

### **Derechos de huelga y libertad sindical. Esquirolaje interno y externo. Indemnización por daño moral asociado a la vulneración.**

**José Luis Monereo Pérez**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

**Resumen:** STS-SOC núm. 962/2023, de 8 de noviembre (RCO núm. 204/2021). Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro. Vulneración del derecho de huelga y de libertad sindical (información y negociación). Esquirolaje interno y externo. Derecho a la negociación colectiva. Indemnización por daño moral asociado a la vulneración de derechos fundamental.

**Palabras clave:** Derechos de huelga. Libertad sindical y negociación colectiva. Esquirolaje interno y externo. Indemnización por daño moral por vulneración de derecho fundamental.

**Abstract:** STS-SOC no. 962/2023, of November 8 (RCO no. 204/2021). Speaker: Mr. Antonio V. Sempere Navarro. Infringement of the right to strike and freedom of association (information and negotiation). Internal and external scabbing. Right to collective bargaining. Compensation for moral damages associated with the violation of fundamental rights.

**Keywords:** Rights to strike. Freedom of association and collective bargaining. Internal and external scabbing. Compensation for moral damages for violation of a fundamental right.

---

*“El Derecho es un fenómeno social que depende de la existencia de instituciones sociales [...] se necesitan reglas que establezcan órganos con poder de decidir en nombre de la sociedad (esto es, con fuerza de obligar a todos los miembros de la sociedad) si ha tenido lugar una violación de las normas y, en su caso, que sanciones ha de aplicarse. Tales órganos son los tribunales. Cuando el ejercicio de las sanciones está organizado de esta manera, podemos hablar de un “orden institucional”. Un orden institucional bien desarrollado incluye órganos institucionales con poder de producir reglas generales y gran número de diferentes órganos para el cumplimiento y mantenimiento de las leyes y de las decisiones judiciales”.*

ALF ROSS<sup>[1]</sup>

### **I. Introducción**

El Sindicato USO Canarias Unión Sindical Obrera (USO CANARIAS) interpuso demanda de Tutela de Derechos Fundamentales del que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede en Gran Canarias). Tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando

se dicte sentencia por la que: se declare la existencia de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas del Sindicato actor, con vulneración del Derecho a la Libertad Sindical ( art. 28.1 CE ) y el Derecho de Huelga ( art. 28.2 CE ), ordenando el cese inmediato de la conducta de la demandada; en aplicación de lo dispuesto en el art. 183 LRJS que determina que se acordará la reparación de las consecuencias del actor, incluida la indemnización que corresponda, se condene a la empresa demandada al abono de la indemnización por el daño causado al Sindicato actor cifrado en la cuantía de 3.125€ por la vulneración del Derecho Fundamental de Libertad Sindical del art. 28.1 CE y en 25.01€ por la vulneración del Derecho Fundamental de Huelga del art. 28.2 CE. Todo ello junto los pronunciamientos que fueran favorables conforme a derechos incluidas las costas del presente procedimiento.

Esta compleja pretensión de la demanda de Tutela de Derechos Fundamentales determinar la sustanciación de los procedimientos procesales subsiguientes.

## **II. Identificación de la resolución judicial comentada**

**Tipo de resolución judicial:** sentencia.

**Órgano judicial:** Tribunal Supremo. Sala de lo Social.

**Número de resolución judicial y fecha:** sentencia núm. 962/2023, de 8 de noviembre.

**Tipo y número recurso o procedimiento:** RCO núm. 204/2021.

**ECLI:ES:TS:2023:4791**

**Fuente:** CENDOJ.

**Ponente:** Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

**Votos Particulares:** carece.

## **III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes**

- El Sindicato USO Canarias Unión Sindical Obrera (USO CANARIAS) interpuso demanda de Tutela de Derechos Fundamentales del que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede en Gran Canarias). Tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que: se declare la existencia de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas del Sindicato actor, con vulneración del Derecho a la Libertad Sindical ( art. 28.1 CE ) y el Derecho de Huelga ( art. 28.2 CE ), ordenando el cese inmediato de la conducta de la 1 demandada; en aplicación de lo dispuesto en el art. 183 LRJS que determina que se acordará la reparación de las consecuencias del actor, incluida la indemnización que corresponda, se condene a la empresa demandada al abono de la indemnización por el daño causado al Sindicato actor cifrado en la cuantía de 3.125€ por la vulneración del Derecho Fundamental de Libertad Sindical del art. 28.1 CE y en 25.01€ por la vulneración del Derecho Fundamental de Huelga del art. 28.2 CE. Todo ello junto los pronunciamientos que fueran favorables conforme a derechos incluidas las costas del presente procedimiento.

Admitida a trámite la demanda de Tutela de Derechos Fundamentales, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la demanda, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes. Con fecha 16 de abril de 2021 se dictó sentencia ahora recurrida, con el siguiente fallo: "Que debemos estimar y estimamos la demanda sobre interpuesta por Dña. Verónica M. Álvarez Liddell en representación de USO CANARIAS UNIÓN SINDICAL OBRERA-CANARIAS (USO-CANARIAS) frente a GRUPO KALISE S.A, siendo parte del Ministerio Fiscal declarando que la conducta de la empresa demandada conforme al

fundamento de derecho cuarto, quinto y sexto *supone una vulneración de los derechos a la libertad sindical y derecho de huelga de la parte actora, condenando a la misma al pago de la suma de 26.250 euros en concepto de indemnización por daños morales a la parte actora* derivados de la señalada vulneración de sus derechos fundamentales".

Contra la expresada resolución del TSJ de Canarias se preparó recurso de casación a nombre de Grupo Kalise, S.A. Su Letrado Sr. Losada Quintas, en escrito de fecha 27 de mayo de 2021, formalizó el correspondiente recurso al amparo del art. 207.d) LRJS.

#### **IV. Posición de las partes**

*Parte Social:* una vulneración de los derechos a la libertad sindical y derecho de huelga de la parte actora, y postula su derecho a ser indemnizado por daños morales.

*Parte Empresarial:* Entiende que no se ha producido vulneración alguna de tales derechos fundamentales y que tampoco se dan los presupuestos para exigir una indemnización por daños morales.

#### **V. Normativa aplicable al caso**

Derecho de libertad Sindical (artículo 28.1 CE) y el Derecho de Huelga (artículo 28.2 CE).

Derecho a la negociación colectiva, artículo 37.1 CE.

Derechos de información Artículo 64 ET.

Artículo 2.1.d) LOLS.

Artículos 7.7 y 40.1.b LISOS.

Artículos 179.3, 183, 207.d, 214, 219.1, 235.3, 75.4 y 97.3 LRJS,

#### **VI. Doctrina básica**

Se plantea a examen de tres Motivos.

1º). El deber empresarial de información al comité de empresa (Motivo 1º).

-El motivo se formula del siguiente modo: La mercantil recurrente alega la infracción de la jurisprudencia de esa Sala, en concreto, de la doctrina albergada en STS de octubre de 2015 (recurso 322/2014). Sostiene que ha cumplido ampliamente con lo estipulado en el art. 64 ET en materia de información, tal y como se desprende de los hechos probados 10, 12, 13 y 17. A la vista de ellos y de la doctrina acuñada en la referida sentencia, concluye que no ha existido vulneración alguna.

- El Tribunal Supremo desestima este motivo. Dado que el motivo se limita a negar la existencia de tal incumplimiento, que hay que insistir consta en los hechos probados, y no rebate los argumentos de la sentencia, su desestimación resulta evidente. Las sentencias cuya doctrina invoca como infringida presuponen la existencia de una situación diversa a la que concurre en el presente caso. La demanda consideraba existentes diversas infracciones informativas y la Sala de instancia ha descartado varias de ellas, pero no sucede así con otras. Las insuficiencias que el TSJ considera acreditadas son negadas por la mercantil demandada, pero sin proponer corrección de los hechos en la forma perdida por el artículo 207.d LRJS. En la parte referida a vulneración del derecho de información, en conexión con la libertad sindical, la sentencia recurrida estima la demanda a la vista de las infracciones apreciadas. Al quedar las mismas incólumes, se impone el fracaso del motivo.

2º). El segundo motivo hace referencia al Esquirolaje interno y externo (Motivo 2º).

-El motivo se formula indicando: Al amparo del art. 207.d) LRJS, el segundo motivo denuncia la infracción de la doctrina contenida en la STS de 18 de marzo de 2016 (rec. 78/2015). Entiende Grupo Kalise SA que las conductas de la empresa no constituyen

esquirolaje interno, ni externo, pues consta en los hechos probados que había contratado algunas rutas de reparto mediante una empresa externa en fechas anteriores a la huelga y que lleva utilizando este método desde el 2019 y consta, asimismo, que los contratos que suscribió estaban plenamente identificados, lo fueron por cobertura de vacaciones o enfermedad y se hicieron antes de la huelga.

-Este motivo es desestimado: 1º) Como queda expuesto, lo reprochado a Kalise Menorquina por la sentencia es que determinadas tareas de reparto "de algunos huelguistas" fueron asumidas por personal de superior categoría profesional. Se trata del fenómeno usualmente identificado como esquirolaje interno y que merece reprobación. También se ha constatado que Kalise contrató con una empresa de logística el reparto de yogures "en septiembre de 2019, durante la huelga". Se trata del fenómeno usualmente identificado como esquirolaje externo y que no merece siempre la misma respuesta jurídica. Asimismo, queda constancia de que la empresa impidió la entrada a los representantes legales de los trabajadores y al Comité de huelga, cesando esa negativa tras la intervención de la ITSS. Se trata de un fenómeno de obstrucción al desarrollo de la huelga convocada. La sentencia recurrida entiende que "Durante la huelga de 2019, la empresa sólo permitió la entrada del Comité previa intervención de la ITSS, en claro incumplimiento de la obligación de permitir su acceso, sin que hubiera indicios de ninguna voluntad del Comité de huelga de violentar a los trabajadores en activo o de interferencia en el proceso productivo, por lo que debe estimarse la lesión denunciada como del derecho de huelga". 2º) Las expuestas conductas son las que se contienen en los hechos probados 19, 20 y 21, cuya modificación no ha sido instada por la recurrente, y las mismas son vulneradoras del derecho de huelga, tal y como se desprende de la jurisprudencia recogida en la propia sentencia impugnada y en la que acabamos de mencionar. Es significativo que la propia STS 237/2016 de 18 marzo (rec. 78/2015), invocada por el motivo de recurso contiene esa misma doctrina y desestima el recurso empresarial en un caso de esquirolaje interno. Es evidente que la demandada activó medidas con el objeto de limitar el derecho de huelga como fue la de sustituir a trabajadores huelguistas por otros de nivel superior, para neutralizar el efecto propio y esencial del ejercicio de aquel derecho fundamental como es la paralización de la actividad (en esos términos, STS 13/2020 de 13 enero, rec. 138/2018). En respecto de las otras dos conductas vulneradoras del derecho de huelga (externalización de algunas rutas de reparto de yogur, prohibición de acceso a las instalaciones empresariales) el recurso no construye una argumentación específica que precise nuestra atención.

3ª). El tercer motivo está vinculado la problemática del deber legal de negociar (Motivo 3º).

-El motivo se formula, indicando que, como queda expuesto y acreditado en los hechos probados, al hilo de la negociación de un nuevo convenio colectivo se produjeron diversas actuaciones, no exentas de tensión, por ambas partes. La sentencia recurrida considera que se ha vulnerado la libertad sindical en su dimensión de derecho a la negociación colectiva. El tercer motivo denuncia la infracción de la jurisprudencia contenida en la STS de 22 de mayo de 2006 (recurso 51/2005). Sostiene la recurrente que el deber de negociar no se confunde con la obligación de convenir, ni con la de mantener indefinidamente una negociación que no produce acuerdos y, en el presente caso, la empresa estuvo negociando hasta el 31 de enero de 2020 y la convocatoria de la asamblea fue una mera consulta sin carácter vinculante y no entorpeció las negociaciones que continuaron desarrollándose, por lo que no se lesionó el derecho a la buena fe negocial, ni el derecho a la negociación colectiva. La recurrente recuerda diversa jurisprudencia conforme a la cual el deber de negociar no se confunde con el de acordar, y tampoco la empresa está obligada a mantener abierto un proceso negociador de duración indefinida.

- Se desestima este motivo, atendiendo básicamente a que No es posible ignorar los "tiras y aflojas" habidos en el procedimiento de negociación, ni el modo en que la empresa intenta dejar al margen a la representación de los trabajadores. La versión de los hechos que ahora elabora la empresa es diversa de la que el Tribunal de instancia

ha considerado cierta y en ésta cobra relevancia el modo en que la empresa entiende finalizada la negociación (por decisión unilateral), el posterior sometimiento de la decisión a la asamblea (prescindiendo de quienes representan a la plantilla), el contenido de la propuesta empresarial (alejada de lo que se venía negociando), o la propia disyuntiva trasladada a las papeletas (induciendo a la aceptación). Por todas las razones expuestas, tampoco este tercer motivo del recurso puede prosperar. La sentencia recurrida es acorde con la doctrina de la que considera infringida.

4º). Daños y perjuicios asociados (Motivo 4º)

- El motivo del recurso versa sobre la indemnización por daños y perjuicios. Conforme al artículo 179.3 LRJS. La demanda, además de los requisitos generales establecidos en la presente Ley, deberá expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración, el derecho o libertad infringidos y la cuantía de la indemnización pretendida, en su caso, con la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios, a los efectos de lo dispuesto en los artículos 182 y 183, y que, salvo en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada, deberá establecer las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador. Por su lado, el artículo 183 LRJS, regulando el contenido de la sentencia en estos litigios sobre vulneración de derechos fundamentales.

- El Tribunal desestima este motivo. Consideramos que la sentencia recurrida es del todo acorde con la doctrina que viene sosteniendo el Tribunal Supremo en los últimos años. Realiza una ponderación de las circunstancias concurrentes y se fija en la LISOS como parámetro inspirador del modo en que ha de indemnizarse el daño moral derivado de las vulneraciones de derechos fundamentales acreditadas. Añadamos a ello que "el importe del resarcimiento fijado prudencialmente por el órgano judicial de instancia únicamente debe ser corregido o suprimido cuando se presente desorbitado, injusto, desproporcionado o irrazonable" como hemos advertido en SSTs 440/2016, de 18 mayo; 920/2016, de 2 noviembre; 583/2021, de 27 mayo, entre otras.

## **VII. Parte dispositiva**

-A la vista de los argumentos precedentes, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, desestimamos el recurso de casación interpuesto por la mercantil empleadora. El fracaso del recurso comporta que debemos imponer las costas causadas a la contraparte (art. 235.1 LRJS). No es necesario, pese a lo que sugiere la impugnación al recurso, que concurra mala fe o temeridad procesal para que apliquemos el criterio del vencimiento puesto que tampoco estamos ahora en un proceso sobre conflicto colectivo (art. 235.2 LRJS). Desde luego, la defensa de los propios intereses, aunque se haga sobre bases erróneas o a partir de argumentos inatendibles no comporta que concurra esa circunstancia subjetiva, que podría abrir las puertas a una multa (artículos 235.3, 75.4 y 97.3 LRJS). En el presente caso, desde luego, no concurren esas conductas indeseables.

-Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido: 1º) Desestimar el recurso de casación interpuesto por Grupo Kalise, S.A., representada y defendida por el Letrado Sr. Losada Quintas. 2º) Confirmar y declarar firme la sentencia nº 380/2021 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede en Gran Canarias), de 16 de abril de 2021, en autos nº 12/2020, seguidos a instancia de USO Canarias Unión Sindical Obrera (USO CANARIAS) contra dicha recurrente, sobre demanda de Tutela de Derechos Fundamentales. 3º) Condenar a la mercantil recurrente a que satisfaga al sindicato impugnante la cuantía de 1.500 euros en concepto de costas procesales generadas por el presente recurso. 4º) Disponer la pérdida del depósito constituido para recurrir, así como que se dé el destino legal a la consignación efectuada. Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa. Así se acuerda y firma.

### VIII. Pasajes decisivos

Dada la extensión y calidad argumental de esta sentencia son muchos los pasajes decisivos y, por tanto, se impone un carácter muy selectivo.

Respecto al *esquirolaje interno* se hace notar que al conectar el ejercicio del derecho de huelga con el "ius variandi" empresarial y respecto de la sustitución interna de los huelguistas, es claro que tal proceder "constituye un ejercicio abusivo del "ius variandi" empresarial, derecho que, con los límites legalmente previstos, corresponde al empresario en otras situaciones. Pero en un contexto de huelga legítima el referido "ius variandi" no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones; ya que, en tal caso, quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo. Por ello, ni el empresario puede imponer a los trabajadores no huelguistas la realización de las tareas que corresponden a los que secundaron la convocatoria, ni los trabajadores que libremente decidieron no secundarla pueden sustituir el trabajo de sus compañeros. Esa regla general admite dos excepciones, conectadas a las previsiones legales sobre el aseguramiento de determinados servicios mínimos esenciales para la comunidad (art. 10 del Real Decreto-ley 17/1977), y a las previsiones sobre los servicios de seguridad y de mantenimiento en la empresa (art. 6.7 del Real Decreto-ley 17/1977)" (STC 17/2017, de 2 de febrero)

Respecto al *esquirolaje externo* a través de la subcontratación se apunta que todo indica que la actividad hasta el momento de la huelga llevada a cabo por personal propio ha sido asumida por aquellas personas a que se lo ha encomendado la contratista. No hay, propiamente y como en los casos más arriba expuestos, una parcela del proceso productivo que se externaliza sino que son aspectos puntuales del mismo (ciertas rutas de reparto) los que se han encomendado a un tercero sujeto y solo por el tiempo de la huelga. La sentencia no sustenta la vulneración del derecho de huelga en las contrataciones realizadas antes de su inicio, ni en la subcontratación de rutas de reparto con anterioridad a la huelga, como se aduce en el recurso. Por el contrario, la vulneración de dicho derecho se anuda a comportamientos llevados a cabo durante la huelga. Los hechos probados recordados en el apartado inmediatamente precedente, no otros, son el fundamento a partir del cual la sentencia recurrida considera vulnerado el derecho de huelga.

En cuanto a la indemnización por vulneración de derechos fundamentales la STS 768/2017 de 5 octubre (rcud. 2497/2015. Abante Business Process Outsourcing), entre otras, explica que la doctrina de la Sala en orden a la cuestión de que tratamos - indemnización por vulneración de derechos fundamentales- no ha tenido la uniformidad que sería deseable. En atención a la nueva regulación que se ha producido en la materia tras la LRJS se considera que la exigible identificación de "circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada" ha de excepcionarse en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada.

La STS 267/2023 de 12 abril (rec. 4/2021, Repsol Química), ha señalado que la doble finalidad de la indemnización (resarcitoria, disuasoria) viene siendo realizada por nuestra doctrina más reciente, al tiempo que la necesidad de atender a todas las circunstancias del caso. En tal sentido, por ejemplo, nuestras sentencias 356/2022 de 20 abril (rcud. 2391/2019) y 179/2022 de 23 febrero (rcud. 4322/2019) recalcan la necesidad de atender a las circunstancias de cada caso. La primera de ellas (Viajes Halcón, Pleno) expone que el recurso a las sanciones de la LISOS debe ir acompañado de una valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Aspectos tales como la antigüedad del trabajador en la empresa, la persistencia temporal de la vulneración del derecho fundamental, la intensidad del quebrantamiento del derecho, las consecuencias que se provoquen en la situación personal o social del trabajador o del sujeto titular del derecho infringido, la posible reincidencia en conductas vulneradoras, el carácter pluriofensivo de la lesión, el contexto en el que se haya podido producir la conducta o una actitud tendente a

impedir la defensa y protección del derecho transgredido, entre otros que puedan valorarse atendidas las circunstancias de cada caso, deben constituir elementos a tener en cuenta en orden a la cuantificación de la indemnización.

La sentencia recurrida no está sólidamente argumentada, pues utiliza como parámetros para determinar la indemnización respecto de la vulneración del derecho de huelga, la consideración de la conducta como falta muy grave, el haberse cometido por una gran empresa, que se aprovecha de su propia dimensión para intentar impedir o, por lo menos minimizar, las consecuencias de la huelga utilizando tanto el esquirolaje interno como el externo; y el hecho de que siendo el objeto de la huelga conseguir un pronto inicio del proceso negociador para renovación del convenio colectivo, la empresa dio por finalizada la negociación unilateralmente con su interlocutor legal, y la llevó al inadecuado ámbito de la aprobación asamblearia por toda la plantilla. Y, respecto de la indemnización anudada a la infracción del derecho a la libertad sindical, la sentencia tiene en cuenta su consideración en la LISOS como infracción grave, imponiendo el mínimo de la sanción. Además, la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS ha sido admitida por la jurisprudencia constitucional (STC 247/2006, de 24 de julio). Tal criterio, que venimos considerando idóneo y razonable, es el acogido por la sentencia recurrida, sin que apreciemos por lado alguno la indefensión de la que protesta la recurrente.

## **IX. Comentario**

Si se observa con atención en el fondo de todas las cuestiones más relevantes planteadas en esta relevante sentencia destaca la referencia al comportamiento debido que ha de tener el empleador destinatario de una huelga ejercitada legítimamente. Una cuestión que se ha complejizado de manera harto significativa con la expansión de las nuevas tecnologías (señaladamente las tecnología digitales, algoritmos, inteligencia artificial, economía de plataformas) y las técnicas de externalización productiva, especialmente la técnica de la subcontratación productiva y funcional, las cuales ha permitido que los empleadores puedan neutralizar ilegítimamente la necesaria eficacia (en términos de perjuicios razonables que son inherentes al fenómeno huelguístico y a la garantía constitucional de la huelga como derecho fundamental con todas sus consecuencias legítimas en la “cultura del derecho”). Los efectos connaturales al derecho de huelga pueden ser neutralizados y obstaculizados a través del uso de los nuevos poderes directivos y organizativos del empleador. En coexistencia con los supuestos clásicos de manifestación de los fenómenos huelguísticos –y con ellos de nuevas formas de obstrucción al ejercicio del derecho de huelga- se vienen generalizando nuevas formas de huelga como las “huelgas de desconexión” (realizadas por los trabajadores de plataformas digitales) y también los distintos mecanismos de esquirolaje tecnológico, todo ello en el marco de un intenso proceso de innovación tecnológica en una fase histórica de digitalización de las organizaciones productivas (tanto públicas como privadas). La legislación, ni la doctrina jurisprudencial tienen ante sí el desafío de garantizar la efectividad del derecho fundamental de huelga en el contexto en el que la economía y el “sistema de empresas” se encuentran profundamente digitalizados. Es manifiesto que habría que establecer una regulación legal del derecho de huelga que desde el garantismo jurídico propio de un derecho fundamental establezca medidas que adapten su ejercicio a las nuevas tecnología mucho más sofisticadas y muy especialmente predisponga de medios para evitar la obstaculización de su ejercicio legítimo frente a los reforzados poderes empresariales. La llamada a los protagonistas del conflicto es insuficiente, sino las instituciones reguladoras no se adaptas dinámicamente a las transformaciones digitales y a las cambiantes modelos de organización de los procesos productivos. El ordenamiento jurídico –legislación y negociación colectiva- no puede ignorar el potencial destructivo del uso empresarial de las nuevas tecnología para vulnerar los derechos fundamentales.

Interesa resaltar, en relación a ello, que el derecho fundamental de huelga determina una situación jurídica-subjetiva activa y al propio tiempo una situación

jurídica pasiva “refleja”, consistente en la imposición del deber fundamentalmente negativo de respeto y reconocimiento “erga omnes” y una posición de especial subordinación en el empleador sobre el cual incide la huelga. La garantía jurisdiccional puede permitir enlazar inicialmente con la segunda vertiente de la situación jurídica compleja creada por el ejercicio del derecho de huelga (posición pasiva “refleja” –o si se prefiere correlativa– de los terceros), toda vez que el derecho de huelga, como derecho fundamental de libertad<sup>[2]</sup>, impone un genérico deber negativo de respeto y reconocimiento *erga omnes* del derecho. Sobre los que son terceros extraños (en general, no titulares), sean sujetos públicos o privados, recae un deber de abstención y de tolerancia de la esfera de acción consentida a los titulares del derecho subjetivo de huelga. Hasta tal punto es así, que los titulares del mismo ostentan la facultad de exigir en vía de derecho que sean respetados efectivamente<sup>[3]</sup>.

Esto significa que el derecho de huelga, como especial derecho subjetivo de libertad<sup>[4]</sup>, hace nacer situaciones jurídico-subjetivas pasivas puramente “reflejas” (ante todo, por lo que tienen de correlativas al ser ejercitado el derecho de huelga); deberes negativos, de no hacer y de tolerar. Este deber de respeto, siendo general, despliega su eficacia frente a todos, y se concreta y especifica sin embargo en el empleador, no sólo por su proximidad a la esfera jurídica protegida por el derecho, sino ante todo por su doble condición de contraparte de la relación laboral (o relación de servicios profesionales del personal funcionario o estatutario) y de titular de la organización productiva en la que se realiza la prestación de trabajo. El empleador asume una posición pasiva y ha de soportar actividades de los titulares del derecho que de otro modo hubiera podido impedir (o responder frente a ellas) de no pesar sobre él un deber negativo anudado (en cuanto correlativo) al derecho subjetivo de huelga, en virtud de la indicación constitucional (art. 28.2 CE) y su “traducción” o concreción legislativa.

El empleador se encuentra, además, en una especial situación jurídica pasiva de subordinación y tolerancia respecto del ejercicio del derecho de libertad (que integra el bien ajeno prevalentemente protegido), porque el ejercicio de ésta incide en su propia esfera jurídica, a diferencia de otros sujetos también ajenos a la titularidad del derecho que no resultan especialmente obligados. En efecto, el empleador debe pasar (en el sentido de soportar y tolerar) por la suspensión voluntaria unilateral de la relación de trabajo o, en su caso, la relación de servicio del personal funcionario o estatutario (art. 18.1 PLOHN)<sup>[5]</sup>; le corresponde o incumbe (por encima de alguna obligación positiva instrumental) ante todo un deber general de respeto (*de pati y no facere*), prohibitivo de toda conducta que tienda a privar de efectividad al derecho libertad actuado. Así, ha de estar al efecto suspensivo del ejercicio del derecho de huelga por lo que no puede sancionar al trabajador; se limita su libertad contractual (“libertad civil”) en distintos aspectos: no podrá, en general, sustituir a los huelguistas por otros trabajadores no vinculados a la “empresa” en la fecha de declaración de la huelga (el denominado “esquirolaje externo”); no podrá utilizar las facultades empresariales, respecto de la movilidad funcional o geográfica de los trabajadores, con objeto de limitar o impedir el ejercicio del derecho de huelga (“esquirolaje interno”<sup>[6]</sup>, que permite neutralizar los efectos de la huelga; art. 18.1 PLOH); se le prohíbe el “cierre patronal de retorsión” y, en general, la imposición de medidas sancionadoras a los huelguistas en respuesta y por el sólo hecho de su participación en la huelga. Su situación se caracteriza, en definitiva, por un acusado elemento de “negatividad” como correlato del poder jurídico inherente al derecho de huelga de colocar el contrato de trabajo en fase o vicisitud suspensiva<sup>[7]</sup>.

Teniendo en cuenta este dato jurídico, se puede decir que el empleador se encuentra en una situación jurídica pasiva que reviste una cierta complejidad, ante la yuxtaposición al deber general de respeto (de contenido negativo) que el derecho de huelga impone a todos (en tanto que derecho de libertad) de un deber específico de sometimiento (también de contenido fundamentalmente negativo) que recae en la figura del empleador y que no hace sino intensificar la situación de deber jurídico de

respeto a la esfera jurídica del titular del derecho de huelga. Así, la decisión de los trabajadores de colocarse fuera del contrato de trabajo o facultad de incumplir transitoriamente el mismo adhiriéndose a la convocatoria de huelga tiene un efecto directo en la esfera jurídica del sujeto pasivo (empleador) que debe someterse a las consecuencias jurídicas del poder de voluntad del trabajador (titular del derecho subjetivo de huelga)<sup>[8]</sup>. Esta posición pasiva se puede designar correctamente como un unitario deber negativo de respeto y sometimiento. Pero este fenómeno sólo puede ser explicado desde el momento en que el ordenamiento jurídico regula la huelga como derecho subjetivo, lo cual, no sucedería de haberse establecido un marco de libertad de huelga. La Constitución (art. 28.2 CE) no permanece neutral sobre las consecuencias del ejercicio de la libertad y por ello mismo consagra un sistema de derecho de huelga, colocando así en una posición jurídica de ventaja y de inmunidad a los trabajadores que ejercen legítimamente su “derecho a la huelga”.

En este sentido, la situación de especial subordinación del empleador como destinatario de la huelga (en cuanto que el ejercicio del derecho lo constriñe *relacionalmente* a subordinar su interés al ajeno preferentemente protegido por el derecho objetivo) es una consecuencia necesaria del sistema de derecho de huelga que nace del art. 28 CE (y precisamente por ello goza de la garantía del contenido esencial). Al mismo tiempo la proclamación de la huelga como derecho subjetivo de carácter fundamental permite también justificar la producción de tales efectos jurídicos aún en el caso de que el destinatario de la medida de presión no sea el empresario<sup>[9]</sup>, sino el poder público en cuanto tal (es decir, no como “Estado empleador”), como sucede en la llamada huelga sociopolítica o de “imposición” económico-política. En cuyo caso, el empleador será mero sujeto pasivo de las consecuencias jurídicas inmediatas del ejercicio de la huelga, a pesar de no ser destinatario de la medida de presión y ser así completamente ajeno a la finalidad perseguida con la huelga.

A otros terceros a la titularidad del derecho les incumben también deberes de respeto general a la esfera jurídica de acción consentida por el ordenamiento jurídico a los sujetos titulares del derecho de huelga.

La violación del derecho de huelga puede permitir que se dispare el mecanismo de acción de tutela jurisdiccional a través del procedimiento general (para los derechos y libertades fundamentales en el marco del sistema de relaciones laborales) de protección jurisdiccional de la libertad sindical<sup>[10]</sup>. La lesión del derecho fundamental de huelga puede generar una responsabilidad, en la que se plantea el problema del resarcimiento por vulneración del derecho. Junto a estas responsabilidades laborales se incurre en responsabilidad administrativa (art. 23 PLOH; cfr. art. 8.10 LISOS) e incluso se incurría en responsabilidad penal (art. 315 Código Penal)<sup>[11]</sup> en supuestos de lesión del derecho de huelga cualificados por su especial gravedad.

La responsabilidad administrativa en que incurre el empleador por vulneración del derecho de huelga (quedando, ahora sí, en una posición de sujeción necesaria), puede suscitar algunos problemas de difícil solución. Precisamente el art. 8.10 LISOS considera infracciones muy graves, “los actos del empresario lesivos del derecho de huelga de los trabajadores consistentes en la sustitución de los trabajadores en huelga por otros no vinculados al centro de trabajo al tiempo de su ejercicio, salvo en los casos justificados por el ordenamiento”. Esto impide que se pueda utilizar la facultad empresarial de movilidad geográfica de los trabajadores de otros centros de trabajo para neutralizar los efectos de la huelga en otras unidades productivas de la misma empresa. La consonancia con el art. 18.3 PLOHN es manifiesta, toda vez que según este proyectado precepto “las facultades empresariales, respecto de la movilidad funcional o geográfica de los trabajadores, no podrán ser utilizadas con el objeto de limitar o impedir el ejercicio del derecho de huelga”. Es fácil comprobar que esta disposición pretendía reforzar la limitación del uso de los poderes empresariales de modificación unilateral de la prestación de trabajo con ocasión de la huelga a fin de impedir la neutralización de sus efectivos lesivos típicos. La solución era matizadamente distinta en el PLOH, art. 27.2, a cuyo tenor “en tanto dure la huelga,

los trabajadores que participen en ella no podrán ser sustituidos por otros trabajadores no vinculados a la empresa en la fecha de declaración de la huelga”.

La norma trataría de impedir que se utilicen ilegítimamente los poderes empresariales de especificación como reacción ante una huelga, evitando o neutralizando sus naturales efectos. En este sentido el Tribunal Constitucional ha considerado ilegítima la sustitución interna de trabajadores huelguistas por personal ya perteneciente a la empresa. Con base a una depurada argumentación entiende el Alto Tribunal que *“la preeminencia de este derecho (de huelga) produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo anestésiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial. Tal sucede con la potestad directiva del empresario, regulada en el art. 20 ET. Ahora bien, el ejercicio de tal facultad cuando se utiliza como instrumento para privar de efectividad a la huelga, mediante la colocación de personal cualificado en puestos de trabajo con una calificación mínima, deja inermes a los trabajadores manuales cuya sustitución es fácil y puede privarles materialmente de un derecho fundamental, vaciando su contenido esencial”*. En definitiva, añade el tribunal, *“la sustitución interna, en el supuesto que ahora y aquí nos ocupa, constituye el ejercicio abusivo de un derecho que en principio corresponde al empresario, el “ius variandi”, con una posibilidad de novación contractual, desde el momento en que su potestad de dirección se maneja con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico y en una situación conflictiva, no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo”*<sup>[12]</sup>.

Sin embargo, el problema que aquí se plantea en el plano jurídico-positivo es que el actualmente vigente art. 6.5 RDLRT es más limitado respecto a la prohibición de estas medidas de “retorsión”. En efecto, según dicha disposición, *“en tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de incumplimiento”*. El ámbito objetivo de la movilidad espacial y funcional es mayor: “la empresa”. La doctrina del Tribunal Constitucional no incidió directamente en la conformidad constitucional de este precepto y, por consiguiente, se plantea un problema de contradicción (antinomía, que remite aquí a una incompatibilidad por contradicción) entre el sistema legal vigente de la huelga (RDLRT) y la LISOS, que deberá de ser resuelta conforme a la clásica regla *lex posterior derogat priori* (ley posterior deroga a anterior), haciendo pues primar la regulación de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social sobre el precedente sistema legal. Aunque ciertamente el problema reside en que una norma de estructura “secundaria” (la configuración propia de las normas sancionadoras) es la que acaba desempeñando la función de una “norma primaria”. Existe una “distorsión” de los mecanismos de producción normativa y de las técnicas normativas, pero el desajuste técnico no puede llegar, en este caso, a tanto como para que una ley de normación “secundaria” no pueda afectar a una legislación de normación sustantiva preconstitucional.

El rigorismo formalista de la construcción no puede llegar a tanto como para limitar la libertad de configuración del ejercicio del derecho de huelga por parte del legislador, a pesar de la inadecuación técnica del “marco” (ley instrumental, tipificadora de sanciones; no de regulación sustantiva) en que se sitúa una norma “perfecta o completa” que unifica conducta punible-sanción anudada a la misma. No ha sido este el único caso en el que existe una norma sustantiva incorporada a una ordenación instrumental (“marco jurídico legal”), sea de ordenación sancionatoria, o sea, en otro caso, de carácter adjetiva o procesal.

1.-*Jurisprudencia sobre el esquirolaje interno y tecnológico*. En la jurisprudencia constitucional existente en la que se desarrolla la visión de la huelga como derecho, también se localizan tendencias de jurisprudencia ordinaria que mantiene una visión reductiva de esta medida de presión de ejercicio colectivo por parte de los trabajadores. Es una línea que se alinea con los tiempos vividos de crisis económica y

de reducción de los derechos de los trabajadores al mismo par que se refuerza los poderes empresariales.

En relación con lo anterior, la sustitución interna de trabajadores huelguistas llevada a cabo por 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<sup>[13]</sup>. 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<sup>[14]</sup>. Tampoco cabe amparar esa sustitución de los huelguistas en la potestad directiva de movilidad funcional, teniendo en cuenta que se utilizan trabajadores de otras categorías profesionales<sup>[15]</sup>. En el mismo sentido, en un supuesto en el que también se denunciaba la sustitución de los trabajadores en huelga por otros de superior nivel profesional que no la habían secundado, la jurisprudencia establece que la *“sustitución interna de huelguistas durante la medida de conflicto constituye un ejercicio abusivo del ius variandi empresarial, derecho que, con los límites legalmente previstos, corresponde al empresario en otras situaciones. Pero en un contexto de huelga legítima el referido ius variandi no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones; ya que, en tal caso, quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo”*<sup>[16]</sup>.

Esta sentencia toma partida en el denominado esquirolaje tecnológico recogiendo la diferencia de opiniones que se produjeron en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de diciembre de 2012<sup>[17]</sup>, e imponiendo la posición que en la citada sentencia era minoritaria como interpretación constitucional. En efecto, el Alto Tribunal recupera uno de los Votos Particulares<sup>[18]</sup>, y lo traslada a su propia sentencia constitucional para concluir que el derecho de huelga no puede limitar el uso de medios técnicos de los que habitualmente se dispone en la empresa para mantener la actividad. Esta sentencia versa sobre la sustitución interna de trabajadores huelguistas y la utilización de medios técnicos de uso no habitual para la retransmisión por “Telemadrid” de un partido de fútbol y en la que el Tribunal Constitucional confirma que la utilización de medios ya existentes en la empresa o de procedimientos diferentes a los habituales es compatible con el derecho de huelga. En otros términos, para el Tribunal Constitucional no se vulnera el derecho de huelga cuando se desarrolla un procedimiento diferente al normalmente previsto para retransmitir un partido por televisión ni cuando se utilizan medios técnicos no habituales pero existentes en la empresa<sup>[19]</sup>.

El Alto Tribunal confirma que exigir al empresario que no utilice medios técnicos con los que cuenta en la empresa supone imponer al empleador una conducta de colaboración en la huelga no prevista legalmente. Por ello, la utilización de medios ya existentes en la empresa es compatible con el derecho de huelga. Concluye el Tribunal Constitucional confirmando que la efectividad del ejercicio del derecho de huelga no demanda del empresario una conducta dirigida a no utilizar los medios técnicos con los que cuenta en la empresa o a abstenerse de realizar una actividad productiva que pueda comprometer el logro de los objetivos de la huelga, al igual que no obliga a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la protesta, y ello, porque lo que garantiza la Constitución es el derecho a realizar la huelga, no el resultado o el éxito de la misma. La sensación con esta sentencia es como si el Tribunal Constitucional estuviera interesado en abrir espacios para el ejercicio incondicionado de los poderes empresariales, aunque afecten a derechos fundamentales garantizados por la propia CE. La tecnología es una realidad de relevancia jurídica que, en sí misma, no constituye una amenaza a los derechos de los trabajadores, aunque tampoco puede considerarse neutra. Es así que será el uso que se haga de la misma por parte de los poderes empresariales los que condicionarán el favorecimiento o limitación de los derechos en función de su disponibilidad.

Es lo cierto que nuestro modelo legal<sup>[20]</sup> es obsoleto y no se corresponde con las realidades de las transformaciones económicas y tecnológicas disruptivas, lo cual favorece los poderes del empleador al amparo del principio de libertad de empresa.

STC 17/2017, de 2 de febrero<sup>[21]</sup>, que ya ha sido seguida por diversa jurisprudencia menor y también por el propio Tribunal Supremo en sentencia de fecha 13 de julio de 2017, sentencia que argumenta que en este supuesto no se ha puesto en marcha una clara acreditación de un “*recurso productivo específico para contrarrestar la huelga*”, sino que, por el contrario, “*ahora opera el sistema habitual de redistribución de tareas*”<sup>[22]</sup>. Sentencia del Tribunal Supremo en la que el propio Ministerio Fiscal solicita la aplicación de la STC 17/2017, de 2 de febrero<sup>[23]</sup>, cuando establece lo siguiente: “ni la Constitución ni la jurisprudencia constitucional obligan a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la reivindicación, pues debe respetarse la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quisieran sumarse a la huelga; ni obligan al empresario a reducir la actividad empresarial más allá de lo que sea una consecuencia lógica del seguimiento de la huelga por los trabajadores afectados. El uso por los trabajadores que no secundan el paro de los medios técnicos de los que dispone la empresa no vulnera el citado derecho siempre que aquéllos no realicen funciones que son ajenas a su cargo para sustituir a los huelguistas. La protección constitucional del derecho a la huelga impone limitaciones al empresario, pero no le obliga –ni a él ni a los empleados que deciden ejercer su derecho a trabajar– a contribuir al éxito de la protesta. No puede exigirse al empresario que no utilice medios técnicos con los que cuenta en la empresa, pues ello supone imponerle una conducta de colaboración en la huelga no prevista legalmente”. Por todo ello, resuelve el Tribunal Supremo de la siguiente manera: “no ha quedado acreditado que las empresas activasen estrategia o tecnología específica para boicotear la huelga. En todo caso, la doctrina de la STC 17/2017 de 2 febrero (Telemadrid) aleja la sombra de la aludida vulneración”.

Con todo, esta sentencia viene a admitir el esquirolaje tecnológico mediante la sustitución interna de trabajadores y la utilización de medios técnicos no habituales en jornada de huelga. La doctrina imperante del Tribunal Constitucional puede resumirse así: ni la Constitución ni la jurisprudencia obligan a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la reivindicación, pues debe respetarse la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quisieran sumarse a la huelga, ni obligan al empresario a reducir la actividad empresarial más allá de lo que sea una consecuencia lógica del seguimiento de la huelga por los trabajadores afectados. En definitiva, “*la efectividad del ejercicio del derecho de huelga no demanda del empresario una conducta dirigida a no utilizar los medios técnicos con los que cuenta en la empresa o a abstenerse de realizar una actividad productiva que pueda comprometer el logro de los objetivos de la huelga, al igual que no obliga a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la protesta, y ello porque lo que garantiza la Constitución es el derecho a realizar la huelga, no el resultado o el éxito de la misma*”.

Por todo lo anterior, concluye el Tribunal Constitucional manifestando que el empresario tiene que soportar inevitablemente un daño como consecuencia de la huelga derivado de la interrupción de la actividad en que la misma consiste, pero sería desproporcionado exigir al empresario que colabore por inacción u omisión al éxito de la huelga: “*el derecho de huelga aparece configurado como una presión legal al empresario que debe soportar las consecuencias naturales de su ejercicio por parte de los trabajadores que se abstienen de trabajar, pero no se impone el deber o la obligación de colaboración con los huelguistas en el logro de sus propósitos*”. Además, “*la utilización por parte de los trabajadores no huelguistas de los medios técnicos de los que dispone la empresa del modo en que lo han hecho en el supuesto enjuiciado, sin realizar funciones de una categoría distinta, ha permitido hacer efectiva la libertad de trabajo*”. En consecuencia, “*no ha existido lesión del derecho de huelga. El empresario, en el ejercicio de su poder de organización, ha hecho un ejercicio regular de sus funciones. La emisión del partido fue posible porque en la empresa existían medios técnicos que permitían hacerlo y porque varios trabajadores no secundaron la huelga. Los medios técnicos ya existían –no fueron adquiridos expresamente para*

*hacer frente a los efectos de la huelga– y los trabajadores que no secundaron la huelga no realizaron funciones distintas a las que les corresponden”*<sup>[24]</sup>.

Nos encontramos ante un conflicto de poderes/derechos entre el empresario y el trabajador. Por una parte, los trabajadores huelguistas y, por otra, el empresario con su poder de dirección y su *ius variandi*. Vinculando ambos derechos con la propia CE y sus principios constitucionales, es importante valorar la prioridad de uno sobre el otro. En efecto el derecho de huelga, que se configura como un derecho fundamental constitucionalmente consagrado, en coherencia con la idea del Estado social y democrático de Derecho, es reconocido como derecho fundamental en la propia CE: art. 28.2 CE. Por la otra parte, localizamos el *ius variandi* del empresario y que deriva del derecho de libertad de empresa reconocido en el art. 38 CE, no como derecho fundamental.

Por tanto, es evidente la teórica prevalencia que debe poseer el derecho fundamental a la huelga por parte de los trabajadores que, en la sentencia STC 17/2017, de 2 de febrero, para nada ha tenido el efecto vinculado de anestesiar o de prevalecer sobre el poder de dirección del empresario, éste último utilizado con la única finalidad de minimizar o, como ocurre en este caso, eliminar la presión que ejercen los trabajadores huelguistas.

## *2.-La huelga en las nuevas formas de trabajo: subcontratación empresarial.*

El reemplazo de la empresa autosuficiente con la realización de las tareas por redes productivas de entidades independientes vinculadas entre sí por lazos contractuales (redes de subcontratación) o societarias (grupos de empresas), provoca una serie de situaciones nuevas que afectan directamente al ejercicio del derecho de huelga. Y si sumamos las posibilidades de las nuevas tecnologías con la fragmentación de los servicios en el proceso productivo y externalizado, nos obliga ahora a referirnos al contexto de la descentralización productiva en relación con el ejercicio del derecho de huelga. Marco normativa de la huelga que no está pensado para estas realidades empresariales; pues el referente de la huelga continúa siendo la empresa tradicional. Línea jurisprudencial que también se ha extendido al contexto de conflictos derivados de despidos colectivos en donde la empresa principal subcontrata la actividad de la empresa con otras mercantiles del mismo grupo de empresas<sup>[25]</sup>. Específicamente, al hilo de lo anterior, la jurisprudencia ha respondido a estas cuestiones en diversos asuntos jurídicamente complejos y que analizamos detalladamente a continuación.

Para ello debe recordarse el siguiente razonamiento del Tribunal Constitucional: el derecho de huelga, calificado como subjetivo por su contenido y fundamental por su configuración constitucional, goza de una singular preeminencia por su más intensa protección. En efecto, la Constitución reconoce, en su art. 37, el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo, pero desgaja de este marco general una de ellas, la huelga, para colocarlo en lugar preferente, el art. 28 CE, confiriéndole –como a todos los de su grupo– una mayor consistencia que se refleja en el mayor rango exigible para la Ley que lo regule y en la más completa tutela jurisdiccional, con un cauce procesal *ad hoc* en la vía judicial ordinaria y el recurso de amparo (arts. 53, 81 y 161 CE.). Por tanto, *“la preeminencia de este derecho produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial. Tal sucede con la potestad directiva del empresario, regulada en el art. 20 del Estatuto de los Trabajadores”*<sup>[26]</sup>.

En cuanto al alcance del derecho de huelga, resulta evidente que se consagra como un derecho constitucional, lo que es coherente con la idea de Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE) que, entre otras significaciones, tiene la de legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes, y entre los que se cuenta el de otorgar reconocimiento constitucional a un instrumento de presión que la experiencia secular ha mostrado ser

necesario para la afirmación de los intereses de los trabajadores en los conflictos socioeconómicos. Conflictos, a su vez, que el Estado social no puede excluir, pero a los que sí que les puede y debe proporcionar los adecuados cauces institucionales. Igualmente lo es también con el derecho reconocido a los sindicatos (art. 7 CE), ya que un sindicato sin derecho al ejercicio de la huelga quedaría, en una sociedad democrática, vaciado prácticamente de contenido; y lo es, en fin, con la promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y grupos sociales sean reales y efectivas (art. 9.2 CE)<sup>[27]</sup>.

Calificada y confirmada la huelga como derecho fundamental, para resolver la cuestión anteriormente planteada, el precepto aplicable al asunto controvertido es, sin duda, el art. 6.5 RDLRT que dispone: *“en tanto dure la huelga el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuvieran vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número siete de este artículo”*. La dicción literal del precepto supone, sin esfuerzo interpretativo alguno, que está proscrito que durante la huelga el empresario acuda a la contratación de trabajadores externos para sustituir a los trabajadores huelguistas.

En efecto, no puede el empresario, durante la huelga, poseer una actividad normal: *“puso en marcha todas las expediciones de autobuses de transporte de viajeros programadas, incluso algunos días más, para lo que se valió de los servicios mínimos, donde normalmente empleó a huelguistas, de empleados de otros centros de trabajo y de refuerzos contratados con otros transportistas. Tal actuación violó el derecho de huelga y el de libertad sindical, por cuánto, no es lícito emplear en los servicios mínimos a los huelguistas y a otras personas en atender el resto de los servicios, ni, menos aún, contratar con otras empresas que presten servicios de refuerzo para cubrir aquellos que no se pueden atender”*<sup>[28]</sup>.

Para ello, en el mismo sentido que la STC 123/1992, de 28 de septiembre<sup>[29]</sup>, la STC 33/2011, de 28 de mayo<sup>[30]</sup>, establece lo siguiente: *“diremos, en consecuencia, en la línea que acogimos en aquel pronunciamiento constitucional (en un supuesto en el que también se denunciaba la sustitución de los trabajadores en huelga por otros de superior nivel profesional que no la habían secundado), que la “sustitución interna” de huelguistas durante la medida de conflicto constituye un ejercicio abusivo del ius variandi empresarial, derecho que, con los límites legalmente previstos, corresponde al empresario en otras situaciones. Pero en un contexto de huelga legítima el referido ius variandi no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones; ya que, en tal caso, quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo”*.

Esta línea jurisprudencial sobre el derecho fundamental de la huelga actúa, por ejemplo, respecto a los límites del poder organizativo de la empresa manifestado en la descentralización productiva del trabajo en contrata, responsabilizando así a la empresa principal de la lesión al derecho de huelga que se ha producido por la rescisión de la contrata como consecuencia de una huelga en la empresa contratista.

El Tribunal Constitucional, en el caso *Samoa*, se pronuncia en un supuesto en el que la empresa contratista ha extinguido varios contratos de trabajo consecuencia de la previa rescisión por la empresa principal de la contrata mercantil que le ligaba. Concretamente, y dado el éxito de la huelga, la empresa *Unigel* solicita a la empresa *Samoa Industrial* un incremento en el precio de los servicios contratados; ante tal hecho, *Samoa Industrial* comunica la rescisión del contrato mercantil de prestación de servicios existente entre ambas; por ello, la empresa *Unigel* extingue la relación laboral de veinticuatro de sus trabajadores<sup>[31]</sup>.

En vía ordinaria, los tribunales de la jurisdicción social vinieron a rechazar que existiera lesión por cuanto la decisión del empresario directo, la empresa contratista, tenía justificación objetiva y razonable como es la extinción de la contrata.

Es evidente que en cualquier supuesto planteado ante los tribunales, en una relación ordinaria y en plena vinculación con la garantía de indemnidad, una decisión empresarial que implicara el despido de unos trabajadores –o la extinción de sus contratos temporales– como represalia por haber planteado ante la Inspección de Trabajo una denuncia por cesión ilegal de mano de obra, o por haber ejercido el derecho fundamental de huelga, habría recibido, sin ninguna duda, la respuesta jurídica de la declaración de nulidad de los despidos y extinciones contractuales por la vulneración de los derechos fundamentales afectados. Sin embargo, *“en el presente caso tal declaración no se ha producido y ello, exclusivamente, por la peculiar relación triangular entre empresa principal, empresa contratista y trabajadores que caracteriza la técnica de la subcontratación”*<sup>[32]</sup>.

Esta relación de subcontratación determina que quién reacciona frente a los trabajadores entendiéndose dañado por sus acciones no sea el empresario que les despide, sino el titular de la actividad contratada, destinatario último de los servicios prestados por aquéllos. Mientras que quien efectivamente despide a los trabajadores – su empresario en la relación laboral– lo hace determinado por la previa decisión de la empresa principal de rescindir la contrata mercantil, que en las condiciones de conflictividad laboral existentes ha dejado de resultarle útil. En definitiva, el trabajador pierde su empleo como consecuencia del ejercicio de sus derechos fundamentales, efecto que se produce por una decisión empresarial en el marco de su contrato de trabajo, pero determinada por la confluencia de dos voluntades en el marco de un contrato mercantil.

Lo que se discute, por tanto, en este supuesto, no es otra cosa que la determinación de la vigencia y contenido de los derechos fundamentales de los trabajadores en el marco de las relaciones laborales en régimen de subcontratación en aquellos supuestos en que la vulneración del derecho fundamental no sea directamente imputable a la empresa titular de la relación laboral, sino a la empresa principal. Empresa principal que contrata con aquélla (empresa titular de los trabajadores) en el marco de una relación mercantil, y que rompe (empresa principal rompe con la empresa titular) como consecuencia del ejercicio de derechos fundamentales por los trabajadores de la empresa titular de los mismos<sup>[33]</sup>.

Con otras palabras: lo que se discute en este supuesto es si las garantías de indemnidad que la Constitución y la Ley ofrecen a los trabajadores en el ejercicio de sus derechos fundamentales se mantienen o desaparecen en los supuestos de subcontratación laboral.

Lo que es evidente es que cuando se rechaza la existencia de cualquier responsabilidad de las dos empresas afectadas (mercantil principal de la contrata y mercantil titular de los trabajadores), en el fondo se impide la reparación de la vulneración de un derecho fundamental del trabajador. 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 contrato mercantil”*. En la práctica si no pudiese otorgarse tutela jurisdiccional ante vulneraciones de derechos fundamentales en supuestos evidentes como éste, *“se originaría una gravísima limitación de las garantías de los derechos fundamentales de los trabajadores en el marco de procesos de descentralización empresarial, cuando no directamente a su completa eliminación, lo que resulta constitucionalmente inaceptable”*<sup>[34]</sup>.

En el caso del derecho de huelga, cuyo ejercicio, por definición, se habrá de proyectar de manera principal sobre la actividad productiva de la empresa principal, a la que la contrata en sí misma sirve, la pretendida irresponsabilidad laboral de la empresa principal (no empresa titular de los trabajadores) respecto de cualquier actuación que pueda desarrollar con la finalidad de impedir, coartar o sancionar el legítimo ejercicio del derecho de huelga, al socaire de su invocada ajenidad a la

relación laboral entre las partes, supondría la práctica común y total eliminación del derecho de huelga en el ámbito de estas relaciones. En efecto, de poco servirían *“las prohibiciones, garantías y tutelas establecidas en la legislación laboral en relación con las actuaciones empresariales lesivas del derecho de huelga si se admitiera que éstas alcancen únicamente al contratista, empresario directo en la relación laboral, y no al empresario principal, que es sobre quien habrán de recaer en última instancia los efectos económicos lesivos de la huelga y quien, por tanto, podrá estar igual o más interesado que el contratista en combatirla”*<sup>[35]</sup>.

El hecho de que no exista en la vigente regulación legal de la subcontratación de obras y servicios previsión alguna que permita garantizar el ejercicio de los derechos de los trabajadores de la contratista respecto de vulneraciones cometidas por la empresa principal, no puede ni debe suponer (con mayor razón cuando de la tutela de los derechos fundamentales se trata) que aparezcan espacios inmunes a la vigencia de los derechos fundamentales, ni resulta admisible que en los procesos de descentralización productiva los trabajadores carezcan *“de los instrumentos de garantía y tutela de sus derechos fundamentales con que cuentan en los supuestos de actividad no descentralizada”*<sup>[36]</sup>.

A partir de estas consideraciones, la sentencia del Tribunal Constitucional declaró nulos los despidos, remitiendo a los órganos de la jurisdicción ordinaria la determinación de los efectos de esta declaración –y, en concreto, *“si la efectiva readmisión”* de los trabajadores era posible– y la del alcance de la responsabilidad de las dos empresas concernidas en este asunto.

En definitiva, la particularidad del caso *Samoa* consiste en que los trabajadores perdieron su empleo como consecuencia del ejercicio de sus derechos fundamentales y, por tanto, con vulneración del derecho fundamental a la huelga por ser el despido una medida de represión por su ejercicio.

En otros términos: el Tribunal Constitucional considera imprescindible extender al ámbito de las contrataciones y subcontrataciones aquella doctrina, conforme la cual, los derechos de un trabajador pueden ser vulnerados por quien no es su empresario en la relación laboral, pero interviene o interactúa con él en conexión directa con la relación laboral<sup>[37]</sup>, cuestión que para nada es baladí.

## X. Apunte final

La STS-SOC núm. 962/2023, de 8 de noviembre, clarifica los requisitos necesarios para la concurrencia de la vulneración del derecho de huelga y de libertad sindical (información y negociación; derecho a la negociación colectiva). Delimita los elementos tipificadores del esquirolaje interno y externo. Y apreciar los requisitos de la indemnización por daño moral asociado a la vulneración de derechos fundamental.

La jurisprudencia, en la que se inserta esta relevante sentencia, se enmarca en un enfoque garantista que parte de la función conformadora de la Constitución del contenido esencial del derecho fundamental de huelga (artículos 28.2, 53.1 CE y 10.2 CE). En este sentido la jurisprudencia puede actuar para hacer realidad en la experiencia jurídica ese necesario ensamblaje entre Constitución y legislación. En el modelo normativo de derecho de huelga, Constitución y legislación actúan sobre un mismo derecho fundamental, en los términos de una verdadera *“colaboración internormativa”* en la que cada uno de los *“legisladores”*, el constituyente y el constituido, tiene asignada su propia función. Esto explica la importancia de la indagación científica y jurisprudencial hacia la búsqueda de aquellos elementos del sistema legal que permiten identificar más adecuadamente ese modelo normativo en el desarrollo histórico del fenómeno huelguístico.

A pesar de la intensa labor del Tribunal Constitucional y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no puede sino apreciarse las insuficiencias del *“modelo legal”*. Se trata en realidad del modelo de regulación en buena parte diseñado por el Tribunal Constitucional ante la ausencia de un desarrollo legislativo satisfactorio de las

previsiones constitucionales. Urge la aprobación de una Ley Orgánica de Huelga, que se acomode al sistema constitucional (artículos 28.2, 53.1 y 81 CE, en relación con los artículos 10.2 y 93 a 96 de la Norma Fundamental) y afronte dinámicamente (a través de una siempre necesaria interpretación evolutiva) los desafíos que para la garantía de efectividad del derecho de huelga plantean las nuevas formas de empresa y del empleo ante el impacto de la transición digital y la persistencia de poderes reforzados que pueden privar a la huelga.

El modelo actual de regulación jurídica del derecho de huelga se basa en instrumentos normativos típicamente legales, pero con un peso regulador excesivo de la jurisprudencia “normativa” e “interpretativa” del Tribunal Constitucional y de la jurisprudencia ordinaria. Un derecho fundamental en culturas jurídicas garantistas, como las de los países de referencia comparables de la Unión Europea, no puede dejar márgenes tan amplios a la elaboración jurisprudencial, sin un marco idóneo de regulación legislativa. La experiencia confirma la necesidad de promulgar una Ley Orgánica de Huelga *negociada*, para dar satisfactorio cumplimiento al mandato constitucional ex art. 28.2 CE, y asimismo para acomodar la regulación de este derecho fundamental a un sistema democrático evolucionado de relaciones laborales, donde debe tener un importante papel las organizaciones sindicales en la gestión del conflicto, por ellas planteado. Este nuevo marco legal debe aprovechar críticamente (y de forma autorreflexiva por parte del propio legislador) el acervo de doctrina jurisprudencial acumulada –y consolidada- respecto a la delimitación técnica y el sentido político-jurídico del derecho constitucional de huelga. Siendo para ello punto de referencia la doctrina del Tribunal Constitucional (junto a las aportaciones de la doctrina científica), ya que el modelo legal vigente es insuficiente para la garantía constitucional del derecho fundamental de huelga. Una regulación futura del derecho de huelga debería apartarse no sólo de la “filosofía inspiradora” que se ha construido en torno al RDLRT de 1977, sino que también debe ser necesariamente innovadora en numerosos aspectos concretos extraordinariamente relevantes vinculados a las exigencias que imponen las características complejas de nuestra época.

---

## Referencias:

1. ^ ROSS, A.: *Lógica de la normas, edición y estudio preliminar “Alf Ross, la ambición de la teoría realista del Derecho”* (pp. XI-CXXXVI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, pp. 120-121
2. ^ *Fórmula ésta preferible, como se vio, a la de derecho subjetivo de libertad (que es también correcta), porque permite unificar las dimensiones publicistas y privatistas de los derechos subjetivos fundamentales.*
3. ^ MONEREO PÉREZ, J.L.: “La huelga como derecho constitucional: la técnica específica de organización jurídico-constitucional de la huelga (I)”, en *Temas Laborales*, núm. 27 (1993), pp. 21 y ss., espec., pp. 55-63 [“B) Situación jurídico Situación jurídico-subjetiva pasiva “refleja”: El deber fundamentalmente negativo de respeto y reconocimiento “erga omnes” y la posición de especial subordinación del empleador”]. Asimismo, MONEREO PÉREZ, J.L., y ORTEGA LOZANO, P.G.: *El derecho de huelga: configuración y régimen jurídico*, Cizur Menor (Navarra), Thomsom/ Aranzadi, 2019, pp. 237-243.
4. ^ *El Tribunal Constitucional se ha cuidado de precisar que el derecho de huelga es un “especial derecho subjetivo”. Cfr. STC 11/1981, de 8 de abril, fj. 10 [RTC 1981\11].*

5. <sup>^</sup> Proyecto de Ley Orgánica de Huelga, y de medidas de conflicto colectivo. Texto acordado por el Consejo de Ministros el 14 de mayo de 1992 y aprobado por el Pleno del Senado el 1 de abril de 1993. Continúa siendo un texto de referencia para un futuro modelo de regulación legal del derecho de huelga, aunque ya el tiempo transcurrido exigiría cambios muy significativos. Uno de ellos tiene que ver con su adaptación a las nuevas formas de organización de las empresas y la garantía de su ejercicio frente a los poderes reforzados de los empleadores a través del uso abusivo de las nuevas tecnologías.
6. <sup>^</sup> La huelga comporta, de este modo, una limitación del uso de los poderes empresariales. Véase la STC 123/1992, de 28 de septiembre, fj. 5 [RTC 1992\123]. Sobre este tema y la importantísima doctrina sentada en esta sentencia se volverá sin tardanza.
7. <sup>^</sup> Es bien conocida la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto cuando señala que en un sistema de derecho de huelga, “determinadas medidas de presión de los trabajadores frente a los empresarios son un derecho de aquéllos. Es derecho de los trabajadores colocar el contrato de trabajo en una fase de suspensión y de ese modo limitar la libertad del empresario, a quien se le veda contratar a otros trabajadores y llevar a cabo arbitrariamente el cierre de la empresa” (STC 11/1981, de 8 de abril, fj. 9 [RTC 1981\11]). De este modo el “contenido esencial” del derecho de huelga consiste en la “cesación del trabajo” (STC 11/1981, de 8 de abril, fj. 10 [RTC 1981\11]) y “se concede para que sus titulares puedan desligarse temporalmente de sus obligaciones jurídico-contractuales” (STC 11/1981, de 8 de abril, fj. 12 [RTC 1981\11]). Así –para el Tribunal Constitucional– el efecto típico suspensivo forma parte de la garantía del contenido esencial o mínimo del derecho de huelga (cfr. también in fine STC 99/1987, de 11 de junio [RTC 1987\99]). Esto significa que –según interpretación del Alto Tribunal– en la lógica de esta construcción la cláusula del contenido esencial no abarca a aquellas acciones directas de los trabajadores encaminadas a la autotutela de intereses colectivos o generales que no entrañen la suspensión de los contratos de trabajo o relaciones de empleo. Es claro que está también en la lógica de la construcción que el reconocimiento de otras modalidades de huelga puede ser hecho por el legislador del derecho fundamental, formando así parte del “contenido posible” del derecho fundamental de huelga, es decir del “contenido abstracto” de ese derecho y con independencia de su contenido esencial intangible. Se comprobará después que esta ha sido la opción de política legislativa que se proyectó en el art. 2.1 y 5.2 PLOHN, incluyendo en el contenido posible del derecho de huelga otras formas de alteración del normal desarrollo del trabajo distintas a la cesación total o parcial en el trabajo. Especialmente significativo resulta la admisibilidad de las huelgas de celo o reglamento que en ius strictum presuponen justamente la no suspensión del contrato de trabajo (art. 5.2 PLOHN), lo cual, obliga a matizar el genérico y típico efecto suspensivo (que goza además de la garantía del contenido esencial) y que es atribuido sin más de forma indiferenciada como efecto legal del ejercicio del derecho de huelga (art. 18.1 PLOHN). Conviene apuntar que, en el fondo, el efecto más elemental de la huelga como derecho es que su ejercicio no suponga por sí mismo la extinción de la relación laboral o de empleo (STC 99/1987, de 11 de junio [RTC 1987\99]) y de haber prosperado la malograda reforma legislativa se hubiera debido estar a “efectos especiales” anudados a determinadas modalidades de huelga distinta de la tradicional y todavía más frecuentes en la dinámica del sistema de relaciones laborales.

8. <sup>^</sup> STC 11/1981, de 8 de abril, fj. 9 [RTC 1981\11] y STS 24 de octubre de 1989 [RJ 1989\7422].
9. <sup>^</sup> Sobre las consecuencias político-jurídicas de la fórmula de reconocimiento constitucional como derecho fundamental o derecho público subjetivo o libertad pública de eficacia horizontal, y, en relación a ello, respecto a la función del derecho de huelga en el sistema constitucional, véase las consideraciones realizadas supra. De esa categorización atinente a la estructura y función de la huelga como institución jurídica deriva que los objetivos perseguibles con la misma no se agoten en el círculo limitado de las relaciones laborales y se actúe frente a las políticas públicas de relevancia para los intereses de los trabajadores. La “defensa de sus intereses” (como descriptiva de los intereses tutelables por la acción huelguística) a que hace mención el art. 28.2 CE debe referirse a la doble dimensión del trabajador-ciudadano. La pretensión de escindir y aislar en el Estado social la esfera del ciudadano individual y la esfera del ciudadano social no se corresponde con esa forma de Estado, sino con la propia del Estado liberal. Aquí es importante tener en cuenta que el derecho de huelga es un derecho social fundamental que se concede al “hombre específico” para el desarrollo de su personalidad; siendo así que ese “hombre específico” al que se atribuyen derechos sociales de distinta naturaleza no puede ser equiparado al “hombre aislado” en la consideración del individualismo metodológico (en versión de individualismo posesivo) de la filosofía política del liberalismo, incoherente con el sistema político del Estado social y democrático de derecho establecido por el art. 1.1 de la Constitución. Nótese, por otra parte, que el derecho fundamental de huelga constituye la instrumentación jurídica de una libertad de proyección colectiva, y que ello implica el reconocimiento a su titular de una esfera subjetiva (status subjectionis) englobada en un status socialis que se corresponde con la proyección social propia de las llamadas “libertades colectivas”, es decir, derechos de libertad del individuo en relación con otros individuos. Esto quiere decir, que en su misma configuración constitucional la huelga como derecho de titularidad individual se concibe en un derecho de libertad del individuo aislado. Su dimensión colectiva es innegable y lo que sucede es que no ha prevalecido una concepción orgánica o exclusivamente sindical del derecho de huelga. En otras palabras: no es un derecho general del hombre, sino un derecho social de libertad.
10. <sup>^</sup> La proyección erga omnes del derecho es tomada en consideración en lo relativo a los medios de tutela jurisdiccional. En efecto, el art. 22.1 PLOHN, dejaba sentado que el derecho de acción puede dirigirse contra “cualquier” persona, entidad o corporación pública o privada que se considere que ha realizado una conducta lesiva del derecho de huelga.
11. <sup>^</sup> Disposición derogada, Ley Orgánica 5/2021, de 22 de abril, de derogación del artículo 315 apartado 3 del Código Penal. **Conforme a dicho artículo** «Quienes actuando en grupo o individualmente, pero de acuerdo con otros, coaccionen a otras personas a iniciar o continuar una huelga, serán castigados con la pena de prisión de un año y nueve meses hasta tres años o con la pena de multa de dieciocho meses a veinticuatro meses».
12. <sup>^</sup> Continúa diciendo el Alto Tribunal que “en tal sentido, atenta al recíproco deber de lealtad y buena fe que perdura durante la huelga, como dijo el Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 de octubre de 1989 (Sala de lo Social) donde se consideró inviable la sustitución de marineros huelguistas por otra tripulación formada con otros trabajadores vinculados a la naviera

mediante contratos anteriores al conflicto, pero de otros buques. En consecuencia, desde la perspectiva de los principios constitucionales más arriba analizados, no puede calificarse como lícita la sustitución de los trabajadores en huelga por otros de superior nivel profesional que no la habían secundado, sin que pueda ser incluida esta conducta entre las medidas empresariales de conflicto colectivo que legitima el art. 37 de la Constitución”. Cfr. STC 123/1992, de 28 de septiembre [RTC 1992\123].

13. ^ STC 33/2011, de 28 de marzo [RTC 2011\33].
14. ^ STS 18 de marzo de 2016 [RJ 2016\1828].
15. ^ STC 123/1992, de 28 de septiembre [RTC 1992\123].
16. ^ STC 33/2011, de 28 de marzo [RTC 2011\33].
17. ^ STS 5 de diciembre de 2012 [RJ 2013\1751].
18. ^ El Voto Particular del Magistrado Aurelio Desdentado Bonete.
19. ^ Para mayor abundamiento sobre esta sentencia, vid. MARTÍNEZ MORENO, C.: “El ser o no ser de la huelga, el fútbol y el esquirolaje. A propósito de la STC 17/2017, de 2 de febrero, Caso Telemadrid”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 9, 2017, pp. 894 y ss. PÉREZ REY, J.: “El Tribunal Constitucional ante el esquirolaje tecnológico (o que la huelga no impida ver el fútbol)”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 77, 2017, pp. 151 y ss.
20. ^ De problemático encaje en la Constitución ex art.28.2, en relación con la garantía multinivel de los derechos fundamentales que se infiere del bloque normativo formado por los artículos 93 a 96, en relación con la imperativa cláusula de apertura constitucional establecida en el art. 10.2 de nuestra Norma Fundamental. Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *El derecho huelga (artículo 28.2 CE)*, en MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M.N. (Dir.): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2002, pp.1057-1157.
21. ^ STC 17/2017, de 2 de febrero [RTC 2017\17].
22. ^ STS 13 de julio de 2017 [RJ 2017\4148].
23. ^ STC 17/2017, de 2 de febrero [RTC 2017\17].
24. ^ Esta sentencia tiene un Voto Particular formulado por el Magistrado Ilmo. Sr. Valdés Dal-Ré al que se adhieren la Magistrada Ilma. Sra. Asua Batarrita y el Magistrado Ilmo. Sr. Xiol Ríos, declara que la presente sentencia debió estimar el amparo solicitado por la vulneración –por el Ente Público Radio Televisión Madrid y sus sociedades– del derecho de huelga consagrado en el art. 28.2 CE. Tras una cuidada argumentación concluye que la retransmisión del partido de futbol de la Champions League efectuada el día el 29 de septiembre de 2010 lesionó el derecho de huelga
25. ^ STS 11 de febrero de 2015 [RJ 2015\1011].
26. ^ STC 123/1992, de 28 de septiembre [RTC 1992\123].
27. ^ STC 33/2011, de 28 de marzo [RTC 2011\33].
28. ^ STS 25 de enero de 2010 [RJ 2010\3125].
29. ^ STC 123/1992, de 28 de septiembre [RTC 1992\123].
30. ^ STC 33/2011, de 28 de marzo [RTC 2011\33].
31. ^ ESCRIBANO GUTIÉRREZ. J.: “El derecho de huelga en el marco de la descentralización empresarial”, en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 110, 2011, p. 195.
32. ^ STC 75/2010, de 19 de octubre [RTC 2010\75].
33. ^ STC 75/2010, de 19 de octubre [RTC 2010\75].
34. ^ STC 75/2010, de 19 de octubre [RTC 2010\75].
35. ^ STC 75/2010, de 19 de octubre [RTC 2010\75].
36. ^ STC. 75/2010, de 19 de octubre [RTC 2010\75].

37. <sup>^</sup> *ESCRIBANO GUTIÉRREZ. J.: “El derecho de huelga en el marco de la descentralización empresarial”, en Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, núm. 110, 2011, p. 201.*