

# **EL DERECHO DE HUELGA DEL TRABAJADOR ENFERMO**

**Ponencia libre sobre el tema: La huelga como un derecho fundamental y sus posibles conflictos con otros derechos fundamentales de los ciudadanos**

## **Abstract**

El insuficiente marco normativo relativo al desarrollo de los derechos fundamentales de los trabajadores, tanto los considerados específicamente laborales como los que el trabajador disfruta como ciudadano, en España ha permitido la continuidad de una injustificadamente restrictiva doctrina judicial en la materia. En este trabajo, centramos el análisis en la aplicación de la doctrina sobre el abuso de derecho y sobre la trasgresión de la buena fe contractual al trabajador en situación de incapacidad temporal por enfermedad. El resultado de nuestro estudio muestra como esta posición jurisprudencial limita el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador beneficiando los intereses empresariales. En su lugar, si se aplicase el juicio de proporcionalidad que el Tribunal Constitucional español, a partir de la doctrina alemana, ha venido aplicando con carácter general cuando debe enfrentarse a un conflicto entre derechos o intereses constitucionalmente protegidos, es posible que en algunos supuestos el fallo de los tribunales adoptaría un signo contrario.

**Rafael Gómez Gordillo**  
**Prof. Titular de Derecho del Trabajo y S.S.**  
**Universidad Pablo de Olavide, Sevilla**

# **EL DERECHO DE HUELGA DEL TRABAJADOR ENFERMO**

- I. Introducción**
- II. El Derecho de Huelga como Derecho fundamental del trabajador**
- III. El interés empresarial como límite al ejercicio abusivo del Derecho de Huelga**
- IV. El principio de buena fe como límite del ejercicio del Derecho de Huelga**
- V. El trabajador en situación de incapacidad temporal ante la huelga**

## **I. Introducción**

Durante los últimos años, la doctrina iuslaboralista española ha prestado escasa atención a los derechos colectivos de los trabajadores y, en particular, a los derechos de conflicto. La ausencia de actividad normativa y el descenso de la conflictividad laboral, resuelta a través de cauces institucionalizados de negociación colectiva o mediante el recurso a mecanismos judiciales o extrajudiciales de solución, alimentada por un largo período de crecimiento económico han determinado un cierto descuido de la materia por parte de la doctrina científica. La crisis económica mundial y su efecto devastador sobre el empleo y la cohesión social en nuestro país revelan la existencia de un clima social propicio que, impulsado por circunstancias objetivas excepcionales, nos transporta hacia un prolongado ciclo de conflictividad socio laboral.

En este contexto, el insuficiente marco normativo relativo a los derechos fundamentales, tanto específicos como inespecíficos, de los trabajadores y la, en mi opinión, injustificadamente restrictiva doctrina judicial en la materia pueden mostrar en toda su extensión las carencias de nuestro sistema. En este trabajo, centramos el análisis en los efectos que sendas circunstancias proyectan sobre el trabajador que se encuentra en situación de incapacidad temporal por enfermedad, quien ve limitadas sus posibilidades de ejercitar su derecho a la huelga y el resto de los derechos

colectivos de conflicto, en aplicación de una doctrina que maximiza las obligaciones derivadas del principio de buena fe frente al ejercicio de un derecho fundamental, reforzando la aplicabilidad del contrato de trabajo en detrimento de la eficacia de los derechos reconocidos por la Constitución.

## **II. El Derecho de Huelga como Derecho fundamental del trabajador**

El artículo 28 de la Constitución Española reconoce el derecho de huelga de los trabajadores en España. La afirmación debe ser considerada en toda su extensión pues, como afirma la jurisprudencia constitucional<sup>1</sup>, el reconocimiento de este derecho permite a los trabajadores situar el contrato de trabajo en situación de suspensión, e imponer una serie de cargas sobre el empresario que ve limitada su capacidad de contratación de trabajadores en sustitución de los huelguistas.

El reconocimiento del derecho de huelga entronca directamente con la cláusula del Estado social y democrático de Derecho (artículo 1.1 CE), que, entre otras consecuencias, legitima el reconocimiento de instrumentos de defensa de los intereses de los grupos en que se integran los ciudadanos para la consecución de la igualdad real y efectiva (art. 9.2 CE) y, entre ellos, de este instrumento de presión típico en la defensa los intereses de los trabajadores en los conflictos socioeconómicos. En paralelo, el reconocimiento del derecho de huelga es obligado a partir del protagonismo reconocido en nuestro sistema a las organizaciones sindicales (art. 7 CE), ya que la huelga es un instrumento central en la actividad sindical, de tal manera que las posibilidades de que un sindicato pueda defender con eficacia los intereses que le son propios sin tal reconocimiento quedarían muy seriamente comprometidas.

La titularidad del derecho de huelga corresponde a los trabajadores «uti singuli», si bien conforme a su naturaleza de derecho colectivo debe ejercitarse de manera concertada por una pluralidad de trabajadores. De esta forma, aunque la titularidad del derecho de huelga corresponde a los trabajadores, e individualmente han de sumarse o no a las huelgas declaradas, la facultad de convocatoria es compartida por

---

<sup>1</sup> STC 11/1981, de 8 de abril.

los trabajadores como sujeto colectivo, por sus representantes en la empresa y por las organizaciones sindicales.

Caracteriza a la huelga la voluntad deliberada de los huelguistas de colocarse provisionalmente fuera del marco del contrato de trabajo. El derecho constitucional de huelga se concede para que sus titulares puedan desligarse temporalmente de sus obligaciones jurídico-contractuales.

### **III. El interés empresarial como límite al ejercicio abusivo del derecho de huelga**

Como el resto de los derechos reconocidos en la norma constitucional, el derecho de huelga queda limitado en su ejercicio cuando entra en concurrencia con otros derechos de similar rango, e incluso con otros bienes constitucionalmente protegidos. Para ello, el legislador puede someter a condiciones el ejercicio del derecho, siempre y cuando éstas no afecten al contenido esencial del derecho, esto es, impidan reconocerlo como perteneciente a un determinado tipo. En otras palabras, el contenido esencial se identifica con el contenido ineludible, necesario para que su titular pueda satisfacer los intereses que determinaron el reconocimiento del derecho por la norma constitucional. En opinión del TC, “el contenido esencial del derecho de huelga consiste en una cesación del trabajo, en cualquiera de las manifestaciones o modalidades que puede revestir”<sup>2</sup>.

Como decimos, la huelga impone limitaciones a la libertad de empresa, derecho reconocido en el art. 38 CE, pero puede también afectar los intereses de los trabajadores que no quieran sumarse a la huelga (art. 35 CE) y en terceros, usuarios de los servicios de la empresa y público en general, que por no tomar parte de la relación laboral no deben soportar más molestias o perjuicios que aquellas que sean estrictamente necesarios.

El principio de proporcionalidad se erige como metodología más adecuada en la ponderación de derechos e intereses constitucionales en conflicto, como indica la

---

<sup>2</sup> STC 11/1981, de 8 de abril.

doctrina sobre derechos fundamentales elaborada por la jurisprudencia del TC<sup>3</sup>. De esta manera, la licitud de las restricciones de los derechos fundamentales depende de su proporcionalidad, de su respeto a este principio que se expresa por medio de otros tres principios: adecuación, necesidad y proporcionalidad estricta. El test de constitucionalidad de las limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales debe permitirnos conocer si éstas tienen como objetivo la protección de otro derecho o bien constitucionalmente garantizado, pues en caso contrario, el ordenamiento jurídico debe permitir que el derecho fundamental se exprese en toda su extensión. En caso afirmativo, debe acreditarse la indubitada existencia de una realización de causalidad entre la limitación y el derecho o bien que se pretende proteger, es decir, que la medida restrictiva es apta para proteger efectivamente éste. Adicionalmente, debe acreditarse que la medida restrictiva, entre todas las que permiten proteger el derecho o interés en conflicto, es la menos lesiva para el derecho fundamental. Por último, debe existir un equilibrio entre los beneficios que obtienen los bienes o derechos que justifican la restricción y el perjuicio al que se somete al derecho fundamental.

Pues bien, a pesar de que la jurisprudencia del TC respecto a los derechos fundamentales puede entenderse suficientemente consolidada, su aplicación al ámbito de las relaciones laborales se ha visto tradicionalmente afectada por elementos valorativos propios de la doctrina civilista, como el abuso de derecho, que desde nuestro punto de vista resultan inadecuados para valorar las limitaciones de derechos de naturaleza fundamental. Desgraciadamente, el TC se vio obligado a pronunciarse sobre el contenido del art. 28.2 CE en momentos inmediatamente posteriores a la adopción de la norma, depurando la norma preconstitucional que regulaba la materia hasta la fecha<sup>4</sup>, antes de que la doctrina de la proporcionalidad en el ejercicio de los derechos fundamentales hubiera sido objeto de desarrollo. En su lugar, el pronunciamiento judicial sobre un derecho de tal significación para el estado social se realizó haciendo uso de instrumentos inespecíficos ajenos al sistema de derechos fundamentales. Con toda seguridad, los magistrados que participaron en la elaboración y adopción de dicha Sentencia, realizada con cierta provisionalidad en espera de que el legislador tuviese tiempo para desarrollar el precepto

---

<sup>3</sup> Por todas, STC 55/1996, de 28 de marzo

<sup>4</sup> Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo

constitucional mediante ley orgánica, no pudieron imaginar que tras más de veinte años dicha labor siga pendiente de conclusión.

Sea como fuere, la doctrina constitucional sobre el derecho de huelga sigue pivotando en torno a la doctrina del abuso de derecho. Así es cuando el TC considera que la lícita limitación de la libertad de empresa mediante el ejercicio del derecho de huelga exige proporcionalidad y sacrificios mutuos, evitando con ello provocar un daño excesivo en los intereses empresariales. La exigencia de que el daño que sufren empresario y trabajadores resulten equivalentes no se compadece con la función que la norma fundamental reconoce al derecho de huelga, según más arriba se ha descrito. Si el derecho a la huelga debe servir para restablecer el equilibrio entre las partes del contrato de trabajo para la consecución de la igualdad real, la exigencia de los perjuicios ocasionados a empresario y trabajadores sean equivalentes supone un obstáculo contrario al reconocimiento constitucional del derecho. La aplicación de la teoría del abuso de derecho en este caso priva de efectividad al principal derecho reconocido específicamente a los trabajadores en la norma constitucional.

Desde mi punto de vista, la cuestión central reside en valorar si es posible llegar a las mismas conclusiones aplicando la teoría de la proporcionalidad en el ejercicio de los derechos oponiendo el derecho fundamental de huelga a la libertad de empresa. En tal caso, conviene tener presente que frente a un derecho de tal naturaleza, no puede defenderse la prevalencia de la libertad de empresa porque, sin lugar a dudas, la ubicación en el texto constitucional señala en sentido contrario. La defensa de los legítimos intereses empresariales no puede colocarse al mismo nivel que el derecho fundamental de los trabajadores a secundar la huelga, la posición preeminente de éste al frente de la organización empresarial y en propiedad de los medios de producción no debe ser reforzada mediante la equiparación de derechos que por su naturaleza deben seguir un tratamiento diferenciado.

Es por ello que, en nuestra opinión, el poder disciplinario que la normativa ordinaria reconoce al empresario en ámbito del contrato de trabajo, cuando tenga por objeto sancionar comportamientos de trabajadores en el desarrollo de procesos huelguísticos, debe tener presente el carácter fundamental del derecho ejercitado y,

en consecuencia, analizar la decisión sancionadora empresarial limitadora de éste con aplicación del principio de proporcionalidad. Antes al contrario, el TC continúa siendo preso de sus primeras valoraciones y, a partir de una estricta aplicación de la doctrina sobre el abuso de derecho, diferencia entre ejercicio legítimo e ilegítimo del derecho de huelga, situando al margen de la protección constitucional determinados comportamientos, sin detenerse a valorar la proporcionalidad de la limitación del derecho. De esta forma, si el ejercicio del derecho se considera ilegítimo, las facultades disciplinarias del empresario se despliegan en toda su amplitud, dejando en manos del empresario la decisión de extinguir el contrato de trabajo por incumplimiento del trabajador. A todas luces la consecuencia jurídica por una supuesta extralimitación en el ejercicio de un derecho fundamental puede resultar excesiva, determinando la lícita imposición de la máxima sanción en el orden social.

El abuso de derecho como fórmula de interpretación de las conductas de los trabajadores en procesos de conflictos colectivos conduce a situaciones contrarias a la lógica jurídica, que comúnmente son rechazadas respecto de otros derechos de similar naturaleza. En concreto, la consideración de que determinados comportamientos son presunta o directamente ilícitos determina que su autoría queda al margen del contenido del derecho. Sentado lo anterior, el despido disciplinario del trabajador jamás puede considerarse lesivo del derecho fundamental y, por ello, no requiere someterse al examen del test de constitucionalidad por vía de aplicación del principio de proporcionalidad. La inadecuación de la tesis jurisprudencial resulta manifiesta en todo tipo de supuestos, si bien, muestra sus mayores carencias cuando el comportamiento del trabajador ha sido inducido por decisiones previas del empresario de carácter ilícito. Todo ello permite afirmar la conveniencia de analizar estos litigios, los que se producen en torno al ejercicio del derecho de huelga frente a la libertad de empresa, mediante la ponderación de los intereses en presencia, bajo la luz de los principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad<sup>5</sup>.

A mayor abundamiento, no debe olvidarse que la decisión de despido enfrenta dos derechos de carácter constitucional que afectan a sujetos diversos: el derecho al

---

<sup>5</sup> STC 123/1990, de 2 de julio

trabajo y la libertad de empresa. Cuando la posibilidad de perder el puesto de trabajo está relacionada con el ejercicio de un derecho fundamental, la protección del ordenamiento jurídico debiera resultar más robusta. Desde hace algún tiempo<sup>6</sup>, el TC hace uso de la doctrina que impone la inversión de la carga de la prueba o prueba de indicios, desarrollada inicialmente para la acreditación de conductas discriminatorias. La aplicación de esta doctrina, impone la adicional exigencia de los elementos típicos del juicio de igualdad: objetividad, razonabilidad y proporcionalidad. La razonabilidad y la objetividad deben concurrir en la decisión de despido; la ausencia de proporcionalidad podría indicar que el empresario persigue algo más que la sanción de un simple incumplimiento contractual. En nuestra opinión, este pronunciamiento parece avanzar en el sentido adecuado, pues considera que los derechos fundamentales rigen en la empresa, aunque en ocasiones se pueden ver limitados por la interacción con otros derechos reconocidos constitucionalmente, como la libertad de empresa. En tales supuestos, deben resultar prevalentes los derechos del trabajador frente a las distintas facultades empresariales que derivan de la libertad de empresa. La posibilidad de que los poderes empresariales limiten los derechos del trabajador constituye una situación excepcional, que debe recibir un tratamiento adecuado a dicha naturaleza. Toda interferencia del empresario en el ejercicio del derecho de huelga deben ser adecuadas, necesarias y proporcionales.

#### **IV. El principio de buena fe como límite al ejercicio del Derecho de huelga**

La buena fe, como principio general del derecho, debe regir la ejecución de las obligaciones que se derivan del contrato de trabajo, presidiendo el comportamiento de las partes que lo conciertan, aunque la dificultad para interpretar adecuadamente su adecuado respeto en la relación de trabajo lo convierte en un concepto particularmente polémico. Téngase en cuenta que, aunque dicho principio debe ser respetado por ambos contratantes, la ruptura de la buena fe contractual es expresamente considerada como causa de despido (art. 54.2.d ET), mientras que las causas que permiten la extinción del contrato por voluntad del trabajador están relacionadas con un elemento de distinta naturaleza, como es el menoscabo de la dignidad del trabajador o la falta de pago del salario (art. 50 ET)

---

<sup>6</sup> STC 90/1997, de 6 de mayo



La doctrina iuslaboralista española ha criticado distintos elementos relacionados con la aplicación de este principio. En primer lugar, desde un punto de vista objetivo la buena fe constituye un límite al ejercicio de los derechos por el trabajador y, por tanto, de los derechos reconocidos por la CE. Como establece el art. 5 ET, la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones laborales está íntimamente relacionado con el abuso de confianza del trabajador, pero como más arriba se ha visto, el TC considera que el ejercicio abusivo de derechos fundamentales coloca a los trabajadores al margen de la protección que la norma fundamental dispensa a estos. La cuestión objeto de controversia en este caso es si el legislador ordinario está legitimado para limitar el ejercicio de derechos constitucionales.

En este sentido, las controversias doctrinales surgen no tanto en relación con la naturaleza jurídica de la buena fe, ampliamente reconocida como principio general del Derecho, como sobre la normativa en que viene reconocida, de manera que, otorgándole un reconocimiento legal, que no constitucional, se cuestiona su legitimidad para limitar el ejercicio de los derechos constitucionales. La doctrina laboral ha criticado esta regulación, que impone al trabajador deberes adicionales al principal. Desde mi punto de vista, el principal problema radica en la práctica judicial, que ha convertido el despido fundado en la transgresión de la buena fe contractual) en un cajón de sastre donde caben un número indeterminado de conductas. En definitiva, este desequilibrio en la relación contractual resulta una fuente de inseguridad jurídica para el trabajador que desencadena un efecto represor sobre sus conductas, que debe ser valorado de forma negativa, particularmente cuando éstas se derivan del ejercicio de derechos fundamentales.

A mayor abundamiento, parece ser cierto que aunque la jurisprudencia constitucional ha procurado negar la existencia de un genérico deber de lealtad, con significado omnicomprendivo de sujeción del trabajador al interés empresarial<sup>7</sup>, en la práctica se admite la extensión de su influencia incluso a terrenos externos a la relación de trabajo, siempre que realizadas como consecuencia de su prestación laboral, dañen el interés del empresario. La exigencia de buena fe, conforme a lo

---

<sup>7</sup> STC 88/1985 de 19 de julio

previsto en el art. 1.258 del Código Civil, se proyecta sobre el ejercicio de todos los derechos ejercidos dentro o como consecuencia de la relación laboral, incluyendo por tanto a los derechos fundamentales.

Esta afirmación supone en la práctica que el ejercicio de los derechos fundamentales puede ser condicionado por la autonomía privada. Posteriores pronunciamientos han venido a modificar progresivamente las relaciones entre la buena fe contractual y los derechos constitucionales del trabajador. La década de los noventa ha servido para reforzar el carácter preferente que el ordenamiento otorga a los derechos fundamentales, aunque las reticencias doctrinales han impedido la subordinación de la relación contractual a los derechos constitucionales del trabajador. La preeminencia de los derechos fundamentales se traduce únicamente en la exigencia de ponderación entre los elementos contractuales y el derecho fundamental afectado, incidiendo, en algunos supuestos, en el carácter restrictivo con el que debe ser interpretada frente a estos la buena fe en la ejecución del contrato de trabajo<sup>8</sup>. Con dicho objetivo, el TC comienza exigiendo la acreditación de la existencia de una causa legítima, adecuada, y necesaria<sup>9</sup>. Esta evolución, insuficiente desde nuestro punto de vista en cuanto equivoca los términos de comparación, se limita a ponderar el ejercicio del derecho fundamental frente al cumplimiento de las obligaciones laborales, olvidando que por tratarse de un derecho fundamental, la comparación debiera sostenerse entre los derechos constitucionales de los trabajadores y la libertad de empresa<sup>10</sup>. Como paso definitivo, ya en el siglo presente, la jurisprudencia constitucional hace uso de los instrumentos propios de la limitación de derechos, esto es, el principio de proporcionalidad por medio de la de la ponderación de bienes, colocando al margen de las consideraciones esenciales el papel que ha de otorgarse a la buena fe contractual<sup>11</sup>.

## **V. El trabajador en situación de incapacidad temporal ante la huelga**

Durante el ejercicio del derecho de huelga, el contrato de trabajo se coloca en situación de suspensión, conforme establece el art. 45.1.1 ET. Con carácter general,

---

<sup>8</sup> STC 106/1996, de 12 de junio

<sup>9</sup> STC 6/1995, de 10 de enero

<sup>10</sup> STC 57/1999, de 12 de abril

<sup>11</sup> STC 20/2002, de 28 de enero

la extinción unilateral del contrato de trabajo suspendido por decisión empresarial ha generado serias dudas. La doctrina científica define la suspensión como una interrupción temporal de las prestaciones fundamentales que constituyen el objeto del contrato de trabajo que tiene origen en circunstancias relacionados con aspectos profesionales o personales del trabajador o con la marcha de la empresa. Las causas de suspensión previstas en el art. 45 ET pueden clasificarse en torno a tres circunstancias de naturaleza diversa: circunstancias que impiden al trabajador realizar la prestación de trabajo (incapacidad temporal, cumplimiento del servicio militar, ejercicio de cargo público representativo, privación de libertad); causas empresariales (cierre legal, fuerza mayor temporal, causas económicas, técnicas, organizativas o de producción), y, por último, incompatibilidad de la prestación de trabajo con el ejercicio de derechos fundamentales o constitucionales (derecho de huelga y conciliación de la vida laboral y familiar).

La regulación de las causas y efectos de la suspensión del contrato tiene por objeto satisfacer los distintos intereses presentes en la relación de trabajo, en ocasiones, parece claro que la suspensión favorece el interés del trabajador, mientras que en otras ocasiones el interés empresarial se ve favorecido ante la posibilidad de evitar temporalmente las obligaciones de pago del salario. En ambos casos, la institución suspensiva protege el principio de estabilidad en el empleo ante situaciones que de no mediar ésta obligarían a una inmediata extinción del contrato de trabajo. Por el contrario, la suspensión permite reiniciar la relación de trabajo una vez estas causas desaparecen. En el caso que estudiamos, el trabajador se encontraría ante dos causas de suspensión del contrato de trabajo, circunstancia que desde el punto de vista formal no puede defenderse. En otras palabras, la regulación estatutaria no contempla esta posibilidad, pues aunque tanto en el caso de huelga como en el de incapacidad temporal por enfermedad el contrato de trabajo pasa a la situación de suspensión, los efectos en uno u otro caso los efectos de dicha suspensión resultan bien diversos. A modo de ejemplo, la suspensión del contrato de trabajo durante la huelga determina la pérdida del salario; por el contrario, en caso de incapacidad temporal, el trabajador obtiene la correspondiente prestación de seguridad social (art. 128 y ss. LGSS). Es por ello que el régimen jurídico aplicable resulta diverso si el trabajador en huelga enferma, que si es el trabajador enfermo el que decide ejercitar su derecho fundamental a la huelga. En este trabajo, nos limitaremos a

estudiar la regulación aplicable en el segundo supuesto, pues se trata de dilucidar si el trabajador en situación de incapacidad temporal por enfermedad queda inhabilitado para ejercitar su derecho a la huelga.

El esclarecimiento de esta cuestión precisa de una operación previa de estudio de la incidencia sobre el ejercicio de los poderes disciplinarios del empresario de la suspensión del contrato de trabajo. Como se ha dicho más arriba, la suspensión del contrato de trabajo conlleva una interrupción temporal de la ejecución de las prestaciones fundamentales, sin que resulte afectada la estabilidad del vínculo jurídico. Esta permanencia del vínculo contractual permite al trabajador conservar el puesto de trabajo, impone al empresario la obligación de reservarlo y de reactivar la relación contractual una vez que desaparece la causa que motivó la suspensión. La supervivencia del contrato durante el período de suspensión determina que no todos los derechos y deberes recíprocos del trabajador y del empresario queden igualmente en estado de suspensión.

Las obligaciones desvinculadas de las prestaciones básicas siguen siendo exigibles. Así ocurre, por ejemplo, con los derechos fundamentales del trabajador (derechos de libertad sindical, derecho a la intimidad personal y familiar, derecho a la dignidad personal, a la integridad física y moral, derecho a la no discriminación) y con el deber de buena fe. De esta forma, quedan en suspenso la obligación de realizar la prestación de servicios y la obligación de remunerar el trabajo pactado y aquellas otras obligaciones que derivadas de éstas.

En supuestos de incapacidad temporal, el contrato de trabajo debe suspenderse al actualizarse la contingencia protegida por el sistema de Seguridad Social. La situación de incapacidad temporal es incompatible con el trabajo, pues la persona ha perdido temporalmente su capacidad para trabajar, lo que es discutible es que en todos los supuestos pierda también la capacidad para ejercitar el derecho de huelga. Pues bien, en caso de incapacidad temporal, el trabajador no debe realizar otras prestaciones que imposibiliten o entorpezcan el proceso de sanación. Las actividades que retrasasen el alta del trabajador por curación son habitualmente consideradas transgresiones de la buena fe contractual frente al empresario y, en cuanto tal, cabe la posibilidad de que éste active el ejercicio de su poder

disciplinario, mediante el correspondiente despido del trabajador enfermo. Por tanto, puede concluirse que la extinción del contrato de trabajo se puede producir durante el período de suspensión siempre que la causa alegada se base en el incumplimiento de obligaciones laborales que no hayan quedado interrumpidas por la propia suspensión. Ahora bien, desde mi punto de vista, una cosa es que el trabajador deba evitar la realización de actividades desaconsejadas por su médico por dificultar o retrasar su recuperación y otra muy distinta es que la prioridad del trabajador en incapacidad temporal sea su recuperación, con exclusión de cualquier tipo de actividad y, señaladamente, las relacionadas con el ejercicio de los derechos que la constitución le reconoce y que la situación de incapacidad temporal no coloca en suspensión.

Es desde esta perspectiva, en mi opinión, desde la que se debe abordar el estudio de los derechos de los trabajadores enfermos, situando su recuperación para el trabajo en el plano que corresponde al cumplimiento del contrato de trabajo, a los intereses empresariales como manifestación de la libertad de empresa, pero evitando que esta situación limite de manera innecesaria el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador. En otras palabras, para determinar si la defensa de los intereses empresariales desaconseja la participación en una huelga de un trabajador en situación de incapacidad temporal debe hacerse uso del principio de proporcionalidad en los términos en que más arriba ha quedado dicho. Solo en los supuestos en que la limitación al ejercicio del derecho de huelga sea adecuada, necesaria y proporcionada puede aceptarse la limitación. Lo que resulta falto de justificación es considerar que todo trabajador en situación de incapacidad temporal no puede participar en las actividades relacionadas con la huelga y, mucho menos presumir que el trabajador huelguista que permanezca en situación de incapacidad temporal ha defraudado la buena fe contractual y debe ser despedido.

Es cierto que en situación de incapacidad temporal, el trabajador no está obligado a realizar su prestación laboral y, dependiendo del número de días que el trabajador haya estado en situación de incapacidad temporal en el momento de declararse la huelga, tendrá o no derecho a una prestación económica de seguridad social, en la mayoría de los supuestos inferior al salario, pero si bien debe reconocerse que no trabajar y perder el salario son elementos que conforman el contenido típico del

derecho de huelga, estimo que la huelga se acompaña de diversas actividades en las que el trabajador enfermo puede participar. En cualquier caso, si se considera que el trabajador enfermo no puede hacer huelga, porque no está obligado a trabajar y porque percibe una prestación sustitutiva del salario, opinión que como digo no comparto, y por ello no ha de recibir la protección que dispensa el art. 28.2 CE, debe concluirse que su participación en las medidas de conflicto colectivo debe recibir la protección dispensada por el art. 37 CE, e incluso aquellas derivadas del ejercicio del derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE). En todos estos casos, aunque no siempre con la misma fuerza, el juicio de ponderación es la técnica idónea para resolver los conflictos entre los derechos del trabajador enfermo y el interés empresarial.

No es ésta la posición que tradicionalmente vienen manteniendo nuestros tribunales, que con demasiada facilidad consideran que la participación de un trabajador enfermo en conflictos colectivos perjudica la recuperación de su salud o demuestran la simulación de una enfermedad inexistente. En ambos casos, la jurisprudencia española suele reconocer la licitud de los despidos disciplinarios sustentados en dicha causa, sin someter sus pronunciamientos al juicio de proporcionalidad que corresponde según hemos visto en presencia de derechos o intereses que merecen protección constitucional.

Es el caso que resuelve la STSJ de Canarias, Las Palmas, de 2 de abril de 2008, rec. 1389/2007, que considera procedente el despido disciplinario de un trabajador fundamentado en su participación en una huelga, mientras se encontraba en situación de incapacidad temporal por sufrir un síndrome depresivo. La sentencia en suplicación revoca la sentencia del juzgado de lo social sin atender la proporcionalidad de los intereses en juego. Es cierto que el Tribunal rechaza posturas maximalistas que sostienen que la realización de cualquier trabajo, por cuenta propia o ajena, durante la situación de incapacidad temporal, constituye una clara transgresión de la buena fe contractual, pues si el trabajador está impedido para consumir la actividad a que contractualmente viene obligado, tiene vedado cualquier otro quehacer, sea en interés propio o ajeno, máxime cuando su forzada inactividad es compensada con fondos públicos, y considera que en este tipo de supuestos la cuestión no admite generalidades y que hay que estar al caso concreto.

En opinión del Tribunal no puede considerarse como transgresión de la buena fe contractual la realización de actividades durante la situación de incapacidad temporal cuando tales actividades, en atención a las circunstancias concurrentes, y en especial a la índole de la enfermedad y las características de la ocupación, no son susceptibles de perturbar el proceso de curación ni evidencian aptitud laboral de trabajar con la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa. De esta manera, aunque se desestima la tesis más estricta, que prácticamente impide al trabajador realizar actividad alguna, no se modifica la metodología de estudio, ignorando que la resolución de la cuestión afecta derechos o valores constitucionales.

A partir de aquí, la cuestión se resuelve atendiendo únicamente a la compatibilidad entre las actuaciones propias de un miembro de Comité de Huelga, con acreditada participación activa en piquetes, reuniones y concentraciones, y la situación de baja médica a consecuencia de un síndrome ansioso depresivo reactivo con recomendación de reposo, para concluir que el trabajador simulaba la enfermedad o bien de manera voluntaria puso en peligro su recuperación. En opinión del Tribunal, este tipo de patologías debe tratarse mediante descanso mental, relajación, olvido de preocupaciones, alejamiento del estrés, separación del factor desencadenante de la reacción, por ello, cuando la actora voluntariamente se suma a un ambiente emocional contraindicado y caracterizado por la continua tensión, que además no es puntual sino que se dilata en el tiempo, no contribuye a su curación.

Ignora la sentencia que la persona despedida formaba parte del comité de huelga y que por su condición de delegado sindical, ejercía su derecho de huelga y su libertad sindical, derechos constitucionales cuya protección debiera haberse ponderado frente a la defensa de los derechos empresariales. En concreto, según venimos defendiendo hasta aquí, debiera colocarse frente a frente estos derechos y el de libertad de empresa, para posteriormente comprobar si la limitación del derecho de huelga y libertad sindical es adecuada, necesaria y proporcional. En otras palabras, el Tribunal debiera haberse cuestionado si el despido del trabajador sirve para proteger el interés del empresario; en caso afirmativo, si no existe otra fórmula menos lesiva de los derechos del trabajador para resolver la cuestión y, por último, si el perjuicio causado al trabajador que pierde su puesto de trabajo por haber

ejercitado su derecho a la huelga es proporcional al beneficio causado al empresario en la defensa de su libertad de empresa. Pues bien, desde mi punto de vista, si el Tribunal se hubiese detenido a realizar estas consideraciones seguramente se hubiera visto obligado a adoptar la decisión contraria.