haciendo prevalecer el criterio de la máxima efectividad de ésta*⁴⁴. Esta visión progresista se manifiesta especialmente en la ampliación de los supuestos prohibidos de sustitución de trabajadores huelguistas, incluyendo la vía de la movilidad funcional de trabajadores de la misma empresa⁴⁵; o, la más amplia de sustitución por trabajadores de la empresa subcontratista⁴⁶.

Sin embargo el problema hoy -y desde hace ya tiempo- es otro. Y como se sabe, ha sido ya conocido en nuestra doctrina laboralista con el nombre de esquirolaje tecnológico⁴⁷. Una variante doctrina al respecto de nuestro Tribunal Supremo⁴⁸, y la forma en que Tribunal Constitucional lo afronta en la Sentencia 17/2017, sugieren la necesidad de actualizar normativamente el derecho de huelga, adecuándolo a los nuevos contextos de producción⁴⁹.

⁴³ VALLE MUÑOZ, F.A. *La incidencia de las nuevas tecnologías en el ejercicio del derecho de huelga*, Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías, nº. 52, 2020; RIVERO LAMAS, J. *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales (sobre la inconstitucionalidad de la filmación de los piquetes en una huelga)*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 98, 1999.

⁴⁴ STC 123/1992 de 28 de septiembre.

⁴⁵ STC 33/2011 de 28 de marzo: Sobre sustitución de trabajadores de otro centro de trabajo de la misma empresa, en este caso del diario ABC, a fin de editar el periódico el día de la convocatoria de una huelga general.

⁴⁶ STC 75/2010 de 18 de noviembre y SANGUINETI RAYMOND, W. *La tutela sustancial del derecho a huelga en las estructuras empresariales complejas*, Revista de Derecho Social, nº 74, 2016.

⁴⁷ Para una delimitación jurídica de este concepto ver: CRUZ VILLALÓN, J., *25 años de relaciones laborales colectivas. Regulación del derecho de huelga: balance y propuestas normativas*, Relaciones Laborales nº 23, 2012; ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J. *derecho de huelga, ius variandi y esquirolaje tecnológico*, Temas Laborales nº 139, 2017; PÉREZ REY, J. *El Tribunal Constitucional ante el esquirolaje tecnológico (o que la huelga no impida ver el fútbol)*, Revista de Derecho Social, 2012.

⁴⁸ Desde la STS de 11 de junio a la STS de 5 de diciembre, ambas de 2012.

⁴⁹ PERÁN QUESADA, S. *Cuestiones críticas del ejercicio del derecho de huelga en el contexto de la economía digitalizada*, en MONEREO PÉREZ, J.L.; VILA TIERNOW, F.; ESPOSITO, M.; PERÁN QUESADA, S. *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el Derecho del Trabajo en el Siglo XXI*, Comares, 2021.

Frente a la reiterada jurisprudencia constitucional, reconociendo que no existe obligación de colaboración empresarial en el desarrollo de la huelga, la desigual consideración de los derechos contrastados hace necesario ponderar el derecho fundamental de huelga, sobre aquellos otros incluidos en el derecho de libertad de empresa, que puedan derivarse del artículo 38 CE. Reconocidos como ilícitos el cierre patronal y la sustitución de trabajadores, como estrategias con las que la empresa ha reaccionado tradicionalmente a la huelga de los trabajadores, sin embargo, la posibilidad de utilizar dispositivos tecnológicos automatizados capaces de mantener la actividad productiva, aunque sea de un modo básico, durante el ejercicio de la huelga, no se ha considerado lesivo del derecho de huelga por nuestro Tribunal Constitucional. Ni siquiera cuando se produce en determinados sectores de la producción muy tecnificados, y, con ello, se logre que la huelga sea fácticamente inviable.

En este caso, la STC 17/2017 de 2 de febrero reconoce que el empleo de medios técnicos de uso no habitual en la empresa, así como la adjudicación de tareas propias de trabajadores huelguistas a aquellos otros trabajadores que decidieron no secundar la huelga, no constituían vulneración del derecho fundamental. Cuando hubiera sido suficiente aplicar la doctrina constitucional sobre esquirolaje interno para resolver el problema en una dirección favorable al derecho de huelga⁵⁰.

La sustitución de trabajadores huelguistas por máquinas, -máxime cuando se emplean medios no habituales, como en el supuesto que se contempla, dado que estos han sido abandonados por aquellos operarios que los manejaban bajo el ejercicio legítimo del derecho de huelga-, constituye, sin duda, un elemento configurador de un nuevo concepto de esquirolaje. De este modo, la alianza de las tecnologías con las prácticas antisindicales, puede llegar a desnaturalizar el contenido esencial del derecho a huelga hasta hacerlo impracticable. La justificación que ofrece, en este supuesto, el Tribunal Constitucional, se basa en el hecho de que nuestro ordenamiento jurídico no prescribe que las empresas deban abstenerse del uso de aquellos medios tecnológicos de los que ya dispongan, y que, por tanto, el ejercicio del derecho a huelga no impone una limitación al uso de las tecnologías en la empresa, ya que, no puede aplicarse por analogía aquellas limitaciones que la norma establece para el empleo de los recursos humanos en tareas diferentes a las ordinarias.

Sin embargo, con esta declaración, olvida el Constitucional su propia doctrina por la que considera que no cabe interpretar a sensu contrario la prohibición legal de las formas de atentar contra el derecho de huelga, para entender, que, la que no esté prohibida expresamente por la Ley, queda permitida o avalada por ella⁵¹. De esta forma se ha desperdiciado una magnífica ocasión para incorporar una interpretación omnicomprensiva del concepto de esquirolaje, que fortalezca el ejercicio del derecho a huelga en la empresa, cuando, por lo demás, la inteligencia artificial es una realidad incuestionable como lo es su avance continuo. A la vez que, con la misma, se avala una línea de interpretación constitucional, contraria a la que siempre se ha seguido, proclive a la defensa de la tutela de los derechos fundamentales.

3. CUESTIONES CRÍTICAS DE LA DELIMITACIÓN DE LA LIBERTAD SINDICAL

3.1. Sindicalismo de trabajadores impropios

La acción sindical es la clara expresión del antagonismo de intereses en juego en el mundo del trabajo asalariado, en consecuencia, la LOLS, aunque admitió en su ámbito a los trabajadores por cuenta propia, estableció el importante requisito de *no tener trabajadores a su servicio*, y la significativa limitación respecto a *la prohibición de fundar sindicatos propios*. Y es que, desde el

⁵⁰ PÉREZ REY, J. *El Tribunal Constitucional ante el esquirolaje tecnológico (o que la huelga no impida ver el fútbol)*, Revista de Derecho Social, 2012, pág. 159.

⁵¹ STC 123/1992, de 28 de septiembre.

punto de vista normativo, jurisprudencial y doctrinal se ha configurado el derecho sindical en torno a la figura, en muchos casos petrificada, del trabajador asalariado -al que debe añadirse el personal funcionarial con sus singularidades propias-, lo que ha situado en un cierto limbo a los trabajadores autónomos al limitarles la protección que brindan los derechos constitucionales de Libertad Sindical y Huelga.

En conexión con lo establecido en la LOLS, el Estatuto del Trabajo Autónomo⁵², en su artículo 19 reconoce los derechos de estos trabajadores, tanto a nivel individual: derecho a afiliarse al Sindicato de su elección -siempre que no tengan trabajadores a su servicio-; como colectivos: derecho a fundar y a afiliarse a Asociaciones profesionales propias sin autorización administrativa previa; y derecho a ejercer la actividad colectiva en defensa de sus intereses profesionales mediante Acuerdos de Interés Profesional con las empresas para las que trabajan, es decir mediante acuerdos de carácter civil.

La diferenciación de tratamiento en los medios y en los sistemas de protección de la acción colectiva entre unos y otros trabajadores merecen una reflexión.

Si bien en un principio, la figura del trabajador autónomo era marginal y claramente localizada en actividades muy concretas -y generalmente de alta cualificación o especialidad-, hace ya mucho tiempo que dejó de serlo, especialmente cuando la descentralización productiva y las nuevas formas de trabajo, consecuencia de la tecnología y del establecimiento cada vez mas generalizado de las plataformas digitales, borraron los límites entre el trabajador fijo y el autónomo dependiente, al crear formas atípicas de trabajo -donde existe un alto grado de subordinación a las órdenes del empleador y especial dependencia económica- muy similares a los trabajadores por cuenta ajena, por mucho que, formal o jurídicamente, exista una relación de autonomía, y por mucho, incluso, que éstos puedan tener algún trabajador a su cargo.

Así se pueden enumerar una serie de supuestos: trabajadores autónomos que trabajan para una gran empresa a través de una colaboración estable y, en muchos casos en un auténtico régimen de monopolio, o los que trabajan a distancia fuera de las instalaciones de la empresa o en empresas desestructuradas, o en el caso paradigmático de los repartidores a domicilio, de los conductores de coches de alquiler, de los guías turísticos...

Supuestos, todos, que quedan excluidos de la posibilidad de crear sus propias organizaciones sindicales, debiendo en todo caso, vehicular sus reivindicaciones autónomamente por la vía de asociaciones de carácter civil. Debe recordarse, sin embargo que el artículo 28.1 CE establece la formulación más amplia posible, “Todos tienen derecho a sindicarse libremente” lo que hace pensar que el constituyente consideró que todas las formas de autotutela colectiva se vehicularían de forma idónea a través de la acción de las organizaciones sindicales.

Esta idea queda reforzada constitucionalmente por la conexión entre el contenido del artículo 28.1 CE y el artículo 7 CE, donde el derecho a la libre sindicación, como derecho fundamental, queda ligado a la función institucional que se asigna a los sindicatos de trabajadores y a las asociaciones empresariales, en la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios; bajo la premisa de su funcionamiento democrático interno y el libre ejercicio dentro del marco Constitucional.

⁵² Ley 20/2007, de 11 de julio

Por tanto, la Libertad Sindical que nuestra Constitución consagra es la expresión última de la defensa de un *interés en tanto clase social subordinada del conjunto de los trabajadores*⁵³. Por ello, aquellas figuras situadas en los bordes de la *laboralidad* configurada legalmente, cuando desarrollan su actividad profesional de forma estable y permanente para una misma entidad mercantil de la cual dependen económicamente, deberían quedar comprendidos en el ámbito subjetivo previsto en la LOLS y, por tanto, acreedores de todos los derechos que en la misma se establecen. El contenido amplio de la fórmula característica del artículo 28.1 CE no solo no se opone, sino que constituye un fundamento para dicha incorporación.

Principalmente en base a dos argumentos. Por una parte, el ya mencionado, de la relevancia que el fenómeno del trabajo autónomo está adquiriendo desde hace ya años y del que, incluso puede presumirse, su generalización en el futuro, consecuencia en especial del impulso de las plataformas digitales en el ejercicio de las actividades profesionales⁵⁴, lo que sin duda implica cambios en la propia naturaleza de la prestación de servicios profesionales, y, en consecuencia, la necesidad de establecer un nuevo cuadro de derechos laborales⁵⁵ y sindicales capaz de garantizar el equilibrio y el carácter tuitivo del Derecho del Trabajo en las relaciones asimétricas de prestaciones de servicios fundadas en la dependencia económica y la subordinación al poder empresarial.

Y por otra, que la Libertad Sindical se define, fundamentalmente, por sus garantías y contenidos⁵⁶, lo que significa que su operatividad debe ser reflejo de un cuadro de instrumentos dirigidos a posibilitarlos. Ante nuevas situaciones en el mercado de trabajo, con sujetos trabajadores que pueden quedar orillados de tales garantías y contenidos, se exige reflexionar sobre cuales sean las medidas que, en base al derecho de Libertad Sindical, se deban implantar para asegurar el ejercicio de las mismas. En especial, debe reivindicarse el derecho a crear sindicatos propios, a fin de poder declarar y gestionar los derechos colectivos de huelga, negociación colectiva, representación ante la empresa y conflicto colectivo.

Con ese espíritu, el Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización de 22 de junio de 2020, negociado en el marco de la interlocución social comunitaria, estableció, como principal objetivo, hacer que la tecnología en términos generales y la inteligencia artificial en particular, estuvieran al servicio del trabajo decente -*para todos los trabajadores del ámbito que fuesen y se etiquetaran legalmente como se etiquetasen, siempre que existiera algún grado de subordinación y dependencia económica a fin de no volver a formas de esclavitud más propias del siglo XIX-*.

3.2. Una cuestión problemática: el derecho de libertad sindical de las personas que trabajan en negocios relacionados con el sexo

Conviene recordar en esta cuestión que, cuando el Tribunal Constitucional consideró la exclusión de los trabajadores autónomos de la titularidad del *derecho a sindicarse libremente para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales*, llegó a la conclusión de que, dicha limitación sólo sería coherente con la libertad sindical si los trabajadores autónomos no fueran

⁵³ DE LA VILLA GIL, L.E.; GARCÍA BECENAS, G.; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. *Instituciones del Derecho del Trabajo*, Ceura, 1983, pág. 211.

⁵⁴ TODOLÍ SIGNES, A. *El impacto de la Uber economy en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo*, Iuslabor, nº 3, 2015.

⁵⁵ CABEZA PEREIRO, J. *Los derechos del trabajador autónomo ante la nueva economía*, Revista de Derecho Social, nº 86, Bomarzo, abril-junio 2019; SERRANO GARCIA, J. M^a; BORELLI, S. *El necesario reconocimiento de los derechos sindicales a los trabajadores de la economía digital*, Revista de Derecho Social nº 80, 2017.

⁵⁶ ACKERMAN, M.E. *Libertad Sindical*, en VV.AA. ACKERMAN, M.E.(Director) *Relaciones colectivas de trabajo*, Rubinzal - Culzoni, tomo I.

*trabajadores a estos efectos*⁵⁷. Es decir, determinar el carácter de trabajador por cuenta ajena o de trabajador autónomo, implica un juicio de laboralidad previo.

Ejercicio similar propone la STS 584/2021, de 1 de junio al dilucidar la legitimidad de la inscripción del sindicato Organización de Trabajadoras Sexuales⁵⁸, que engloba toda serie de actividades laborales relacionadas con el sexo, para resolver su licitud, incluyendo el derecho a pertenecer al mismo de las personas que ejerciten la prostitución por cuenta propia, pero excluyendo, expresamente, a quienes se dediquen a la prostitución por cuenta ajena, al distinguir la prestación personal de los servicios sobre lo que es *formalmente aceptable*⁵⁹.

Se justifica la resolución judicial en el concepto de Libertad Sindical en su vertiente positiva, y dado el carácter garantista del artículo 2 del Convenio 87 OIT sobre Libertad Sindical y protección del derecho de sindicación. De este modo, la garantía de la libertad sindical hace recomendable la presunción de legalidad de la actividad laboral, sin que deba determinarse *a priori* si su ámbito funcional queda en el marco de la legalidad, o si, más bien, algunas de las actividades desarrolladas por las personas afiliadas a este sindicato pudieran, o no, ser lícitas en el marco de un contrato laboral⁶⁰.

No obstante, permitir un Sindicato de trabajadoras sexuales, supone afrontar una realidad social no siempre fácil de aceptar. Aunque se excluya de este Sindicato la prostitución por cuenta ajena, claramente contraria a los derechos fundamentales que nuestra Constitución consagra -al honor, a la dignidad, a la integridad física y moral-, Y contraria a los derechos de los trabajadores contenidos en el Estatuto de los Trabajadores -a la integridad física y al respeto a la intimidad y a la consideración debida a la dignidad, comprendida la protección frente al acoso sexual y por razón de sexo-. Como contraria, finalmente, a la LO 3/2007 de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres, en cuanto establece el deber de los poderes públicos de interpretar y aplicar las normas desde la perspectiva de género.⁶¹

Como, igualmente, resulta contraria al Derecho de la Unión Europea, pues, como recuerda la importante Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de febrero de 2014⁶²: *no solo debe combatirse la prostitución forzada sino la simple prostitución, y la explotación sexual ya que todas “son cuestiones con un gran componente de género y constituyen violaciones de la dignidad humana contrarias a los principios de los derechos humanos, entre ellos la igualdad de género, y, por tanto, son contrarias a los principios de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”*.

Al mismo tiempo, no puede ignorarse el grave problema de vulnerabilidad, desprotección y abuso que afecta a este conjunto de población considerado el más numeroso dentro de la economía

⁵⁷ STC 98/1985 de 29 de julio.

⁵⁸ Conocido por sus siglas OTRAS .

⁵⁹ GARCÍA MURCIA, J. *Libertad sindical y “trabajo sexual”*, Revista de Jurisprudencia Laboral, BOE, nº 6, 2021, pág. 9.

⁶⁰ En su momento, una sentencia 10 50 del Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, de 18 de febrero de 2015, a instancias de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) - por tanto, dentro de la campaña de actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para el aforamiento del trabajo sumergido - reconoció, por primera vez en el ámbito de la jurisdicción social, que la prostitución por cuenta ajena - actividad desempeñada por las trabajadoras de un centro de masajes en donde se ofrecían explicitamente servicios sexuales a través de una pág. web - era objeto de una relación de trabajo al reunir los requisitos caracterizadores de la misma: “una prestación voluntaria de servicios sexuales a los clientes de la empresa demandada, en su local, por cuenta y bajo la dependencia y organización de la misma, a cambio de una retribución previamente convenida”.

⁶¹ QUESADA SEGURA, R. *Genero y trabajo informal*, Derecho Social y Trabajo Informal en MONERO PÉREZ, J.L. y PERÁN QUESADA, S. (Directores) Comares, págs. 190-191.

⁶² Resolución del Parlamento Europeo de 26 de febrero de 2014, sobre Explotación Sexual y Prostitución y su impacto en la Igualdad de Género.

informal⁶³. Estar en contra de la prostitución por considerar que esta actividad es la peor y más grave manifestación que atenta a la igualdad de género, no es contradictorio con entender que debe buscarse una solución urgente a esta cuestión. Por tanto, el problema, ahora, sería el de dar cobertura legal a este tipo de actividad. En nuestro Derecho Penal la prostitución por cuenta propia no se considera delito, al considerarse implícita en el derecho de libertad sexual y, en los mas amplios, de libertad individual y derecho a la intimidad personal, consagrados en el art. 18 CE, siguiendo con ello la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Sentencias de 22 de octubre de 1981; de 25 de marzo de 1992 o, de 22 de febrero de 1994.

En consecuencia, es posible pactar servicios sexuales a cambio de una remuneración. Lo que es delito es la figura del proxeneta. Los artículos 187 y 188 del Código Penal definen las diferentes manifestaciones de este delito y las penas consecuentes en función de su gravedad.

Sin embargo, es evidente que en la práctica de la realidad social se elude la calificación de prostitución y proxeneta y se modifica mediante la simulación de una figura alternativa que sí admite su regulación como relación laboral -como, a modo de ejemplo, trabajar de camarera o artista en bares de alterne o de masajista en locales destinados a tal fin-. Como también es evidente que, abandonar esta prestación de servicios irregular en el marco de una economía sumergida, solo dá lugar al abuso más absoluto y a una total desprotección.

Pero la solución es difícil y compleja. En principio, afectaría a un amplio conjunto de instituciones: Policiales y de orden público -para combatir la explotación sexual y la trata de personas-; De protección social y laboral -a fin de favorecer la inserción en el mercado de trabajo de las mujeres en riesgo de vulnerabilidad o su sostenibilidad social-; De política migratoria laboral, que promuevan el trabajo decente y los derechos de los trabajadores migrantes; De política educacional, a fin de procurar la sensibilidad, desde los primeros años de formación, en materia de género...

La situación de este colectivo tan numeroso es grave y, especialmente agravado por su opacidad. Y si, la prohibición de tales actividades, degradantes para quien las realiza y vulneradoras de la igualdad de género, parece imposible de erradicar, la solución debe girar en torno a la creación y puesta en práctica de un conjunto de reglas que permitan la aplicación en este ámbito de los principios básicos de protección profesional -Sindicatos y Asociaciones profesionales, junto al sistema de garantías jurisdiccionales-; Del cuidado y protección ante los riesgos que esta actividad comporta -ía de acceso a procedimientos de denuncia administrativos y policiales-; Y, de protección social -sanidad, maternidad, pensiones...-.⁶⁴ Lo que es más factible a partir de un asociacionismo fuerte, capaz, por tanto, de conseguir un sistema de gobernanza y autoprotección adecuado. Por ello estimamos que la STS 584/2021, al legitimar la existencia del Sindicato de Trabajadoras Sexuales, está abriendo una importante vía en la protección de este colectivo.

4. RECAPITULACIÓN Y UNA PROPUESTA FINAL

Nuestro marco constitucional y legal, otorga a los Sindicatos la facultad de actuar en tutela y defensa de los intereses colectivos de los trabajadores, bajo un doble presupuesto: el subjetivo, referido a los trabajadores por cuenta ajena y el colectivo, en defensa del interés general, para lo cual la Ley garantiza al Sindicato libertad de acción y autonomía en el ejercicio de los derechos que conforman la actividad sindical, así como capacidad estructural y orgánica, respecto a la organización

⁶³ Ministerio de Igualdad, Trata, Explotación sexual y Prostitución de mujeres. Una aproximación cuantitativa, octubre 2024.

⁶⁴ QUESADA SEGURA, R. *Genero y trabajo informal*, Derecho Social y Trabajo Informal en MONERO PÉREZ, J.L. y PERÁN QUESADA, S. (Directores) Comares, págs. 192.

sindical propiamente dicha. Queda por tanto, delimitado, el ámbito subjetivo del Derecho de Libertad Sindical al del trabajador subordinado y dependiente económicamente, y, el ámbito objetivo a los Sindicatos de Trabajadores, a los que se les encomienda la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales que les son propios. Lo que en resumen quiere decir, y así se ha señalado, que el derecho sindical corresponde únicamente a los trabajadores por cuenta ajena en el plano individual, y a los sindicatos en el plano colectivo⁶⁵.

La doble exclusión contenida en la LOLS, impide a los trabajadores autónomos, con algún trabajador a su servicio, la afiliación al Sindicato, así como, a los trabajadores por cuenta propia o autónomos, la posibilidad de fundar sindicatos propios. Lo que hace que las asociaciones de defensa colectiva creadas por ellos, sean *materialmente sindicatos*⁶⁶ pero no jurídica y legalmente, y por tanto, sin las garantías, protección y capacidad de obrar de la que gozan los sindicatos. En la actualidad, dos importantes cambios sociales ponen en cuestión la delimitación de los ámbitos subjetivos y objetivos propuestos por la LOLS, y, especialmente, de la función que corresponde al Sindicato de clase en la defensa generalizada de los derechos de (todos los) trabajadores, sin calificación posterior.

El primero tiene que ver con la creciente forma de organización de la actividad productiva, cada vez más desestructurada, y con la, cada vez mayor, expulsión de trabajadores de las normas laborales, para su confinamiento como trabajadores autónomos o por cuenta propia, o, en esa figura híbrida del trabajador autónomo pero económicamente dependiente. Las plataformas digitales de mensajería, el teletrabajo y el trabajo a distancia, cada vez más comunes en nuestra sociedad, ponen en evidencia la ruptura cada vez mayor del modelo hegemónico de relaciones laborales donde el sindicato y la acción sindical en la empresa constituyan el contrapunto esencial al poder de dirección empresarial.

En cuanto al ejercicio de los derechos sindicales, la tecnología puede convertirse en aliada de los trabajadores o puede incidir en la opacidad de su ejercicio. Los ejemplos de las vías de difusión de información sindical o la utilización de la inteligencia artificial para minusvalorar el efecto de una huelga, así lo demuestran. A su vez, la tecnología, aplicada a los medios de producción permiten ahorrar costes y tiempo de trabajo. Lo cual es positivo en la previsión de accidentes y en la mejora de la salud de los trabajadores, así como en el tiempo ganado para la conciliación, el descanso y la formación. Sin embargo, la inteligencia artificial, de uso común en la actualidad, está produciendo despidos masivos en empresas -como la Banca-, de importante servicio al ciudadano. Y, en conjunto, todo ello, ha dado lugar al aumento del número de trabajadores que, prestando su actividad para una empresa de la cual dependen económicamente y siguiendo las órdenes de quien ejerce el poder empresarial, no obstante, no son considerados trabajadores por cuenta ajena. Lo que arrastra un déficit en sus condiciones de vida y de protección sindical que la norma reguladora no ha sido capaz de solucionar.

La segunda tiene que ver con un mercado de trabajo, como el nuestro, caracterizado por la estacionalidad y la baja calidad del empleo. Y, receptores, desde hace mucho tiempo, de la inmigración laboral procedente de los países americanos y norteafricanos con los que nos une una de amplia raigambre cultural. Trabajadores que generalmente, asumen trabajos de temporada y viven de forma precaria.

Esta importante función que se otorga a los Sindicatos más Representativos no puede quedar mermada por intereses espurios que limitan la acción sindical y la reducen, en muchos casos, a la

⁶⁵ OJEDA AVILÉS, A. *La Libertad Sindical*, en VV. AA. MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C.; MORENO VIDA, M^a. N. (Dir.) *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Comares, pág. 1036.

⁶⁶ OJEDA AVILÉS, A. *op. cit*, pág. 1037.

defensa y promoción de los derechos de los trabajadores fijos de la empresa, que son, en definitiva, los que tienen derecho al voto en las elecciones sindicales en la empresa. Por el contrario, los Sindicatos en cuanto ostentan la representación institucional de los trabajadores, deben asumir la defensa de los intereses generales de todos ellos, sean mujeres, emigrantes, precarios o, autónomos dependientes. Y en este sentido, entender que, aunque la conflictividad social no siempre se pueda satisfacer con las vías legales previstas, la acción sindical debe actuar para modificar tal realidad.

Para ello debe valerse de los medios que la Constitución y la legislación les atribuye así como de la acción del Sindicalismo Internacional.

Lo que ya viene sucediendo en los últimos tiempos. Como se ha puesto de relieve, una decidida acción sindical de las organizaciones sindicales de carácter institucional ha ido asumido *la defensa y representación de trabajadores no asalariados, lo que ha permitido reforzar el enfoque basado en la solidaridad y en la reformulación de los derechos humanos en el ámbito laboral, como fundamento de la cooperación entre el movimiento sindical de carácter tradicional y las personas trabajadoras afectadas por formas atípicas de trabajo*⁶⁷.

Y, finalmente, una última reflexión de carácter general: El futuro del trabajo no depende tanto del cambio tecnológico y de los nuevos modelos de negocios, como de la ordenación concreta que se ha venido haciendo del equilibrio de poderes en el seno de las relaciones de trabajo⁶⁸. La existencia del conflicto capital - trabajo se continuará jugando en diferentes campos y se continuarán determinando los escenarios en donde sean posibles estos equilibrios. Pero, si el Derecho Social quiere seguir siendo la referencia apropiada para la prestación de servicios profesionales dependientes, deberá atender con especial atención a este cuadro innovador socialmente, así como a los cambios subjetivos y al reformismo normativo que lo acompaña⁶⁹.

5. BIOGRAFÍA

- ACEMOGLU, D., JOHNSON, S. *Poder y progreso. Nuestra lucha milenaria por la tecnología y la prosperidad*, Deusto, 2023.
- ACKERMAN, M.E. *Libertad Sindical*, en VV.AA. Ackerman, M.E. (Director) *Relaciones colectivas de trabajo*, Rubinzal - Culzoni, tomo I, 2007.
- ARENDT, H. *Los orígenes del totalitarismo*, Alianza Editorial, primera edición 1968.
- BAYLOS GRAU, A. *Las relaciones colectivas de trabajo en el cambio de época*, Revista de Derecho Social, nº 86, 2019.
- BAYLOS GRAU, A. *Diez años de jurisprudencia constitucional: el derecho de huelga*, en RAMÓN ALARCÓN, M. (Coord.) *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Marcial Pons, 1992.
- CABEZA PEREIRO, J. *Los derechos del trabajador autónomo ante la nueva economía*, Revista de Derecho Social, nº 86, Bomarzo, abril-junio 2019.
- CAMPAL MARTÍNEZ, A.M. *La libertad sindical y el uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en el ejercicio de las libertades de expresión e información por los representantes de los trabajadores*, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, nº27, 2011.
- CARRIZOSA PRIETO, E. *El principio de proporcionalidad como mecanismo de control de las injerencias en el derecho de huelga*, Temas Laborales nº 77. 2004.

⁶⁷ STYLOGIANNIS, C.: *Libertad de asociación, libertad sindical y negociación colectiva como derechos humanos en la economía de las plataformas en un contexto de creciente movilización laboral*, Revista Internacional del Trabajo, vol. 142, 2023, pág. 138.

⁶⁸ BAYLOS GRAU, A. *Las relaciones colectivas de trabajo en el cambio de época*, Revista de Derecho Social, nº 86, 2019, pág. 37.

⁶⁹ PERÁN QUESADA, S. *Economía colaborativa: entre las relaciones laborales y la colaboración empresarial impropia*, Revista de Derecho Social, nº 87, 2019.

CRUZ VILLALÓN, J., *25 años de relaciones laborales colectivas. Regulación del derecho de huelga: balance y propuestas normativas*, Relaciones Laborales nº 23. 2012.

DE LA VILLA GIL, L.E.; GARCÍA BECENAS, G.; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. *Instituciones del Derecho del Trabajo*, Ceura, 1983.

ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J. *derecho de huelga, ius variandi y esquirolaje tecnológico*, Temas Laborales nº 139, 2017.

ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J. *derecho de huelga, ius variandi y esquirolaje tecnológico*, Temas Laborales nº 139, 2017.

GARCÍA MURCIA, J. *Libertad sindical y “trabajo sexual”*, Revista de Jurisprudencia Laboral, BOE, nº 6, 2021.

GARCÍA VIÑA, J. *El concepto de libertad sindical individual en España*, Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social, nº 4, 2022.

LOUSADA AROCHENA, J.F, *La Sentencia 281/2005, de 7 de noviembre, del Tribunal Constitucional, o la carta de bautismo de los ciberderechos sindicales*, Revista de Jurisprudencia El Derecho, año II, nº 2, 2006.

LOUSADA AROCHENA, J.F. *Ciberderechos sindicales, de nuevo conseguidos a golpe de sentencia*, Revista de Jurisprudencia Laboral, nº 3, 2023.

MARIUCCI, L. *Juslaboralismo y sindicatos en la era del ocaso del neoliberalismo*, Revista de Derecho Social, nº 92, 2020.

MONERO Pérez, J.L. *La negociación colectiva en España: un modelo de negociación colectiva para el Siglo XXI*, Atelier, 2024.

MONERO Pérez, J.L.; ORTEGA LOZANO, P. *El derecho de huelga. Configuración y régimen jurídico*, Aranzadi, 2019.

MONERO Pérez, J.L. *La Huelga*, MONERO Pérez, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C.; MORENO VIDA, M. N. (Directores) *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Comares, 2002.

PERÁN QUESADA, S. *Cuestiones críticas del ejercicio del derecho de huelga en el contexto de la economía digitalizada*, en MONERO Pérez, J.L.; VILA TIERNO, F.; ESPOSITO, M.; PERÁN QUESADA, S. *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el Derecho del Trabajo en el Siglo XXI*, Comares, 2021.

PERÁN QUESADA, S.; QUESADA SEGURA, R. *El tratamiento de los derechos laborales inespecíficos en la negociación colectiva. Enfoque general*, en VV. AA. MONERO Pérez, J. L.; VILA TIERNO, F.; ÁLVAREZ CORTÉS, J. C. (Directores) *Derechos laborales fundamentales inespecíficos*, Comares, 2020.

PERÁN QUESADA, S. *Economía colaborativa: entre las relaciones laborales y la colaboración empresarial impropia*, Revista de Derecho Social, nº 87, 2019.

QUESADA SEGURA, R. *Genero y trabajo informal*, Derecho Social y Trabajo Informal en MONERO Pérez, J.L. y PERÁN QUESADA, S. (Directores) Comares, 2016.

PECES BARBA, G. *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Dykinson, 2004.

PÉREZ REY, J. *El Tribunal Constitucional ante el esquirolaje tecnológico (o que la huelga no impida ver el fútbol)*, Revista de Derecho Social, 2012.

PIKETTY, T. *Capital e ideología*, Desuto, 2019.

RIVERO LAMAS, J. *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales (sobre la inconstitucionalidad de la filmación de los piquetes en una huelga)*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 98, 1999.

SANGUINETI RAYMOND, W. *La tutela sustancial del derecho a huelga en las estructuras empresariales complejas*, Revista de Derecho Social, nº 74, 2016.

SERRANO GARCIA, J. Mª ; BORELLI, S. *El necesario reconocimiento de los derechos sindicales a los trabajadores de la economía digital*, Revista de Derecho Social nº 80, 2017.

SINGLITZ, J.E. *El precio de la desigualdad. El 1% de la población tiene lo que el 99% necesita*, Debolsillo, 2012.

STYLOGIANNIS, C.: *Libertad de asociación, libertad sindical y negociación colectiva como derechos humanos en la economía de las plataformas en un contexto de creciente movilización laboral*, Revista Internacional del Trabajo, vol. 142, 2023.

TODOLÍ SIGNES, A. *El impacto de la Uber economy en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo*, Iuslabor, nº 3, 2015.

OJEDA AVILÉS, A. *La Libertad Sindical*, en VV. AA. MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C.; MORENO VIDA, Mª. N. (Dir.) *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Comares, 2002.

VALLE MUÑOZ, F.A. *La incidencia de las nuevas tecnologías en el ejercicio del derecho de huelga*, Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías, nº. 52, 2020.