

Director: *Manuel Carlos Palomeque López*

Trabajo y Derecho

NUEVA REVISTA DE ACTUALIDAD Y RELACIONES LABORALES

NÚM. 28 • ABRIL 2017

- **OPINIÓN:**
¿El derecho de huelga en entredicho?
- El *Welfare* empresarial
- Estándares laborales internacionales y globalización
- La ejecución de sentencias en los procesos de despidos colectivos

Consulte en
<http://smarteca.es/>
la revista en su formato
electrónico



Trabajo y Derecho, que se ofrece como una revista mensual de calidad, moderna y crítica, acoge en su seno cuantos asuntos interesan en general a la regulación jurídica del trabajo, de las relaciones laborales individuales y de las colectivas o sindicales, así como al sistema de protección social en su conjunto. Sin dejar de mirar al propio tiempo, cuando ello se requiera, a otras disciplinas próximas, como la economía o la sociología. Y lo hace desde una perspectiva científica o académica y también práctica, para abrir de este modo su campo de observación a la realidad jurídica laboral en España y en la Unión Europea, que es ofrecida y analizada desde la legislación, la jurisprudencia, el debate doctrinal, la práctica sindical y la actividad profesional.



El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de Wolters Kluwer España, S.A., es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones.

El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Los estudios destinados a esta revista serán objeto de evaluación externa.

© WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A. Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

ISSN Impreso: 2386-8090

ISSN Electrónico: 2386-8112

Depósito Legal: M-2-2015

URL: <https://tienda.smarteca.es/p/651/trabajo-y-derecho>

Diseño, Preimpresión e Impresión Wolters Kluwer España, S.A.

Imagen de cubierta: Puente de Besalú (Girona)



Trabajo y Derecho

NUEVA REVISTA DE ACTUALIDAD Y RELACIONES LABORALES

DIRECTOR

Manuel Carlos Palomeque López

Catedrático (e) de Derecho del Trabajo (Universidad de Salamanca)

SUBDIRECTORES

Margarita Isabel Ramos Quintana

Catedrática de Derecho del Trabajo (Universidad de La Laguna)

Wilfredo Sanguinetti Raymond

Catedrático de Derecho del Trabajo (Universidad de Salamanca)

SECRETARIO

Juan Bautista Vivero Serrano

Profesor Titular (s.e.) de Derecho del Trabajo (Universidad de Salamanca)
Letrado del Tribunal Supremo

SECCIONES

**Opinión
Estudios**

Unión Europea y agenda internacional
(a cargo de *M. I. Ramos Quintana*,
subdirectora)

Jurisprudencia
(a cargo de *J. B. Vivero Serrano*,
secretario)

Legislación

(a cargo de *E. Cabero Morán*, Profesor
Titular de Derecho del Trabajo,
Universidad de Salamanca)

Libros

(a cargo de *M. Álvarez de la Rosa*,
Catedrático (e) de Derecho del Trabajo,
Universidad de La Laguna)

**Práctica jurídica y despachos
profesionales**

(a cargo de *J. R. Mercader Uguina*,
Catedrático de Derecho del Trabajo,
Universidad Carlos III de Madrid)

CONSEJO DE REDACCIÓN

Manuel Carlos Palomeque López, Margarita Isabel Ramos Quintana, Wilfredo Sanguinetti Raymond, Juan Bautista Vivero Serrano, Enrique Cabero Morán, Manuel Álvarez de la Rosa, Jesús Rafael Mercader Uguina

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNA

Jesús Baz Rodríguez

Profesor Titular de Derecho
del Trabajo (Universidad de
Salamanca)

Ángel Blasco Pellicer

Catedrático de Derecho del
Trabajo (Universidad de
Valencia)

Magistrado de la Sala de lo
Social del Tribunal Supremo

Jaime Cabeza Pereiro

Catedrático de Derecho del
Trabajo (Universidad de
Vigo)

**Dulce María Cairós
Barreto**

Profesora Titular de
Derecho del Trabajo
(Universidad de La Laguna)

**Juan José Fernández
Domínguez**

Catedrático de Derecho del
Trabajo (Universidad de
León)

Juan Gorelli Hernández

Catedrático de Derecho del
Trabajo (Universidad de
Huelva)

David Lantarón Barquín

Profesor Titular
(Acreditado para CU) de
Derecho del Trabajo
(Universidad de Cantabria)

Paz Menéndez Sebastián

Profesora Titular de
Derecho del Trabajo
(Universidad de Oviedo)

Magdalena Nogueira

Guastavino

Catedrática de Derecho del
Trabajo (Universidad
Autónoma de Madrid)

Directora de la revista
Documentación Laboral

Rafael Sastre Ibarreche

Profesor Titular de Derecho
del Trabajo (Universidad de
Salamanca)

Francesc Pérez Amorós

Catedrático de Derecho del
Trabajo (Universidad
Autónoma de Barcelona)

Yolanda Valdeolivas

García

Catedrática de Derecho del

Trabajo (Universidad
Autónoma de Madrid)

CONSEJO CIENTÍFICO ASESOR

Antonio Pedro Baylos Grau
Catedrático de Derecho del Trabajo (Universidad de Castilla La Mancha)
Director de la *Revista de Derecho Social*
Ricardo Bodas Martín
Presidente de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional
María Emilia Casas Baamonde
Catedrática de Derecho del Trabajo (Universidad Complutense de Madrid)
Directora de la revista *Derecho de las Relaciones Laborales*
Jesús Cruz Villalón
Catedrático de Derecho del Trabajo (Universidad de Sevilla)
Presidente de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Director de la revista *Temas Laborales*
Isabelle Daugareilh
Directora de investigación en el Centre National de la Recherche Scientifique (Universidad de Burdeos)
Aurelio Desdentado Bonete
Magistrado (e) del Tribunal Supremo
Federico Durán López
Catedrático de Derecho del Trabajo (Universidad de Córdoba)
Of Counsel del Departamento Laboral de Garrigues Abogados
Maximilian Fuchs
Profesor de Derecho del Trabajo (Universidad de Ingolstadt)
Ignacio García-Perrote Escartín
Catedrático de Derecho del Trabajo (Universidad Nacional de Educación a Distancia)
Director del Departamento Laboral de Uría y Menéndez Abogados
Director de la *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*

Adrián Goldin
Profesor Titular (e) de Derecho del Trabajo (Universidad de Buenos Aires)
Santiago González Ortega
Catedrático de Derecho del Trabajo (Universidad Pablo de Olavide de Sevilla)
José Luis Goñi Sein
Catedrático de Derecho del Trabajo (Universidad Pública de Navarra)
Jorge Leite
Profesor (a) de Derecho del Trabajo (Universidad de Coimbra)
María Lourdes López Cumbre
Catedrática de Derecho del Trabajo (Universidad de Cantabria)
Antonio Martín Valverde
Catedrático (e) de Derecho del Trabajo
Magistrado (e) del Tribunal Supremo
José Luis Monereo Pérez
Catedrático de Derecho del Trabajo (Universidad de Granada)
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social
Director de la *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*
Alfredo Montoya Melgar
Magistrado del Tribunal Constitucional
Catedrático (e) de Derecho del Trabajo (Universidad Complutense de Madrid)
Director de la *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*
Luca Nogler
Profesor Ordinario de Derecho del Trabajo (Universidad de Trento)
Director de la revista *Giornale di Diritto del lavoro e Relazioni Industriali*

Antonio Ojeda Avilés
Catedrático (e) de Derecho del Trabajo (Universidad de Sevilla)
Presidente del Instituto Europeo de Relaciones Industriales
Sofía Olarte Encabo
Catedrática de Derecho del Trabajo (Universidad de Granada)
Marcos Peña Pinto
Inspector de Trabajo y Seguridad Social
Presidente del Consejo Económico y Social de España
Francisco Pérez de los Cobos Orihuel
Catedrático de Derecho del Trabajo (Universidad Complutense de Madrid)
Salvador del Rey Guanter
Catedrático de Derecho del Trabajo (ESADE Law School)
Socio del Área Laboral de Cuatrecasas Gonçalves Pereira
Presidente del Instituto Internacional Cuatrecasas de Estrategia Legal en Recursos Humanos
Miguel Rodríguez-Piñero Royo
Catedrático de Derecho del Trabajo (Universidad de Sevilla)
Gloria Pilar Rojas Rivero
Catedrática de Derecho del Trabajo (Universidad de La Laguna)
Eduardo Rojo Torrecilla
Catedrático de Derecho del Trabajo (Universidad Autónoma de Barcelona)
Umberto Romagnoli
Profesor Ordinario (e) de Derecho del Trabajo (Universidad de Bolonia)
Director de la revista *Lavoro e diritto*

Juan Antonio Sagardoy Bengoechea
Catedrático (e) de Derecho del Trabajo
Presidente de Honor de Sagardoy Abogados
Tomás Sala Franco
Catedrático (e) de Derecho del Trabajo (Universidad de Valencia)
María Luisa Segoviano Astaburuaga
Magistrada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo
Antonio V. Sempere Navarro
Catedrático de Derecho del Trabajo (Universidad Rey Juan Carlos de Madrid)
Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo
Director de la *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*
Tiziano Treu
Profesor Ordinario (e) de Derecho del Trabajo (Universidad Católica de Milán)
Presidente de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Luis Enrique de la Villa Gil
Catedrático (e) de Derecho del Trabajo (Universidad Autónoma de Madrid)
Of Counsel de Roca Junyent Abogados
Director de la *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Humberto Villasmil Prieto
Especialista Principal en Derecho del Trabajo (Organización Internacional del Trabajo)
Alfredo Villavicencio Ríos
Profesor Principal de Derecho del Trabajo (Pontificia Universidad Católica del Perú)

ALFREDO MONTOYA MELGAR

El profesor Alfredo Montoya Melgar, catedrático emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense, jurista de extraordinaria relevancia y reconocimiento en los ámbitos nacional e internacional de nuestra disciplina y autor de una numerosa e influyente obra científica, ha sido nombrado magistrado del Tribunal Constitucional por Real Decreto 261/2017, de 10 de marzo (*BOE*, 11-3), a propuesta del Senado, de conformidad con la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. La Dirección y el Consejo de Redacción de TRABAJO Y DERECHO, de cuyo Consejo Científico Asesor el ilustre jurista forma parte desde el principio para nuestra satisfacción, hacen llegar al nuevo magistrado su más plena felicitación.

Trabajo y Derecho

NUEVA REVISTA DE ACTUALIDAD Y RELACIONES LABORALES

Núm. 28 • Abril 2017

SUMARIO

OPINIÓN

- ¿El derecho de huelga en entredicho?
por Wilfredo Sanguineti Raymond 11

ESTUDIOS

- El *Welfare* empresarial: problemas, oportunidades, instrumentos
por Tiziano Treu 16
- Estándares laborales internacionales en la era de la globalización
por David Lantarón Barquín 35
- La ejecución en los procesos de despidos colectivos. Especial referencia a las sentencias de naturaleza colectiva
por Belén Fernández Docampo 57

UNIÓN EUROPEA Y AGENDA INTERNACIONAL

(a cargo de Margarita Isabel Ramos Quintana)

Debates con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- Límites europeos a la autorización administrativa del despido colectivo
por Jesús Lahera Forteza 73

- Incapacidad temporal y discriminación por discapacidad: reflexiones al hilo del caso Daouidi
por Silvia Fernández Martínez 77

JURISPRUDENCIA

(a cargo de Juan Bautista Vivero Serrano)

Observatorio temático de jurisprudencia

- El asunto Porras en la doctrina judicial: recorrido por las primeras sentencias aplicativas de la STJUE 14-9-2016, C 596/14
por Joaquín Pérez Rey 83
- Contratación (administrativa) temporal de personal inserto en el ámbito organizativo de la Administración Pública
por Isabel Sánchez Peña 93

Las sentencias del mes

- Las sentencias anotadas 100

LEGISLACIÓN

(a cargo de Enrique Cabero Morán)

Observatorio temático de legislación

- La fallida modificación del servicio portuario de manipulación de mercancías: la derogación por el Congreso de los Diputados del Real Decreto-ley 4/2017 109

Las novedades legislativas a examen

- Las disposiciones anotadas 116

LIBROS

(a cargo de Manuel Álvarez de la Rosa)

- Los procesos de seguridad social y el sistema de garantía juvenil
por Sarai Rodríguez González 121
- Las políticas activas de empleo
por Pompeyo Gabriel Ortega Lozano 124

PRÁCTICA JURÍDICA Y DESPACHOS PROFESIONALES

(a cargo de Jesús R. Mercader Uguina)

Informes, dictámenes y notas de urgencia

- Dictamen jurídico sobre posibles soluciones ante el fin de la ultraactividad
por M^a Ángeles Rico Albert 128

RELACIÓN DE SENTENCIAS Y DISPOSICIONES LEGALES ANOTADAS

Las sentencias del mes

■ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Derecho de huelga y esquirolaje tecnológico: no lesiona el derecho fundamental de huelga la utilización por el empresario con ocasión de una huelga de las tecnologías o medios técnicos ya disponibles, aunque de uso no habitual. *STC (Pleno) 17/2017, de 2 de febrero.*

■ TRIBUNAL SUPREMO

- Derecho de huelga y descentralización productiva: el empresario principal o cliente (Telefónica) no está obligado a negociar de buena fe durante el transcurso de la huelga convocada por los trabajadores de diez empresas contratistas de la empresa principal. Falta de legitimación pasiva del empresario principal demandado. *STS, 4ª, 23-1-2017, recurso de casación 60/2016.*
- Despido colectivo tácito por ceses posiblemente ilícitos de trabajadores temporales y competencia judicial objetiva: incompetencia objetiva del TSJ al no poder utilizarse el proceso especial de despido colectivo en caso de eventual despido colectivo tácito por ceses posiblemente irregulares de trabajadores temporales que superen el umbral numérico del despido colectivo. *STS, 4ª (Pleno), 22-12-2016, recurso de casación 10/2016.*
- Ejecución colectiva y definitiva del despido colectivo nulo de Coca Cola: readmisión regular de los trabajadores del centro de Fuenlabrada pese a la conversión del mismo de centro embotellador en centro logístico, al ampararse el cambio de funciones en el ejercicio empresarial de la movilidad funcional ordinaria del artículo 39 ET. Adecuación del procedimiento de despido colectivo para la ejecución colectiva referida a la regularidad o no de la readmisión de trabajadores con diferencias individuales con el empresario. *STS, 4ª (Pleno), 18-1-2017, recurso de casación 108/2016.*
- Médicos internos residentes extracomunitarios y cotización por desempleo: admisión a trámite del recurso de casación ante la jurisdicción contencioso-administrativa por existencia de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia. *ATS, 3ª, 18-1-2017, recurso de casación 13/2016.*
- Pensión de viudedad de excónyuge beneficiario de pensión compensatoria: el excónyuge beneficiario de pensión compensatoria y con ruptura del vínculo matrimonial anterior al 1 de enero de 2008, puede acogerse al régimen de la disposición transitoria 18ª LGSS-1994, sin que el importe de la pensión civil suponga el tope máximo del importe de la pensión de viudedad. *STS, 4ª (Pleno), 22-12-2016, rcud 1466/2015.*
- Personal laboral de la Administración Pública y provisión de vacantes: cuando las bases de una convocatoria de provisión de vacantes entre el personal laboral fijo sean contrarias a Derecho (contravención de lo dispuesto por el convenio colectivo) no hará falta impugnarlas previamente para la posterior impugnación de los actos de aplicación de las mismas. *STS, 4ª, 22-12-2016, rcud 3998/2015.*
- Prestación por desempleo y tope máximo aplicable en la contratación a tiempo parcial: los topes máximo y mínimo calculados sobre el IPREM en caso de prestación de servicios (en todo o en parte) a tiempo parcial durante los 180 días anteriores al hecho causante deben calcularse en función del porcentaje de parcialidad resultante. *STS, 4ª, 27-12-2016, rcud 3132/2015.*
- Sucesión legal de empresa y despido disciplinario improcedente producido con anterioridad a la sucesión: responsabilidad solidaria del empresario cesionario respecto de las consecuencias de la calificación de improcedencia del despido disciplinario de un trabajador del empresario cedente producido con anterioridad a la sucesión legal. *STS, 4ª, 30-11-2016, rcud 825/2015.*

- Vigilancia y control de los trabajadores mediante cámaras de vídeo: es lícita a efectos de juicio por despido disciplinario la prueba obtenida por el empresario mediante el sistema de videovigilancia existente en la empresa por razones de seguridad, de cuya existencia estaban expresamente informados los trabajadores, aunque sin advertencia empresarial de su posible utilización a efectos disciplinarios. *STS, 4ª (Pleno), 31-1-2017, rcud 3331/2015.*

Las novedades legislativas a examen

■ LEGISLACIÓN ESTATAL

- Real Decreto-ley 4/2017, de 24 de febrero, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías dando cumplimiento a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, recaída en el asunto C-576/13 (procedimiento de infracción 2009/4052) (BOE 25 de febrero de 2017).
- Real Decreto 130/2017, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Explosivos (BOE 4 de marzo de 2017).
- Real Decreto 196/2017, de 3 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 1879/1996, de 2 de agosto, por el que se regula la composición de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, para su adaptación a la nueva estructura de los departamentos ministeriales de la Administración General del Estado (BOE 4 de marzo de 2017).
- Correcciones de errores del Real Decreto 746/2016, de 30 de diciembre, sobre revalorización y complementos de pensiones de Clases Pasivas y sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2017 (BOE 16 de febrero y 8 de marzo de 2017).
- Resolución de 1 de febrero de 2017, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se prorroga la vigencia de la Resolución de 1 de agosto de 2013, modificada por la de 30 de julio de 2014, por la que se determina la forma y plazos de presentación de solicitudes y de tramitación de las ayudas económicas de acompañamiento incluidas en el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo prorrogado por el Real Decreto-ley 1/2013, de 25 de enero (BOE 16 de febrero de 2017).
- Resolución de 9 de febrero de 2017, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se modifica la de 1 de julio de 2011, por la que se aprueba la adaptación del Plan General de Contabilidad Pública a las entidades que integran el sistema de la Seguridad Social (BOE 16 de febrero de 2017).
- Resolución de 17 de febrero de 2017, del Instituto Social de la Marina, por la que se modifica la de 19 de noviembre de 2013, sobre delegación de competencias (BOE 25 de febrero de 2017).
- Resolución de 23 de febrero de 2017, de la Mutualidad General Judicial, por la que se modifica la de 19 de diciembre de 2012, por la que se regulan las ayudas por tratamiento de psicoterapia o logopedia y la ayuda para gastos de hospitalización psiquiátrica para mutualistas adscritos a los Servicios Públicos de Salud de las Comunidades Autónomas (BOE 1 de marzo de 2017).

■ LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

- Aragón. Ley 1/2017, de 8 de febrero, de medidas de racionalización del régimen retributivo y de clasificación profesional del personal directivo y del resto del personal al servicio de los entes del sector público institucional de la Comunidad Autónoma de Aragón (BOA 16 de febrero de 2017 y BOE 8 de marzo de 2017).
- Cantabria. Orden PRE/29/2017, de 24 de febrero, por la que se crea la sede judicial electrónica correspondiente al ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOC 3 de marzo de 2017).
- Cataluña y País Vasco. Convenio de colaboración entre la Administración General del Estado, la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco y la Generalidad de Cataluña, por el que se crea y regula la Comisión de Cooperación Interadministrativa del sistema de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE 16 de febrero de 2017).

- Región de Murcia. Ley 2/2017, de 13 de febrero, de medidas urgentes para la reactivación de la actividad empresarial y del empleo a través de la liberalización y de la supresión de cargas burocráticas (BORM 16 de febrero de 2017 y BOE 8 de marzo de 2017).
- Comunidad Valenciana. Decreto 17/2017, de 10 de febrero, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita (DOGV 1 de marzo de 2017).
- Leyes de presupuestos de las Comunidades Autónomas para el año 2017 (III).



¿El derecho de huelga en entredicho?

«El derecho de los huelguistas es un derecho de incumplir transitoriamente el contrato, pero es también un derecho a limitar la libertad del empresario».

STC 11/1981, de 8 de abril, fundamento 10º

Desde el momento mismo de su creación el Tribunal Constitucional ha asumido en España no solo el papel de intérprete supremo de la Constitución que le asigna su ley orgánica, sino el de promotor y garante de la efectividad del sistema de derechos y libertades consagrado por esta. Este marcado activismo de nuestra jurisprudencia constitucional hunde sus raíces, por supuesto, en una realidad social y normativa necesitada de numerosos y profundos ajustes para estar en condiciones de responder a las exigencias propias del modelo de sociedad y de Estado propugnado por la norma fundamental. Sus formas de expresión recorren por ello todos los ámbitos de la vida social y el quehacer jurídico, en relación con los cuales ha sido necesaria una labor en gran medida pedagógica y de ajuste dirigida a ahorrar normas, instituciones y comportamientos, tanto de agentes públicos como de sujetos privados, incluyendo entre los primeros a los órganos de la jurisdicción ordinaria, a los valores, principios y derechos consagrados como fundamentales al máximo nivel normativo.

Uno de los espacios en los que esa labor se hizo desde un primer momento particularmente necesaria, y ha resultado además particularmente relevante, es el de las relaciones de trabajo. Y en particular el de su dimensión colectiva, donde la jurisprudencia constitucional ha contribuido de forma decisiva a sentar las bases del modelo democrático y dinámico articulado en torno a la autonomía colectiva que se insinúa detrás de los preceptos constitucionales dedicados a esta materia. Si bien el impacto de algunas de las construcciones desarrolladas a tal efecto por el Tribunal Constitucional se advertiría de forma inmediata, al introducir cambios radicales en la manera tradicional de operar de determinadas instituciones o ratificar desarrollos normativos que los traían consigo, en otros casos su trascendencia solamente ha podido ser advertida en toda su magnitud con posterioridad, conforme el modelo ha ido avanzando en su rodaje y se ha visto sometido a nuevos interrogantes y desafíos.

Este último ha sido el caso de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la naturaleza instrumental respecto del objetivo de defensa de los intereses de los trabajadores del derecho de huelga y su consiguiente preeminencia respecto de la libertad de empresa y el derecho de los empresarios a la adopción de medidas de conflicto, cuyo origen se encuentra en el examen de las consecuencias del reconocimiento del primero como derecho fundamental llevado a cabo por su Sentencia 11/1981, de 8 de abril.

Como es de sobra conocido, tanto la expresa referencia del artículo 28.2 a la función de la huelga como herramienta para la defensa de los intereses de los trabajadores como la conexión que a partir de ello es posible establecer entre la consagración constitucional de este derecho y el valor fundamental de igualdad, entendida como «igualdad económica y social», permitirán al Tribunal integrar, dentro de esta decisiva sentencia, la garantía del cumplimiento de su misión de operar como «instrumento de presión» en su contenido, así como proyectarlo sobre la definición del que corresponde a la libertad de empresa. El de huelga es, así, también un derecho a «limitar la libertad del empresario, a quien se le veda contratar otros trabajadores y llevar a cabo arbitrariamente el cierre de la empresa». Es decir, realizar acciones que, como estas, buscan restringir su impacto. El problema del nexo entre el derecho de huelga y la libertad de empresa es enfocado, de tal modo, como uno de delimitación de sus respectivos contenidos antes que de conflicto entre ellos, como en su día indicaría la doctrina más atenta a estas cuestiones, debiendo entenderse que el primero comprende, dada su naturaleza y función, la facultad de limitar el uso en clave defensiva de los poderes empresariales.

Es más, la anterior es una conclusión que no cede incluso cuando el Tribunal pasa a examinar la relación entre el derecho de huelga y el de adopción de medidas

de conflicto de los empresarios, pese a que este consagra un poder de reacción funcionalmente contrapuesto al primero. Antes bien, el mismo encontrará en las diferencias entre ambos derechos, expresadas no solo a través de su distinta ubicación sino de su diversa función y conexiones con valores constitucionales nucleares, argumentos para sustentar la preeminencia del primero sobre el segundo, con la consiguiente imposibilidad de que pueda ser utilizado para anular su ejercicio. Es decir, atentar contra su eficacia. Aunque la formulación de esta tesis, debido a la época, estuvo referida a la determinación del ámbito de licitud constitucional del cierre patronal, que terminó por ser entendido coincidente con el de ejercicio del «poder de policía» del empresario en salvaguardia de la integridad de personas y bienes, nada hay en ella que permita entenderla vinculada solo a este. Por el contrario, resulta posible incluir dentro de sus alcances cualquier otra práctica que pueda decirse que «vacía de contenido el derecho constitucional de hacer huelga», como indica el Tribunal que sucede en los supuestos ilícitos de cierre.

A la luz de estas consideraciones no es de extrañar que se haya sostenido que a través de la Sentencia 11/1981 se produjo el reconocimiento de la garantía del elemento instrumental de la presión sin el que la huelga no es capaz de cumplir la misión a la que es llamada por la Constitución como un componente del contenido del derecho fundamental. Aún así, el impacto material de esta tesis fue entonces más bien escaso, ya que se limitó a la ratificación de la validez de la prohibición de sustitución de los trabajadores en huelga por otros contratados al efecto prevista por el artículo 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977, así como de la regulación restrictiva del recurso al cierre patronal llevada a cabo por los artículos 12 a 14 de este.

Esta situación cambiaría, y además radicalmente, a principios de los años noventa, como consecuencia de la aparición de una gama cada vez más amplia de formas nuevas de reacción frente a las huelgas, todas ellas dirigidas a paliar o neutralizar los efectos negativos que pueda ocasionar al empresario su realización.

La respuesta del Tribunal Constitucional tardaría en este caso muy poco en producirse. Esta tuvo lugar, como es sabido, a través de su Sentencia 123/1992, de 28 de septiembre, dedicada a examinar el primer supuesto de sustitución de trabajadores en huelga por otros del mismo centro valorado por nuestros tribunales. Entonces el mismo partirá del terreno allanado por la Sentencia 11/1981 para declarar la ilegitimidad de dicho comportamiento. De hecho, el recorrido argumental de esta sentencia sigue de forma casi lineal el camino de su precedente: desde la negación de la capacidad de la libertad de empresa para avalar actos que nieguen los efectos de una huelga, hasta la imposibilidad de que el derecho a la adopción de medidas de conflicto de los empresarios

ofrezca amparo a acciones de tal naturaleza, vista la «preeminencia» del de huelga. Esta preeminencia, dirá el supremo intérprete de la Constitución, «produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial». Este es el caso de «la potestad directiva del empresario» de la que «son emanación las facultades que le permiten una movilidad del personal, ascensional e incluso peyorativa». De ello se deduce que «el ejercicio de tal facultad, cuando se utiliza como instrumento para privar de efectividad a la huelga, mediante la colocación de personal cualificado» en puestos «con una cualificación mínima», dejando «inermes a los trabajadores manuales, cuya sustitución es fácil», no puede ser incluida «entre las medidas empresariales de conflicto colectivo que legitima el artículo 37 de la Constitución», ya que conduce a «privarles materialmente de un derecho fundamental». Su ilicitud resulta, en virtud de ello, incuestionable desde la perspectiva constitucional. Lo anterior no implica, por supuesto, una total ilegalización del recurso a las prerrogativas empresariales durante las huelgas. Pero sí de su empleo «con fines distintos a los previstos por el ordenamiento jurídico y en una situación conflictiva», «para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo». Lo reprochable no es, de tal modo, el recurso a la movilidad del personal con ocasión de una huelga, sino su utilización «para privar de efectividad» a esta.

Es claro que el acierto de esta sentencia, que sería seguida por otras, como la 66/2002, de 21 de marzo, y sobre todo la 33/2011, de 28 de marzo, radica más en conectar la doctrina inicialmente esbozada por el Tribunal Constitucional con la dinámica asumida por el conflicto que en añadirle elementos nuevos. Lo que a través de ella se hizo no fue más que reafirmar la configuración del de huelga como un derecho a perjudicar los intereses empresariales mediante la abstención en el trabajo, bien que proclamando, en coherencia con ello, su amparo frente aquellos actos empresariales que, apoyándose en los poderes de organización y dirección, busquen neutralizar las consecuencias de su ejercicio. Un resultado que se alcanza, por cierto, por aplicación directa del artículo 28.2 de la Constitución y no como resultado de interpretación extensiva alguna del texto del artículo 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977.

El anterior es, como salta a la vista, un enfoque en torno a la esfera de protección constitucionalmente garantizada al derecho de huelga que, por su naturaleza, es aplicable a cualquier actuación patronal capaz de conseguir ese mismo resultado. El paso en esta dirección no lo daría, sin embargo, el Constitucional, sino el Tribunal Supremo mediante dos resoluciones más recientes que optaron por extender esta garantía a decisiones empresariales relacionadas con la disposición técnica y organi-



zativa de los procesos productivos. La Sentencia de 25 de enero de 2010, que entendió contraria al derecho de huelga la decisión de un transportista de «contratar con otras empresas» la prestación de «servicios de refuerzo para cubrir aquellos que no se pueden atender». Y la Sentencia de 5 de diciembre de 2012, que examinó un supuesto por ella calificado de «esquirolaje tecnológico», declarando que el derecho de huelga puede ser vulnerado también «mediante la utilización de medios mecánicos o tecnológicos» si con ella se consigue el mismo efecto de privación material de este.

Esta evolución permite poner de manifiesto cómo el magisterio del Tribunal Constitucional no solo ha servido para orientar el trabajo de los tribunales ordinarios, sino que ha operado como fuente de inspiración para el desarrollo por estos de puntos de vista que abundan en el objetivo de garantía de la vigencia efectiva de la Constitución. En los últimos años, sin embargo, la labor del supremo intérprete de nuestra Constitución parece haber mudado de orientación o verse influida por preocupaciones distintas, puesto que este, sin atreverse a adjudicar de forma explícita de sus tesis iniciales, seguramente debido a su arraigo y solvencia, viene adoptando puntos de vista que las rectifican, incluso sustancialmente, en la práctica.

Lo resuelto por su reciente Sentencia 17/2017, de 2 febrero, en materia de derecho de huelga constituye la última manifestación de esta preocupante deriva del Tribunal Constitucional, que en varias de sus últimas resoluciones parece más interesado en abrir espacios para el ejercicio incondicionado de los poderes empresariales, incluso cuando inciden sobre derechos garantizados por la Constitución, que en asegurar la efectividad de estos, como ocurría en el pasado a través de construcciones como la que ha sido sintetizada.

No es cuestión de detenerse aquí en la narración de los hechos que han motivado en este caso un pronunciamiento denegatorio del amparo solicitado por el sindicato recurrente, no solo porque el espacio de esta columna de opinión no lo permitiría, sino porque lo que resulta verdaderamente cuestionable dentro de esta sentencia son más bien los criterios utilizados para llegar a ese resultado. Baste pues con señalar que lo enjuiciado es un comportamiento complejo a través del cual se consiguió llevar a cabo la retransmisión de un importante evento deportivo pese al seguimiento masivo de una huelga por el personal de una cadena televisiva, mediante la instrumentación de prestaciones de unos pocos trabajadores que no participaron en ella y el empleo de medios y procedimientos técnicos no habituales. Es decir, a través de una conducta que tenía todas las trazas de constituir una combinación de esquirolaje interno y esquirolaje tecnológico, por utilizar la terminología acuñada en los últimos años.

La solución que se ofrece es ya cuestionable desde el propio presupuesto metodológico del que parte. No otro que el de romper la sustancial unidad existente entre las actuaciones denunciadas, todas instrumentales para la consecución de un mismo objetivo, como era realizar la retransmisión pese al paro, desligando además su examen de toda valoración respecto de su repercusión sobre la medida de presión. Las mismas son examinadas, así pues, separadamente, como si de conductas estancas se tratase. Y sin analizar si eran aptas o no para reducir o anular la repercusión de la huelga. La ponderación de las consecuencias de los actos del empresario sobre la capacidad de la huelga para actuar como medida de presión, que tan decisiva había resultado en pronunciamientos precedentes, se transmuta, de tal forma, en una evaluación puramente formal o mecánica de si hubo o no sustitución de los huelguistas, de un lado. Y de si el empleo de medios tecnológicos, al margen de sus consecuencias, está permitido o no durante una huelga. A partir de ello el resultado está poco menos que cantado.

Así, la posibilidad de que los trabajadores que colaboraron para hacer posible la retransmisión hubiesen sustituido ilegítimamente a sus compañeros en huelga es despachada por el Tribunal con llamativa ligereza, refugiándose en la autoridad de los hechos declarados probados por la sentencia de instancia, a juicio de la cual estos «no llevaron a cabo funciones distintas de las que vienen desarrollando habitualmente». Renunciando, como denuncia con valentía el voto particular formulado por tres magistrados disidentes, a llevar a cabo una interpretación de ese relato a la luz de los valores constitucionales cuando resulte preciso para garantizar la protección de los derechos fundamentales, como el mismo tiene declarado reiteradamente. Algo que era en este caso necesario al menos por dos razones. En primer lugar porque lo decisivo al efecto de determinar si hubo o no una sustitución prohibida de trabajadores en huelga no es establecer si las tareas ejecutadas por el personal no participante no coinciden con las que le corresponden de ordinario, como asume acríticamente la sentencia, sino más bien si a través de ellas se produjo un reemplazo de prestaciones que debían ser ejecutadas por sus compañeros en huelga capaz de poner en cuestión la virtualidad de su negativa a trabajar. Pero, en segundo lugar, porque en el caso sí que tuvo lugar una actuación de este tipo, materializada a través de la asunción por los trabajadores implicados de tareas de claro efecto sustitutivo respecto de prestaciones legítimamente omitidas por los huelguistas. Y capaces además de minimizar, como ocurrió, la repercusión de la protesta. En uno de los casos incluso con realización de una tarea de notorio nivel inferior. De ello da cuenta pormenorizada el voto particular, incliniéndose, ya por ello, por la concesión del amparo.

De ser aplicada hasta sus últimas consecuencias, esta forma de valorar la presencia de un supuesto de sustitu-

ción de interna de trabajadores en huelga se situaría en condiciones de vaciar de contenido la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la ilegitimidad de esta clase de comportamientos, toda vez que podría servir para legitimar cualquier reemplazo, siempre que las nuevas tareas no sean del todo extrañas al sustituto. La sentencia no llega, sin embargo, a afirmarlo. Ni es posible entenderlo así a la luz de los precedentes jurisprudenciales antes referidos, que la misma cita expresamente en apoyo de su punto de vista. Nos quedamos pues, al menos aquí, ante una no muy afortunada solución del caso concreto.

Establecido lo anterior, el Tribunal pasa a examinar un segundo bloque de actuaciones, representado por lo que la sentencia describe como el empleo de «medios técnicos con los que contaba la empresa pero que no son de uso habitual», así como de «un procedimiento diferente al normalmente previsto», con el fin de conseguir, en combinación con las prácticas sustitutivas referidas, la retransmisión del evento deportivo pese a la ausencia de la mayor parte del personal que debía realizar las funciones necesarias para ello.

Por llamativo que parezca, el mismo no parte entonces de preguntarse, como era del todo necesario de acuerdo con su doctrina, por el efecto de dichas actuaciones sobre el ejercicio del derecho de huelga de los trabajadores adherentes a la convocatoria. Es decir, si a través de las mismas se produjo una sustitución de las prestaciones no realizadas capaz de reducir su impacto sobre la esfera empresarial y afectar, por tanto, a la efectividad como medida de presión de su abstención en el trabajo. Una pregunta frente a la que no cabía, por supuesto, sino una respuesta. Ni se interroga, en general, por la legitimidad del uso no habitual de medios y procedimientos como los descritos para privar de consecuencias a una huelga. Interrogante este al que tampoco era difícil responder a la luz de su doctrina sobre la ilegitimidad del empleo de los poderes empresariales con semejante propósito. Antes bien, opta por evitar formularse ambas preguntas, para situar el problema a resolver en un plano más general. Y, por tanto, más ambiguo. No otro que el de la determinación de la legitimidad de «la utilización durante la huelga de medios de uso no habitual en la empresa». Una cuestión a la que, por supuesto, no es posible ofrecer una respuesta única, ya que esta depende, precisamente, del efecto que esa utilización tenga sobre las prestaciones omitidas por los huelguistas y el ejercicio del derecho. Legítimo si no supone sustitución y minoración del impacto de la huelga. E ilegítimo en caso contrario.

Situado el problema en este plano, lo que hace a continuación el Tribunal es recurrir a una larga serie de argumentos, la mayor parte inconexos, con el fin de legitimar la utilización de lo que él mismo califica de «ejercicio del poder de organización de los medios de producción» de forma

simultánea al del derecho de huelga. Empezando por una muy llamativa alusión al Derecho comparado, que parece verse elevado al rango de canon complementario de constitucionalidad mediante la indicación de que «resulta interesante resaltar no existe en los ordenamientos de nuestro entorno ninguna previsión que ampare una lectura del derecho de huelga que abarque lo que aquí se pretende». Y continuando con sucesivas referencias al carácter limitado de cualquier derecho constitucional, y por tanto también del derecho de huelga, bien que sin aludir a la capacidad que su propia doctrina le reconoce para limitar, a su vez, la libertad del empresario en atención a su naturaleza; a la prohibición de abuso de este derecho, con la consiguiente necesidad de que los daños por él producidos no traspasen determinados límites, pese a que esta referencia serviría aquí más bien para reclamar la protección de los efectos de la huelga realizada, al no superar estos tales límites ni poderla considerar como una huelga abusiva; a la inexistencia de «precepto alguno» que, durante el ejercicio del derecho de huelga, «prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa para mantener su actividad», como si no bastase el artículo 28.2 de la Constitución y su jurisprudencia que entiende incluida en su contenido la garantía de su efectividad como medida de presión en defensa de los intereses de los trabajadores para deslegitimar su empleo, si no con carácter general, sí cada vez que busque privarlos materialmente de su derecho fundamental; al entendimiento de que «exigir al empresario que no utilice medios técnicos» de los que dispone supone imponer a este «una conducta de colaboración en la huelga no prevista legalmente», olvidando que abstenerse de destruir no equivale a colaborar y soslayando además que, como se ha señalado, los límites que el ejercicio del derecho de huelga pueda imponer a los poderes empresariales no deben ser leídos como cooperación con sus titulares sino como un efecto derivado de la función atribuida por la Constitución a este derecho fundamental; o, en fin, a la garantía del «ejercicio del derecho al trabajo de aquellos trabajadores que hayan decidido no sumarse» a la huelga, a quienes «ni la Constitución ni la jurisprudencia constitucional» obligan «a contribuir al éxito de la reivindicación», como si la garantía de este derecho los facultase para neutralizar lo que legítimamente hacen sus compañeros, cosa que hace décadas negó que fuese posible la jurisprudencia ordinaria, o autorizase al empresario a privar de efectos al derecho de huelga con el fin de satisfacerlo.

Todo esto no parece ser más que un no demasiado imaginativo esfuerzo dirigido a dotar de fundamento a una decisión que tiene la apariencia de haber sido tomada a partir de una visión del problema de fondo, que no es otro que el de la determinación de las consecuencias del reconocimiento de la huelga como derecho fundamental, opuesta a la profesada hasta entonces por el Tribunal Constitucional. Sin tener que hacer frente, por tanto, a la autoridad y el prestigio consolidados de esa doctrina. Bien mediante el desarrollo de una argumentación consis-



tente que sirva para lograr de forma no dudosa su encaje dentro de ella, si es que esto era posible. O bien construyendo una doctrina alternativa sobre el particular. Una tarea, esta última, por supuesto difícil, pero que se debió afrontar si se tenía la legítima convicción de que nuestro sistema constitucional ampara actuaciones como las descritas pese a sus efectos destructivos sobre el derecho de huelga. Frente a ello se ha preferido echar mano de argumentos presentes en viejas resoluciones del Tribunal Supremo para tratar de desautorizar la doctrina de este, claramente alineada con la suya, sobre la ilegitimidad constitucional del denominado «esquirolaje tecnológico». Basta leer la sentencia de dicho tribunal de 4 de julio de 2000 para comprobarlo.

Pero es un ejercicio en el fondo ineficaz, porque al haber desligado los actos de disposición sobre los medios tecnológicos de su efecto sobre el ejercicio del derecho de huelga, en un mal disimulado intento de no hacer explícita la colisión entre la solución que postula para el caso y su doctrina general sobre la materia, lo que no ha conseguido el Tribunal Constitucional es establecer —y menos aun puede entenderse que haya declarado— que resulta constitucionalmente legítima la utilización de la tecnología en reemplazo de las prestaciones no desarrolladas por los huelguistas. Ni la sentencia lo dice, expresa o implícitamente, ni es posible afirmarlo con la Constitución y los precedentes jurisprudenciales en la mano.

Háyanlo querido o no sus redactores, lo que la sentencia afirma es algo distinto y no necesariamente incompatible con la prohibición de esa clase de conductas. Y es que decir por ejemplo, como se hace en su última parte, que ni Constitución ni su jurisprudencia «obligan al empresario a reducir la actividad empresarial más allá de lo que sea una consecuencia lógica del seguimiento de la huelga por los trabajadores afectados», impide entender que la protección de este derecho demanda una prohibición total del recurso a las prerrogativas empresariales durante su ejercicio. Sin embargo, no autoriza a considerar válido su empleo para privar de virtualidad a ese seguimiento, mediante la sustitución de las prestaciones de los huelguistas por otras, sean estas de carácter físico o de carácter mecánico, automático o virtual. Antes bien, permite entender que semejante actuación no resulta posible, al ser la privación de la posibilidad de disponer de las mismas, precisamente, una «consecuencia lógica» del ejercicio del derecho de huelga, que ha de ser soportada por el empresario. Es más, en este contexto, la afirmación hecha a continuación en el sentido de que a través del derecho de huelga «no se impone» al empresario «el deber o la obligación de colaboración con los huelguistas en el logro de sus objetivos» puede ser interpretada de forma plausible como vinculada a esa imposibilidad de exigir al mismo que no haga ningún uso de los poderes que le corresponden durante una huelga. Hipótesis en la que se iría más allá del deber de respeto de los efectos del ejercicio del

derecho para instalarse en el de la profundización de su impacto. Esta es una idea que se ve reforzada por la indicación, también presente, de que «la efectividad del ejercicio del derecho de huelga no demanda del empresario una conducta dirigida a no utilizar los medios técnicos con los que cuenta en la empresa o a abstenerse de realizar una actividad productiva que pueda comprometer el logro de los objetivos de la huelga». Una aseveración que, con la generalidad que aparece formulada, tampoco puede ser considerada no compatible con la prohibición de tales actos cuando se llevan a cabo con propósitos distintos de los previstos por el ordenamiento y en una situación de conflicto, no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para desactivar la presión producida por el paro, por traer nuevamente aquí las palabras de la Sentencia 123/1992. Si acaso, tiene mayor ambigüedad la indicación de que «lo que garantiza la Constitución es el derecho a realizar la huelga, no el resultado o el éxito de la misma». Pero incluso aquí cabe entender que el derecho a realizar la huelga comprende el de que se respete su efecto, no siendo este equivalente con el buen fin de la protesta, que coincide más bien con la paralización total del trabajo.

En consecuencia, por más que en relación este segundo extremo de la vulneración denunciada solución adoptada por el Tribunal Constitucional resulta difícilmente coherente con su doctrina sobre la garantía de efectividad del derecho de huelga, no parece que pueda afirmarse, como se ha hecho en algún caso, que a partir de su expedición el llamado «esquirolaje tecnológico» se encuentra expresa e indubitadamente autorizado entre nosotros desde el punto de vista constitucional. Es decir que sea posible reemplazar válidamente, y además sin limitaciones, las tareas temporalmente abandonadas por los huelguistas por otras total o parcialmente equivalentes ejecutadas por máquinas o automatismos. Antes bien, todo parece indicar que esto seguirá dependiendo de si a través del uso de medios y procedimientos tecnológicos se sustituye o no a dichos trabajadores. Y de si con ello se consiguió reducir artificialmente el legítimo efecto perjudicial de la protesta, naturalmente.

La huelga es, como diría desde sus primeras resoluciones el propio Tribunal Constitucional, un «instrumento de reivindicación social elevado al rango de derecho fundamental». Su razón de ser coincide con la que da vida al Estado social y democrático de Derecho, al alcance de cuyos fines sirve. Desarticular esta esencial vinculación, sometiendo su ejercicio al arbitrio de los poderes empresariales, no es por ello, más aún en la fase actual de la evolución de nuestro sistema constitucional, una tarea fácil de acometer.

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND

Subdirector