

Aula
Iuslaboralista-UAB

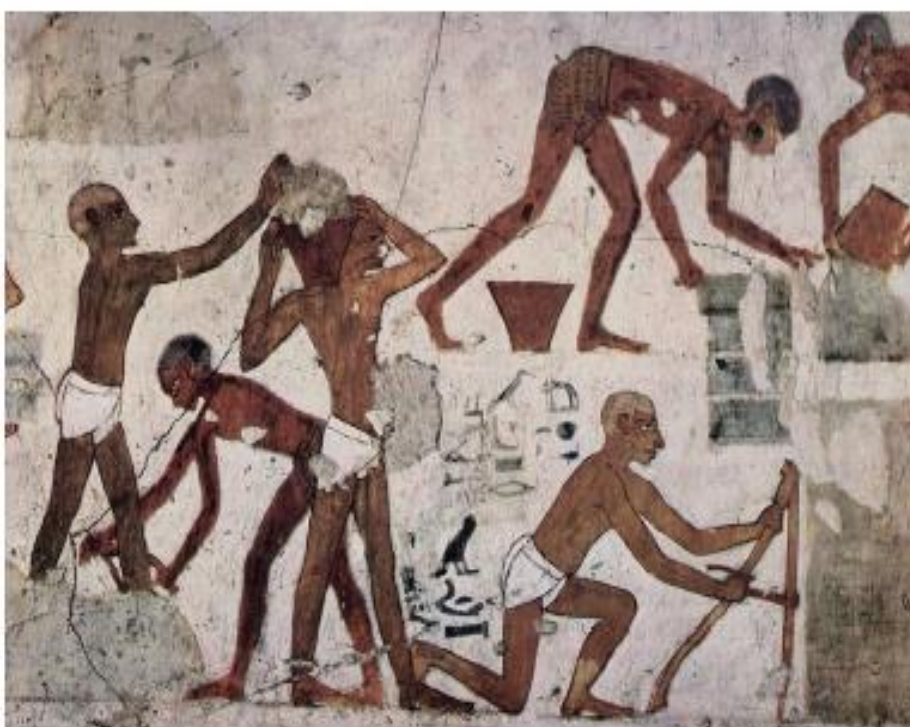
IX Cicle de conferències

Curs 2015-2016

Directors:

Dr. Albert Pastor Martínez

Dr. Francesc Pérez Amorós



Derecho de huelga y procedimiento judicial. A propósito del auto de la AN de 14 de mayo de 2015 y otros pronunciamientos recientes 4

<i>A.-La huelga y la respuesta judicial a los supuestos conflictivos. La reciente doctrina del TS.</i>	<i>4</i>
1.- Huelga y descentralización productiva: esquirolaje por cambio de contrata	4
2. Vulneración del derecho de huelga	4
2.1.- Esquirolaje Tecnológico: Una primera línea restrictiva:.....	4
2.2.- Esquirolaje Tecnológico: Corrección de la línea restrictiva:	5
2.3.- Esquirolaje interno:	5
2.4.- Descuento de haberes	6
2.5.- Vulneración del derecho de huelga e indemnización	6
3.- Huelga ilegal, ilícita o abusiva	7
4.- Servicios de mantenimiento	8
5.- Libertad de información y expresión.....	9
6.- Principio de igualdad	10
7.- Despido colectivo.....	10
8.- Terminación de la huelga.....	13
8.1.- Acuerdos de fin de huelga	13
8.2.- Arbitrajes obligatorios.....	14
9.- Proceso laboral	14
<i>B.- Análisis del Auto de la AN de 14 de mayo de 2015</i>	<i>16</i>
1.1.- Síntesis del supuesto de hecho	16
1.2.- Problemas que se plantean:	17
1.2.1.- Subsanción de la falta de ofrecimiento de caución	17
1.2.2.- Falta de acción y falta de acreditación de conciliación y mediación	18
1.2.3.- Posibilidad de suspender un derecho fundamental sin que medie ley habilitante....	19
1.2.4.- Ilícitud de la huelga	21
1.2.5.- Afectación al contenido esencial de un derecho fundamental por medio de medida cautelar	23

Derecho de huelga y procedimiento judicial. A propósito del auto de la AN de 14 de mayo de 2015 y otros pronunciamientos recientes

A.-La huelga y la respuesta judicial a los supuestos conflictivos. La reciente doctrina del TS.

1.- Huelga y descentralización productiva: esquirolaje por cambio de contrata

1.1.-STS 11 febrero 2015, RJ 2015\1011

ROJ: STS 1217/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1217)

Recurso: 95/2014 | Ponente: MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA

Resumen: vulneración derecho de Huelga: Grupo Prisa: Es contraria a la libertad sindical y al derecho de huelga la conducta de las demandadas consistente en contratar con empresas, cuya actividad es la impresión, la impresión de los periódicos EDICIONES EL PAÍS SL, DIARIO AS SL, ESTRUCTURA GRUPO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS SA, que realizaba siempre la empresa PRESSPRINT SL, durante los días en los que la totalidad de los trabajadores de la plantilla de esta última estaban en huelga, habiéndose impreso y distribuido durante dichos días la totalidad de los periódicos de las citadas empresas editoras.

La acción de un tercero -en este supuesto las tres empresas editoras de los diarios anteriormente consignados- consistente en contratar con otras empresas la actividad de impresión de los diarios, que tenían contratada con PRESSPRINT SL, durante los días en que su plantilla estuvo en huelga, supone vulneración de los derechos de libertad sindical y de huelga.

Se trata de decidir si es posible la vulneración de los derechos de libertad sindical y de huelga por quien no es el empresario del trabajador.

Protección de los derechos fundamentales de los trabajadores de la contratista frente a la actividad de las principal(es) en supuestos de descentralización: existe una especial vinculación entre los trabajadores huelguistas que prestan sus servicios en la empresa contratista -PRESSPRINT SL- y las empresas principales -EDICIONES EL PAÍS SL, DIARIO AS SL, ESTRUCTURA GRUPO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS SA- ya que están vinculados directamente a la actividad productiva de dichas empresas por ser las destinatarias últimas de su actividad laboral. Por dicho motivo la efectividad de sus derechos fundamentales, entre ellos el derecho de huelga, puede verse afectado por la actuación de los empresarios principales y, en consecuencia, habrán de ser protegidos frente a estas posibles actuaciones vulneradoras del derecho de huelga, ya que en caso contrario se produciría una situación de desamparo de los trabajadores. Tal y como ha establecido la STC 75/2010, de 19 de octubre de 2010 (RTC 2010, 75) : " Y a este desamparo se llega, precisamente, como consecuencia de lo que constituye la esencia misma de los procesos de subcontratación, esto es la fragmentación de la posición empresarial en la relación de trabajo en dos sujetos, el que asume la posición de empresario directo del trabajador, contratando con éste la prestación de sus servicios, y el que efectivamente recibe éstos, de una manera mediata y merced a un contrato mercantil".

2. Vulneración del derecho de huelga

2.1.- Esquirolaje Tecnológico: Una primera línea restrictiva:

2.1.1.-STS 11 junio 2012. RJ 2012\6841

El TS consideraba que no se lesiona el derecho de huelga si la empresa emplea para desarrollar esas actividades trabajadores no huelguistas o sus propios medios técnicos sin aplicación de trabajo humano. Ese derecho solo se vulnera si los trabajadores asignados a la prestación de servicios mínimos se utilizan para cumplir servicios no esenciales, pero no si los servicios no esenciales se ejecutan por trabajadores no huelguistas o por medios automáticos. (Ponente: A. Desdentado)

Voto Particular de Manuel Ramón Alarcón Caracuel: con tal planteamiento, quedaría legitimada una actuación empresarial en la que, en lugar de emitir solamente publicidad -como en el supuesto de autos- se emitieran también todos los programas de entretenimiento -películas, concursos, reportajes, etc. etc.- que constituyen el mayor porcentaje de la parrilla de programas de cualquier televisión y que están, en su inmensa mayoría pregrabados. Si a ello le añadimos la emisión en directo de los informativos -que siempre estará justificada por el debido respeto al derecho de comunicación e información y así se habrá establecido en la correspondiente norma de servicios mínimos- el resultado práctico no puede ser más evidente: **la realización de una huelga en este tipo de empresas puede llegar a tener una trascendencia social prácticamente nula** y, consiguientemente, el ejercicio de ese derecho puede quedar casi vaciado de contenido real, especialmente en un tipo de huelgas -como las del caso de autos- en las que no se trata de infligir un daño económico al empresario -que, probablemente, tampoco se le produciría si se le permite emitir publicidad- sino de hacer visible una protesta contra determinadas medidas gubernamentales que afectan al conjunto de la clase trabajadora.

2.2.- Esquirolaje Tecnológico: Corrección de la línea restrictiva:

2.2.1.- STS 5 diciembre 2012. RJ 2013\1751

Es contraria al derecho de huelga la emisión de programas cuyo contenido excedió la condición de meramente informativos, que eran los autorizados por la resolución gubernativa; la emisión de forma automática de publicidad preprogramada puede vulnerar el derecho de huelga, aunque no se utilicen trabajadores para ello, si dicha actividad empresarial, aún cuando sea mediante la utilización de medios mecánicos o tecnológicos, priva materialmente a los trabajadores de su derecho a la huelga.

"... no sólo en el supuesto de que se utilicen medios humanos (trabajadores asignados a la prestación de servicios mínimos) para la realización de actividades que exceden de los servicios decretados como esenciales, se lesiona el derecho de huelga, sino que también se lesiona este derecho cuando la empresa -como en el presente caso- emite publicidad por medios automáticos. **El planteamiento absolutista de la recurrente que viene a sostener que, cumpliendo con los servicios mínimos puede ETB realizar otro tipo de emisiones, siempre que para ello no emplee ni a trabajadores huelguistas ni los sustituya, por otros trabajadores llamados para prestar dichos servicios, choca frontalmente con el derecho fundamental a la huelga** -que el artículo 28.2 de nuestra Constitución proclama y garantiza-, **en el caso de que la actuación empresarial, aún cuando sea mediante la utilización de medios mecánicos o tecnológicos, prive materialmente a los trabajadores de su derecho fundamental, vaciando su contenido esencial.** Como ha señalado la doctrina el contenido esencial del derecho de huelga incorpora, además del derecho de los trabajadores a incumplir transitoriamente el contrato de trabajo, el derecho a limitar la libertad del empresario (STC 11/1981 , FJ nº 10), de manera que **no cabe el uso de las prerrogativas empresariales, aún amparadas en la libertad de empresa, para impedir la eficacia del derecho de huelga, y ello por la propia naturaleza de este derecho y también del de libertad de empresa que no incorpora a su contenido facultades de reacción frente al paro.** Con el señalado planteamiento empresarial, quedaría legitimada una actuación en la que se emitieran también todos los programas de entretenimiento -películas, concursos, reportajes, etc. etc.- que constituyen el mayor porcentaje de la parrilla de programas de cualquier televisión y que están, en su inmensa mayoría pregrabados. Si a ello le añadimos la emisión en directo de los informativos -que siempre estará justificada por el debido respeto al derecho de comunicación e información y así se habrá establecido en la correspondiente norma de servicios mínimos- el resultado práctico no puede ser más evidente: se consigue ofrecer una apariencia de normalidad con lo que la realización de una huelga en este tipo de empresas puede llegar a tener una trascendencia social prácticamente nula y, consiguientemente, el ejercicio de ese derecho puede quedar prácticamente vaciado de contenido real, lo que no es admisible en términos del derecho constitucional a la huelga, **todo lo que nos lleva a modificar la doctrina sentada** hasta ahora en supuestos similares al presente - con la excepción del caso resuelto en la sentencia de 16 de marzo de 1998 (RJ 1998, 2993) (rec. casación 1884/1997- entre otras en las sentencias de 4 de julio de 2000 (RJ 2000, 6289) (rec. casación 75/2000); 9 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 9371) (rec. casación 41/2003), 15 de abril de 2005 (RJ 2005, 4513) (rec. casación 133/2004), y más recientemente, en el fundamento de derecho primero de la sentencia de 11 de junio de 2012 (RJ 2012, 6841) (rec. Casación 110/2011).

2.3.- Esquirolaje interno:

2.3.1.-STS 30 abril 2014; RJ 2014\3289

Recurso: 213/2013 | Ponente: MIGUEL ANGEL LUELMO MILLAN

Resumen: Huelga: vulneración del derecho fundamental de huelga de CCOO y de los trabajadores que lo ejercitaron en el marco de la huelga general convocada para el día 14 de noviembre de 2012, al **emitir la parte demandada (EUSKAL TELEBISTA) un par de programas sustituyendo a trabajadores huelguistas por otros de la plantilla de la misma categoría y funciones,** y condena a la parte demandada a cesar en esa conducta y a abonar a la parte demandante una indemnización de 5000 €, así como a dar lectura de su fallo en los programas donde se produjo.

La eficacia del derecho de huelga como parte de su contenido:

se acudió a una sustitución interna de trabajadores prevista para cubrir ausencias en circunstancias ordinarias. Esa conducta empresarial no encuentra amparo en el poder directivo y organizativo del empleador precisamente porque actúa facultades ordinarias y legítimas en una situación común u ordinaria que dejan de serlo cuando está en juicio no el ejercicio sino la eficacia del derecho fundamental, convirtiendo en ilícita su actuación, es decir, **la muy leve repercusión de la huelga en el ente, por secundarla cinco de una plantilla de cuatrocientos veinticinco computables, no puede traducirse en la sustitución de dos de estos trabajadores cuando se ha demostrado que resultan imprescindibles para un concreto programa desde la óptica de su asignación ordinaria al mismo por el turno de trabajo atribuido, programas que han podido emitirse por el cambio de planificación en turnos (y por tanto, en servicios) una vez conocido el ejercicio del derecho de huelga por estos dos trabajadores"**

2.3.2.- STS 06 junio 2014

ROJ: STS 3040/2014)

Recurso: 191/2013 | Ponente: JESUS SOUTO PRIETO

Resumen: Huelga: vulneración por esquirolaje interno. Se vulnera el derecho de huelga cuando se sustituye unos trabajadores por otros, aunque sean internos, salvo que la actividad, realizada por los sustitutos durante la huelga, sea la desempeñada por ellos de modo normal y habitual. Por consiguiente, probado que el 28-9-2012 se introdujeron 14 órdenes de publicidad en el sistema, ejecutadas mayoritariamente por la jefe de equipo, concluye que dicha actividad vulneró el derecho de huelga de CCOO y de los

trabajadores que la secundaron, aunque se haya probado que la citada señora introducía órdenes de publicidad en el sistema en otras fechas, ya que dicha actividad no era la habitual, como demuestra el número de órdenes introducidas fuera de la huelga y las introducidas los días 28, 29 y 30 de septiembre, que es muy superior a las introducidas habitualmente, acreditando, de este modo, que el trabajo de esta Sra. se aplicó especialmente en ese fin de semana para suplir al máximo la actividad de los huelguistas

La sustitución interna de trabajadores huelguistas, esto es, la que se lleva a cabo mediante trabajadores que se encuentran vinculados a la empresa al tiempo de la comunicación de la huelga, puede constituir un ejercicio abusivo de las facultades directivas empresariales. Así ocurrirá cuando, sea de forma intencional, o sea de forma objetiva, dicha sustitución produzca un vaciamiento del contenido del derecho de huelga, o una desactivación o aminoración de la presión asociada a su ejercicio. No cabe duda de que en el presente caso la edición, siquiera simbólica del diario (la tirada de aquel día fue de solo 29.800 ejemplares frente a la de los jueves precedente y posterior al de la huelga que fue de 250.000 ejemplares cada día -hecho probado quinto de la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, de 10 de octubre-), era idónea para desactivar el efecto y la repercusión de la huelga legítimamente convocada." (FD nº 5)."..... "La empresa ABC tenía derecho, obviamente, a adoptar una posición en contra de la huelga general del 20 de junio de 2002, y los jefes y directivos del periódico, en virtud de su libertad de trabajo (art. 35.1 CE), podían decidir no secundarla, pero tales derechos no les facultaban para realizar o tolerar actuaciones dirigidas a neutralizar y vaciar materialmente de forma sustancial el ejercicio concreto, en aquella fecha, del derecho fundamental de huelga de los recurrentes en amparo. La utilización de las estructuras de mando para sustituir a los trabajadores huelguistas de categorías inferiores con el fin de editar el periódico el día de la huelga -o, en su defecto, el consentimiento empresarial tácito o la omisión de toda reacción o prevención que impidiera que el acto de sustitución llegara a producirse-, vulneró el art. 28.2 CE , al privar a la huelga seguida por los recurrentes de su plena efectividad como medio de presión colectiva". (FJ nº 7)."

2.4.- Descuento de haberes

2.4.1.- STS 02 junio 2014; RJ 2014\3365

Recurso: 172/2013 | Ponente: JOSE LUIS GILOLMO LOPEZ

Resumen: Huelga: vulneración derecho de huelga: huelga coincidente con fiesta de carácter estatal.

La empresa ha deducido a los trabajadores huelguistas, que tenían obligación de trabajar el día 12-10-2012, además de la retribución de ese día y la parte proporcional del descanso semanal del 0'4 por cada día de huelga, **un día de descanso cuando los trabajadores no habían disfrutado acumuladamente los 14 festivos, o les ha deducido un día de retribución, cuando habían disfrutado previamente de modo acumulado los reiterados días festivos.**

La decisión empresarial de deducir tanto la retribución de ese día, con sus correspondientes partes proporcionales al descanso semanal y vacacional, como la atribuida al día realmente descansado por sustitución de aquél (dos días de descuento en realidad), constituye una doble e injustificada penalización que vulnera el derecho de huelga y la regulación convencional.

2.5.- Vulneración del derecho de huelga e indemnización

2.5.1.- STS 18 abril 2012, RJ 2012\5724

Anulación de orden ministerial que fija servicios esenciales, consistentes en la producción y emisión por la televisión privada (Cuatro) de los servicios informativos.

La empresa fijó servicios mínimos esenciales conforme a la Orden Ministerial.

El TS considera que no es resarcible colectivamente tal actuación, sino sólo respecto de los trabajadores que indebidamente vieron vulnerado su derecho de huelga al ser asignados a unos servicios mínimos finalmente anulados.

Respecto de los trabajadores afectados, tampoco reconoce indemnización alguna, pues deja sin consecuencia jurídica la vulneración del derecho fundamental. De esta forma, propicia que se impongan gubernativamente servicios mínimos excesivos sin consecuencia jurídica alguna, más allá de la nulidad declarada ex post, que no es sino un brindis al sol. La Sala IV entiende que los trabajadores afectados debieron acudir a la vía administrativa para reclamar la indemnización.

La argumentación es la siguiente:

*Ante la producción del daño, cabe plantearse quién debe asumir el riesgo derivado del cumplimiento de una decisión gubernativa que, si bien ejecutiva, comporta la eliminación de un derecho fundamental y que, a la postre, se revela ilícita. Ciertamente, **no resulta atribuible a la empresa una responsabilidad por culpa,** al limitarse con su actuación al cumplimiento de la orden gubernativa de fijación de servicios esenciales.*

Tampoco parece admisible apreciar una responsabilidad por riesgos que permitiera accionar el mecanismo de repetición ulterior frente al agente responsable por culpa, porque para ello hubiera sido preciso que, ante una situación de incertidumbre, la empresa hubiera actuado movida por una decisión propia y no, como sucede, en ejecución del mandato que, en suma, implica la decisión gubernativa.

Se ponen en evidencia aquí las lagunas del propio proceso de impugnación de aquel acto gubernativo que hubiera debido concluir, no solo con la nulidad del mismo, sino con el resarcimiento de los perjuicios por la fijación antijurídica de servicios mínimos, aunque es cierto que en el proceso contencioso-administrativo el sindicato accionante no ostenta la legitimación para reclamar la indemnización a los trabajadores afectados (como así ha entendido la jurisprudencia, STS/3ª de 29 de enero de 1996 -rec. 7315/1992 - (RJ 1996, 1309)) y que tal acción de resarcimiento corresponde a éstos. Pero, precisamente, son estos quienes podían dirigirse frente a la autoridad gubernativa generadora del daño.

2.5.2.-STS 11 febrero 2015, RJ 2015\1011

ROJ: STS 1217/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1217)

Recurso: 95/2014 | Ponente: MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA

Resumen: vulneración derecho de Huelga: Grupo Prisa: indemnización de daños y perjuicios: 100.000 euros para el Sindicato CCOO. Reitera doctrina SSTS 5 febrero 2013 (RJ 2013, 3368) , recurso 89/2012 , reiterando el contenido de la sentencia de 12 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 3018) , casación 25/2007

En el caso concreto de la lesión del derecho a la libertad sindical, como consecuencia de una lesión más directa al derecho de huelga en la vertiente que afecta al sindicato convocante, **los daños pueden ser tanto económicos, como morales**. Puede haber un daño económico en la medida que la lesión ha podido actuar determinando el fracaso de la huelga o provocando una dificultad añadida a ésta con las consecuencias que de ello podrían derivarse para la esfera patrimonial del sindicato. Pero la parte no pide la reparación de daños patrimoniales, sino que, como se ha dicho, se limita a solicitar una indemnización de los morales. **Daño moral es aquel que está representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden desencadenar ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa a bienes materiales, como al acervo extrapatrimonial de la personalidad (STS, Sala I, 25- 6-1984); daño moral es así el infringido a la dignidad, a la estima moral y cabe en las personas jurídicas (STS, Sala I, 20-2-2002 (RJ 2002, 3501)) , habiéndose referido ya a las lesiones al prestigio mercantil de una persona jurídica la sentencia de dicha Sala de 31 de marzo de 1930 . 1930).- Pero el daño moral debe ser alegado por el demandante, precisado su alcance y, en su caso, acreditado en el proceso. Así se desprende de la doctrina de esta Sala, que, rectificando el criterio anterior sobre el denominado carácter automático de la indemnización (STS 9.6.1993 (RJ 1993, 4553) , recurso 5539/1993) , estableció que "no basta con que quede acreditada la vulneración de la libertad sindical para que el juzgador tenga que condenar automáticamente a la persona o entidad conculcadora al pago de una indemnización.... para poder adoptarse el mencionado pronunciamiento condenatorio es de todo punto obligado que, en primer lugar, el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifique suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión, y en segundo lugar que queden acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase". - Esta doctrina fue establecida por la Sentencia del Pleno de la Sala de 22 de julio de 1.996 (RJ 1996, 6381) (recurso 7880/1995) , que ha sido seguida por las sentencias de 9 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 8917) recurso 1594/1998 , 28 de febrero de 2000 (RJ 2000, 2242) , recurso 2346/99, siendo el actor una persona física ; 23 de marzo de 2000 (RJ 2000, 3121) , recurso 362/99 ; siendo el accionante una persona física; 11 de abril de 2003 (RJ 2003, 4525) , recurso 1160/01, siendo el accionante persona jurídica ; 21 de julio de 2003 (RJ 2003, 6941) , recurso 4409/02 , siendo el accionante persona física. Es importante precisar que esta doctrina no ha sido afectada por la **STC 247/2006** (RTC 2006, 247) , que anuló la sentencia de esta Sala de 21 de julio de 2.003 (RJ 2003, 6941) , pues la decisión del Tribunal Constitucional deja a salvo la exigencia jurisprudencial de alegar adecuadamente las bases y elementos clave de la indemnización reclamada y asimismo de acreditar en el proceso, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena indemnizatoria". La estimación del amparo se produce porque en ese caso el Tribunal Constitucional considera debía entenderse cumplida, a través de la alegación de unos hechos que, por "su intensidad y duración" constataban la existente de "un maltrato o daño psicológico". No se pone, por tanto, en cuestión en la **STC 247/2006** (RTC 2006, 247) la doctrina de esta Sala sobre el carácter no automático de la indemnización, sino su aplicación en un caso concreto".**

3. -Respecto a los elementos que han de tomarse en consideración para determinar el importe del daño, la precitada sentencia de esta Sala de 5 de febrero de 2013 (RJ 2013, 3368) , recurso 89/2012, señala lo siguiente: "En resumen: lo que el TC afirma es que la cuantificación del daño o perjuicio derivado de la conducta infractora del derecho fundamental en cuestión se puede y debe basar en las propias características (gravedad, reiteración y otras circunstancias concurrentes) de dicha conducta infractora, que ha sido objeto de prueba en el proceso. Y, a partir de ahí, el propio FJ 7 añade que esos daños pueden ser tanto "económicos perfectamente cuantificables como daños morales..., de más difícil cuantificación pero cuya realidad (en el caso) no puede negarse", concretando que, entre esos daños morales, la demandante de amparo "sufre un daño psicológico que, con independencia de otras consecuencias que puedan depender de las condiciones personales del sujeto afectado, se da en todo caso, sin que sea factible a veces aportar prueba concreta del perjuicio sufrido y de su cuantificación monetaria, dada su índole".

Parámetros que se valoran en el caso PRISA para estimar la indemnización de 100.000 euros:

- a) La gravedad de la conducta de las demandadas, consistente en la vulneración de los derechos de libertad sindical y de huelga de los trabajadores de PRESSPRINT SL;
- b) La intensidad de la misma, ya que la contratación con otras empresas alcanzó a la impresión de la totalidad de las publicaciones de las empresas editoras;
- c) La reiteración de la conducta, pues la contratación con otras empresas se extendió a todos los días de huelga, a saber, los días 13, 14, 15, 19, 20 21, 22, 23, 26 y 27 de diciembre de 2012;
- d) El número de trabajadores afectados, ya que la huelga fue secundada por la totalidad de la plantilla de los dos centros de la empresa, el de Madrid (12 trabajadores) y el de Barcelona (80 trabajadores);
- e) El efecto que produjo que supuso que, no solo cercenó la presión que los trabajadores pueden ejercer con la huelga, sino que privó de visibilidad a la misma; f) El descrédito y pérdida de confianza que ha originado en el sindicato convocante de la huelga pues ante la ciudadanía la misma pasó totalmente inadvertida.

3.- Huelga ilegal, ilícita o abusiva

3.1.- STS 11 febrero 2014. RJ 2014\1335

Huelga ilegal: Inexistencia: Iberia LAE.

No es una huelga política (art.11a) RD-Ley 17/77 porque se perseguían otros objetivos relacionados con intereses profesionales, como el mantenimiento del empleo, la eliminación de horas extras, la renovación de las licencias de Handling, el establecimiento de un escalafón por categorías profesionales.

No es una huelga de solidaridad (art.11b) RD-Ley 17/77 porque existían otros motivos profesionales relevantes que justificaban la movilización en defensa de intereses directos e indirectos de los trabajadores en orden a la conservación de sus puestos de trabajo y a las mejoras en las condiciones de la relación laboral, lo que, conforme a la

doctrina sentada por el TC en su STC 11/1981, impide calificar de ilegal la huelga, pues la solidaridad con los intereses de otro no determina por sí sola la ilegalidad de la huelga cuando existe otro interés en ella por parte del colectivo convocante.

No es una huelga novatoria (art.11c) RD-Ley 17/77: no pretende novar un acuerdo de fin de huelga porque no puede considerarse Acuerdo de fin de huelga el firmado cuando ésta no se había iniciado, ni cuando el mismo no fue suscrito ni por los sindicatos demandados, ni por el comité intercentros, quien, a la vista de lo acordado en él, se limitó a no convocar la huelga prevista, todo lo que impide estimar que se tratara de novar los acuerdos que la recurrente llama de fin de huelga, sin ser merecedores de ese calificativo.

No se considera huelga novatoria la que tenga por objeto la extensión de los efectos de determinadas disposiciones del convenio una vez haya perdido éste su vigencia.

No pretende novar el convenio vigente, XIX Convenio Colectivo, especialmente las transitorias trigésimo octava y trigésimo novena; pues con la huelga no se pretendía cambiar esas disposiciones, **sino extender los efectos de las mismas a otros supuestos y a situaciones que sobrevinieran después de la vigencia del Convenio Colectivo.** El que se pretendiera que se prorrogasen esas disposiciones más allá del término de su vigencia (31 diciembre de 2012), al igual el Acuerdo de 28 de abril de 2010 que se prorrogó el 20 de enero de 2012 (Hechos tercero y séptimo, junto con las transitorias citadas en cuanto a la aplicación de las condiciones del ERE NUM000, tenía **un sentido e interés para los trabajadores en orden al mantenimiento de los puestos de trabajo y a las indemnizaciones a cobrar** por quienes fueran despedidos.

3.2.- STS 17 febrero 2014. RJ 2014\3747

Huelga ilegal: inexistencia: No hay huelga novatoria (art.11c) RD-Ley 17/77): el objeto de la huelga tenía para los convocantes de la misma, entre otras finalidades, conseguir que la denominada Iberia Express no se creara fuera de Iberia Operadora, sino que fuese un producto interno de la misma, lo que, a juicio de la empresa, contradecía el Convenio que dejaba en manos de Iberia la posibilidad de crearla dentro o fuera de la misma, es decir, operando dentro de la compañía o a través de la creación de una nueva compañía (de ahí el compromiso de mantenimiento del empleo)

No hay huelga novatoria porque conforme a la STC 11/81 nada impide la huelga durante el periodo de vigencia del convenio colectivo cuando la **finalidad de la huelga no sea estrictamente la de alterar el convenio**, como puede ser reclamar una **interpretación del mismo** o exigir **reivindicaciones que no impliquen modificación** del convenio. Por otro lado, es posible reclamar una **alteración del convenio en aquellos casos en que éste haya sido incumplido por la parte empresarial** o se haya producido un **cambio absoluto y radical de las circunstancias, que permitan aplicar la llamada cláusula "rebus sic stantibus"**. Y basta la lectura de los objetivos que constan en la convocatoria de la huelga (hecho probado sexto) para comprender que, si bien se trataba de impedir esa creación de Iberia Express separada de Iberia Lae, S.A., por entender que ello iba a perjudicar las condiciones laborales de los trabajadores afectados, contiene después una serie de peticiones relativas a evitar que la actividad de Iberia Express "pueda suponer poner en riesgo los puestos de trabajo, las actividades, la promoción, la progresión, las condiciones laborales y las retribuciones de la plantilla de TCP's de IBERIA" y "el mantenimiento de todos los puestos de trabajo del colectivo TCP en Iberia, su crecimiento natural y el mantenimiento de sus condiciones laborales", así como "que no se produzca ninguna segregación de los negocios que actualmente mantiene Iberia Lae, S.A. ... en perjuicio de sus trabajadores y con el objetivo de degradar las condiciones laborales de sus trabajadores". Todo ello evidencia que la declaración de ilicitud de la huelga que realiza la sentencia recurrida resulta excesiva para el supuesto ahora examinado.

4.- Servicios de mantenimiento

STS 14 noviembre 2012. RJ 2013\1066.

Distingue entre servicios esenciales y servicios de mantenimiento: con independencia de la esencialidad del servicio, en cualquier huelga habrán de ofrecerse las garantías del art. 6.7 RDL 17/77, lo que puede suponer la designación de trabajadores para ser adscritos a tales salvaguardas de seguridad y mantenimiento " (STS/IV 18-abril-2012 (RJ 2012, 5724) -rco 153/2011).

Aplica la doctrina de la carga de la prueba de la proporcionalidad de los servicios esenciales (art.10 pfo2) a los servicios de mantenimiento, (art.6.7 RD-Ley 17/77):

"cuando se ha producido una limitación o un parcial sacrificio de derechos básicos que la Constitución reconoce a los ciudadanos ... la autoridad que realiza el acto debe estar en todo momento en condiciones de ofrecer la justificación ...(ya que) la limitación del derecho es una excepción puesta a su normal ejercicio, y que la prueba de las excepciones compete siempre al demandado "; añadiendo y precisando sobre el deber de motivación que el mismo opera tanto "ex ante" como "ex post", dado que " Atendida la finalidad que se persigue con la justificación, ésta puede y debe proporcionarse tanto en el momento de emanarse la resolución, en la que deben estar enunciados aun sucintamente los criterios utilizados para realizarla, como en un momento posterior, si los interesados instan la revisión jurisdiccional del acto... " (STC 51/1986 (RTC 1986, 51)) y advirtiendo expresamente que " ello no implica que la justificación ex post libere del deber de motivar el acto desde el momento mismo en que éste se adopta,

pues la falta de motivación impide precisamente la justa valoración y el control material o de fondo de la medida " (STC 8/1992, de 16 de enero (RTC 1992, 8))"

Los denominados " servicios de mantenimiento y seguridad " no tiene por finalidad la continuidad aunque limitada de la actividad empresarial, así como que incluso su establecimiento no debe efectuarse en todo supuesto de huelga estando ello vinculado a su **necesidad**, por lo que tratándose de medidas de seguridad de las personas únicamente deben adoptarse cuanto tales medidas sean necesarias (" deben adoptarse medidas de seguridad de las personas, en los casos en que tales medidas sean necesarias ") y cuando se pretenda el establecimiento de medidas de mantenimiento las mismas deben ser las necesarias, proporcionales e idóneas con el fin de que el trabajo en la empresa pueda reanudarse sin dificultad tan pronto como se ponga fin a la huelga (" medidas de mantenimiento y preservación de los locales, de la maquinaria, de las instalaciones o materias primas, con el fin de que el trabajo pueda reanudarse sin dificultad tan pronto como se ponga fin a la huelga ").

En el caso concreto se consideran **servicios de mantenimiento excesivos**: se fijan por las empresas un total global de 133 trabajadores adscritos a servicios mínimos, superior en mucho a los que prestan servicios los fines de semana (lo que las partes no cuestionan) y que, aunque representaran el 3,80% del total de la plantilla y el 4,69% de la plantilla de mantenimiento, durante los días en que efectivamente duró la huelga, sin que se acredite el número de trabajadores no huelguistas, " atendieron 3.851 averías, entre las que había actividades normales, aunque no se ha acreditado que los trabajadores, designados para los servicios de seguridad y mantenimiento, realizaran tareas que no estuvieran relacionadas con los propuestos por las empresas demandadas ", por lo que, aun presumiblemente reducida, continuó durante la huelga la actividad empresarial; b) en las comunicaciones empresariales dirigidas a los trabajadores nombrados para los referidos servicios mínimos se incluía la frase que " Dichos servicio representan aquellos imprescindibles que permitan a otros empleados ejercitar el derecho al trabajo ... ", lo que evidentemente no es la finalidad de las denominadas " medidas de mantenimiento "; y c) del propio contenido del acuerdo empresarial fijando las medidas de mantenimiento cuestionadas, del que es dable deducir, siquiera indiciariamente (arts. 96 y 179.2 LPL , que se pretende continuar en parte el funcionamiento empresarial, por lo que se produce el presupuesto para que sean las empresas demandadas las que tengan que aportar una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad

5.- Libertad de información y expresión

5.1.- STS 12 febrero 2013. RJ 2013\2866

La publicidad de la huelga no puede amparar contenidos tendentes a desprestigiar a la empresa sin que, a la inversa, quepa justificar actos empresariales desproporcionados que puedan limitar tal ejercicio; se lesiona este derecho cuando la empresa, al amparo de sus facultades organizativas y del derecho libertad de expresión, dirige a todos los empleados antes de su inicio un correo electrónico con claro matiz coercitivo y conminatorio.(SSTC 11/1981 de 8 de abril (RTC 1981, 11) y 120/1983 de 15 diciembre (RTC 1983, 120) .

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 (RCL 1995, 997) , 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 (RCL 1977, 490) , conforme a la cual los trabajadores en huelga podrán efectuar publicidad de la misma

Acto empresarial desproporcionado: Carta del máximo responsable de la empresa a los trabajadores en la que 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 sería 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.**

5.2.- STS 15 diciembre 2014; RJ 2015\1772

Recurso: 38/2013 | Ponente: MILAGROS CALVO IBARLUCEA

Resumen: Huelga: no vulnera el derecho fundamental a la huelga, la conducta de la empresa consistente en remitir a los trabajadores una nota, titulada "Opinión empresarial sobre la huelga indefinida de sábados", en el que se decía que

la huelga vulnera la normativa vigente convirtiéndola en ilegal y que quiere manifestar que considera que la huelga actualmente convocada es ilegal.

No se considera que suponga coacción o amenaza la calificación hecha por la empresa de que la huelga anunciada es de carácter abusivo e ilícito, sino simplemente la consideración que hace la empleadora sobre el carácter de la huelga, como ya se dijera en la STS 22/10/12 (Rec. 48/02) y en la S.T.S. de 23-12-2012 (Rec. 46/2003) también se afirma que **"la simple expresión de que el movimiento colectivo se hallaba fuera de la ley y era abusivo no es, de por sí, atentatorio del derecho fundamental"**

A parte de haber constancia de la opinión de la empresa sobre la ilegalidad de la huelga **no la hay de ninguna otra actuación que indique restricción o represalia ex post, comportamientos que en su caso habrían podido constituir limitación del derecho de huelga o de la libertad del sindicato actuante, nada de lo cual se acredita.**

Como añadía la S.T.S. de 23-12-2003 (R. 46/2003) ".....sin embargo, el anuncio, con anterioridad al propio ejercicio del derecho en cuestión, de que se adoptarían medidas disciplinarias contra quienes siguiesen la huelga en los términos en que había sido convocada, constituye, sin duda alguna una intolerable intimidación y coacción que no puede ser amparada desde una perspectiva jurídico-constitucional" . No consta una conducta de esas características o análogas capaces de traducir la nota de la empresa al ilícito contra el que se reclama, por lo que al no haberlo entendido así la Sala a quo, la sentencia (JUR 2012, 348296) incurre en las infracciones que el recurso denuncia.

6.- Principio de igualdad

6.1.-STS 19 junio 2013. RJ 2013\6715

el descuento salarial practicado sólo a una parte de los trabajadores de la empresa por participar en una huelga legal (Personal Administrativo y de Servicios de la Universidad de Salamanca) no vulnera el principio de igualdad, cuando no se ha podido acreditar el seguimiento de la huelga por parte del resto de empleados (Personal Docente e Investigador) al no estar sujetos a medidas de control informático; el principio de igualdad ante la ley no significa un imposible derecho la igualdad en la ilegalidad.

Los que plantean los demandantes es un trato igual en la ilegalidad, haciendo referencia a las STC 43/82 (RTC 1982, 43) , 17/84 , 51/85 (RTC 1985, 51) , 27/2001 , 88/2003 (RTC 2003, 88) , y 21/1992 (RTC 1992, 21) , con arreglo a cuya doctrina : "el principio de igualdad ante la ley no significa un imposible derecho la igualdad en la ilegalidad, de manera que en ningún caso aquel a quien se aplica la ley puede considerar violado el citado principio constitucional por el hecho de que la ley no se aplique a otros que asimismo la han incumplido". Añade que no consta que personal docente hizo huelga y que el juzgado de instancia, en forma genérica parece dar por acreditado que alguno si la hizo. En todo caso, figura el descuento realizado a dos personas pertenecientes al ámbito del personal Docente e Investigador.

7.- Despido colectivo

7.1.- STS 20 septiembre 2013. RJ 2013\7744

(Caso Celsa- Atlántic): Sentencia declarada nula por ATS de 26 marzo 2014, RJ 2014\3003. Segunda sentencia: STS 18 julio 2014. RJ 2014\4277

Recurso: 11/2013 | Ponente: FERNANDO SALINAS MOLINA

Resumen: Despido colectivo: Nulidad: vulneración del derecho de huelga. Celsa-Atalántic (II)

La amenaza empresarial de cierre pretendía que los trabajadores cesaran en su actitud del ejercicio del derecho de huelga, constituyendo una actuación empresarial " real y sería 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 ..." con relación al normal ejercicio del derecho de huelga..

Existencia de indicios de vulneración del derecho de huelga:

a) La iniciación a instancia empresarial, en fecha 20-04-2012, de un periodo de consultas invocando causas económicas con el fin de alcanzar un posible acuerdo con la representación de los trabajadores sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo (incremento de jornada y reducción salarial del 30%), inaplicación del Convenio de empresa y extinción de 91 posiciones de trabajo; la celebración de tres reuniones los días 20-04, 26-04 y 03-05-2012, con propuesta en esta ultima de someter a Asamblea la propuesta empresarial y con convocatoria, ese mismo día, por el Comité Intercentros, de una huelga indefinida a partir del día 08-05-2012; la realización, el día 06-05-2012, de la Asamblea de trabajadores, que rechazó la propuesta de la empresa y secundó la convocatoria de huelga indefinida propuesta por el Comité; y la decisión empresarial, en la reunión de fecha 08-05-2012, de dar por finalizado el periodo de consultas.

b) La referida convocatoria, el día 03-05-2012, por parte del Comité Intercentros de una huelga indefinida a partir del día 08-05- 2012, " siendo los motivos de la huelga los siguientes: recortes salariales, recorte de personal, aumento de jornada, amenaza de cierre " (conforme adición efectuada al HP 5º de la sentencia recurrida); la huelga comenzaría efectivamente dicho día 08-05- 2012.

c) El inicio de un nuevo periodo de consultas a instancia de la empresa y anunciado por ésta el día 09-05-2012, esta vez para extinguir los contratos de trabajo de la totalidad la plantilla de los 358 trabajadores en los dos centros de Araba (Vitoria- Gasteiz y Urbina), por alegadas razones productivas y económicas; la decisión final empresarial,

fundada exclusivamente en causas económicas, el día 18-06-2012, -- la ahora exclusivamente impugnada --, consistente en el cierre de los dos centros de Vitoria-Gasteiz y Urbina y la extinción de los contratos de toda la plantilla, según un calendario estimado con finalización el día 31-12-2012.

d) La inexistencia de variación en la situación económica, financiera y productiva de la empresa entre el 20-04-2012 y el 15-05-2012.

e) La extinción, hasta la fecha del juicio oral (18-09-2012), de los contratos de 178 personas, de las que 174 habían secundado la huelga; y la permanencia en la empresa de 177 personas, de las que 37 continuaban secundando la huelga y 140 o bien la habían abandonado en el mes de julio o bien no la habían iniciado.

f) La empresa tiene otros dos centros de trabajo, uno en Laracha (A Coruña) y otro en Orense, y, siendo la situación económica debatida la global de la empresa, no consta adopción empresarial de medida alguna que afecta a tales centros

Voto particular : Sres. Gilolmo y García de la Serrana: plantea la **interesante cuestión de si declarada nula por incongruencia una sentencia, y modificada después la composición de la sala que la dictó, el cambio de criterio de la nueva Sala respecto de la sentencia anulada exige una especial motivación**

En mi opinión no porque no existe un apartamiento de criterio precedente, sino la declaración de nulidad de una resolución en la que la nueva deliberación y fallo exige la nueva discusión y votación al existir nuevos integrantes de la Sala por lo que se aplica el art.199 LEC, que exige la celebración de "nueva vista" y por tanto, de nueva discusión y fallo, que en atención a la nueva composición puede ser discrepante del anulado sin que ello suponga un cambio de criterio en el sentido de la doctrina constitucional sobre igualdad en la aplicación de la ley (STC 49/82), que exige la comparación de una sentencia con otras precedentes en casos sustancialmente iguales. Aquí no hay sentencias a comparar, porque la primera fue anulada y el principio de independencia judicial posibilita que el nuevo magistrado tenga diverso criterio que el anterior. La obligación de motivar reforzada surgirá sobre los precedente "vivos" de la Sala, no sobre las resoluciones anuladas.

7.2.- STS 23 febrero 2015; RJ 2015\1012

Despido colectivo: Nulidad.

Legitimación activa: implantación sindical: la tienen los sindicatos con implantación suficiente en el ámbito del conflicto, siempre que exista un vínculo entre dicho sindicato y el objeto del pleito de que se trate. La tiene un Sindicato que presenta 8 candidatos en una empresa de 46 trabajadores (18%)

Vulneración derechos fundamentales: existencia: Derecho de Huelga: el despido de la totalidad de la plantilla, comunicado por la empresa el 4 de enero de 2013, se produjo como reacción represiva a la huelga, preavisada el 28 de diciembre de 2013 e iniciada el día 3 de enero siguiente, es decir, el día inmediatamente anterior a la comunicación extintiva.

Presunción de validez de las huelgas y carácter de Numerus clausus de las huelgas ilícitas y abusivas: las únicas huelgas que en principio tienen la condición de ilícitas y abusivas por presunción legal son las huelgas rotatorias, las efectuadas por los trabajadores que prestan servicios en sectores estratégicos con la finalidad de interrumpir el proceso productivo, y las de celo o reglamento, conforme se concreta claramente en las SSTC^o 11/1981, de 8 de abril (RTC 1981, 11) , 72/1982, de 2 de diciembre (RTC 1982, 72) , o la 41/1984, de 21 de marzo (RTC 1984, 41) , con la consecuencia de que en todas las demás "debe presumirse su validez y, sin que pueda excluirse que las circunstancias concurrentes la conviertan en abusiva, corresponde la prueba del abuso de derecho a quien interese " (FJ 4^o.2 STS 22-11-2000 (RJ 2001, 1430) , R. 1368/2000).

Grupo laboral: existencia: única dirección y un funcionamiento unitario de las tres mercantiles (una compra las materias primas o intermedia su compra y las otras dos llevan a cabo el proceso de producción), funcionamiento al que se une la confusión de plantillas y la consiguiente prestación de servicios de forma sucesiva o simultánea a las empresas del grupo

7.3.- STS 24 febrero 2015, RJ 2015/1010

Recurso: 165/2014 | Ponente: FERNANDO SALINAS MOLINA

Despido colectivo: (Ayuntamiento de Aljaraque) Ajustado a derecho

Criterios de selección de los afectados:

-inexistencia de la vulneración del derecho de garantía de indemnidad puesto que los despidos individuales derivados del Acuerdo alcanzado en el procedimiento de despido colectivo se realizan por la empleadora conforme a los criterios acordados y estos criterios otorgan la prioridad de preferencia a los fijos sobre los interinos e indefinidos sin distinción, y dentro de este grupo, se antepone a los indefinidos fijos- discontinuos sobre cualesquiera otros aunque fueran más antiguos pero solo en aquellos departamentos en que los servicios se puedan concentrar en determinados meses. Respondiendo esta forma de selección a unos criterios objetivos y razonables

- inexistencia de vulneración de derecho de huelga: falta de indicios: la alegada animadversión del Ayuntamiento hacia los afiliados al Sindicato Unitario queda desvirtuada al desconocer su afiliación; además, en cuanto a la alegada vulneración del derecho de huelga, aunque fueran despedidos nueve de los catorce miembros del Comité de huelga, integrado por afiliados y vinculados al Sindicato Unitario, la Sala de instancia recoge, en el indicados HP 18, 19 y 20, los puestos de trabajo y las razones por las que fueron incluidos en la lista de afectados por el despido, al menos de siete de ellos, evidenciándose que su inclusión responde a la aplicación de los criterios acordados en la negociación y a la reorganización de los servicios llevada a cabo..

7.4.- STS 24 febrero 2015, RJ 2015\1370

ROJ: STS 1439/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1439)

Resumen: Despido colectivo: Nulidad.

Huelga: existencia de vulneración: el despido de la totalidad de la plantilla, cuyos trámites se iniciaron el 21 de enero de 2013 y finalizaron con el efectivo despido comunicado el 11 de febrero siguiente, se produjo como reacción represiva a la huelga, preavisada el 27 de diciembre de 2012 e iniciada el día 2 de enero siguiente, es decir, el día inmediatamente anterior a la comunicación extintiva.

Indicios de vulneración: existencia. Prueba de la intención de vulnerar el derecho: se entiende acreditado el nexo causal entre el comportamiento antijurídico del empresario y el resultado prohibido por el ordenamiento en cuanto al ejercicio del derecho fundamental de huelga; y se entiende claramente acreditada, mediante la prueba practicada, la intención voluntaria y consciente del empleador de vulnerar ese derecho fundamental, cual evidencian los hechos e indicios existentes de esa intencionalidad que la empresa no ha desvirtuado. En efecto, la proximidad temporal de los acontecimientos, la forma, circunstancias y detalles de lo ocurrido, la contradicción que se evidencia entre la primera decisión de acudir a un ERTE para, tras las convocatorias de huelgas, decidir cerrar sus empresas, liquidar y extinguir los contratos de la totalidad de la plantilla no solo de Printerman sino también de Rotoencuadernación (lo que es muestra innegable de lo innecesario del despido colectivo), el incumplimiento de los requisitos de forma, la ausencia de prueba de las causas alegadas, la desproporción existente entre los resultados contables y la decisión extrema de liquidar las mercantiles, y, en fin, cuantas circunstancias se describen en los hechos probados, ponen de manifiesto que el despido colectivo es la respuesta (represalia) que el empresario decide dar a la convocatoria de huelga que los trabajadores democráticamente adoptan como medida colectiva de presión en defensa de sus condiciones y derechos".

7.5.- STS 20 abril 2015. RJ 2015/1249

ROJ: STS 1717/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1717)

Recurso: 354/2014 | Ponente: JESUS GULLON RODRIGUEZ

Resumen: Despido colectivo: Coca-Cola : Nulidad por vulnerar derecho de huelga durante negociación, al privar a ésta de eficacia mediante la modificación de las rutas de distribución del producto fabricado en las diversas factorías para suministrar producto a la plataforma logística de la empresa Casbega en Madrid, permitiendo así abastecer dicha plataforma para suministrar al mercado minorista que cubría, la factoría en huelga, de Fuenlabrada.

Vulneración del derecho de huelga: - el comité de empresa de la fábrica de Fuenlabrada de CASBEGA convocó una huelga total de carácter indefinido a partir del 31 de enero de 2014, con motivo del ERE y particularmente por el cierre de la planta de Fuenlabrada.

El periodo de consultas se inició en una primera reunión que tuvo lugar el 22 de enero, fecha en la que se tuvo conocimiento oficial de los concretos planes de reestructuración que se abordarían, entre los que se incluían el cierre de la planta embotelladora con mayor número de empleados del grupo, la de Fuenlabrada (además del cierre de las de Alicante, Asturias y Palma de Mallorca).

El periodo de negociación del despido se produjo en reuniones habidas los días 28 de enero, 5, 12, 13, 18 y 21 de febrero, y que la huelga total e indefinida en la planta de Fuenlabrada, de la que sus trabajadores hicieron un seguimiento masivo, se mantuvo desde el 31 de enero y durante toda la duración del referido tiempo de consultas

La conducta vulneradora del derecho de huelga ha consistido en modificar las rutas de distribución del producto fabricado en las diversas factorías para suministrar producto a la plataforma logística de la empresa Casbega en Madrid, permitiendo así abastecer dicha plataforma para suministrar al mercado minorista que cubría ...".

La ausencia de producción de la planta de Fuenlabrada en huelga durante el periodo central de consultas fue sustituida por la fabricación de los productos elaborados en otras embotelladoras de CCIP que no abastecían nunca hasta entonces la zona centro

Se produjo esa vulneración del derecho de huelga y la misma incidió de manera directa y frontal en el proceso de negociación del despido colectivo, **hasta el punto de que la minimización o eliminación de los efectos nocivos que el desabastecimiento de productos había de producir con ocasión de esa huelga privó a su vez de cualquier eficacia o fuerza a la posición que en la mesa pudieran tener los representantes de los trabajadores durante el periodo de consultas que han de realizarse -no se olvide-para analizar las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos (art. 51.2 ET y 2.2 de la Directiva 98/59)..**

El paro completo de la embotelladora de Fuenlabrada, unido al hecho no discutido de que cada una de las embotelladora tenía asignado su propio territorio de fabricación, distribución y ventas, significaba que en Madrid se produciría un desabastecimiento, un agotamiento de existencias previsto por la propia empresa para el día 20 de febrero, situación ante la que se reaccionó por CCIP, surtiendo de productos elaborados en otras plantas embotelladoras a la plataforma logística de CCIP en Madrid (Ecoplataform S.L.) para su distribución en esta Comunidad Autónoma, en plena huelga y durante el desarrollo del complejo periodo de negociación del despido colectivo, de manera que, como ya se ha dicho, en la semana del 14 de febrero habían entrado en aquella plataforma logística entre cinco y seis grandes camiones y que el día 18 de febrero entraron trece camiones más también con productos fabricados en otras plantas, uno procedente de A Coruña, seis procedentes de Sevilla y seis de Burgos. No se ajusta a la realidad entonces la afirmación de las recurrentes de que el abastecimiento de la plataforma logística de Madrid se produjese cuando finalizó el periodo de consultas.

No es que el despido colectivo surja como represalia frente a una huelga, sino que se negocia y adopta por la entidad empleadora al tiempo que se ponen en escena prácticas productivas tendentes a contrarrestar la

incidencia de la huelga, esta sí, convocada para presionar en la negociación del despido colectivo. Con independencia de la forzada redacción del artículo 124.11 LRJS , estamos ante un supuesto de medida empresarial que se ha "efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas"

Grupo laboral: existencia: proceso de integración de diversas empresas embotelladoras de Coca Cola. El grupo laboral inicia como tal el período de consultas y tiene legitimación pasiva en el proceso de despido colectivo

1).- La prestación indiferenciada de servicios de un conjunto relevante de trabajadores, que son los que ocupan toda la estructura central del grupo, sus puestos directivos y los departamentos que gestionan las compras, comercial, operativo, recursos humanos, atención al cliente, marketing, servicio financiero, de facturación y tesorería, planificación de la demanda, control de calidad y proyectos generales de ingeniería, aunque en su mayoría no estén dados de alta y contratados por CCIP;

2).- Un sistema de "cash pooling"; 3).- Las compras para la producción de las diferentes empresas y las ventas de lo producido se gestionan por CCIP, que no tiene medios de producción, los cuales son titularidad de las anteriores embotelladoras; 4).- Desde la integración, la dirección del grupo reside en CCIP, y las empresas integradas se han quedado sin dirección propia

Nulidad del despido: mala fe en período de consultas: revelación de forma sorpresiva de la condición de grupo laboral sin regularizar previamente la situación antes de dar inicio al período de consultas. Indicadores de mala fe:

-de forma simultánea al periodo de consultas una de las empresas, Casbega, negociaba y suscribía un convenio colectivo de empresa que afectaba fundamentalmente, dentro de su ámbito de aplicación, al centro de trabajo de Fuenlabrada, que era uno de los que se iban a cerrar

- a pesar de que en el periodo de consultas CCIP alega la existencia de grupo de empresas laboral como auténtico empleador, los trabajadores seguían dados de alta cada uno por cuenta de sus respectivas empresas y no habían sido dados de alta por cuenta del grupo

- incluso si el grupo de empresas laboral fuese una figura organizativa lícita, el cambio en la titularidad del contrato de una empresa al grupo, como consecuencia de la reestructuración societaria y el proceso de concentración, es un supuesto de sucesión de la Directiva 2001/23/CE y del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores . Para los supuestos de cambio de titularidad de la empresa, el artículo 7 de la Directiva 2001/23/CE"

"Se ha producido por tanto un completo y manifiesto incumplimiento de las obligaciones de información, consulta y negociación en el supuesto de cambio de titularidad de la empresa

Consignación de salarios de tramitación para recurrir frente a despido colectivo nulo: puesto que en los supuestos de despidos colectivos declarados nulos, el pronunciamiento inherente de condena a la readmisión debe llevar aparejada - y en el caso la parte dispositiva de la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional así lo hace- la concreta condena al abono de los salarios de tramitación, lo que inexcusablemente ha de conducir a la necesidad de consignarlos al tiempo de recurrir la sentencia por parte de la empresa condenada..

8.- Terminación de la huelga

8.1.- Acuerdos de fin de huelga

8.1.1.- STS 12 junio 2012. RJ 2012\8340

Interpretación de ciertos documentos suscritos con la empresa especialmente el de 9 de enero de 2.008, tras cuya firma se procedió a la desconvocatoria total de las huelgas señaladas. Los sindicatos demandantes sostienen que tienen naturaleza de convenio colectivo que le viene atribuida por el número 2 del artículo 8 del RDL de 4-3-77 , en el que se dice que "Desde el momento del preaviso y durante la huelga, el comité de huelga y el empresario, y en su caso los representantes designados por los distintos comités de huelga y por los empresarios afectados, deberán negociar para llegar a un acuerdo, sin perjuicio de que en cualquier momento los trabajadores puedan dar por terminada aquélla. El pacto que ponga fin a la huelga tendrá la misma eficacia que lo acordado en convenio colectivo". Sin embargo, primero la AN y después el TS consideran que **no son acuerdos de fin de huelga pues nada hay en ellos que que así lo indique o de lo que pueda deducirse**, ni se desprende de actos posteriores del Sindicato, como fue la convocatoria el 11 de diciembre de 2.009 de varios días de huelga para los meses de diciembre de ese año y enero de 2.010, en cuyos motivos no aparece reflejado el eventual incumplimiento del documento firmado el 9 de enero de 2.008.

8.1.2.- STS 30 octubre 2013. RJ 2013\7714:

Despido colectivo no ajustado a derecho por incumplimiento de acuerdos de fin de huelga

El despido colectivo acordado unilateralmente por el Grupo Prisa se declara no ajustado a derecho porque en el pacto de fin de huelga, que tiene valor de convenio colectivo, la empresa se comprometió a no aplicar extinciones colectivas de contratos de trabajo sin agotar procedimientos voluntarios a las mismas lo cual ha incumplido, así como, en su caso, a que las desvinculaciones de indemnizarían con 45 días por año de servicio con un tope de 42 mensualidades lo cual tampoco ha efectuado,

La empresa discute:

- **la vigencia de los Acuerdos:** Si bien los pactos no concretan un plazo de vigencia puesto que sólo se recoge que la vigencia y aplicación del acuerdo "será hasta la finalización de los compromisos adquiridos", creándose una comisión

de seguimiento vigente hasta por lo menos 31-12-2012, la vigencia de los acuerdos es clara: están vigentes hasta la finalización de los compromisos adquiridos y por lo menos hasta el 31-12-2012 o hasta que finalicen los procesos de reestructuración con el límite temporal del plan estratégico del grupo y plan de eficiencia operativa, es decir, hasta 2015.

-la representatividad de los firmantes: La entidad demandada no puede ahora poner en duda, sin dato alguno, la representatividad de las entidades con las que negoció la terminación de la huelga. Es un proceder contrario a la buena fe procesal. Si las secciones sindicales no representaban a los trabajadores, no debió negociar con ellas en la forma en que lo hizo un acuerdo que tenía indudable alcance general. Tampoco puede negar su propia representatividad, ni de las entidades del grupo que participaron en la negociación, directamente o través de ella.

8.2.- Arbitrajes obligatorios

8.2.1.- STS 4 abril 2014. RJ 2014\2783

Arbitraje obligatorio (art.10 RD-Ley 17/77) es nulo el laudo arbitral que contiene disposiciones que exceden del objeto del arbitraje y que limitan los derechos de tercero (Iberia Express), empresa del mismo grupo empresarial, que no fue ni parte ni objeto del arbitraje; la anulación del laudo en ningún caso podrá dar lugar a una retroacción de actuaciones del procedimiento arbitral para una subsanación de errores.

la creación de Iberia Express y la cesión de actividad a la misma por parte de Iberia L.A.E. Operadora, así como la dificultad para concluir la negociación del VIII Convenio Colectivo de Iberia Operadora con el personal que ostenta la categoría de Tripulantes Técnicos Pilotos, dió lugar al inicio de una huelga, el 18 de diciembre de 2011, que fue objeto de sucesivas convocatorias por el SEPLA, cuya prolongación en el tiempo hizo intervenir al Gobierno por las consecuencias económicas y sociales que causaba, razón por la que, a propuesta de la Ministra de Empleo y Seguridad Social, el Consejo de Ministros en su reunión del 27 de abril de 2012 Acordó, al amparo del art. 10 del R.D.L. 17/1977, de 4 de marzo, un arbitraje obligatorio como medio de solución de la huelga declarada, el arbitraje que sería de equidad, debería resolver cuantas cuestiones se hubiesen planteado como causa de la huelga, previa audiencia de las partes quienes procederían de común acuerdo a designar el arbitro en el plazo de 24 horas.

El TS considera que no hay grupo patológico y entiende que, por tanto Iberia Express no estaba representada por Iberia Operadora, ni por representación expresa, ni por la tácita derivada de la existencia de un grupo de empresas patológico. Por ello, **el arbitro si pretendía afectar los derechos o intereses de Iberia Express debió oírla antes de dictar el laudo y al no hacerlo violó los principios de igualdad de partes y de audiencia que deben respetarse, conforme al artículo 24 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre**, de aplicación supletoria para llenar el vacío que dejan los artículos 91-2 (último párrafo) del E.T. y 65-4 de la LRJS. Pero, además, debe tenerse presente que el artículo 65-4 de la L.J .S. regula la situación de terceros perjudicados por el laudo, condición que tiene Iberia Express, habida cuenta su personalidad jurídica independiente de la de la empresa matriz, así como que la misma no era parte del conflicto, pues este existía entre Iberia Operadora y sus pilotos. en razón de **ello la imposición del arbitraje obligatorio, ex art. 10 del R.D.L. 17/1977, de 4 de marzo que acordó el Consejo de Ministros se limitó a las partes del conflicto, esto es a Iberia Operadora y al SEPLA**, cual allí se dice. **El arbitraje obligatorio** en cuanto limita los derechos a la negociación colectiva y a la huelga debe ser objeto de interpretación restrictiva y **no puede obligar a terceros ajenos al conflicto** (huelga con ocasión de la negociación de un nuevo convenio colectivo), cual era Iberia Express, quien no empleaba a ninguno de los huelguistas y no estaba negociando su convenio colectivo, pese a tratarse de una sociedad ya en funcionamiento.

8.2.2.- STS 4 abril 2014. RJ 2014\2577

Arbitraje obligatorio que pone fin a la huelga: la impugnación del laudo de equidad debe realizarse a través de la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos, si no se utiliza esta vía el órgano judicial reconvertir el procedimiento y darle la tramitación adecuada; nulidad del laudo por afectar a una tercera empresa no implicada en la huelga, que no fue ni parte ni objeto del arbitraje.

8.2.3.- STS 8 abril 2014. RJ 2014\4619

Arbitraje obligatorio que pone fin a la huelga: la impugnación del laudo de equidad debe realizarse a través de la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos, si no se utiliza esta vía el órgano judicial reconvertir el procedimiento y darle la tramitación adecuada; nulidad del laudo por afectar a una tercera empresa no implicada en la huelga, que no fue ni parte ni objeto del arbitraje.

9.- Proceso laboral

9.1.- STS de 5 junio 2012. RJ 2012\9280

Reconvención: no se admite la reconvención por la que se pretende la declaración de ilicitud de una huelga, en un proceso iniciado por tutela de libertad sindical y huelga.

Se desestima la posibilidad de planteamiento en el acto del juicio de reconvencción en la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales, mediante la que la empresa instaba se declarara la ilegalidad de la huelga, argumentando, en esencia, que " La vía de la reconvencción se recoge en el art. 85.2 de la LPL que proclama con carácter general y de manera contundente que en ningún caso podrá el demandado formular reconvencción, salvo el excepcional supuesto de que la hubiese anunciado en la conciliación previa al proceso o en la contestación a la reclamación previa, y hubiese expresado en esencia los hechos en que se funda y la petición en que se concreta ", y que " Es evidente que en este proceso no puede acogerse la regla excepcional del artículo citado de la LPL porque no ha existido el trámite a que tal precepto hace referencia. Pero es que, además, en relación con la modalidad procesal prevista en el capítulo XI del Título II del libro II de la LPL , el art. 176 de esta Ley dispone: El objeto del presente proceso queda limitado al conocimiento de la lesión de la libertad sindical, sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela de la citada libertad y ello significa que no puede esta Sala entrar a conocer de una cuestión de legalidad ordinaria, como sería el decidir si la huelga es ilegal o no, por la supuesta vulneración del art. 5 del Real Decreto-Ley 17/1997 de 4 de Marzo ".

9.2.- STS 4 abril 2014. RJ 2014\2577

Procedimiento adecuado para la impugnación de laudo de fin de huelga: la impugnación del laudo de equidad debe realizarse a través de la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos, si no se utiliza esta vía el órgano judicial reconvertir el procedimiento y darle la tramitación adecuada; nulidad del laudo por afectar a una tercera empresa no implicada en la huelga, que no fue ni parte ni objeto del arbitraje.

Normativa procesal aplicable a la impugnación de los laudos arbitrales de naturaleza social, incluidos los dictados en sustitución de la negociación colectiva, en conflictos colectivos, en procedimientos de resolución de controversias y en procedimientos de consulta en movilidad geográfica, modificaciones colectivas de condiciones de trabajo y despidos colectivos, así como en suspensiones y reducciones temporales de jornada (arg. ex art. 2.h LRJS); en especial, y en lo que ahora más directamente afecta, debe tenerse en cuenta lo establecido en el art. 65.4 LRJS

La nueva LRJS en su preámbulo dice que "*se refuerza la conciliación extrajudicial y la mediación, el arbitraje, con regulación de una modalidad procesal de impugnación del laudo y con previsión de la revisión de los laudos arbitrales firmes ...*" , con reflejo, especialmente en sus arts. 2.h) (ámbito del orden jurisdiccional social), 8.1 (competencia en instancia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional), 9.c) (competencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en materia de revisión de laudos arbitrales firmes sobre materias objeto de conocimiento del orden social), 10.h) (competencia territorial de los Juzgados de lo Social), 11.1.a) (competencia territorial en instancia de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia), 23.4 (impugnación de los laudos por el FGS), 64.1 (excepción a la conciliación o mediación previa en los procesos de anulación de laudos arbitrales), 65.3 y 4 (laudos arbitrales y su impugnación), 68.2 (ejecutividad de los laudos arbitrales firmes), 153.2 (proceso de conflictos colectivos y tramitación impugnación de convenios colectivos y de los laudos arbitrales sustitutivos de éstos), 163.1 (impugnación de convenios colectivos regulados en el Título III o de los laudos arbitrales sustitutivos de éstos, por considerar que conculcan la legalidad vigente o lesionan gravemente el interés de terceros) y 236.1 (revisión de laudos arbitrales firmes sobre materias objeto de conocimiento del orden social).

9.3.- STS 8 abril 2014. RJ 2014\4619

Procedimiento adecuado para la impugnación de laudo de fin de huelga: la impugnación del laudo de equidad debe realizarse a través de la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos, si no se utiliza esta vía el órgano judicial reconvertir el procedimiento y darle la tramitación adecuada; nulidad del laudo por afectar a una tercera empresa no implicada en la huelga, que no fue ni parte ni objeto del arbitraje. (Reitera doctrina STS 4 abril 2014)

B.- Análisis del Auto de la AN de 14 de mayo de 2015

1.1.- Síntesis del supuesto de hecho

- El Convenio Colectivo de fútbol profesional (BOE 09/10/14), suscrito por la AFE y la LNFP regula las relaciones de los futbolistas profesionales y está vigente desde 01/07/14 a 31/12/16. En su art. 43 se regula el Fondo social por el que cada temporada la LNFP entrega a la AFE cantidades para fines benéficos y para el desarrollo de la actividad de la AFE. El Anexo III contiene un FOGASA por el que la LNFP garantiza el pago de las deudas que los Clubes mantengan con sus futbolistas profesionales, mediante el cumplimiento de ciertos requisitos.

- En la reunión de la comisión negociadora del Convenio de 25/07/14 el Presidente de LNFP se comprometió a que, si se aprobaba una legislación reguladora de la venta centralizada de los derechos audiovisuales, la AFE percibiría un 0,5% del total de los mismos.

- El 6/03/2015 la LFP y la RFEF llegan a un principio de Acuerdo, también con la AFE, por el que solicitaban urgentemente la aprobación por el Gobierno de un RD-ley regulador de la venta centralizada de los derechos audiovisuales del fútbol. Ese RD se aprueba por RD-Ley 5/2015

- El 06/05/2015 la AFE notifica a la RFEF la decisión de convocar una huelga, por no estar de acuerdo con la nueva regulación del citado RD-Ley 5/15. En ese momento, la RFEF acordó suspender las jornadas del Campeonato Nacional de Liga a partir de 16/05/15

- El 7/05/2015 la AFE promovió un procedimiento de mediación ante el SIMA, previo a la convocatoria formal de la huelga, al que se citó a la LNFP, a la RFEF y al CSN, para tratar sobre la convocatoria de una huelga, cuya fecha de comienzo sería el 16-05-2015, a la que se convocaba a los futbolistas que prestan servicios en las competiciones oficiales, correspondientes al Campeonato Nacional de Liga de 1ª División, 2ª División A, englobadas en la LNFP, cuyo número asciende aproximadamente a 900, así como a los que prestan servicios en las categorías nacionales de 2ª División B, 3ª División y Liga Nacional Juvenil, organizadas por la RFEF, cuyo número asciende aproximadamente a 9000.

Los objetivos de la huelga fueron los siguientes:

a) Que se abra un periodo de diálogo y negociación con la Asociación de Futbolistas Españoles para consensuar un modelo equilibrado de gestión comercial de los derechos audiovisuales de fútbol profesional.

b) Que se pacte una distribución más equitativa de los ingresos provenientes de la venta centralizada de los derechos audiovisuales entre los participantes en el Campeonato Nacional de Liga.

c) Que se destine directamente a favor de la Asociación de Futbolistas Españoles, un porcentaje de los ingresos que pudieran derivarse de la venta centralizada de los derechos, para el cumplimiento de los fines que le son propios, así como para cualquier otra finalidad que pudieran adoptar los órganos legítimos de esta asociación.

d) Que se constituyan garantías con los ingresos provenientes de la venta de los derechos audiovisuales, para el cobro de las deudas salariales de los futbolistas y demás profesionales que tengan licencia federativa en el mundo del fútbol.

e) Participación de los representantes de la Asociación de Futbolistas Españoles en todos los órganos constituidos en el fútbol profesional, que incidan en los intereses y derechos de los futbolistas profesionales.

El 12-05-2015 la mediación concluyó sin acuerdo ante el SIMA.

El 8-05-2015 la LNFP promovió demanda de conflicto colectivo ante la AN, en la que pretendía la declaración de la ilegalidad de la huelga, decretándose su nulidad de pleno derecho. En la misma demanda se solicitó, como medida cautelar, la suspensión de la huelga antes dicha, aunque no se ofreció ningún tipo de caución.

1.2.- Problemas que se plantean:

1.2.1.- Subsanabilidad de la falta de ofrecimiento de caución

Las medidas cautelares en el proceso social se regulan en el art.79 LRJS, que se remite a los arts.721 a 747 de la LEC "*con la necesaria adaptación a las particularidades del proceso social y oídas las partes*". Por otro lado, el art.79.1pfo 3 exime de caución, garantías e indemnizaciones a los trabajadores, beneficiarios SS, sindicatos asociaciones de TRADE, entre las que no se hallan las asociaciones empresariales, como la LNFP.

El art.732.3 LEC dispone que en el escrito de petición de medida cautelar **-no después- habrá de ofrecerse la prestación de caución**, especificando de qué tipo o tipos se ofrece constituirla y con justificación del importe que se propone. El art.728.3 dispone que "salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado".

Ante la denuncia de la AFE de falta de caución la AN resuelve que se trata de un requisito subsanable porque la tutela cautelar, como recuerdan STC 238/1992 (RTC 1992, 238) y 218/1994 (RTC 1994, 218), forma parte de la tutela judicial efectiva, garantizada por el art. 24.1 CE, de manera que, si se rechaza *a limine* dicha petición, se estaría impidiendo el acceso a la acceso a esa tutela que integra el derecho fundamental; y termina imponiendo una caución de 5.000.000 euros.

Este argumento es claramente contrarrestable, recordando que el derecho a la tutela judicial efectiva, del que forma parte la tutela cautelar, es un derecho de configuración legal (STC 99/85), y que las formas procesales cumplen un papel de capital importancia para la ordenación de la *litis* por lo que no puede dejarse al arbitrio de la partes su cumplimiento ni la decisión del momento en que van a cumplirlas (SSTC 65/83, 69/84, 48/95, etc), pues el principio de preclusión se opone a ello en garantía de la igualdad de armas (art.136 LEC)

En cuanto a **la subsanabilidad** de los defectos de forma, el TC sostiene una conocida **doctrina antiformalista**, en cuya virtud, no toda irregularidad formal es obstáculo insalvable para la prosecución del proceso, especialmente en los supuestos en que la ley no lo determine así de forma taxativa (SSTC 3/83, 33/92, 290/93, etc.).

Sin embargo, hay dos **razones que se oponen a la subsanabilidad** de la falta de ofrecimiento de caución.

La primera es que **el art. 732.3 LEC es taxativo** cuando dice que es en el escrito de petición (no después) cuando ha de ofrecerse la prestación de caución, por lo que lo configura como **requisito esencial**.

La segunda es que el **antiformalismo tiene sus límites**, no pudiendo afectar la regularidad del proceso ni los intereses de la parte contraria. SSTC 29/85, 140/87, 99/96, etc. el ofrecimiento de caución como requisito esencial no subsanable se demuestra en la nueva regulación de la caución sustitutoria de los arts. 746 y 747 LEC. Dicha caución sustitutoria que puede prestar el demandado cautelar para alzar las medidas adoptadas, tiene que estar en inmediata relación con la ofrecida por el demandante, por lo que es necesario que el demandado tenga conocimiento exacto de la que se ofrece por la contraparte. Así se deduce de la posibilidad de prestar caución sustitutoria en el acto de la vistas, por la remisión que se efectúa en el art. 747.1 LEC al art. 734 del mismo texto legal. Por ello **si el demandado carece de conocimiento absoluto de la caución ofrecida por el actor, no podrá formular las alegaciones oportunas frente a la misma u ofrecer caución sustitutoria, por lo que se le situaría en posición de indefensión¹**.

En efecto, la vista de medidas cautelares (art.734 LEC) sirve para que la parte demandada pueda formular alegaciones relativas al tipo y cuantía de la caución y se sirva de cuantas pruebas disponga en tal sentido, lo que no podrá ocurrir si al iniciarse la vista desconoce qué caución y qué cuantía se ofrecen. Además, el demandado puede pedir al tribunal que se acuerde aceptar caución sustitutoria (art.746 LEC), lo que mal podrá pedir si desconoce el tipo de caución y la cuantía ofrecida de contrario al iniciarse la vista.

1.2.2.- Falta de acción y falta de acreditación de conciliación y mediación

También hay que examinar estas cuestiones previas planteadas por la AFE.

En primer lugar como cuestión previa, la AFE alegó que la demanda rectora de autos se promueve frente a un acto de mediación, que concluyó sin acuerdo, y antes de convocada la huelga, por lo que la demandante carecía de acción para impugnarlo, ya que no había huelga alguna convocada

La AN razona, que en efecto, la simple lectura del acta del SIMA de 7-05-2015 permite concluir que se promovió un procedimiento de mediación previo, en su caso, a la convocatoria formal de la huelga, aunque no es menos cierto que la solicitante precisó que la fecha prevista para el inicio de la huelga serían las cero horas del día 16-05-2015, lo que dejaba un margen de 5 días hábiles para activar la maquinaria judicial, siendo razonable, por consiguiente, que la demandante interpusiera la correspondiente demanda ante el riesgo cierto de que no se convocara formalmente la huelga y se mantuviera la convocatoria, lo que no era descartable, si se tiene presente que la RFEF había suspendido la competición con causa a la huelga promovida por AFE, aunque no había sido convocada formalmente en dicha fecha (...), en cuyo caso no habría tenido tiempo material para reaccionar. - De hecho la huelga no se convocó oficialmente hasta el 10-05-2015.

¹ Vid. Auto AP Cádiz Sección 6ª Ceuta núm. 22/2003 de 8 mayo. JUR 2003\188783 que considera el no ofrecimiento de caución como requisito esencial de omisión insubsanable.

Sin embargo, no **deja de ser dudoso que tal razonamiento sea acogible**, si se tiene en cuenta que la doctrina ha denegado reiteradamente la acción frente a situaciones hipotéticas o futuras, aún no acontecidas.

En este sentido se han pronunciado las Sentencias del Tribunal Constitucional 210/1992 (RTC 1992\210) y 20/1993 (RTC 1993\20), y las de la Sala IV del TS de 27 de marzo, 6 mayo y 20 de junio de 1992 (RJ 1992\1881, RJ 1992\3516 y RJ 1992\4602), 6 de octubre de 1994, 3 de mayo de 1995 (RJ 1995\3737), 6 de mayo de 1996 (RJ 1996\4375) y 8 de octubre de 1997 (RJ 1997\8611). Por ello **«no pueden plantearse al Juez cuestiones no actuales ni efectivas, futuras o hipotéticas»**, pues como expresa la citada Sentencia de 6 de mayo de 1996 **ha de ser rechazada la pretensión declarativa, que tenga sólo «un interés preventivo o cautelar, no efectivo, ni actual»**.

Por su parte la citada Sentencia del Tribunal Constitucional número 71/1991 dice que «es necesario que exista una lesión actual del interés propio, al margen del carácter o no fundado de la acción, lo que significa no sólo la utilidad o efecto práctico de la pretensión, sino la existencia de un derecho insatisfecho, al que se trata de tutelar mediante el ejercicio de la acción ... (y por ello) ... no pueden plantearse al Juez cuestiones no actuales ni efectivas, futuras o hipotéticas, o cuya decisión no tenga evidencia alguna en la esfera de derechos e intereses del actor; se requiere que exista un caso o controversia, una verdadera litis, pero no cabe solicitar del Juez una mera opinión o un consejo».

En cualquier caso, **al día siguiente la demandante amplió su demanda frente a la convocatoria formal de la huelga, lo que subsana, a juicio de la AN, cualquier duda sobre la legitimación activa de la LNFP**. Por tanto, no existió indefensión alguna de la demandada, en tanto que tuvo conocimiento de la demanda y conforme a la doctrina del TS , "... la parte pudo interesar la suspensión por falta de preparación o defecto de defensa, lo que tampoco alegó, siendo por tanto una situación consentida por la parte que acudió con su asesoramiento correspondiente" (STS 11 febrero 1986. RJ 1986\739)

En **segundo lugar**, alega que la actora no aporte el intento de conciliación ante la DGE o, en su defecto al SIMA, sino que aportó una solicitud de conciliación ante el SMAC de Madrid, pero de tal defecto es subsanable conforme al art.81.3 LRJS, por lo que el actor puede acreditar el intento de mediación en el plazo de 15 días, conclusión con la que estamos absolutamente de acuerdo.

1.2.3.- Posibilidad de suspender un derecho fundamental sin que medie ley habilitante

La AN concluye que cabe admitir la tutela cautelar frente al ejercicio ilícito de un derecho fundamental, en este caso el derecho de huelga, cuando en la solicitud de la medida cautelar se contengan datos, argumentos y justificaciones documentadas que conduzcan a fundar, por parte del Tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional o indiciario favorable al fundamento de la pretensión, si bien dichos indicios deberán acreditarse de modo exigente para asegurar todas las garantías formales, así como las pautas propias del principio de proporcionalidad para la aplicación de medidas restrictivas de los derechos fundamentales.

Está fuera de toda duda que **no hay precepto alguno que autorice de forma específica y concreta a suspender cautelarmente el derecho de huelga**. Al contrario **sí existe**

referencia explícita a medidas cautelares frente a actos lesivos del derecho de huelga, como la determinación del personal laboral adscrito a los mínimos necesarios para garantizar los servicios esenciales de la comunidad, o a los servicios de seguridad y mantenimiento precisos para la reanudación ulterior de las tareas. (art.180.3LRJS). Así mismo la **LRJS sí prevé la limitación de otros derechos fundamentales por los jueces por ejemplo para fines probatorios** (arts.76.5, 90.4, 90.5 LRJS, etc).

Por tanto, la **tutela cautelar limitativa o asegurativa de los derechos fundamentales no es cuestión ajena a la LRJS, sino que está expresamente regulada en la misma.**

El **auto de la AN se basa, sin embargo, en el art.79 LRJS y en el art.723 LEC para suspender la huelga.** Ahora bien, ninguno de tales preceptos contiene autorización para ello. El primero autoriza a adoptar medidas cautelares necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pueda acordarse en sentencia; el segundo regula (arts.721-747 LEC) el procedimiento civil de adopción de medidas cautelares, sin que en ninguno de ambos preceptos -insistimos- se contemple de forma expresa la suspensión judicial del derecho de huelga.

No puede ampararse la suspensión de un derecho fundamental en una habilitación legal no expresa, inespecífica o inconcreta como "aquellas otras medidas que para la protección de ciertos derechos (...) se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial (art.727.11 LEC)

La **CE exige una triple condición sobre la previsión legal de las medidas limitadoras** de derechos fundamentales: la **existencia de una disposición jurídica que habilite** a la autoridad judicial para la imposición de la medida en el caso concreto, el **rango legal** que ha de tener dicha disposición, y la **calidad de Ley como garantía de seguridad jurídica.**

La ley que restrinja un derechos fundamental ha de ser **expresa, precisa, cierta y previsible**, de forma que esta garantía ha sido integrada por el TC en el contenido esencial del DF restringido (vid. STC 292/00). Por decirlo gráficamente, todos los DDFD tienen "derecho" a que sus restricciones sean expresas, precisas, ciertas y previsibles y si no, no son Derechos fundamentales.

Ello excluye las restricciones por costumbre o principios generales, las restricciones, tácitas, las indeterminadas y las restricciones delegadas, las dejadas en manos de los jueces o de la Administración y sujetas a criterios propios y por tanto, imprevisibles.

En efecto el TC ha sostenido que, aún teniendo un fundamento constitucional y resultando proporcionadas las limitaciones del derecho fundamental establecidas por una Ley, éstas pueden vulnerar la Constitución si adolecen de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y su modo de aplicación. En este sentido el TC ha sostenido, que no sólo lesionaría el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), concebida como certeza sobre el ordenamiento aplicable y expectativa razonablemente fundada de la persona sobre cuál ha de ser la actuación del poder aplicando el Derecho (STC 104/2000, F. 7, por todas), sino que al mismo tiempo dicha Ley estaría lesionando el contenido esencial del derecho fundamental así restringido, dado que la forma en que se han fijado sus límites lo hacen irreconocible e imposibilitan, en la práctica, su ejercicio². Por tanto, **la falta de precisión de la Ley en los presupuestos materiales de la limitación de un derecho fundamental es susceptible**

² SSTC 11/1981, F. 15; 142/1993, de 22 de abril [RTC 1993, 142] , F. 4, y 341/1993, de 18 de noviembre [RTC 1993, 341] , F. 7).

de generar una indeterminación sobre los casos a los que se aplica tal restricción. Y al producirse este resultado, más allá de toda interpretación razonable, la Ley ya no cumple su función de garantía del propio derecho fundamental que restringe, pues deja que en su lugar opere simplemente la voluntad de quien ha de aplicarla, menoscabando así tanto la eficacia del derecho fundamental como la seguridad jurídica.

En efecto, por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas, ora incida directamente en su desarrollo (art. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal. Esa reserva de ley a que, con carácter general, somete la Constitución Española la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su Título I, desempeña una doble función, a saber: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un ordenamiento jurídico como el nuestro, en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos “únicamente al imperio de la Ley” y no existe, en puridad, la vinculación al precedente constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

Como primera conclusión, **la suspensión cautelar de un derecho fundamental sin habilitación legal es contraria a la Constitución y, además, entraña unos elevados riesgos para la seguridad jurídica**

Por otro lado, el Auto de la AN que comentamos es absolutamente insensible a los "efectos colaterales" que genera la suspensión cautelar de la huelga para la negociación colectiva: ¿Qué fuerza en la negociación tendrá la advertencia de huelga si la patronal sabe que contará con tribunales prestos a suspenderla?. Este autismo del Auto frente a los devastadores efectos que para la negociación colectiva tiene la suspensión cautelar del derecho de huelga va en una línea diametralmente opuesta a la que ha sostenido el TS, por ejemplo en la STS 20 abril 2015. RJ 2015/1249 (Caso Coca-Cola) en que se concluye *"que la minimización o eliminación de los efectos nocivos que el desabastecimiento de productos había de producir con ocasión de esa huelga privó a su vez de cualquier eficacia o fuerza a la posición que en la mesa pudieran tener los representantes de los trabajadores durante el periodo de consultas..."*; doctrina ésta que con toda evidencia se muestra más sensible a la incidencia que la vulneración del derecho de huelga puede tener en la negociación colectiva que, no olvidemos es la finalidad de toda huelga: lograr acuerdos negociados

1.2.4.- Ilicitud de la huelga

Una cuestión objeto de viva controversia en la doctrina que ha analizado el Auto³ de la AN es la licitud o ilicitud de la huelga y la suficiencia indiciaria para concluir que es ilícita, como termina haciendo la AN.

³ SEMPERE NAVARRO, A.V. Suspensión cautelar de huelga novatoria (El conflicto futbolístico). Revista Española de Derecho del Trabajo num. 176/2015. BIB 2015\2076
ROQUETA BUJ, R. La suspensión de la huelga de los futbolistas como medida cautelar. Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento num. 47/2015. BIB 2015\2315
MOLINA NAVARRETE, C. Poder en el fútbol y derecho de huelga : ¿un uso estratégico antihuelga de la justicia social cautelar? En: Revista de trabajo y seguridad social : comentarios y casos prácticos. -- N. 387 junio 2015, p. 5-14. ISSN 1138-9532
Gabinete Estudios Jurídicos CCOO. La suspensión judicial del derecho de huelga: una vía ilegal para restringir este derecho fundamental. Análisis del Auto de 14 de mayo de 2015, de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en el conflicto del fútbol profesional

El **juicio provisional de ilicitud** que la AN hace de la huelga es **enormemente escueto y precario**, limitándose a identificar la ilicitud con la propia de una huelga novatoria (art.11c) RD-Ley 17/77 en la forma que sigue:

*"La Sala, sin entrar ahora en los restantes motivos de ilegalidad de la huelga, aducidos por LNFP, lo que acometeremos en el momento procesal oportuno, cuando entremos a conocer sobre la demanda principal, considera que la simple lectura del art. 43 y el anexo III del convenio, reproducidos en el hecho probado segundo y los objetivos de la huelga, identificados en su convocatoria, reproducidos en el hecho probado noveno, así como en la propia carta remitida por el señor Héctor a sus asociados (hecho probado octavo), **permiten adelantar un juicio provisional favorable a que algunos de los objetivos de la huelga podrían tener por finalidad la modificación del convenio colectivo vigente**, que regula expresamente el fondo de la AFE y el fondo de garantía salarial para asegurar el cobro de los futbolistas en los clubes morosos, así como los compromisos pactados el 25-07-2014 entre la LNFP y la AFE, por la que la primera se comprometió a abonar a la segunda un 0,5% neto de todos los ingresos si se legislaba finalmente sobre la venta centralizada de los derechos audiovisuales (hecho probado tercero)."*

Ante tal razonamiento, cabe recordar la doctrina sobre huelgas novatorias del TC, conforme a la STC 11/81 nada impide la huelga durante el periodo de vigencia del convenio colectivo cuando la **finalidad de la huelga no sea estrictamente la de alterar el convenio**, como puede ser:

- **reclamar una interpretación del mismo** (STC 11/81)
- **exigir reivindicaciones que no impliquen modificación del convenio, como las condiciones de trabajo establecidas por otras fuentes distintas al convenio (STC 38/90), o para completar lo acordado, o encaminada a obtener soluciones a un problema no resuelto en el convenio y susceptible de ser solucionado en la comisión de seguimiento (STS 8 de junio 2011 (Ar. 2011/5331).**
- instar que la revisión del convenio colectivo, iniciada por los sujetos legitimados para ello, incorpore determinados contenidos o tenga un concreto alcance⁴
- reivindicar derechos o condiciones de trabajo no contempladas en el convenio SSTs 14 febrero 1990 y 8 de junio de 2011

Por otro lado, es posible reclamar una **alteración del convenio** en aquellos casos en que

- El convenio ha sido **incumplido por la parte empresarial**
- Se haya producido un **cambio absoluto y radical de las circunstancias**, que permitan aplicar la llamada cláusula "*rebus sic stantibus*". (vid. STS 17 febrero 2014. RJ 2014\3747)

Pues bien, en el caso de autos, los **objetivos reales de la huelga está claro que no derivan de la regulación del Convenio**, aunque puedan afectarla indirectamente, sino de la irrupción de una nueva norma, el RD-ley 5/15 de medidas urgentes en relación con la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de la competición de fútbol profesional, aprobado sin que la AFE tuviera acceso al borrador ni hubiera podido efectuar aportaciones. Dicho RD no contempla el 0,5% de los derechos para la AFE, mientras que consta probado que en la reunión de la comisión negociadora del Convenio de 25/07/14 el Presidente de LNFP se comprometió a que, si se aprobaba una legislación reguladora de la venta centralizada de los derechos audiovisuales, la AFE percibiría un 0,5% del total de los mismos.

Así las cosas, el auto en cuestión, considera que hay indicios de ilegalidad porque **algunos** (no todos) los objetivos de la huelga "**podrían**" (en hipótesis y no de forma evidente), tener por fin modificar el Convenio, en el punto de el fondo de la AFE y el fondo de garantía salarial para asegurar el cobro de los futbolistas en los clubes morosos, así como los compromisos pactados el 25-07- 2014 entre la LNFP y la AFE, por la que

⁴ GÁRATE CASTRO, Javier. Derecho de Huelga. Ed. Bomaizo 2013. p.87

la primera se comprometió a abonar a la segunda un 0,5% neto de todos los ingresos si se legislaba finalmente sobre la venta centralizada de los derechos audiovisuales

Sin embargo, como sostiene buena parte de la doctrina⁵, la huelga no tiene por objeto ni finalidad modificar el art.43 del Convenio sino, **que lo que se reclama es la correcta aplicación del mismo y de los compromisos pactados en re la LFP y la AFE el 25/07/14**, puesto que los fines de la huelga son, en síntesis que se abra un periodo de diálogo, que se pacte una distribución más equitativa de los ingresos, que se destine directamente a favor de la Asociación de Futbolistas Españoles, un porcentaje de los ingresos, que se constituyan garantías con los ingresos provenientes de la venta de los derechos audiovisuales y la participación de los representantes de la Asociación de Futbolistas Españoles en todos los órganos constituidos en el fútbol profesional

En conclusión, **no existe ilicitud de la huelga por no ser una huelga novatoria** y, es más, del propio redactado de la resolución de la AN cabe concluir que **no concurre el juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de la pretensión de ilicitud**, exigible ex art.728.2 LEC, pues **la mera especulación de que algunos de los objetivos de la huelga podrían tener por fin la modificación de lo pactado en el convenio no es un juicio indiciario ni mucho menos suficiente para suspender un derecho fundamental**, ya que afecta a sólo alguno de los objetivos de la huelga y no a todos y, sobre todo, lo hace de forma meramente hipotética o probable. Extrapolar este débil juicio indiciario a toda suspensión cautelar de derechos fundamentales puede llevar a resultados desastrosos.

1.2.5.- Afectación al contenido esencial de un derecho fundamental por medio de medida cautelar

Una cuestión sobre la que no cabe discusión alguna es que la suspensión cautelar de la huelga convocada para el día 16/05/2015, privó a la misma de toda potencial eficacia tanto en la fase previa (posible negociación), como en la fase de ejercicio del derecho (perjuicio causado a la empresa).

Sentada esta premisa, no es ocioso recordar que la huelga consiste en la cesación del trabajo en cualquiera de sus manifestaciones, núcleo que implica a su vez la facultad de declararse en huelga, estableciendo su causa, motivo y fin y la de elegir la modalidad que se considera más idónea al respecto, dentro de los tipos aceptados legalmente. En tal contexto también **resulta esencial la consecución de una cierta eficacia**, como indican las SSTC 41/1984, 123/92, entre otras, que consideran dicha eficacia como parte del contenido esencial del derecho.

Por tanto, **una resolución judicial que prive totalmente de eficacia a una huelga convocada, está afectando al contenido esencial del derecho. ¿Es ello posible?**

Nuestra doctrina constitucional configura el contenido esencial como una auténtica barrera para el legislador (SSTC 227/88, 61/97⁶, 112/2006, entre otras):

"... la **delimitación del contenido de los derechos (...)** o la **introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer su**

⁵ ROQUETA BUJ, R. La suspensión de la huelga de los futbolistas como medida cautelar. Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entrenamiento num. 47/2015. BIB 2015\2315

⁶ Son muchas las maneras posibles de fijar "la finalidad o utilidad social" que debe cumplir cada categoría de bienes objeto de propiedad privada, con tal de que no rebase el límite del contenido esencial. (FJ 22)

contenido esencial, pues en tal caso no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aunque predicada por la norma de manera generalizada, se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente".

Desde esta óptica, afirma gráficamente ALEXY⁷ que "*los derechos fundamentales, en sí mismos, son restricciones a sus restricciones y a la posibilidad de restringirlos*".

En efecto, el TC considera que los derechos fundamentales pueden ceder, ante bienes, e incluso intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que experimenten sea necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, **en todo caso**, sea **respetuoso con el contenido esencial** del derecho fundamental restringido⁸. De este modo, el TC ha mantenido que se rebasa o desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección (SSTC 37/87; 204/04, etc)-

Pues bien, en el caso de autos se afectó el contenido esencial, y si ello no lo puede hacer el legislador, menos aún el juez, que está sometido al imperio de la Ley. En este punto no vale, como sostiene la resolución recurrida, acudir a la necesidad de proteger la tutela judicial efectiva, pues en los casos de colisión de derechos fundamentales juega el principio de proporcionalidad, que exige tratar los derechos como principios y no como normas, acudiendo a la técnica de la ponderación, para optimizar en todo lo posible cada uno de los derechos en liza, y no para aplicar uno e inaplicar otro, que es lo que termina por hacer la AN.

No entraremos ahora en la falta de soporte legal de la medida, que ya hemos abordado, pero sí vale la pena centrarse en **el juicio de proporcionalidad ante la hipotética colisión entre derecho de huelga y tutela judicial**

En este sentido, el juicio de proporcionalidad debería imperar en los casos de colisión, con los consiguientes estándares de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Ahora bien, **no cabe proporcionalidad ahí donde se desconoce el contenido esencial**.

En efecto, na restricción que no respete el contenido esencial no puede ser nunca proporcionada, puesto que la restricción que consista en una vulneración del DF no es nunca idónea para alcanzar el fin constitucionalmente previsto, salvo que aceptemos la posibilidad que vulnerar un derecho fundamental sea medio idóneo para tutelar otro bien constitucionalmente protegido. Siendo esta mi opinión, comparto con algunos autores⁹ que la **relación entre contenido esencial y principio de proporcionalidad está lejos de ser clara en la doctrina del TC**, como lo muestran las SSTC 66/99, 136/99, 202/99 o la más reciente STC 8/15, sobre la reforma laboral, que razona en términos de proporcionalidad sin considerar que en algunos casos se incide en el contenido esencial de los derechos, mientras que en la STC 202/99, en que el TC consideró que el almacenamiento no consentido de datos por una empresa no constituía una restricción desproporcionada del DF sino una vulneración de su contenido esencial.

⁷ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Trad. Carlos Bernal Pulido. Ed. CEPC 2ª edición. Págs 257

⁸ SSTC 292/2000, de 30 de noviembre RTC 2000/292; 57/1994, de 28 de febrero [RTC 1994, 57] , F. 6; 18/1999, de 22 de febrero [RTC 1999, 18] , F. 2).

⁹ GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC. Cuadernos Aranzadi del TC. Págs 86-88.

A mi entender la correcta distinción de contenido esencial y de principio de proporcionalidad hace referencia a dos momentos diversos el de la delimitación y el de la restricción. Así, mientras el **contenido esencial se fija a priori**, en el momento previo **de la delimitación del contenido** del derecho, **la proporcionalidad actúa partiendo del derecho previamente delimitado, ergo a posteriori**; lo que explica que pueda haber restricciones que respeten el contenido esencial del DF y sean desproporcionadas, pero no restricciones que siendo proporcionadas respeten el contenido esencial.

Partiendo en el caso de autos de que hubo afectación al contenido esencial, privando a la huelga totalmente de su eficacia, hay que concluir que la medida cautelar fue también desproporcionadas.

¿Había otras opciones?

A mi juicio sí. Entiendo que la posibilidad de la AN de solicitar a la AFE una caución sustitutoria conforme al art.746 LEC, asegurando los daños y perjuicios derivados de la posible declaración de ilicitud de la huelga, ello teniendo en cuenta que el demandado es una asociación profesional, y que la caución no puede restringir o dificultar su actividad de modo grave y desproporcionado respecto del aseguramiento que aquella medida suponga para el solicitante.

El juicio de necesidad de la medida cautelar exigía explorar otras opciones igualmente tendentes a asegurar la tutela judicial efectiva y no excesivamente gravosas para el derecho fundamental a la huelga.

Pero para que todo ello hubiera sido posible, insistimos, hacía falta una habilitación legal clara y precisa para suspender cautelarmente el derecho de huelga que, como hemos visto, no existe.

ANEXO I. DATOS ESTADÍSTICOS DE LAS HUELGAS¹⁰

HUELGAS DESARROLLADAS



Conflictos desarrollados, centros y plantillas convocados, trabajadores participantes y jornadas no trabajadas. (1)

	VALORES ABSOLUTOS		VARIACIONES SOBRE EL AÑO ANTERIOR					
	2013	2014	Absolutas			Relativas En porcentaje		
			2012	2013	2014	2012	2013	2014
CONFLICTOS	998	777	103	118	-221	13,3	13,4	-22,1
Huelgas	994	777	101	116	-217	13,0	13,2	-21,8
Con preaviso	993	777	98	119	-216	12,6	13,6	-21,8
Sin preaviso	1	-	3	-3	-1	300,0	-75,0	-100,0
Cierres Patronales	4	-	2	2	-4	-	-	-
CENTROS DE TRABAJO CONVOCADOS	45.836	7.666	-264.608	6.103	-38.170	-86,9	15,4	-83,3
En huelgas	45.832	7.666	-267.707	9.198	-38.166	-88,0	25,1	-83,3
En cierres patronales	4	-	3.099	-3.095	-4	-	-	-
PLANTILLA DE LOS CENTROS CONVOCADOS	1.634.459	618.478	-1.971.331	261.709	-1.015.981	-58,9	19,1	-62,2
En huelgas	1.633.924	618.478	-1.981.001	270.844	-1.015.446	-59,2	19,9	-62,1
En cierres patronales	535	-	9.670	-9.135	-535	-	-	-
TRABAJADORES PARTICIPANTES	448.473	217.047	108.710	117.789	-231.426	49,0	35,6	-51,6
En huelgas	448.024	217.047	101.897	124.153	-230.977	45,9	38,3	-51,6
En cierres patronales	449	-	6.813	-6.364	-449	-	-	-
JORNADAS NO TRABAJADAS	1.099.702	620.568	811.969	-197.321	-479.134	167,4	-15,2	-43,6
Por huelgas	1.098.480	620.568	805.060	-191.634	-477.912	166,0	-14,9	-43,5
En cierres patronales	1.222	-	6.909	-5.687	-1.222	-	-	-

En el año 2013 no se incluyen datos de la Huelga de la enseñanza pública y privada de 9 de mayo, ni de la Huelga de la enseñanza de ámbito público y privado de 24 de octubre de las CCAA de Canarias, País Vasco y la Rioja y de las provincias de Almería,

¹⁰ Pueden consultarse en: <http://www.empleo.gob.es/estadisticas/hue/welcome.htm>

1) El derecho a la huelga: ¿es posible acordar como medida cautelar la suspensión de la huelga cuando se cuestiona si ésta es legal?: Comentario al Auto de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 14 de mayo de 2015

Antonio Navarro Serrano

En: Revista Aranzadi Doctrinal. -- N. 7 jul. 2015 -- p. 119-124

ISSN 1889-4380

2) Poder en el fútbol y derecho de huelga : ¿un uso estratégico antihuelga de la justicia social cautelar?

Molina Navarrete, Cristóbal

En: Revista de trabajo y seguridad social : comentarios y casos prácticos. -- N. 387 junio 2015, p. 5-14. ISSN 1138-9532

3) Suspensión cautelar de huelga novatoria (El conflicto futbolístico).

Antonio V. Sempere Navarro

Revista Española de Derecho del Trabajo num. 176/2015. BIB 2015\2076

4) La suspensión de la huelga de los futbolistas como medida cautelar.

Remedios Roqueta Buj

Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento num. 47/2015. BIB 2015\2315

5) La suspensión judicial del derecho de huelga: una vía ilegal para restringir este derecho fundamental. Análisis del Auto de 14 de mayo de 2015, de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en el conflicto del fútbol profesional

Gabinete Estudios Jurídicos CCOO

Actualidad Jurídico Laboral, mayo 2015, número 13/2015

6) La suspensión cautelar del derecho de huelga de futbolistas en el Reino de España: el circo a cambio del pan.

Carlos Hugo Preciado Domènech

Revista Sin Permiso. 24/05/2015¹¹.

¹¹ <http://www.sinpermiso.info/textos/la-suspension-cautelar-de-la-huelga-de-futbolistas-en-el-reino-de-espaa-el-circo-a-cambio-del-pan>

