

Roj: **STS 763/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:763**Id Cendoj: **28079140012013100071**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **12/02/2013**Nº de Recurso: **254/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Casación**Ponente: **FERNANDO SALINAS MOLINA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAN 3001/2011,**
STS 763/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Febrero de dos mil trece.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación interpuesto por "TECNOCOM TELECOMUNICACIONES Y ENERGÍA, S.A." y "TECNOCOM ESPAÑA SOLUTIONS, S.A.", representadas y defendidas por la Letrada Doña Rosa Zarza Jimeno, contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en fecha 13-junio-2011 (autos 99/2011), seguido a instancia de la "FEDERACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS Y ADMINISTRATIVOS DE COMISIONES OBRERAS" (COMFIA-CC.OO) contra las empresas ahora recurrentes en casación, sobre DERECHOS FUNDAMENTALES.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido la "FEDERACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS Y ADMINISTRATIVOS DE COMISIONES OBRERAS" (COMFIA-CC.OO), representada y defendida por el Letrado Don Miguel Ángel Pesquera Martín.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Fernando Salinas Molina** ,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Letrado Don Santiago Satue González, en nombre y representación de la "Federación de Servicios Financieros y Administrativos de Comisiones Obreras", formuló demanda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, sobre proceso de derechos fundamentales, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que: " 1.- Se declare que la conducta observada por las codemandadas constituye una violación de la libertad sindical y del derecho de huelga y ordene el cese inmediato de este comportamiento. 2.- Se ordene la reposición de la situación creada por el correo electrónico emitido por D. Amador , Consejero Delegado del Grupo TecnoCom, con fecha 31 de marzo de 2011 y asunto: La huelga del viernes pone en riesgo nuestro futuro, al momento anterior a producirse el comportamiento vulneratorio de los derechos fundamentales alegados, declarándose la nulidad del mencionado correo electrónico. 3.- Se condene a las codemandadas, como reparación de las consecuencias producidas, a remitir mediante correo electrónico a todos y cada uno de los trabajadores de las empresas, el contenido íntegro de la sentencia estimatoria de la demanda que se pudiera dictar por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y también, en el caso de que fuera recurrida, por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo " .

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda de conflicto colectivo, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la demanda, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 13 de junio de 2011 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional , en la que consta el siguiente fallo: " Que estimando la demanda interpuesta por CC.OO contra TECNOCOM,



habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, debemos declarar y declaramos que la demandada vulneró el derecho de huelga de sus trabajadores a través del comunicado remitido por su consejero delegado el día 31 de Marzo de 2011, que declaramos radicalmente nulo, ordenando el cese inmediato de tal comportamiento y la reposición al momento anterior a producirse el mismo".

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: " Primero.- El día 2 de Diciembre de 2009 se constituyó en Madrid la Comisión Deliberadora del Convenio Colectivo Interprovincial de la empresa TecnoCom para el año 2010, integrada por representantes de la empresa y de los sindicatos CC.OO, UGT y CGT. La primera reunión de tal Comisión fue convocada para el día 28 de Enero de 2010. Segundo.- Durante el año 2010 se celebraron diversas reuniones de la Mesa negociadora, siendo la última de ellas el 16 de Diciembre de 2010. Tercero.- La representación sindical de la Mesa negociadora publicó el 8-2-2011 el siguiente comunicado: << Como ya les comunicamos, ante la situación de bloqueo en la que se encuentra la negociación del futuro Convenio del Grupo, en lo que se refiere a la revisión salarial, y a unas Tablas de Categorías y salario para nuestra empresa, vamos a emprender las medidas aprobadas por la representación sindical en la Mesa de Convenio. La Dirección de la Empresa con su actitud no nos deja otra salida, muy a pesar nuestro, que la de realizar acciones para defender nuestros derechos, aunque es posible que estas medidas afecten a la imagen de profesionalidad, eficacia y compromiso que la compañía pretende trasladar a sus actuales y potenciales Clientes. Procedemos a informarles de que las medidas antes aludidas, comenzaran inmediatamente, y serán comunicadas a todos los trabajadores en los próximos días. Se van a llevar a cabo de una manera escalonada, durante los próximos meses de Febrero y Marzo, comenzando con la comunicación a los clientes, de la situación de conflicto entre los responsables de la empresa TecnoCom, y sus trabajadores, e informándoles de que de manera inmediata, llevaremos a cabo Asambleas Informativas dirigidas a nuestros compañeros desplazados en sus oficinas. Así mismo se les indicará la convocatoria de paros parciales, con la posible repercusión que pueda causarles, y fa finalización de estas acciones, con la convocatoria de una huelga en el mes de Abril. Evidentemente, toda la representación sindical firmante de esta carta, desea que la Dirección de TecnoCom recapacite y que no sea necesario realizar ninguna de estas acciones. Será la mejor solución para todas las Partes>>. Cuarto.- Por la representación sindical se instó convocatoria de huelga en todos los centros de las empresas, según el siguiente calendario: <<Fecha prevista para el inicio de la huelga: Día 10 de marzo de 2011. En el centro de trabajo de Almería de 14 horas a 15 horas. Resto de centros de trabajo de 17 a 18 horas. Día 17 de marzo de 2011. En el centro de trabajo de Almería de 14 horas a 15 horas. Resto de centros de trabajo de 17 a 18 horas. Día 24 de marzo de 2011. En el centro de trabajo de Almería de 14 horas a 15 horas. Resto de centros de trabajo de 17 a 18 horas. Día 31 de marzo de 2011. En el centro de trabajo de Almería de 14 horas a 15 horas Resto de centros de trabajo de 17 a 18 horas. Día 1 de Abril de 2011, desde las 00:00 horas a 24 horas, en todos los centros de trabajo>>. La representación sindical de la Mesa del Convenio notificó a determinados clientes (BBV, Repsol, Caixanova, entre otros) que estaban previstos paros parciales y huelga a partir del mes de Marzo en todas las oficinas de Telecom. Quinto.- El día 31 de Marzo de 2011, por la tarde, el consejero delegado del Grupo TecnoCom remitió a todos los trabajadores, un correo electrónico, cuyo texto es el siguiente: <Me dirijo a ti para transmitirti la enorme preocupación que tengo con relación a la convocatoria de huelga de mañana viernes. De entrada te pido disculpas por la longitud de esta nota, pero te ruego que la leas hasta el final dada la extraordinaria gravedad de la situación en la que nos encontramos. Como introducción quiero destacar los siguientes hechos: 1. TecnoCom ha incrementado su plantilla en los dos últimos años y no ha recurrido a despidos ni a bajadas de salarios, como han hecho casi todas las empresas del sector. 2. En los días que corren, es inaudito e increíble que alguien convoque una huelga para reclamar subidas salariales universales, rechazando un 3% de incremento que ofrece la Compañía para todos los salarios inferiores a 38.376€. 3. Aceptar las exigencias de los sindicatos lleva nuestra Compañía a pérdidas, y eso haría que los Bancos cancelaran las pólizas de crédito, lo que haría inviable nuestra Compañía. 4. Las consecuencias de un día de huelga van a ser gravísimas. Es seguro que supondrá la cancelación de algún contrato, y el correspondiente despido de las personas involucradas. Estamos recibiendo por parte de nuestros clientes serias amenazas de cancelación de contratos si la huelga es secundada. Desde el inicio de la crisis hemos venido demostrando que nuestra estrategia se dirige entre otros principios a mantener la plantilla de la Compañía y a ofrecer estabilidad en el empleo entre las personas que integramos el grupo, y creo modestamente que hasta ahora, como demuestran los hechos, lo hemos conseguido. Cuando vemos a nuestro alrededor que todas las Compañías del sector, y digo todas, han tenido que comunicar regulaciones de empleo (TSystems, Amper, Atos Origin, etc...), o las han hecho de forma encubierta (como Indra o Accenture), otras no pueden atender sus compromisos de nómina (Oesía, etc...) y algunas han pactado bajadas de sueldo con sus empleados (Unitronics), me siento orgulloso de lo que con tu contribución y esfuerzo hemos conseguido en TecnoCom. Hasta ahora hemos mantenido una enorme estabilidad en el empleo, hemos pagado a los empleados de forma puntual, y hemos gestionado con responsabilidad, garantizando la continuidad futura del empleo en un entorno terriblemente complejo. Es por esto que cuando yo analizo fríamente este entorno, no puedo creer lo que nos está ocurriendo. En este momento, y tras muchas semanas de negociaciones con los sindicatos, hemos llegado a un punto de bloqueo. Ellos nos amenazan con un calendario de huelgas, la primera mañana. Eso es



absolutamente terrible para nosotros, y no me importa reconocerlo. Si mañana la huelga tiene seguimiento, es del todo seguro que alguno (o algunos) de nuestros clientes decidirá buscar otro proveedor para sus servicios, y también lo es que eso nos obligará a tomar medidas traumáticas, como el despido de las personas dedicadas a la prestación de dichos servicios. Eso no es una amenaza sino tan solo es el adelanto de lo que va a ocurrir si la huelga es secundada. La única salida para evitar el calendario de huelgas es que aceptemos unas subidas de sueldo para casi toda la plantilla (salarios inferiores a 50.000 €) que harían que nuestra Compañía entrara directamente en pérdidas, además de obligarnos a anular todas las retribuciones variables y subidas de méritos de 2011. Esto sería la consecuencia de indexar las subidas con la inflación del año 2010, que es en gran medida consecuencia de la subida del petróleo. Esa subida, desgraciadamente, no se ha producido en las tarifas que aplicamos a nuestros clientes, sino que como sabes, a evolución ha sido la contraria. La realidad es que hemos tenido que bajar los precios para mantener nuestra cuota de mercado (y evitar regularizaciones de empleo masivas), por lo que aceptar una subida indiscriminada de los costes salariales, nos llevaría a una situación de falta de viabilidad. Cuando intentamos argumentar eso con los sindicatos, dicen que 'ese es vuestro problema, porque sois unos malos gestores, que no sois capaces de poneros de acuerdo con la competencia para evitar que bajen los precios'. Ante la pobreza de esos argumentos, sólo podemos decirles que eso, además de ser imposible en una economía global, es ilegal. Hemos puesto encima de la mesa 1,5 M E/año para que se apliquen en subidas de salario de la forma que ellos quieran. Esa cantidad es para nosotros ya muy difícil de asumir, y pone en riesgo el cumplimiento de nuestro presupuesto, pero a pesar de eso ellos no lo creen suficiente. Ante esta situación sólo nos quedan dos opciones, ambas de gravísimas e impredecibles consecuencias. La primera opción es asumir las consecuencias de las huelgas. La segunda es aceptar la imposición de los sindicatos, y llevar la Compañía a pérdidas. Las consecuencias de la primera decisión, es decir, asumir el calendario de huelgas, tendría como efecto inmediato la cancelación de contratos de servicio por parte de algunos de nuestros clientes. Cuando eso se produzca, y creedme, se producirá seguro (algunos nos amenazaron en el paro de hace unos días), tendremos que despedir a todas las personas que prestan servicio en el contrato, y además a una parte de las que prestan soporte para esos clientes. Esto es un hecho seguro, cierto e innegociable. Cuando transmitimos esa preocupación a los sindicatos ellos dicen que 'ese no es su problema, y que los que se van a ir a la calle son otros', lo cual es cierto, ya que ellos están protegidos por ley. Otra consecuencia es de imagen para TecnoCom. En un momento en el que estamos consiguiendo mejorar nuestra visibilidad e imagen de Compañía, esto va a ser un duro golpe que nos costará mucho esfuerzo recuperar. La segunda opción, que es asumir las pérdidas en 2011 y la renuncia a la políticas de variable y subida de méritos, tiene de nuevo al menos dos efectos. El primero es que los Bancos que nos prestan el dinero dejarán de hacerlo. En todos los contratos de préstamos tenemos cláusulas de rentabilidad (covenants) cuyo incumplimiento supone la cancelación de nuestros créditos. Eso ya, de por sí, haría inviable nuestro negocio. La segunda consecuencia es que no podríamos desarrollar nuestro modo de búsqueda de talento. Si no podemos pagar variables ni ofrecemos planes de carrera atractivos, no conseguiremos a los mejores profesionales y, no tendremos viabilidad futura. Seamos conscientes de que en los tiempos que corren no hay 'caballeros blancos' que vayan a salvar Compañías en crisis, y si no os remito a empresas de nuestro sector (como Oesía) o de otros sectores (como Nueva Rumasa), que están en un proceso de muerte lenta, o a otras que ya están directamente en proceso de liquidación (Marsans, Núcleo, etc.) Todas ellas además de aplazar el pago de nóminas tienen que acabar despidiendo a sus trabajadores sin que nadie acuda a socorrerlos... Por todo esto pido tu ayuda, apelo a tu sentido de la responsabilidad, y te ruego que te implique en este conflicto que valoremos nuestra situación y la pongamos en el contexto de la crisis, y que nos ayudes a encontrar una salida viable a este problema, de manera que no se ponga en riesgo el trabajo de las más de 5000 personas que formamos TecnoCom. Yo estoy siempre dispuesto a hablar, explicar y debatir sobre todo esto con todo el mundo y en cualquier foro, y estoy a tu disposición para comentar lo que creas oportuno. Sexto.- El día 28 de Marzo de 2011 se reunió la Comisión Deliberadora del Convenio Colectivo, levantándose Acta oportuna, en la que se dice lo siguiente: Ambas partes preacuerdan un Incremento Salarial para 2010 según se detalla a continuación, desde el 1 de enero de 2011, con abono de atrasos correspondientes a tres mensualidades (3/12), aplicado a todos los conceptos salariales y para todo el personal, excluyendo aquellos trabajadores cuyo puesto sea directivo o gerente y con salario superior al 130% del tope de bases de cotización (TBC). · IPC real (3%) para salarios menores o iguales al 90% del TBC. · 3% del 90% del TBC (1.036,15 E) para salarios mayores que el 90% del TBC y menores o iguales que el 100% del TBC. · Proporcional inverso para salarios mayores que el 100% del TBC y menores o iguales que el 130% del TBC Inicio en el 3% del TBC (1.036,15 E); fin en el 115% del TBC. · 500 E para salarios mayores al 115% del TBC. La propuesta anterior será sometida a la decisión de los trabajadores para su aceptación o rechazo mediante la celebración de asambleas y voto electrónico. Ambas partes acuerdan celebrar una nueva reunión antes de transcurridos 15 días naturales para levantar acta de acuerdo o desacuerdo sobre la propuesta anterior y tratar de cerrar los puntos pendientes y el redactado final. Los trabajadores aprobaron en Asamblea el preacuerdo, aunque la empresa el día 31 de Marzo de 2011 a las 13,20 horas comunicó a través de la representación empresarial de la Mesa Negociadora comunicó su negativa a la firma, alegando que 'el referido preacuerdo del lunes en ningún momento fue tal, sino solo una posible solución'. Séptimo.- La empresa, el día 13 de Abril de 2011, notificó a sus trabajadores que había decidido aplicar una subida de 2,5% a todas las personas



con salarios inferiores al 80% de la Base Máxima de cotización de la Seguridad Social (31.008 euros) y un 1,5% de 31.008 euros lineal para salarios entre 31.008 euros y 33.916 euros (87,5% de la Base Máxima de Cotización) y cuya evaluación de la EAP 2010 sea superior a 2,3. Se han cumplido las previsiones legales ".

QUINTO.- Contra expresada resolución se interpuso recurso de casación por la Letrada Doña Rosa Zarza Jimeno, en nombre y representación de "Tecnocom Telecomunicaciones y Energía, S.A." y "Tecnocom España Solutions, S.A.", recibidos y admitidos los autos en esta Sala se personó como recurrido la "Federación de Servicios Financieros y Administrativos de Comisiones Obreras", representada y defendida por el Letrado Don Miguel Ángel Pesquera Martín, formalizándose el correspondiente recurso mediante escrito con fecha de entrada al Registro de este Tribunal Supremo de 2 de julio de 2012, autorizándolo y basándose en los siguientes motivos: Primero y segundo.- Ambos al amparo de lo dispuesto en el art. 205 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), por error en la apreciación de la prueba, y con consiguiente infracción de los arts. 20 y 28 de la Constitución Española (CE).

SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación por la parte recurrida, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 6 de febrero actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Por la " *Federación de Servicios Financieros y Administrativos de Comisiones Obreras* " (COMFIA CC.00.) se interpuso, ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, demanda de tutela del derecho fundamental de libertad sindical y del derecho de huelga contra las entidades " *Tecnocom Telecomunicaciones y Energía, S.A.* " y " *Tecnocom España Solutions, S.L.* ", suplicando que " **1º**) Se declare que la conducta observada por las codemandadas constituye una violación del derecho de libertad sindical y del derecho de huelga y ordene el cese inmediato de este comportamiento.- **2º**) Se ordene la reposición de la situación creada por el correo electrónico emitido por D. Amador , Consejero Delegado del Grupo Tecnocom, con fecha 31 de marzo de 2011 y asunto: La huelga del viernes pone en riesgo nuestro futuro, al momento anterior a producirse el comportamiento vulneratorio de los derechos fundamentales alegados, declarándose la nulidad del mencionado correo electrónico.- **3º**) Se condene a la codemandadas, como reparación de las consecuencias producidas, a remitir mediante correo electrónico a todos y cada uno de los trabajadores de las empresas, el contenido integro de la sentencia estimatoria de la demanda que se pudiera dictar por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y también, en el caso de que fuera recurrida, por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo".

2.- La sentencia de instancia (SAN 13-junio-2011 -autos 99/2011) estimó la demanda, declarando que " *la demandada vulneró el derecho de huelga de sus trabajadores a través del comunicado remitido por su consejero delegado el día 31 de Marzo de 2011, que declaramos radicalmente nulo, ordenando el cese inmediato de tal comportamiento y la reposición al momento anterior a producirse el mismo.- Asimismo, declaramos la obligación de la empresa de remitir mediante correo electrónico el texto de esta sentencia a todos sus trabajadores* ".

3.- Se argumenta, en esencia, en la sentencia ahora impugnada que " *... ha quedado acreditado que la empresa no se mantuvo al margen de la huelga convocada para el día 1 de Abril de 2011, sino que precisamente en la tarde anterior dirigió un comunicado por correo electrónico a todos los trabajadores, en el que literalmente se expresaba: <<Las consecuencias de un día de huelga van a ser gravísimas. Es seguro que supondría la cancelación de algún contrato y el correspondiente despido de las personas involucradas>>. <<... asumir el calendario de huelgas tendría como efecto inmediato la cancelación de contratos de servicios por parte de algunos de nuestros clientes. Cuando esto se produzca y, creedme, se producirá seguro, tendríamos que despedir a todas las personas que prestan servicio en el contrato, y además a una parte de las que prestan soporte para esos clientes. Esto es un hecho seguro, cierto e innegociable>>* ", destaca la sentencia que " *De estos párrafos y de todo el contexto del documento ... se aprecia -como dice con acierto la sección sindical de CC.OO en el comunicado que dirige el Consejero Delegado de Telecom ...- que se trata de amedrentar a los trabajadores con ?situaciones apocalípticas? si se ejerce un derecho fundamental, como lo es el Derecho de huelga. En efecto, es evidente que el comunicado de la empresa, en horas previas a la huelga tiene un carácter marcadamente coercitivo y conminatorio, anunciando males que obviamente son susceptibles de llevar a algunos de los trabajadores al convencimiento de que va a suceder un perjuicio y un daño irreparable, lo que constituye una presión sobre los eventuales huelguistas al presagiar consecuencias desfavorables para quienes ejercieran su derecho. El comportamiento de la empresa, a través de la comunicación del Consejo delegado, no se justifica por el hecho de que a las 18:30 horas del mismo día la empresa comunique a sus trabajadores <<su respeto al ejercicio del derecho de huelga>> No puede entenderse, como sostiene la empresa, que el comunicado del señor Amador se halle dentro del ejercicio legítimo de la empresa de expresar su opinión*



ante el conflicto, no pudiendo admitirse tampoco que la comunicación empresarial sea una respuesta legítima y proporcionada a los comunicados sobre la huelga, remitida por los huelguistas a los clientes de la empresa, porque los huelguistas tienen derecho a hacer publicidad de la huelga de forma pacífica, a tenor de lo dispuesto en el art. 6.6 del Real Decreto-Ley 17/1977 de 4 de Marzo". Concluyendo que "No cabe duda que la comunicación se utiliza como instrumento para privar de efectividad a la huelga, sin que pueda ampararse en el art. 20.1 de la Constitución española que ciertamente reconoce y protege el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, ya que como dijo el Tribunal Constitucional en su sentencia 123/1992 de 28 de Septiembre - el derecho de huelga goza además de una singular preeminencia por su más intensa protección. La preeminencia por su más intensa protección. La preeminencia de este derecho ... produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial. Como dice, con acierto, la representación letrada del sindicato demandante, en el escrito iniciador del proceso, <<la presión que las empresas han ejercido sobre los eventuales huelguistas mediante la nota, al presagiar funestas consecuencias en el caso de que se siguiera la convocatoria de huelga (cancelación de contrato, despidos) así como la introducción de elementos inveraces implica un ejercicio inadecuado de sus facultades directivas que no pueden ser las mismas que en una situación de normalidad.>>" y, finalmente, que "No puede olvidarse, además, que en este tipo de procesos rige la regla que se contiene en el art. 179.2 de la LPL, que <<en el acto del juicio, una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación de la libertad sindical, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad >>, y en este caso TECNOCOM no ha probado que las manifestaciones vertidas en el comunicado de su Consejero delegado tengan justificación alguna".

4.- Por la representación de las entidades codemandadas se formaliza recurso de casación ordinaria, tanto por el cauce procesal del art. 205.d) LPL - planteando nueve motivos distintos de revisión y de adición de hechos declarados probados, bajo la argumentación general de completar por orden cronológico lo acontecido desde el día 16-02-2011 a la fecha (31-03-2011) en que se remite el correo electrónico por el Consejero Delegado -, así como, en cuanto al fondo, por la vía del art. 205.e) LPL, alegando que la sentencia de instancia ha infringido los arts. 20 y 28 CE, argumentando el que citado correo electrónico no vulneró el derecho de huelga y que debe entenderse incluido dentro del derecho a la libertad de expresión y de comunicación de información veraz, consagrado en el art. 20 CE.

SEGUNDO.-1.- Respecto a la revisión y adición fáctica pretendida, - relativa, entre otros extremos, a la concreción de la fecha en que se insta sindicalmente la convocatoria de huelga; al comunicado previo de la empresa en que indica que las medidas de presión ponen en grave riesgo los puestos de trabajo; al ulterior escrito sindical rebatiendo el anterior escrito empresarial; a la suspensión de los paros convocados los días 17, 24 y 31-03-2011; al comunicado de la Sección sindical de CC.OO. al resto de la plantilla emitido en fecha 31-03-2011; al escrito de la empresa a la plantilla el propio día manifestando respetar el derecho de huelga; al escrito de CC.OO. dando gracias a la plantilla por el comportamiento en la huelga del día 01-04-2011; al correo electrónico que se afirma remitido por un cliente de la empresa sobre consecuencias de la huelga; y a determinados datos de las cuentas consolidadas del grupo mercantil en el año 2010 -, como destaca el Ministerio Fiscal en su detallado informe, debe ser denegada puesto que no concurren dos de los cinco esenciales requisitos que exige con tal fin nuestra jurisprudencia (entre otras, SSTS/IV 3-mayo-2001 -rc 1434/2000 y 19-febrero-2002 -rc 881/2001), en concreto que:

a) Los documentos en que pretende fundarse la revisión y adición fáctica no expresan de modo concluyente, clara y expresa el error del Juzgador sin necesidad de acudir a conjeturas o argumentaciones más o menos lógicas, destacando, con acierto, el Ministerio Fiscal que lo que pretende el recurrente es recrear un ambiente de negociación entre las partes que no es necesario pues ya se puede deducir de los ya existentes hechos declarados probados y que de lo propuesto no puede deducirse el error del Juzgador por no haber recogido en el relato histórico todos los detalles de la negociación; debiendo recordarse, como señala la citada STS/IV 3-mayo-2001, que "esta Sala ha declarado que la cita global y genérica de documentos carece de valor y operatividad a los efectos del recurso de casación" (sentencias de 14 de julio de 1995, 23 de junio de 1988 y 16 de mayo de 1986, entre otras); que "el recurrente está obligado a determinar con exactitud y precisión el documento o documentos concretos y particularizados en que se apoya su pretensión revisora", añadiéndose además que "en los motivos en que se denuncia error en la apreciación de la prueba, a quien los formula no le basta con aludir al documento o documentos en que se basa tal error, sino que además ha de exponer en forma adecuada las razones por las que esos documentos acreditan o evidencian la existencia de ese error que se denuncia?, siendo por consiguiente necesario que el recurrente explique suficientemente los motivos o argumentos por los que esos documentos conducen a la convicción de que el Juzgador 'a quo' ha incurrido en ese específico error, siendo totalmente inaceptable, y por tanto ineficaz, la mera enumeración o cita de tales



documentos? (sentencia de 15 de julio de 1995); que la parte recurrente debe señalar de modo preciso la evidencia del error en cada uno de los documentos sin referencias genéricas? (sentencias de 26 de septiembre de 1995 , 27 de febrero de 1989 y 19 de diciembre de 1998); esto es, la parte recurrente debe señalar el punto específico del contenido de cada documento que pone de relieve el error alegado, razonando así la pertinencia del motivo, mediante un análisis que muestre la correspondencia entre la declaración contenida en el documento y la rectificación que se propone (sentencia de 23 de septiembre de 1998); y es incuestionable que en este primer motivo no se cumplen, en forma alguna, las exigencias que se acaban de consignar "; y

b) Lo que consideramos esencial, consistente en que las adiciones propuestas son intrascendentes respecto al fallo que haya de dictarse, puesto que aún cuando las mismas se tuviesen por ciertas – entre otras, destaca el Ministerio Fiscal, como el correo en que la empresa proclama su respeto al derecho al derecho de huelga pues lo contrario sería inconcebible –, no por ello podrían ser acogidas favorablemente las pretensiones de la demanda, como claramente se infiere de los razonamientos que se exponen en los siguientes fundamentos de derecho y dado el concreto contenido del escrito ahora debatido emitido por el Consejero Delegado del Grupo empresarial con fecha 31-03-2011, así como el reflejo en los hechos probados de la sentencia de instancia de los restantes datos esenciales para conocer las circunstancias concurrentes.

2.- Se debe, por tanto, pasar a analizar las infracciones legales denunciadas en el escrito de interposición de recurso de casación ordinaria formulado por la parte empresarial demandada.

TERCERO.- 1.- En cuando a las infracciones legales denunciadas por las entidades empresariales recurrentes, debe, en primer lugar, recordarse que, desde sus primeras sentencias, – en especial las SSTC 11/1981 de 8 de abril y 120/1983 de 15 diciembre –, el Tribunal Constitucional ha coordinado los derechos fundamentales en litigio, entre otros y en el ámbito de las relaciones de trabajo, los de libertad sindical, huelga y libertad de expresión. En esta línea, en síntesis, se ha declarado en la STC 120/1983 en relación con un comunicado emitido por un Comité de Huelga en el ámbito de una situación conflicto en el que se descalificaba a la empresa, que:

A) " La libertad de expresión no es un derecho limitado, pues claramente se encuentra sometido a los límites que el artículo 20.4 de la propia Constitución establece, y en concreto a la necesidad de respetar el honor de las personas, que también como derecho fundamental consagra el artículo 18.1, ...; pero el mismo tiempo, dicho ejercicio debe enmarcarse, en cualquier supuesto, en unas determinadas pautas de comportamiento, que el artículo 7 del Código Civil expresa con carácter general al precisar que «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe» y que en el supuesto de examen tienen una específica manifestación dentro de la singular relación jurídica laboral que vincula a las partes, no siendo discutible que la existencia de una relación contractual entre trabajador y empresario general un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona, junto a otros, también el ejercicio del derechos la libertad de expresión, de modo que manifestaciones del mismo que en otro contexto pudieran ser legítimas no tienen por qué serlo necesariamente dentro del ámbito de dicha relación " .

B) " Los condicionamientos impuestos por tal relación han de ser matizados cuidadosamente, ya que resulta cierto que no cabe defender la existencia de un genérico deber de lealtad, con su significado omnicomprensivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues ello no es acorde al sistema constitucional de relaciones laborales y aparece contradicho por la propia existencia del conflicto, cuya legitimidad general ampara el texto constitucional; pero ello no exime de la necesidad de un comportamiento mutuo ajustado a las exigencias de la buena fe, como necesidad general derivada del desenvolvimiento de todos los derechos y específica de la relación contractual, que matiza el cumplimiento de las respectivas obligaciones, y cuya vulneración convierte en ilícito o abusivo el ejercicio de los derechos quedando margen de su protección " .

C) " En la legislación laboral aparece reconocido un específico derecho de expresión y difusión dirigido al ejercicio de la función representativa o instrumento para fomentaba la acción sindical, cuyas manifestaciones serían tanto la contemplada en el artículo 68, apartado d), del Estatuto de los Trabajadores , que autoriza a los representantes a expresar con libertad sus opiniones en las materias concernientes a la esfera de la representación, pudiendo publicar y distribuir, sin perturbar el normal desenvolvimiento del trabajo, las publicaciones de interés laboral o social, como la prevista en el artículo 6.6 del citado Real Decreto-Ley 17/1977 , conforme a la cual los trabajadores en huelga podrán efectuar publicidad de la misma; pero la consideración de estos preceptos tampoco modifica la situación, porque si es cierto que aquél no puede merecer una interpretación restringida que le reduzca a extremos y materias inocuas, y que éste abarca no sólo la publicidad del hecho mismo de la huelga, sino también de sus circunstancias o de los obstáculos que se oponen a su desarrollo, o a los efectos de exponer la propia postura, recabar la solidaridad de terceros o superar la oposición también lo es que dicha actuación no puede realizarse, como se dijo, vertiendo información a personas receptoras del servicio de enseñanza y a sus padres, que tendía a desprestigiar al Colegio y a mermar la credibilidad del alumnado y de sus familiares responsables



sobre la validez de las pruebas de examen y sobre la propia trayectoria del Centro de enseñanza en fechas de renovación de matrícula "; y

D) " Lo anteriormente expuesto no se ve alterado porque el comunicado en cuestión pueda ser considerado como un específico instrumento para el ejercicio de la acción representativa de los demandantes, en su doble condición de delegados de personal y miembros del Comité de Huelga, y cuya finalidad última no era sino la de obtener unos determinados resultados en relación al conflicto que se estaba desarrollando, puesto que en realidad en el supuesto concreto ni tal finalidad resultaba bastante por sí misma para modificar la sustancia del acto enjuiciado, ni cabe alegar que dicho acto fuera necesario o adecuado, en los estrictos términos en que se produjo, para la defensa de los derechos o intereses que se debatían en el conflicto, pues indudablemente la desbordan ".

2.- Con carácter general, como recuerda y reitera la STC 125/2007 de 21 mayo , debe destacarse que:

A) " El derecho fundamental a la libertad de expresión tiene por objeto la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben incluirse las creencias y juicios de valor. Según hemos dicho con reiteración, este derecho comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige (por todas, SSTC 6/2000, de 17 de enero ...; 49/2001, de 26 de febrero ...; 204/2001 , de 15 de octubre ...; y 181/2006 , de 19 de junio ...) ".

B) " También hemos declarado que la celebración de un contrato de trabajo no implica la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, así como también que la libertad de empresa (art. 38 CE) no legitima que los trabajadores hayan de soportar limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas (por todas, STC 196/2004, de 15 de noviembre ...). En este sentido, nuestra doctrina (sintetizada recientemente en la STC 41/2006, de 13 de febrero ...), sostiene que el ejercicio de las facultades organizativas del empleador no puede traducirse en la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador, ni en la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquél, de manera que no neutraliza el panorama indiciario la genérica invocación de facultades legales o convencionales. Por ello, venimos reiterando desde la STC 38/1981, de 23 de noviembre , que cuando se prueba indiciariamente que una decisión empresarial puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate y que es preciso garantizar en tales supuestos que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales (entre las más recientes, recogiendo esa doctrina, SSTC 41/2006 , de 13 de febrero ...; y 342/2006 , de 11 de diciembre ...) ".

CUARTO.- 1.- En conclusión, entiende la Sala, de manera acorde con la jurisprudencia constitucional, que el derecho fundamental a la libertad de expresión no es ilimitado, debe respetar los derechos fundamentales de los demás, ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe y matizado con los condicionamientos mutuos impuestos por la relación de trabajo, lo que afecta tanto a los trabajadores como a la empresa. El ejercicio de los derechos de libertad sindical y de huelga, en especial este último de más intensa protección, puede comportar la exigencia de una publicidad especial dirigirse a las propias partes del conflicto o a terceros afectados, pero debe ajustarse, de forma necesaria y adecuada, a los estrictos términos de los derechos e intereses que se debatan en el concreto conflicto, y aunque encajen en ella actos de crítica en sentido amplio, no pueden ampararse los contenidos tendentes a desprestigiar a la empresa; y sin que, a la inversa, quepa justificar actos empresariales desproporcionados que puedan limitar el ejercicio de los derechos de huelga o el de libertad sindical bajo el pretendido amparo del ejercicio de las facultades organizativas del empleador o de la libertad de expresión.

2.- Partiendo de la anterior doctrina, -- junto con las circunstancias concurrentes reflejadas en los hechos declarados probados de la sentencia de instancia, entre otras, las notas remitidas a los trabajadores y a determinados clientes sobre la actitud de la empresa indicando que " La Dirección de la Empresa con su actitud no nos deja otra salida, muy a pesar nuestro, que la de realizar acciones para defender nuestros derechos, aunque es posible que estas medidas afecten a la imagen de profesionalidad, eficacia y compromiso que la compañía pretende trasladar a sus actuales y potenciales Clientes " o los acuerdos alcanzados o las decisiones empresariales tras la huelga, transcritos en la parte correspondiente de la presente resolución --, debe analizarse el contenido del correo electrónico remitido por un máximo representante del grupo empresarial a todos los trabajadores el día antes de la huelga convocada, advirtiéndoles, entre otros extremos, que de aceptar las exigencias de los sindicatos " haría que los bancos cancelaran las pólizas de crédito " lo que haría inviable la compañía, que la huelga " supondrá la cancelación de algún contrato, y el correspondiente despido de las personas involucradas ", que " si mañana la huelga tiene seguimiento, es del todo seguro que alguno (o algunos) de nuestros clientes decidirá buscar otro proveedor para sus servicios, y también lo es que eso nos obligará a tomar medidas traumáticas, como el despido de las personas dedicadas a la prestación de dichos servicios. Eso



no es una amenaza sino tan solo es el adelanto de lo que va a ocurrir si la huelga es secundada " y que " La primera opción es asumir las consecuencias de las huelgas. La segunda es aceptar la imposición de los sindicatos, y llevar la Compañía a pérdidas. Las consecuencias de la primera decisión, es decir, asumir el calendario de huelgas, tendría como efecto inmediato la cancelación de contratos de servicio por parte de algunos de nuestros clientes. Cuando eso se produzca, y creedme, se producirá seguro (algunos nos amenazaron en el paro de hace unos días), tendremos que despedir a todas las personas que prestan servicio en el contrato, y además a una parte de las que prestan soporte para esos clientes. Esto es un hecho seguro, cierto e innegociable ".

3.- De lo anterior, resulta evidente que, aunque fueran ciertos los esfuerzos empresariales por el adecuado mantenimiento de la empresa y de los puestos de trabajos en las mejores condiciones, en el cuestionado escrito empresarial se vierten claras y serias afirmaciones de que de secundarse la huelga e incidir ella en la posterior conducta de bancos y clientes se producirán despidos (" *un hecho seguro, cierto e innegociable* "), no solo de las " *personas involucradas* ", sino también de las " *personas que prestan servicio en el contrato, y además a una parte de las que prestan soporte para esos clientes* ", lo que comporta una advertencia o amenaza (DRAE: dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a alguien) real y seria dirigida no solamente a quienes de manera directa o indirecta pretendieran ejercitar el derecho de huelga siguiendo las consignas sindicales ejerciendo presión sobre ellos sino incluso dirigida a los trabajadores en general de la empresa para que ejerzan presión sobre sus compañeros que pudieran ejercitar el derecho de huelga, lo que le convierte en un acto empresarial totalmente desproporcionado tanto con respecto a las actuaciones sindicales en el conflicto como con relación a la compatibilidad del pretendido derecho de libertad de expresión con el normal ejercicio de los derechos de libertad sindical y de huelga, lo que obliga a desestimar el recurso y a confirmar la sentencia de instancia; con imposición de costas (art. 236 LPL).

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación ordinario interpuesto por "TECNOCOM TELECOMUNICACIONES Y ENERGÍA, S.A." y "TECNOCOM ESPAÑA SOLUTIONS, S.A.", contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en fecha 13- junio-2011 (autos 99/2011), en proceso de tutela de derechos fundamentales seguido a instancia de la "FEDERACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS Y ADMINISTRATIVOS DE COMISIONES OBRERAS" (COMFIA-CC.OO) contra las empresas ahora recurrentes en casación; con imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Fernando Salinas Molina hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.