

La garantía extracontractual del derecho de huelga

Por Wilfredo Sanguineti Raymond
Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad de Salamanca *

Sumario

I. Los términos de un problema capital. II. La construcción jurisprudencial de la garantía extracontractual del derecho de huelga. A. La concepción instrumental del derecho de huelga en el punto de partida. B. La consiguiente afirmación del deber del empresario de soportar los efectos del ejercicio del derecho. C. La proyección de la tutela del derecho hacia otros empresarios. III. Una necesaria reconstrucción: la afirmación de una posición patronal instrumental a los efectos de la garantía del derecho de huelga. A. La “especial vinculación” entre los trabajadores que ejercen el derecho y el proceso productivo global liderado por otro empresario como fundamento y límite de su proyección a los grupos y las redes empresariales. B. Contenido de la posición patronal instrumental. a. La garantía de indemnidad. b. La obligación de soportar los efectos del ejercicio del derecho. c. El deber de negociar. d. Otras manifestaciones.

Resumen

En los últimos años la garantía el derecho de huelga ha adquirido un inusitado protagonismo dentro de la praxis judicial española. El motivo se encuentra en cambios profundos en la realidad productiva, que han generado la necesidad de construir formas nuevas de protección de este derecho, que le permitan cumplir su rol constitucional en un contexto muy distinto. Entre estas últimas, asume un protagonismo muy especial, la proyección de la garantía del derecho hacia otros empresarios que mantienen con el empresario directamente afectado por la huelga intensos vínculos de cooperación. Este es un fenómeno que supone la construcción de una inédita *garantía extracontractual*

* El presente artículo actualiza y pone al día, a la luz de la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo español, la versión original del mismo publicada en el número 90 de la *Revista de Derecho Social*.

del derecho de huelga. El propósito de este estudio es realizar una reconstrucción sistemática de esta garantía, que sirva para clarificar su fundamento, las fórmulas de cooperación empresarial a las que resulta aplicable y sus consecuencias jurídicas. La tesis que sustenta el autor es la de la construcción de una *posición patronal instrumental* a los efectos de la garantía del derecho de huelga, en virtud de la cual se atribuyen a otros empresarios intensamente vinculados al titular de la relación de trabajo deberes que en principio solo corresponden este último.

Palabras clave: huelga, esquirolaje, grupo de empresas, red empresarial, descentralización productiva

The Extracontractual Guarantee of the Right to Strike

Abstract

In recent years, the judicial protection of the right to strike has acquired an unusual prominence in Spanish case law. This development stems from profound transformations in the productive structure, which have created the need to devise new mechanisms that safeguard this right and allow it to perform its constitutional function within a markedly different economic context. Among these mechanisms, particular importance has been given to extending the guarantee of the right to strike to employers who, while not directly affected by the industrial action, maintain close cooperative links with the primary employer. This phenomenon gives rise to an unprecedented *extracontractual guarantee* of the right to strike. The purpose of this study is to provide a systematic reconstruction of this guarantee in order to clarify its theoretical foundations, the forms of business cooperation to which it applies, and its legal implications. The central thesis advanced by the author is that of an *instrumental employer position* for the purposes of safeguarding the right to strike, whereby certain duties –originally incumbent solely upon the employer bound by the employment relationship– are extended to other employers who are functionally and economically connected to the primary employer.

Keywords: right to strike, strikebreaking practices, group of companies, business network, outsourcing

La garantía extracontractual del derecho de huelga

I. Los términos de un problema capital

En los últimos años la garantía el derecho de huelga –y no su limitación– ha adquirido dentro de la praxis de los tribunales españoles un protagonismo que parecía haber perdido definitivamente. La razón de esta evolución, que nada a contracorriente de tendencias apuntadas en otros ámbitos por el propio legislador, se encuentra en la emergencia de cambios profundos dentro de la realidad productiva de base, que han puesto sobre el tapete la necesidad de construir formas nuevas de tutela que permitan al mismo seguir cumpliendo su rol constitucional en un contexto completamente distinto al que lo hizo posible en el pasado. Entre tales cambios, especialmente la pérdida de hegemonía del tradicional modelo de integración vertical de las actividades productivas encarnado por la empresa fordista, jerárquica y autosuficiente, al que ha venido asociado el recurso a los instrumentos de autodefensa colectiva, y su sustitución por fórmulas horizontales de colaboración entre sujetos formalmente independientes a los efectos de desarrollar las distintas etapas de un mismo proceso productivo o cooperar para el logro de objetivos comunes.¹ Una realidad cuyo impacto ambivalente, portador de limitaciones potenciales, pero también de nuevas posibilidades de desarrollo del derecho, se ha dejado sentir en los últimos años. Y a la que la jurisprudencia, tanto constitucional como ordinaria, se ha mostrado especialmente sensible, alumbrando fórmulas de tutela que rompen los moldes tradicionales y las barreras comúnmente admitidas. Entre estas últimas singularmente, como habrá ocasión de desarrollar a lo largo de las páginas siguientes, su proyección hacia los grupos y las redes empresariales. Lo que en este estudio denominaremos la *garantía o protección extracontractual* –es decir, más allá del contrato de trabajo– del derecho de huelga.

Para aproximarnos a la razón de ser y el sentido de esta novedosa garantía conviene empezar por realizar un repaso de las contradictorias consecuencias que sobre el mismo tiene la consolidación del paradigma reticular de organización de las actividades empresariales basado en la creación de grupos y redes.

¹ Para una aproximación general al fenómeno y su incidencia sobre las instituciones que integran el ordenamiento laboral, permítaseme la referencia a W. SANGUINETI RAYMOND, *Redes empresariales y Derecho del Trabajo*, Ed. Comares, Granada, 2016.

En principio, esas consecuencias se miden en términos de minoración de su efectividad como medio de presión y reequilibrio de las posiciones de trabajadores y empresarios.² A esta minoración contribuye, antes de nada, la segmentación de los procesos productivos y su realización por grupos de trabajadores adscritos a entidades diferenciadas que tiene lugar en estos casos, en la medida en que esta da lugar a una diversificación y fragmentación de los intereses de aquellos y a una atomización de los espacios para su ejercicio, que se tornan cada vez más específicos y concretos, con merma evidente de su repercusión. Al lado de lo anterior es preciso tener en cuenta que esa desmembración aleja en muchos casos a los trabajadores que ejercen el derecho en ámbitos reducidos del centro de poder del que depende la solución del conflicto, que puede recaer, tratándose de organizaciones complejas, en un sujeto distinto del empresario que les da empleo y frente al que realizan materialmente la paralización. Bien la matriz o empresa dominante o bien la principal. El resultado termina siendo unas huelgas cada vez más atomizadas, realizadas en defensa de intereses fragmentarios frente a unos empresarios que carecen de capacidad real para atender sus demandas. Cuando no a la configuración de una realidad abiertamente disuasoria del ejercicio del derecho.

Conviene no perder de vista, con todo, que la pertenencia a un mismo proceso productivo de los distintos colectivos de trabajadores segregados en organizaciones independientes es capaz de generar lazos de solidaridad y niveles de conciencia colectiva en torno a la existencia de intereses comunes, susceptibles de actuar como revulsivo para la elaboración de plataformas reivindicativas conjuntas capaces de ser defendidas a través de medidas de presión que rebasen el espacio de sus empleadores para extenderse a la red o el grupo en los que se integran. Esta es una posibilidad que resulta especialmente plausible tratándose de los trabajadores que comparten un mismo espacio o centro de trabajo, un elemento que está en condiciones de promover el contacto entre ellos y la percepción de los problemas que comparten. Y también en el caso de las redes verticales de subcontratación, donde pueden emerger lazos de solidaridad basados en la constatación de la existencia de reivindicaciones comunes, sobre todo entre los trabajadores que ocupan una posición más precaria.³ En estos casos se abre, pues, un espacio para una difícil pero posible recuperación de la funcionalidad del derecho, basada en una reconstrucción desde bases nuevas del interés colectivo a cuya tutela se dirige.

² Como apunta R. GALLARDO MOYA, “La articulación de los derechos colectivos y del sujeto sindical en los empresarios complejos”, en L. GAETA, y R. GALLARDO MOYA (Directores), *Los empresarios complejos: un reto para el Derecho del Trabajo*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2010, págs. 809, 815-816 y 823. Más recientemente, vid. también J. M. GOERLICH PESET, “El ejercicio del derecho de huelga en el contexto de la descentralización productiva”, AEDTSS, *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, Ed. Cinca, Madrid, 2018, págs. 176-177.

³ Según destaca J. B. VIVERO SERRANO, “Redes empresariales y derecho de huelga: nuevos escenarios para la tutela y la limitación”, en W. SANGUINETI RAYMOND y J. B. VIVERO SERRANO (Directores), *Impacto laboral de las redes empresariales*, Ed. Comares, Granada, 2018, pág. 281.

A lo anterior hay que añadir, como un segundo elemento de contrapunto, que el hecho de que la ruptura de la unidad de la empresa tradicional tenga lugar aquí a través de la creación de nexos de interdependencia entre diversas organizaciones, que confluyen para la realización de una misma actividad, abre la posibilidad de que las medidas de presión adoptadas en el seno de una de ellas puedan tener una repercusión, indirecta o refleja pero real y efectiva, sobre las actividades que realizan las demás o incluso sobre el funcionamiento del grupo o la red en su totalidad. Esto supone que en estos casos el impacto del ejercicio del derecho de huelga no solo no se reduce, como pudiera pensarse, sino que está en condiciones de verse amplificado por efecto de los lazos económicos y productivos que la pertenencia a un mismo grupo o red genera entre los empresarios integrados en ellos. Entonces, como se ha afirmado, la huelga “incrementa su eficacia”,⁴ en lugar de verla reducida, al desplegar un “efecto multiplicador” que proyecta su incidencia más allá del ámbito formal de su convocatoria,⁵ hacia otras empresas cuyos trabajadores no participan en ella.

Las consecuencias de esta proyección de los efectos de la huelga más allá de su espacio natural de impacto, hacia empresarios distintos de aquel que da empleo a los huelguistas pueden ser exorbitantes en bastantes casos. En particular cuando entre las empresas de las que se trate existe una relación ocasional o de mera clientela. No obstante, en otros, permite que la presión derivada de su ejercicio pueda ser ejercida sobre el sujeto o los sujetos de cuyas decisiones depende que las reivindicaciones de los trabajadores que participan en la medida puedan ser atendidas. Es decir, sobre la empresa que se sitúa en el vértice del grupo o la red y lidera el proceso global de producción, ejerciendo *de jure* o *de facto* una influencia sobre sus restantes componentes que limita –y a veces incluso anula– sus márgenes de decisión en el plano laboral. Algo que sucede casi por hipótesis tratándose de los grupos jerárquicos y las redes verticales de carácter asimétrico.⁶ El ejercicio del derecho de huelga permite, en situaciones como estas, recomponer la unidad sustancial de los procesos de producción, rota por la división formal de esferas generada por el sistema reticular, favoreciendo una proyección de su impacto hacia aquellos espacios en los que puede ser eficaz.

La propia lógica de funcionamiento del sistema reticular, sin embargo, es capaz de ofrecer un efectivo antídoto frente a esta posibilidad. Ha de tenerse presente que el hecho de que el proceso productivo se encuentre fragmentado y sus distintas fases sean realizados por sujetos distintos de quien ostenta la dirección global hace posible que las prestaciones atendidas por el empresario afectado por la huelga puedan ser sustituidas, salvo cuando su aportación revista especial valor o resulte difícilmente sustituible, recurriendo a otros

⁴ Nuevamente, J. M. GOERLICH PESET, “Ejercicio ...”, cit., pág. 176.

⁵ J. B. VIVERO SERRANO, loc. cit.

⁶ Sobre los cuales se remite lo que se dirá en *infra* III.A.a y a la bibliografía citada en la nota 55.

empresarios, bien integrados en el grupo o red o bien reclutados al efecto. Emerge así la posibilidad de poner en marcha un nuevo tipo de comportamiento dirigido a eludir, mediante el recurso a prestaciones sustitutivas, las consecuencias negativas –en este caso reflejas– del ejercicio del derecho de huelga, cuyo sujeto activo no es ya el empresario para el que prestan servicios los huelguistas, como ocurre con las hipótesis tradicionales de esquirolaje, sino la casa matriz y las demás sociedades del grupo o la empresa principal a la que el primero presta servicios.⁷ Con lo cual nos volvemos a colocar delante del punto de partida: el empleo del sistema reticular como fórmula capaz de vaciar de contenido el ejercicio del derecho de huelga.

El dilema frente al cual nos coloca esta constatación no es el de decidir si frente a cualquier huelga los clientes de la empresa afectada han de verse impedidos de adquirir los bienes o servicios de los que se ven privados. Ni tampoco si todos los empresarios que mantienen algún vínculo comercial con esa empresa deben abstenerse de recurrir a otros para atender sus necesidades. Pretensiones, ambas, que nadie sostiene. Antes bien, de lo que se trata es de determinar si esa forma de reaccionar puede ser adoptada tratándose de empresas que no mantienen con la destinataria de la medida lazos estrechos de colaboración, por realizar tareas que forman parte de procesos productivos altamente integrados. Máxime cuando se trata de aquella que ocupa una posición nuclear dentro de estos y está, por ello, en condiciones de ejercer una influencia decisiva sobre las decisiones que como empleador debe adoptar la que en principio ha de atender las reivindicaciones de los convocantes. Una situación en la que es posible sostener que la huelga persigue incidir también la esfera de decisión de aquella.

Resulta claro que en casos como estos, que son aquellos con los que ha tenido que lidiar la jurisprudencia en los últimos años, la presión que la huelga pueda ocasionar a la empresa que ocupa una posición subordinada resulta por sí ineficaz, toda vez que su capacidad de decisión está condicionada, cuando no determinada, por las relaciones de dependencia jurídica, económica u organizativa que mantiene con la empresa dominante. De allí que, aceptar que esta pueda esquivar los efectos que las huelgas realizadas en las empresas dependientes de ella, equivalga a condenar a los trabajadores de estas a un ejercicio estéril del derecho en la mayoría de los casos. Además de conducir a un irremediable vaciamiento de la función constitucionalmente atribuida a este dentro del actual modelo productivo.⁸

La cuestión de fondo que de tal modo se plantea es ardua como pocas, ya que de lo que se trata es de determinar si estos riesgos son capaces de justificar la proyección del derecho de

⁷ Vid. J. B. VIVERO SERRANO, “Redes empresariales ...”, cit., pág. 285, para quien estas prácticas constituyen “un nuevo tipo de esquirolaje, el decidido por un tercero”.

⁸ Para un mayor desarrollo de esta tesis, aquí solo apuntada, pueden verse mis estudios “El derecho de huelga en la encrucijada del cambio económico, tecnológico y productivo”, *Trabajo y Derecho*, 2016, núm. 14, págs. 14-15, y “La tutela sustancial del derecho de huelga en las estructuras empresariales complejas”, *Revista de Derecho Social*, 2016, núm. 74, págs. 27 y sigs.

huelga más allá del contrato de trabajo, hacia los grupos y redes empresariales. Así como establecer cuáles pueden ser los alcances de esta proyección y sus límites. Este es, por lo demás, un problema capital, cuyas implicaciones se proyectan más allá del terreno puramente operativo, en la medida en que detrás de él se sitúan, como se comprobará en las páginas siguientes, hasta cuatro interrogantes cuya respuesta está en condiciones de determinar en buena medida la orientación futura del ordenamiento laboral español. Entre ellas, antes que nada: ¿qué es la Constitución y qué fuerza de obligar tiene? En segundo lugar, ¿qué es el derecho de huelga, qué contenidos tiene y frente a quiénes se ejerce? Cuestión de cuya respuesta depende, a su vez, la de esta otra: ¿cuál debe ser el espacio de aplicación de los derechos de acción colectiva en el actual contexto productivo? O, por último, atendiendo al impacto que la solución que se le dé a las anteriores puede de desplegar sobre los agentes empresariales, ¿cómo llevar a cabo una regulación de los efectos laborales de los procesos de externalización productiva que, sin imponerles trabas injustificadas, sea capaz de limitar su empleo como un simple instrumento de degradación de las condiciones laborales?

A veces criticados por su insensibilidad ante las necesidades del sistema de relaciones laborales, los tribunales españoles han optado por dar una solución positiva a este problema. Y, por tanto, por afirmar la proyección del derecho de huelga al exterior del contrato de trabajo en situaciones como las apuntadas. Esta conclusión, a contracorriente de las convicciones más extendidas sobre su naturaleza y alcances, es el resultado de un largo proceso de reconstrucción desde bases constitucionales del contenido y los alcances del mismo, que los ha conducido primero a incorporar a él la garantía de su efectividad como medida de presión y luego a extender su aplicación a hacia otros empresarios que mantienen con él directamente afectado por la paralización nexos de cooperación económica y productiva de intensidad suficiente como para justificarlo. Es lo que, en atención a su propósito de salvaguardar el cumplimiento de la misión encomendada por la norma fundamental al derecho, he denominado la *tutela sustancial del derecho de huelga*,⁹ caracterizada por la presencia de un amplio espacio objetivo de protección del mismo, que se proyecta hacia un igualmente extenso ámbito subjetivo, integrado tanto por un anillo interior como por otro exterior al contrato de trabajo.

Esta construcción ha sido objeto de una muy relevante atención doctrinal. No obstante, el hecho de que se haya ido dibujando a partir de la solución de casos concretos durante a lo largo de período muy extendido, ha determinado que la mayoría de estudios se hayan centrado en el examen de las decisiones jurisprudenciales que han ido marcando su aplicación. Sin que exista aún aproximación de conjunto al contenido y los alcances de la novedosa garantía extracontractual de la que por su intermedio se dota al derecho de huelga. Al extremo de

⁹ Vid. “La tutela sustancial ...”, cit., especialmente pág. 14.

poderse afirmar que hoy no es posible saber con certeza a qué supuestos se aplica y a cuáles no, existiendo puntos de vista muy distintos a partir del mismo material jurisprudencial.¹⁰

El propósito de las páginas que siguen es, por ello, tratar de aportar elementos para esa reconstrucción sistemática de los contornos de la referida garantía, que contribuya a clarificar su fundamento, las fórmulas de cooperación sobre las que despliega su eficacia y las consecuencias jurídicas que de ella se derivan. La tesis que a estos efectos se sustentará es la de la construcción, a través de la acción combinada de la jurisprudencia constitucional y ordinaria, de *una posición de empleador o empresario de carácter instrumental* a los efectos de la tutela del derecho de huelga, en función de la cual se atribuyen a algunos empresarios especialmente cualificados por la singular vinculación que mantienen con el titular de la relación de trabajo y destinatario directo de su ejercicio, deberes que en principio corresponden este último.

La presentación de este punto de vista exige partir de un recuento del proceso de construcción de esa posición. Cuestión a la que está dedicado el siguiente apartado.

II. La construcción jurisprudencial de la garantía extracontractual del derecho de huelga

La construcción de lo que hemos denominado la garantía extracontractual del derecho de huelga es el resultado de un largo proceso de elaboración jurisprudencial, dentro del cual es posible distinguir tres fases o etapas distintas, cada una dotada de rasgos y caracteres diferenciados, las cuales se ido sucediendo a lo largo de las cuatro décadas de vigencia de la Constitución española, hasta alumbrar como resultado de sus interacciones la afirmación de un *concepto fuerte de huelga*, tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo, aunque sujeto también a contrapartidas y límites. De allí que convenga prestarles atención por separado.

A. La concepción instrumental del derecho de huelga en el punto de partida

Toda la evolución jurisprudencial que conducirá a sancionar la proyección de los efectos del ejercicio del derecho de huelga al exterior del contrato de trabajo no hubiera sido

¹⁰ Así, mientras para quien esto escribe, “El derecho de huelga en los grupos y redes empresariales: la construcción de la doctrina del Tribunal Supremo”, *Trabajo y Derecho*, 2018, núm. 49, págs. 11-15, así como para J. VIVERO SERRANO, “Redes empresariales ...”, cit., págs. 293-298, se encuentran cubiertos tanto los grupos como las redes empresariales, siempre que cumplan determinadas condiciones, J. M. GOERLICH PESET, “Ejercicio del derecho ...”, cit., págs. 194-195, y J. LAHERA FORTEZA, “Hacia un nuevo modelo de huelga triangular mercantil (SSTS 3 Octubre 2018, Rec. 1147/2017 y Rec. 3365/2016)”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2019, núm. 3, págs 310-311, entienden que la aplicación de esta garantía debe limitarse, a falta de un pronunciamiento del legislador, exclusivamente a los grupos de empresas.

posible sin una primera toma de posición de la jurisprudencia constitucional, que ya en el primer pronunciamiento en el que se enfrentó al problema de delimitar su contenido garantizado por la norma fundamental optó por asumir una caracterización del mismo como uno de carácter instrumental, teleológicamente asociado a la tutela de la posición de los trabajadores asalariados, cuya tutela precisa de la limitación de los derechos del empresario susceptibles de impedir el cumplimiento de su función constitucional. El origen de esta concepción se encuentra, como es sabido, en el entendimiento del de huelga como un derecho “cuya esencia” consiste “en la producción de un daño”¹¹ con el fin de ejercer sobre la contraparte la “coacción psicológica” necesaria para forzarla a adoptar un acuerdo.¹² Una idea a partir de la cual es posible considerar incluido en su contenido “el elemento instrumental de la presión”, sin el que no está en condiciones de cumplir la misión a la que es llamado,¹³ con la consecuente imposición al empresario de la obligación de “soportar el daño causado”, sin posibilidad de reaccionar frente a este a recurriendo a “los normales poderes derivados del derecho contractual”.¹⁴

Aunque la recepción de este punto de vista suele venir asociada a la posterior STC 123/1992, de 28 de septiembre, es en realidad la STC 11/1981, de 8 de abril, la que sentará las bases para el camino que sería posteriormente recorrido por las que la seguirán. En esta sentencia el Tribunal Constitucional deja claramente apuntadas dos premisas esenciales. La primera se relaciona con el vínculo que es posible establecer entre el derecho de huelga y la libertad de empresa. En este caso, tanto la conexión del primero con el valor fundamental de igualdad como la expresa referencia del artículo 28 a su finalidad de defensa de los intereses de los trabajadores permitirán al mismo integrar la garantía del cumplimiento de su misión de operar como “instrumento de presión” en su contenido, así como proyectarlo sobre la definición del que ha de atribuirse a la libertad de empresa. El derecho de huelga es, así, un derecho “a limitar la libertad del empresario, a quien se le veda contratar otros trabajadores y llevar a cabo arbitrariamente el cierre de la empresa”. Vale decir, llevar a cabo actuaciones dirigidas a restringir su impacto. El derecho de huelga comprende, de este modo, la facultad de limitar el uso en clave defensiva de poderes en principio garantizados por la libertad de empresa.

La segunda premisa tiene que ver con la delimitación del espacio del derecho de los empresarios a la adopción de medidas de conflicto previsto por el artículo 37.2 de la norma

¹¹ En la muy conocida fórmula acuñada por F. DURÁN LÓPEZ, *Derecho de huelga y legalización del conflicto de clases*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1976, pág. 100.

¹² Con palabras de P. CALAMANDREI, “Significato costituzionale del diritto di sciopero”, en P. CALAMANDREI, *Opere Giuridiche*, Napoli, Morano Editore, 1968, Vol. III, pág. 100.

¹³ A. SANTANA GÓMEZ, *El régimen jurídico del trabajador no huelguista*, Madrid, Civitas, 1993, pág. 168.

¹⁴ J. MATÍA PRIM, *El abuso del derecho de huelga*, Madrid, CES, 1996, págs. 131 y 174.

fundamental, cuya potencial incidencia sobre el derecho de huelga es evidente. Aquí, no solo el nivel superior de protección ofrecido al mismo y su distinta función, sino sus conexiones con valores constitucionales nucleares, conducirán al supremo intérprete a sustentar su preeminencia sobre el poder de confrontación reconocido a los empresarios, con la consecuente imposibilidad de que pueda ser utilizado para vaciarlo de contenido mediante la realización de cierres ofensivos o de retorsión. Ni este derecho, ni la libertad de empresa, pueden, por tanto, servir de fundamento para actuaciones que impidan a la huelga actuar como instrumento de presión para la defensa de los intereses de los trabajadores, como prevé la Constitución.

El límite de esta doble preeminencia se encuentra en el paralelo reconocimiento por la propia STC 11/1981 de la constitucionalidad de la prohibición de las huelgas abusivas contenida en el artículo 7.2 del Real Decreto-Ley 11/1977, en la medida en que este conduce a entender legítimas solo aquellas huelgas que ocasionen a los empresarios perjuicios susceptibles de ser considerados “razonables” o “proporcionados” desde la óptica del legislador. Se produce de este modo una singular operación de *compensación de gravámenes*, con arreglo a la cual se termina garantizando la efectividad del ejercicio del derecho de huelga luego de haber admitido la expulsión de la legalidad de sus manifestaciones más eficaces.¹⁵ En cualquier caso, como se afirmará en su día, de esta suerte de principio de interdicción de la onerosidad excesiva causada al empresario mediante la huelga¹⁶ no solo es posible deducir la ilegitimidad de los perjuicios que superen ese umbral, sino la legitimidad de los que se sitúen por debajo de él. Mientras los primeros no son asumibles, por lo que el empresario podrá hacerles frente, los segundos deben ser soportados por él, no estándosele permitido recurrir a práctica alguna con el fin de mitigarlos.¹⁷ Quedan claramente sentadas de tal forma, ya en esta fase inicial, todas las premisas necesarias para lo que vendrá después.

B. La afirmación del deber del empresario de soportar los efectos del ejercicio del derecho

El siguiente escalón del proceso que conducirá a la conformación de la garantía extracontractual del derecho de huelga está representado por la afirmación, primero en sede constitucional y luego ordinaria, del deber del empresario de soportar, tolerar o no neutralizar

¹⁵ Para un mayor desarrollo del argumento, permítaseme la remisión a W. SANGUINETI RAYMOND, *Los empresarios y el conflicto laboral (del cierre a la defensa de la producción)*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2006, págs. 157-171, así como la bibliografía allí citada.

¹⁶ L. M. CAMPS RUIZ, “Huelgas intermitentes y cierre patronal”, en AA.VV., *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la década de los ochenta*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza 1983, págs. 138-139.

¹⁷ J. LAHERA FORTEZA, “La admisión del desvío de clientes a otras empresas durante una huelga: un salto cualitativo en la valoración jurisprudencial negativa del conflicto laboral”, *Relaciones Laborales*, 2002, T. I, pág. 875.

las consecuencias de su ejercicio legítimo. Esta afirmación es el resultado de la aplicación de los criterios sentados por STC 11/1981 a una amplia gama de formas nuevas de hacer frente a las medidas de autotutela colectiva, surgidas a partir de los años noventa del pasado siglo como consecuencia de la emergencia de un nuevo paradigma productivo dentro del cual pasaron a ocupar un espacio cada vez más relevante las actividades terciarias y las fórmulas flexibles de organización de la producción dirigidas a permitir una satisfacción lo más inmediata posible de la demanda. Característica esencial de estas prácticas fue el empleo de los más variados poderes empresariales para intentar, antes que impedir el comportamiento huelguista o sancionar su puesta en práctica, atacar las consecuencias que de esta puedan derivarse, de forma que afecte lo menos posible a los programas de producción o los compromisos asumidos por la empresa. Los supuestos pueden variar, pero la lógica es similar: la sustitución de las prestaciones no realizadas por otras ejecutadas por trabajadores distintos, bien contratados al efecto o bien no participantes en la protesta, por otros empresarios, por trabajadores autónomos e incluso mediante automatismos o medios electrónicos.¹⁸

La reacción se producirá aquí de forma temprana, como consecuencia del examen por el Tribunal Constitucional del primer caso de sustitución de trabajadores en huelga por otros de la propia empresa conocido por los tribunales españoles.¹⁹ La STC 123/1992, de 28 de septiembre se sirve de las premisas sentadas por la STC 11/1981 para declarar la no conformidad a Derecho de este comportamiento pese a no estar prohibida por el artículo 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977, que ilegaliza solo la contratación con ese fin de trabajadores ajenos a la empresa, recurriendo a la aplicación directa del artículo 28.2 de la Constitución. La consideración de la huelga como un “instrumento de presión constitucionalmente reconocido” y su “singular preeminencia” dentro de la Constitución sirven, así, de base para afirmar la capacidad de esta para “reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en vida vegetativa, latente, otros derechos”, como sucede con “la potestad directiva del empresario” cuando es utilizada “como instrumento para privar de efectividad a la huelga”. O “desactivar la presión” producida por esta, como se lee a continuación. Como es fácil de percibir, el acierto de esta sentencia, que en su día fue recibida como portadora de una muy relevante novedad, radica más en conectar la doctrina previa del Tribunal sobre la naturaleza del derecho de huelga con la dinámica adoptada por el conflicto que en añadirle elemento alguno de novedad.

²⁰

¹⁸ Una completa sistematización de estas prácticas en *Los empresarios y el conflicto ...*, cit., págs. 48-60.

¹⁹ Que fue resuelto por el Tribunal Central de Trabajo en sentido favorable a la licitud de esta conducta a través de su Sentencia de 13 de diciembre de 1988 (RTCT 1988/613).

²⁰ Posteriormente el criterio sustentado por esta sentencia sería ratificado por la STC 33/2011, de 28 de abril, que añadiría una importante precisión sobre el alcance de esta garantía: su valoración no solo en términos de reducción del impacto económico de la huelga sino de limitación de la repercusión de su realización, medida a través de la

Pese a que, dado su fundamento, esta construcción resultaba aplicable desde un inicio al empleo con el mismo fin de cualquier prerrogativa empresarial y no solo del poder de dirección, el Tribunal Supremo mantendría durante bastante tiempo una posición contraria a su extensión a supuestos distintos de la sustitución interna expresamente contemplada por la STC 123/1992. Esta resistencia empezará a ceder con la expedición de la STS de 25 de enero de 2010,²¹ que declaró la ilicitud de la contratación con otras empresas de “servicios de refuerzo para cubrir aquellos que no se pueden atender” durante la realización de una huelga de una empresa de transportes. Y terminará de romperse con la STS 5 de diciembre de 2012²², en la que se produjo una sustitución virtual en vez de física del personal de una empresa de comunicación afectado por una huelga para la que se habían fijado servicios esenciales, toda vez que en esta el máximo órgano de la judicatura ibérica terminará por declarar de forma expresa que el artículo 28.2 de la Constitución puede ser vulnerado también “en el caso de que la actuación empresarial, aún cuando sea mediante la utilización de medios mecánicos, prive materialmente a los trabajadores de su derecho fundamental”. La conclusión que de ello se desprende es clara: el deber de tolerar o no neutralizar los efectos del ejercicio legítimo del derecho de huelga es de aplicación respecto del uso desviado de toda clase de prerrogativas empresariales, incluyendo dentro de ellas las relacionadas con la contratación de otros empresarios o el recurso a medios materiales o tecnológicos.²³

C. La proyección de la tutela del derecho hacia otros empresarios

Con todo lo meritoria que resulta, la aportación de los órganos judiciales españoles radica hasta aquí en promover una ampliación del ámbito objetivo de tutela del derecho de huelga hacia las consecuencias de su ejercicio, pero preservando su espacio subjetivo, que continúa ciñéndose a los contornos del contrato de trabajo. La proyección de este efecto más allá, hacia otros empresarios que mantienen con el destinatario de la medida y empleador de los huelguistas intensos vínculos societarios y/o contractuales, será nuevamente fruto de la labor mancomunada de la jurisprudencia constitucional y ordinaria, que ha tenido que vencer para ello obstáculos notables. Entre estos, en particular la consideración de esos empresarios como terceros frente a la huelga, a los que “no deben imponerse más gravámenes o molestias

negación de la visibilización de su puesta en práctica. Circunstancia que adquiere especial relevancia en determinados sectores, como la prensa escrita, la radiodifusión o la televisión.

²¹ Rec. 40/2009.

²² Rec. 265/2011.

²³ La posterior STC 17/2017, de 2 de febrero, ha introducido algún nivel de incertidumbre sobre el particular, al haber indicado, en relación con un caso que reunía todas las trazas de un esquirolaje tecnológico, que el empresario puede utilizar los medios técnicos de los que dispone para mantener su actividad durante una huelga. Aunque sin llegar a afirmar que ello lo autoriza a sustituir, válidamente y sin limitaciones, las prestaciones de los huelguistas por otras realizadas por máquinas o a paliar sirviéndose de ellas los efectos de su ausencia, como hubiese sido necesario para desautorizar esta doctrina. Para un mayor desarrollo de esta tesis puede verse mi comentario “¿El derecho de huelga en entredicho?, *Trabajo y Derecho*, 2017, núm. 28, págs. 11-15.

que los necesarios”, como indica el Tribunal Constitucional en su Sentencia 11/1981, por lo que no parece que puedan verse impedidos de procurarse en el mercado los bienes o servicios de los que los priva una huelga que en principio no les concierne.²⁴ Tan determinante resultado será alcanzado en la última década a través de dos pasos, que han hecho posible la adaptación del espacio original de la referida garantía, propio de una forma de producir donde el empresario lo hace todo directamente y tiene solo clientes y usuarios o, como mucho, proveedores, a otra en la que los procesos productivos son el resultado de la integración de prestaciones diversas desarrolladas por empresarios estructuralmente vinculados entre sí.

El paso decisivo en la referida dirección será dado, nuevamente, por el Tribunal Constitucional, que a través de su Sentencia 75/2010, de 19 de octubre,²⁵ sentó las bases conceptuales para la proyección de las garantías que rodean el ejercicio del derecho de huelga más allá del espacio de la relación contractual entre trabajador y empresario.²⁶ Esta sentencia se enfrenta a una presunta vulneración de carácter complejo de la garantía de indemnidad asociada a dicho ejercicio, derivada de la actuación de dos empresas entre las cuales existía una estrecha relación económica y productiva (ambas mantenían un vínculo de subcontratación de más de cinco años de duración, en virtud de la cual los trabajadores de la contratista prestaban servicios en exclusiva para la principal en el centro de trabajo de esta),²⁷ la cual se produjo como resultado de la extinción de los contratos de trabajo de la mayor parte de los trabajadores que participaron en una huelga dirigida a conseguir la equiparación salarial con el personal de la empresa principal, que fue puesta en práctica por la empresa contratista con base en la decisión previa de la principal de dar por terminada la contrata que los unía para eludir las consecuencias económicas derivadas de la solución del conflicto alcanzada por el primero, que pretendía repercutir sobre ella el mayor coste generado. Más allá de los avatares relacionados con la valoración de los hechos y la imputación de la lesión, así como con la determinación de sus consecuencias, asuntos todos respecto de los cuales se registran fuertes discrepancias,²⁸

²⁴ Como apunta J. M. MARÍN CORREA, “Los ‘terceros’ en la huelga”, *Actualidad Laboral*, 2000, núm. 47.

²⁵ A la que siguieron las SSTC 76/2010, de la misma fecha, y 98 a 112/2010, de 16 de noviembre, casi idénticas.

²⁶ Vid., apuntando esta conclusión, J. B. VIVERO SERRANO, “Redes empresariales ...”, cit., pág. 289.

²⁷ Como destaca J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, “El derecho de huelga en el marco de la descentralización empresarial”, *Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, 2011, núm. 110, pág. 200.

²⁸ Las cuales se manifestaron en su día a través de tres votos particulares, así como de fuertes críticas doctrinales. Respecto de estas últimas, vid. especialmente, dada su proximidad al fallo, A. MONTOYA MELGAR, “Contratas, derechos fundamentales y ‘desbordamiento’ de la jurisdicción constitucional”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2011, núm. 149, págs. 211 y sigs; y J. A. SAGARDOY BENGOCHEA, “La violación de los derechos fundamentales de huelga y de indemnidad por parte del empresario principal en una contrata”, *Revista de Estudios de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 2011, págs. 213 y sigs. Más recientemente, A. DESDENTADO BONETE, “¿Una nueva dimensión del derecho de huelga? Más allá de la existencia de una lesión imputable y más allá del grupo de empresas. El caso Pressprint”, *El Derecho*, Tribuna del 22-02-2016. Una valoración diferente del tratamiento de la prueba en M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Derechos fundamentales del trabajador en empresas complejas: ahora el derecho de huelga”, *Revista de Derecho Social*, 2010, núm. 52, págs. 151-152, para quien lo que hace el Tribunal es valorar de forma distinta los mismos hechos probados.

existe una cuestión previa a cuya solución el Tribunal no puede sustraerse antes de entrar a resolver el caso. Esta no es otra que la de determinar si la empresa principal estaba en condiciones de vulnerar el derecho de huelga de los trabajadores del contratista pese a ser un tercero respecto de la medida de presión, por pesar sobre ella un deber general de respeto del mismo semejante al que graba al contratista que emplea a los trabajadores participantes en la medida.

Para darle respuesta el Tribunal partirá de poner de relieve la lógica productiva integrada que caracteriza los procesos de subcontratación. Una lógica a través de la cual se “posibilita que trabajadores externos contratados por una empresa contratista se vinculen directamente a la actividad productiva de la empresa principal”, de forma que esta “recibe” sus servicios “de forma mediata y merced al contrato mercantil”. Esta es una circunstancia, añadirá, que determina que el ejercicio del derecho de huelga “por definición” se proyecte “de manera principal sobre la actividad productiva de la empresa principal”, por lo que esta puede estar “igual o más interesada que el contratista en combatirla”. De lo que colige que en estos casos “la efectividad de los derechos de los trabajadores” –y en particular el de huelga– “puede verse afectada no solo por la actuación del contratista sino también por la del empresario principal”. Sostener lo contrario, es decir “la ausencia de responsabilidad de la empresa principal”, dejaría el ejercicio del derecho “huérfano de toda garantía”, añade. Pudiendo llegar a suponer incluso “la práctica eliminación” del mismo “en el ámbito de estas relaciones”. En el fondo, el razonamiento subyacente resulta tan claro como concluyente: el derecho de huelga no solo vincula al empresario que ocupa a los huelguistas sino a aquellos otros que, en razón de la especial relación que mantienen con esos trabajadores debido a la vinculación existente entre las actividades que realizan y sus procesos productivos, padecen también sus efectos y pueden, por tanto, tener motivos para reaccionar frente a él.

Es sobre esta base que el Tribunal Supremo procederá, un lustro después, a dar el último paso de este laborioso proceso de reconstrucción del espacio de tutela del derecho de huelga, representado por la proyección del deber de soportar o no neutralizar las consecuencias de su ejercicio hacia los grupos y las redes empresariales. Aunque son varios los pronunciamientos que contribuyen a la delimitación de los alcances de dicha proyección, la aportación fundamental es llevada a cabo por la STS de 11 de febrero de 2015,²⁹ primera de la serie.

Esta sentencia se ocupó de un supuesto de sustitución de la prestación de una empresa afectada por una huelga, que se encargaba de la impresión de las publicaciones de un grupo editorial del que formaba parte, por la de un contratista externo, llegando a declarar, “en

²⁹ Rec. 95/2914. Caso Prisa o Caso Pressprint.

aplicación de la doctrina contenida en la STC 75/2010”, que este comportamiento, adoptado por las demás empresas del grupo, provocó “un vaciamiento del contenido del derecho de huelga”, al haber conseguido con la normal aparición de las mismas “presentar una apariencia de normalidad” que privó a la huelga de los trabajadores de la contratista de “repercusión apreciable”, despojándola de “su finalidad de medio de presión”.³⁰

En principio, la contribución de esta sentencia no parece radicar tanto en añadir elementos de novedad a las tesis desarrolladas antes por los tribunales, como en combinarlas para dar al caso una solución que termina siendo innovadora. En concreto, para declarar la existencia de una vulneración del derecho de huelga imputable a la matriz y las demás empresas del grupo, la misma habría simplemente combinado la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la posibilidad de que el empresario principal vulnere el derecho de huelga pese a ser un tercero, con la construcción, suya y de aquel, en torno al deber de tolerar los efectos de su ejercicio. No es así del todo, no obstante, ya que esta mixtura está acompañada de una clarificación del fundamento de la proyección hacia otros empresarios del deber de respeto del derecho, que en la STC 75/2010 podía entenderse vinculado a todos los supuestos de subcontratación, por más que una lectura atenta de su contenido indujese a pensar otra cosa.

Para el Tribunal Supremo, que razona a partir de las circunstancias del caso, la clave se encuentra en el hecho de que la relación entre las empresas concernidas “no es una mera relación mercantil”, no solamente porque todas forman parte del mismo grupo y hasta poco tiempo antes eran una sola empresa, sino porque la actividad de los trabajadores del contratista “no es sino la ejecución de parte del ciclo productivo” de dichas empresas, “ahora externalizado”. Una circunstancia que determina la existencia de “una especial vinculación entre los trabajadores huelguistas que prestan servicios en la empresa contratista” y “las empresas principales”, “ya que están vinculados directamente a la actividad productiva de dichas empresas por ser las destinatarias últimas de su actividad laboral”. Esta es la razón por la cual, concluirá el supremo tribunal, “la efectividad de sus derechos fundamentales, entre ellos el derecho de huelga, puede verse afectada por la actuación de los empresarios principales”.

El criterio implícitamente presente en la STC 75/2010 se ve así expresado claramente y sin matices: el elemento justificante de la extensión de la tutela sustancial del derecho se encuentra en la existencia de una *especial vinculación* entre los trabajadores del contratista y

³⁰ Sobre esta sentencia, además de los textos de A. DESDENTADO BONETE y J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J. C. GARCÍA QUIÑÓNEZ, “Derecho de huelga y grupos de empresas: lesión del derecho de huelga por quien no es empresario de los trabajadores huelguistas”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2015, núm. 4, págs. 446 y sígs.; y M. MIÑARRO YANINI, “Huelga y contratas en el Grupo Prisa: el plus de tutela del Tribunal Supremo frene a la Audiencia Nacional”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2015, núm. 387, págs. 115 y sígs.

las empresas principales, derivada de la integración de su actividad dentro del ciclo o proceso productivo de estas. Es solo “a mayor abundamiento”³¹ que el Tribunal destaca, como “otra circunstancia” que “torna más intensa la relación entre las citadas empresas”, “la pertenencia a un mismo grupo empresarial”. La sentencia permite, así, cerrar tempranamente el paso tanto a posibles interpretaciones expansivas de este criterio, capaces de dar lugar a una suerte de universalización de la responsabilidad,³² como a eventuales lecturas restrictivas del mismo, encaminadas a limitar su aplicación exclusivamente a los grupos empresariales.³³

Esta línea de proyección de la tutela sustancial del derecho de huelga encontrará continuidad poco tiempo después a través de la STS de 20 de abril de 2015,³⁴ que la aplicó a un singular supuesto de afectación de la efectividad de su ejercicio producido en el marco de la negociación del período de consultas de un despido colectivo puesto en marcha al interior de un importante grupo de empresas embotelladoras. Las características de este caso difieren de las del anterior, ya que aquí no se produce el recurso a un contratista externo para suplir las tareas de que realizaba una de las empresas del grupo en provecho de las demás, sino a las demás plantas propiedad de las restantes empresas del mismo, que ejecutaban tareas de abastecimiento similares a las de la afectada por la huelga en otros territorios, con el fin de satisfacer la demanda no atendida por la primera debido a la huelga, cosa que nunca había ocurrido antes. A pesar de estas diferencias, el Tribunal Supremo no dudará en calificar la situación creada como constitutiva de un supuesto de “esquirolaje impropio” prohibido por la Constitución, en la medida en que la “minimización o eliminación de los efectos nocivos que el desabastecimiento de productos había de producir” supuso una “vulneración del derecho de huelga”, que privó además “de cualquier eficacia o fuerza a la posición que en la mesa pudieran tener los representantes de los trabajadores durante el período de consultas”.³⁵

La fórmula grupal adquiere en este caso todo el protagonismo, pero no por la pertenencia sin más a ella de todos los participantes, sino debido a que es utilizada como palanca para la vulneración del derecho. Ello nos remite a una modalidad diferente de realización del esquirolaje ejecutado por un tercero, caracterizada por el empleo de la *intercambiabilidad* de las actividades de las empresas de un mismo grupo para mitigar las

³¹ Como destaca con especial énfasis M. MIÑARO YANINI, op. cit., pág. 118.

³² Vid., alertando sobre ello, A. DESDENTADO BONETE, “¿Una nueva dimensión ...”, cit., págs. 6-7.

³³ Cfr. *supra* nota 10.

³⁴ Rec. 354/2014. Conocida como Caso Coca Cola.

³⁵ Sobre esta sentencia, vid. A. DESDENTADO BONETE, “Reflexiones sobre el caso Coca Cola Iberian Partners”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2015, núm. 4, págs. 429 y sigs.; E. GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, “Despido colectivo en el grupo Coca Cola. Grupo de empresas y vulneración del derecho de huelga durante el período de consultas”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2015, núm. 4, págs. 412 y sigs.; y C. MOLINA NAVARRETE, “Despido colectivo y derecho de huelga: la intervención judicial del ‘esquirolaje interno indirecto’”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, 2015, núm. 388, págs. 190 y sigs.

consecuencias de una huelga que afecta a una de ellas. Si la primera de las modalidades detectadas, caracterizada por el recurso a un contratista externo puede presentarse tanto en el seno de un grupo como fuera de él, siempre que existan intensos nexos de subcontratación entre las empresas, esta última solo es capaz de materializarse, como es obvio, tratándose de los primeros.

La noción de especial vinculación volverá a ser utilizada, ahora en sentido negativo, por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 16 de noviembre de 2016.³⁶ Esta examina una peculiar demanda por vulneración del derecho de huelga del personal de una empresa dedicada a las actividades auxiliares de montaje, desmontaje y alquiler de andamios, la cual habría sido realizada por la misma durante el período de consultas previo a la introducción de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, al haber procedido a comunicar a sus clientes la imposibilidad de prestarles los servicios contratados durante los días de huelga. Circunstancia ante la cual estos optaron por recurrir a otras empresas dedicadas a la misma actividad. Tan llamativa petición es rechazada por entender que “no existe vinculación que justifique” responsabilizar a la empresa afectada por la huelga “de una conducta en la que no ha participado”. La “condición de clientes” de las referidas empresas, se añade, no determina “ninguna vinculación especial” con la primera “que pueda condicionar la decisión” de aquellas “de contratar trabajos con otras empresas de la competencia durante la huelga”. Consideración a la que se suma, otra vez a mayor abundamiento, el hecho de que las mismas tampoco “forman un grupo de empresas” con la demandada. Todo lo cual determina que se trate de “un caso bien distinto” al contemplado en la primera sentencia de la serie, donde se sostuvo la existencia de una “especial vinculación” entre las sociedades participantes en la vulneración, todas las cuales fueron demandadas.³⁷

Con este contenido, la doctrina sentada por esta sentencia no puede ser interpretada sino como una ratificación del alcance no comprensivo de cualquier relación mercantil entre empresas, sino circunscrito a los casos de existencia de una especial vinculación entre sus actividades, de la tutela extracontractual derecho de huelga.³⁸ Lo confirma el propio Tribunal Supremo al señalar que la apreciación en el caso de una vinculación entre las empresas capaz de justificar este efecto conduciría a consecuencias “exorbitantes respecto de una adecuada protección del derecho de huelga”, en la medida en que llevaría a sostener “que los consumidores habituales de un comercio no pudieran comprar en otro, en caso de huelga del

³⁶ Rec. 591/2016. Caso Altrad.

³⁷ Esta sentencia ha sido comentada por A. DESDENTADO BONETE, “Ecos de Samoa: sobre la expansión del derecho de huelga fuera del contrato de trabajo. El caso Altrad”, *Revista de Información Laboral*, 2017, núm. 2; y J. C. GARCÍA QUINONES, “Derecho de huelga y contratación por el cliente de una nueva empresa para la realización del servicio”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2017, núm. 10, págs. 986 y sigs.

³⁸ Como apunta J. B. VIVERO SERRANO, “Redes empresariales ...”, cit., págs. 295-296.

primero, o que la empresa que tenga que realizar determinados trabajos no pudiera recurrir a otra empresa de servicios”. Algo que, sin pasar por el tamiz del antes criterio apuntado, situaría al derecho de huelga, como se ha dicho, en un lugar donde seguramente no pueda ni deba llegar en una economía de mercado y en un marco constitucional respetuoso de la libertad de empresa.³⁹

La serie de pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre el tema continúa con dos sentencias, ambas de 3 de octubre de 2018,⁴⁰ que examinan casos idénticos entre sí, así como respecto del resuelto por la STS de 25 de febrero de 2015. En ambas sentencias, de textos muy similares, el máximo órgano jurisdiccional español parte de apreciar la existencia de una doble vinculación –orgánica y funcional– entre las empresas concernidas, en la medida en que todas forman parte de un mismo grupo empresarial en el que “opera” además un “fenómeno de descentralización productiva” con arreglo al cual los bienes y servicios que colocaban en el mercado “son el producto de la coordinación de tareas entre las diversas empresas” que lo componen. Esta es una constatación que le permite traer a colación un argumento presente ya en la STC 75/2010 y que resulta decisivo para la solución de la controversia: dado que existe una “cierta fragmentación de la actividad empresarial”, la “actuación coordinada” de las demás empresas del grupo “puede repercutir sobre algunos derechos de los trabajadores de cualquiera de las empresas” que lo componen. De lo que deduce la existencia en estos casos “una obligación conjunta de respeto de los derechos de los trabajadores, singularmente de los colectivos”. Y, en particular, del derecho de huelga. En concreto, afirma, que “en empresas vinculadas por fenómenos de descentralización productiva”, “pesa sobre el grupo que funciona como una organización productiva y/o comercial”, “el deber de respeto y no injerencia en el derecho fundamental que ejerza cualquier colectivo de trabajadores de empresas pertenecientes al grupo”. Deber que se vulneró a través de la “radical alteración de las dinámicas de funcionamiento coordinado de las empresas del grupo”, que “vacío de contenido” el derecho.

Como puede apreciarse, el fundamento de la proyección del derecho de huelga tampoco radica aquí en el hecho en sí de la existencia de un grupo empresarial o en la pertenencia sin más a este de las empresas involucradas. Antes bien, la clave se encuentra, en este caso también, en la “dinámica de funcionamiento coordinado” o en el “funcionamiento como una organización productiva y/o comercial”, por citar palabras empleadas por el Tribunal en otros pasajes de las dos sentencias, existente entre quienes lo integran.⁴¹ Si acaso, lo que distingue

³⁹ Dicho con palabras, nuevamente, de J. VIVERO SERRANO, op. cit., pág. 295.

⁴⁰ Recs. 3365/2016 y 1147/2017. Casos Grupo Zeta y ABC Sevilla.

⁴¹ Quedan así despejadas las dudas que pudo generar en su día el Auto del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2017 (Rec. 412/2013), al utilizar como argumento fundamental para rechazar la existencia de contradicción entre lo resuelto por la STSJ de Andalucía de 14 de enero de 2016 (Rec. 2662/2015) y la doctrina sentada por la STS de 11

a estas sentencias de sus precedentes es el énfasis que ponen en destacar la relevancia que tiene, a los efectos de fundamentar la existencia de esa conexión, el hecho de que esta tenga lugar dentro de un grupo, donde el control societario puede actuar como un eficaz instrumento para garantizar el funcionamiento coordinado de las actividades de las empresas. De esto no parece que pueda colegirse, sin embargo, una sustitución del criterio de la vinculación funcional entre los procesos productivos por otro exclusivamente orgánico. Ni tampoco la limitación de la aplicación del primero al solo espacio de los grupos de empresas.⁴² Sí, en todo caso, la acotación de un importante elemento que está en condiciones de facilitar la prueba de esa especial vinculación e incluso de dar lugar a una suerte de presunción de su existencia.

Desde este punto de vista, la doctrina sentada por estas dos importantes sentencias puede ser considerada representativa de un paso más en la delimitación de los alcances de la noción de especial vinculación que justifica la proyección de la tutela del derecho de huelga dentro de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Tanto en lo relativo a la relevancia que adquiere para su detección el hecho de que la conexión entre las actividades de las empresas se produzca en el seno de un grupo, como respecto de lo que las propias sentencias denominan “empresas independientes”, que no tienen otro vínculo “salvo el contrato mercantil”, siendo tan importante lo primero como lo segundo. De hecho, ambas sentencias inician su argumentación citando casos, como el de la referida STS de 11 de noviembre de 2016, en los que se niega la existencia de vulneración del derecho de huelga por entender que las empresas mantienen exclusivamente relaciones de ese tipo.⁴³ Luego de lo cual realizan una afirmación que resulta capital: en todos esos casos los nexos interempresariales “se limitan a la vertiente estrictamente mercantil”, no estando las empresas “condicionadas, en modo alguno, por

de febrero de 2015 el hecho de que en el primer caso se tratase de “empresas usuarias” de un servicio municipal mientras que en el segundo existía “una especial vinculación entre los trabajadores huelguistas y las empresas que contrataron los servicios”, ya que todas “perteneían al mismo grupo empresarial”. Una afirmación que conduciría a J. M. GOERLICH PESET, “Ejercicio del derecho ...”, cit., pág. 190, a indicar que este auto “permite llegar a la conclusión de que el criterio establecido en Pressprint únicamente resulta aplicable en el ámbito del grupo y no en las restantes formas de externalización”.

⁴² En una línea más escéptica y a la vez crítica se sitúa J. B. VIVERO SERRANO, “Derecho de huelga y descentralización productiva”, *Trabajo y Derecho*, 2017, núm. 48, pág. 84, cuando indica que “parece que para el alto tribunal (...) la especial vinculación entre los trabajadores huelguistas y determinados empresarios formalmente no empleadores de los mismos solo podría darse en el seno de los grupos de empresas con descentralización productiva de por medio (o quizás también sin ella, según las circunstancias del caso concreto, cabría pensar) y no así en los demás escenarios de descentralización productiva (...) o en otros fenómenos de redes de empresas, sin grupos de sociedades de por medio”. Un planteamiento más abierto y posibilista, de acuerdo con el cual no existe una línea divisoria simple basada solo en el hecho de que la descentralización se lleve a cabo dentro o fuera del grupo, sino una amplia gama de posibilidades, que exige “ahondar más en el casuismo” en los “casos de mera externalización del servicio”, en J. CABEZA PEREIRO et. alt., “Comentario de jurisprudencia del TS. Cuarto trimestre de 2018”, *Revista de Derecho Social*, 2019, núm. 85, págs. 188-189.

⁴³ El Tribunal Supremo alude también a sus sentencias de 23 de enero de 2017 (Rec. 60/2016, Caso Telefónica) y 13 de julio de 2017 (Rec. 25/2017, Caso Indra), en las que potencial vulneración del derecho de huelga se examina desde una perspectiva diferente. Habrá ocasión de hacer alusión a ellas más adelante.

estrategias conjuntas de producción, comerciales o de otro tipo”, como ha de ocurrir para justificar este efecto.

De lo indicado en este último pasaje es posible deducir con claridad que no existe dentro de estos dos pronunciamientos argumento alguno que permita entender que la aplicación de la garantía extracontractual del derecho de huelga ha de estar limitada exclusivamente a los grupos de empresas, con la consiguiente exclusión de las redes empresariales en las que puedan operar esa clase de condicionamientos y estrategias.

La solución del dilema, sin embargo, tardaría nada menos que seis años en llegar, pero lo haría aportando una respuesta positiva. Esta vendría de la mano de la STS de noviembre de 2024,⁴⁴ en un caso en el que una muy importante empresa del sector de telecomunicaciones había procedido a incrementar durante la huelga de los trabajadores de uno de sus contratistas el porcentaje de órdenes de servicio que desplazaba a otros de sus contratistas para atender necesidades de la zona atribuida a la primera en los períodos normales de actividad, limitando con ello los efectos de la medida de presión. “La situación jurídica del grupo de empresa no es la única”, señala clarificadoramente el máximo órgano judicial, “en la que debe operar” la doctrina “sobre el alcance del derecho de huelga en su afectación a terceras empresas que no son empleadoras de los trabajadores huelguistas”, puesto que “la especial intensidad y singular naturaleza de esa conexión entre las empresas implicadas es lo que resulta determinante” a este efecto. Pudiendo, por tanto, existir una conexión de este tipo no solo porque “todas esas empresas forman parte del *mismo grupo societario* y están, sin duda, condicionadas ‘por estrategias conjuntas de producción, comerciales o de otro tipo’”, sino también cuando “esos mismos condicionamientos se deriven de la *especial vinculación* que pudiera existir entre todas ellas por cualquier otra circunstancia fáctica o jurídica que resulte relevante”.

La clave se encuentra, en consecuencia, no en la existencia de un grupo de sociedades, sino en la falta de autonomía del empresario directamente afectado por la huelga respecto de la empresa principal, que en el caso se expresa a través del hecho de que la empresa principal “ha incluido en todos los acuerdos con las subcontratas una previsión de actuación coordinada que le permite recurrir a los servicios de cualquiera de ellas cuando le resulte necesario en una zona geográfica distinta a la que cada una tiene asignada”. Esta empresa “ha tejido”, así pues, “unos vínculos de interconexión entre las distintas empresas subcontratadas para garantizarse y poder exigir a cada una de ellas su intervención en defecto de las otras”. Dando lugar de tal modo a una situación “similar y parangonable, a estos efectos, con la que se produce en el seno de un mismo grupo de empresas”.

⁴⁴ Rec. 227/2022, Caso Telefónica.

Es en este contexto particular, marcado por la existencia de “esas relaciones tan intensas entre las diferentes empresas”, que el supremo tribunal entiende que “la empresa principal vulnera el derecho de huelga de los trabajadores de la contrata si la sustituye por una tercera empresa, modificando de esta forma y de manera temporal el proceso productivo habitual, con la evidente intención de minimizar los efectos de la huelga”. Como es fácil de apreciar, el criterio de determinación del carácter contrario al derecho de huelga de la conducta de dicha empresa viene determinado aquí, lo mismo que en los anteriores supuestos examinados por los tribunales, por la alteración de la dinámica habitual de funcionamiento coordinado de las empresas, expresada en este caso a través de “un incremento porcentual muy superior en el desplazamiento a otras contratas de las órdenes de trabajo de la zona geográfica asignada” al contratista afectado por la huelga, a la que siguió una limitación al menos potencial de sus efectos. Lo cual supone que esa facultad de sustitución contractualmente atribuida a la empresa principal se ve también reducida, paralizada y, en cierto modo, anestesiada, por utilizar la afortunada formulación de la Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1992, de 28 de septiembre, durante el ejercicio del derecho de huelga por los trabajadores de cualquier contratista.

El anillo exterior de protección del derecho de huelga queda, de este modo, definitivamente cerrado mediante la inclusión tanto de los grupos como de las redes de empresas, siempre que, en uno u otro supuesto, exista una conexión “de especial intensidad y singular naturaleza”, como la examinada en este caso, entre las empresas implicadas.

III. Una necesaria reconstrucción: la afirmación de una posición patronal instrumental a los efectos de la garantía del derecho de huelga

La reseña que se acaba de realizar permite apreciar que todos los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo traídos a colación se caracterizan por llevar a cabo una aproximación pragmática a la tutela del derecho de huelga en los escenarios de fragmentación productiva. Lo que en ellos interesa es dar una protección adecuada al mismo, poniendo freno a las conductas de sujetos distintos del empleador capaces de vaciar de contenido su ejercicio. De allí que se conformen con afirmar el carácter fundamental de este derecho y establecer que ha sido vulnerado por un agente externo, normalmente a partir de la determinación de la estrecha relación existente entre las tareas desatendidas por esos trabajadores y el proceso global de producción controlado por el mismo.⁴⁵

Este pragmatismo jurisprudencial, “relativamente despreocupado por el

⁴⁵ Como apunta J. B. VIVERO SERRANO, “Redes empresariales ...”, cit., pág. 302.

replanteamiento conceptual de la figura del empresario laboral”,⁴⁶ como pudiera pensarse que debería ocurrir dada la proyección hacia terceros de deberes que en principio corresponden a este último, hunde sus raíces en el fundamento de esa proyección. No es difícil advertir, en este sentido, que este se sitúa fuera del contrato de trabajo, en la medida en que no se apoya, ni en la existencia de un grupo de empresas fraudulento o una cesión ilícita de trabajadores, como hubiera sido necesario para afirmar la presencia de una posición patronal única, ni en el ejercicio en común o repartido de los poderes propios de la condición de empleador, como se requeriría para estar en condiciones de hablar de la existencia de una posición patronal plural o compartida.⁴⁷ Antes bien, según se ha visto, la atribución de esos deberes a otros empresarios hunde sus raíces en la dinámica de integración económica y funcional presente en buena parte de los fenómenos de fragmentación empresarial hoy en auge. Una integración a partir de la cual los tribunales entienden que emerge un deber de respeto en cabeza del sujeto o los sujetos que se sitúan en el vértice del consiguiente proceso productivo global.

Esta atribución de deberes del empleador a sujetos distintos, basada en criterios funcionales ajenos a la imputación de esa condición, conlleva la creación, por obra de la jurisprudencia, de una *posición patronal instrumental, artificial o putativa* en cabeza de los mismos, vinculada exclusivamente a la garantía del derecho de huelga. Esta es una posibilidad que existe cada vez que, en relación con un particular efecto jurídico y una situación concreta, sea necesario, por razones de garantía de los derechos fundamentales asociados a la tutela del trabajo asalariado, extender su aplicación a un sujeto diferente del empleador *strictu sensu*, pero intensamente relacionado con él.⁴⁸ Es decir cuando, más allá de las diferencias formales, de la posición en la que se sitúa un tercero respecto de un concreto grupo o categoría de trabajadores “emerge la misma exigencia de tutela” que caracteriza a esta modalidad de trabajo.⁴⁹ Este tratamiento como empleador a un solo efecto a quien no lo es,⁵⁰ del que la experiencia reciente registra algún importante ejemplo,⁵¹ ha sido puesto en marcha entre

⁴⁶ Sobre el cual llama la atención, nuevamente, J. B. VIVERO SERRANO, loc. cit.

⁴⁷ Una tesis distinta, más próxima a este planteamiento, es la sustentada por M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Derechos fundamentales …”, cit., pág. 158. En una dirección similar, vid. también J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, “El derecho de huelga …”, cit., pág. 200.

⁴⁸ Vid. L. NOGLER, “Mono e multi-datrialità tra debito e garanzie patrimoniali dei crediti di lavoro”, y W. SANGUINETI RAYMOND, “El empleador plural, el empleador complejo y el empleador instrumental en las redes empresariales”, ambos en W. SANGUINETI RAYMOND y J. B. VIVERO SERRANO (Directores), *Impacto laboral de las redes empresariales*, Granada, Ed. Comares, 2018, págs. 104-105 y 148-149, respectivamente.

⁴⁹ L. NOGLER, op. cit., pág. 105.

⁵⁰ Sobre el que llama la atención R. GUTIERREZ ARRANZ, “La consideración de McDonald’s por la Administración Laboral de EE.UU. como empresario de sus franquiciados. Su reflejo en las relaciones triangulares en España”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2016, núm. 187, pág. 190, respecto de la posición mantenida sobre esta cuestión por la jurisprudencia administrativa norteamericana.

⁵¹ Se trata del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, a través del cual se extiende la responsabilidad por la obligaciones de carácter retributivo y provisional del titular de la relación de trabajo al “empresario principal” que haya contratado o subcontratado con otro la realización de obras o servicios correspondientes a su “propia

nosotros por la jurisprudencia sin mediación legislativa alguna, en base a la aplicación directa de la Constitución, como expresión de la fuerza vinculante y el efecto inmediato de sus mandatos.

La determinación de la existencia de esta posición patronal instrumental, que no se integra ni se superpone a la del empleador formal sino que opera con independencia de ella, permite llevar a cabo una reconstrucción de conjunto, es decir más allá de los casos concretos examinados por los tribunales, del fundamento, los alcances y el contenido de la novedosa garantía extracontractual del derecho de huelga que a través de ella se crea. Cosa que no se ha intentado hasta el momento sino de manera fragmentaria. Las páginas finales de este estudio están dedicadas a este cometido.

A. La “especial vinculación” entre los trabajadores que ejercen el derecho y el proceso productivo global liderado por otro empresario como fundamento y límite de su proyección a los grupos y las redes empresariales

Como todo derecho fundamental, el de huelga impone un deber negativo de respeto, abstención o tolerancia que se proyecta sobre todos los que puedan entrar en contacto con él. Este deber, sin embargo, adquiere una particular intensidad tratándose del empleador, al que las normas de garantía del derecho suelen colocar en una *especial situación jurídica de subordinación*, que lo obliga a tolerar la incidencia que el ejercicio de este pueda tener sobre su esfera jurídica, pasando por la situación de suspensión unilateral de la relación de trabajo en la que se colocan los trabajadores y soportando los efectos negativos que pueda ocasionarle, sin posibilidad de adoptar represalias por su realización. Algo que no ocurre con otros sujetos, que no resultan especialmente obligados. La razón por la cual se atribuye al empleador esta singular posición guarda relación con su doble condición de contraparte de la relación de trabajo y titular de la organización productiva en la que se realizan las labores y sobre la que recaen las consecuencias del comportamiento huelguístico.⁵²

La construcción de una posición patronal instrumental a los efectos de la protección del derecho de huelga conlleva la extrapolación de esa situación jurídica de subordinación a sujetos que no comparten ninguno de los elementos que la fundamentan, toda vez que, ni son contraparte de la relación de trabajo, ni ostentan la titularidad de la organización productiva en el marco de la cual se produce la paralización de las tareas. ¿Cuál puede ser, entonces, la razón de esta proyección? La respuesta se encuentra, como ocurre cada vez que se procede a la

actividad”, aunque sometiéndola a un régimen especial que precisa su carácter solidario y la supedita al incumplimiento previo de quien contrató a los trabajadores.

⁵² Vid., con mayor amplitud, J. L. MONEREO PÉREZ y P. G. ORTEGA LOZANO, *El derecho de huelga: configuración y régimen jurídico*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2019, pág. 237-238, cuyas ideas recoge de forma sintética este párrafo.

creación de esta clase de posiciones, en la comprobación de la existencia una situación formalmente distinta de la que identifica al empleador pero materialmente muy próxima a esta, en relación con la cual es preciso ofrecer una protección equivalente al derecho.

El conjunto de pronunciamientos del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo que hemos podido examinar en el apartado anterior permite apreciar cómo la proyección a terceros de la tutela sustancial del derecho de huelga tiene como *presupuesto material* la existencia de lo que el segundo denomina una especial vinculación entre las tareas que corresponden a los trabajadores participantes en la medida de presión y el proceso productivo global liderado por la empresa cuyas necesidades atiende aquella para la que prestan servicios, normalmente como resultado de la adopción por parte de la primera de una estrategia de descentralización productiva con mantenimiento del control sobre el conjunto. Es decir, la presencia de un “un ciclo productivo global dominado por un empresario líder o hegemónico”,⁵³ del que dichas tareas no son sino un componente más. De esta inserción de los trabajadores que ejercen el derecho en un proceso productivo fragmentado en prestaciones desarrolladas por sujetos distintos pero sujeto a la influencia decisiva de uno de ellos, se desprenden dos consecuencias que sirven de *fundamento causal* para la extensión de la especial situación jurídica de subordinación hacia el empresario que se sitúa en la referida posición de liderazgo.

La primera tiene que ver con la posibilidad de que el empresario principal o líder, que puede sufrir de forma refleja el impacto del paro, haga uso de los poderes asociados a su posición nuclear para anularlo o reducirlo, recurriendo a las demás empresas que participan en el proceso global o a terceros. Dicho empresario se sitúa, así, en una posición a partir de la cual no solo puede tener un interés objetivo de hacer frente al ejercicio del derecho, sino que dispone de medios particularmente incisivos para hacerlo, como se dijo en su momento. Esta posibilidad adquiere un relieve especial para la tutela del derecho de huelga debido al alto grado de integración existente en estos casos entre las actividades de la empresa para la que prestan servicios los trabajadores que recurren al derecho y la que ejerce el liderazgo sobre el proceso productivo, en la medida en que esta integración determina que las condiciones conforme a las cuales prestan su trabajo esos trabajadores no dependan solo del empresario que dirige sus labores, como ocurre de ordinario, sino también –y principalmente– de aquel al que este sirve. El daño que pueda causar el paro al primero es en estos casos por definición ineficaz, ya que sus márgenes de maniobra dentro del conflicto están decisivamente condicionados por los vínculos económicos y productivos –de subordinación por lo general– que mantiene con la empresa principal o líder. En estos casos el único modo de garantizar que la huelga continúe cumpliendo la misión de tutela de los intereses de los trabajadores que la Constitución le encomienda es asegurando su eficacia en el espacio del entero ciclo productivo,

⁵³ En la síntesis propuesta por J. B. VIVERO SERRANO, “Redes empresariales ...”, cit., pág. 296.

mediante la extensión de los deberes propios del empleador a quien se sitúa al frente de él.

La existencia de un vínculo estructural entre las actividades de las empresas afectadas directa e indirectamente por la huelga y el control o la influencia dominante por una del proceso global de producción constituyen, así, tanto el fundamento como el límite de la proyección de la tutela del derecho de huelga.⁵⁴ Fuera de ella quedan, pues, las hipótesis de colaboración ocasional o esporádica entre empresarios, a las que se ha hecho alusión en otros pasajes de este estudio. Aunque la huelga sea capaz de tener aquí también un efecto reflejo sobre las actividades de otros empresarios, la inexistencia del referido nexo funcional y la autonomía económica y productiva de quien la padece de forma directa, permiten entender que esta se dirige a ejercer presión únicamente sobre él y no sobre los demás, que ninguna influencia están en condiciones de tener sobre la solución del conflicto, siendo el hecho de estos opten por sustituir las prestaciones dejadas de realizar una medida que causa daño y ejerce presión esencialmente sobre el primero.⁵⁵ El derecho preserva con ello su espacio natural de eficacia.

La de especial vinculación es, en consecuencia, una noción asociada solamente a las relaciones entre empresarios caracterizadas por la presencia de intensos lazos funcionales y una acusada verticalidad. De allí que, como muestran los casos analizados por la jurisprudencia, tenga en los *grupos de empresas jerárquicos o por subordinación* y en las *redes empresariales hegemónicas o asimétricas*⁵⁶ su ámbito de aplicación. Más allá de sus diferencias, estas son fórmulas de cooperación interempresarial en las que pueden concurrir los dos elementos diferenciales que actúan como fundamento material para transposición de la garantía de la que venimos tratando: a) un elevado grado de integración entre las actividades de las empresas afectadas; y b) el sometimiento de todas al control o la influencia dominante de una, ejercida por medios corporativos o a través de resortes contractuales o incluso de hecho, con base especialmente en la dependencia económica.⁵⁷ Estos conglomerados, conformados por empresas de distinta dimensión que contribuyen al desarrollo del ciclo productivo conducido por la que se sitúa en su vértice, guardan una llamativa proximidad con el modelo de empresa unitaria, vertical y jerárquica, dado el estrangulamiento de la autonomía

⁵⁴ Vid. igualmente J. B. VIVERO SERRANO, loc. cit.

⁵⁵ Conforme destaca J. M. MARÍN CORREA, “Los ‘terceros ...’”, cit.

⁵⁶ Vid., con referencia a ambos supuestos, J. B. VIVERO SERRANO, op. cit., págs. 296-298. Sobre el primero, caracterizado por la presencia de dirección unitaria y relaciones de control dentro del grupo, vid. J. M. EMBID IRUJO, *Introducción al Derecho de los grupos de sociedades*, Comares, Granada, 2003. Respecto de las redes que conforman el segundo, identificadas por el sometimiento de todas las empresas a la influencia dominante de una de ellas, permítaseme otra vez la remisión a *Redes empresariales y Derecho del Trabajo*, cit., págs. 28-32.

⁵⁷ Como destaca C. GOMEZ ASCENCIO, *El deber de lealtad en las redes empresariales: los interproveedores*, Aranzl-Thomson Reuters, Pamplona, 2018, págs. 44-45, en estos casos nos encontramos ante “una situación de superioridad organizativa o estratégica en la que un cabeza de red ejerce”, de facto, “su influencia sobre la gestión, organización y gobierno de la actividad de la red”

económica y de decisión de sus miembros que conllevan.⁵⁸ De hecho, lo que su formación permite es integrar en un proceso sometido a la capacidad decisoria de la empresa que los encabeza las prestaciones de los trabajadores de las demás mediante el empleo de instrumentos distintos del poder de dirección. Es decir, superar los inconvenientes del modelo de integración horizontal de los procesos productivos basado en la colaboración de entidades formalmente independientes, garantizándose a pesar de ello resultados similares a los propios del tradicional modelo de integración vertical fundado en el uso del referido poder. De allí que tenga sentido extenderles, desde bases constitucionales, las garantías del derecho de huelga.

Frente a lo indicado, se ha defendido la limitación de la aplicación de la garantía objeto de examen exclusivamente a los grupos de empresas en los que se registre un fenómeno de coordinación como los descritos, alegándose tanto la falta de refrendo jurisprudencial de su extensión a las redes empresariales como la necesidad de una decisión legislativa que la establezca.⁵⁹ Añadiéndose que esta suerte de “solución intermedia”, mediante la cual “se otorga prioridad a la huelga solo en los grupos” manteniéndose la “libertad de contratación en el resto de supuestos”, constituiría una respuesta equilibrada de los órganos judiciales al conflicto que entre el derecho de huelga y la libertad de empresa existe en estos casos.⁶⁰

Basta recordar las reseñas efectuadas en el apartado anterior, no obstante, para advertir, antes que nada, que precisamente el pronunciamiento del Tribunal Constitucional que marcó el camino que siguieron luego las decisiones del Tribunal Supremo –la STC 75/2010– estuvo referido a un caso que encaja a la perfección dentro de las características que identifican a una red de empresas hegemónica o asimétrica, sin que hubiese un grupo de por medio. A lo que debe añadirse que todas y cada una de dichas sentencias la determinación de la existencia de la lesión reposa sobre una doble batería de argumentos, uno de orden material, relacionado con la existencia de estrechos lazos entre los procesos productivos de las empresas implicadas, y otro de alcance jurídico, vinculado con la determinación de su pertenencia a un grupo de sociedades, pero sin que ambos se sitúen en pie de igualdad. Antes bien, como se puso de manifiesto entonces, la causa que justifica la extensión de la tutela del derecho de huelga se encuentra siempre en la presencia de un elevado grado de integración económica y productiva entre las actividades de las empresas, en línea con lo apuntado por el Tribunal Constitucional, operando la referencia a la pertenencia al mismo grupo como un elemento adicional y coadyuvante, capaz de reforzar esa conclusión, antes que como un presupuesto o requisito para

⁵⁸ Así, singularmente en relación con las redes asimétricas, I. ALVINO, *Il lavoro nelle reti di imprese: profili giuridici*, Giuffrè, Milano, 2014, pág. 37.

⁵⁹ Vid. J. M. GOERLICH PESET, “Ejercicio del derecho ...”, cit., págs. 194-195, y J. LAHERA FORTEZA, “Hacia un nuevo modelo ...”, cit., págs. 310-311, en este caso reconociendo que los mismos argumentos “pueden ser proyectados en las redes de empresas, con la misma conclusión de la prohibición de subcontratar”.

⁶⁰ J. LAHERA FORTEZA, op. cit., pág. 311.

la misma.⁶¹ Y menos aún como una situación que permita llegar a esa conclusión al margen del primero. Tanto es así que puede afirmarse, como se ha hecho, que resulta en el fondo intrascendente para la calificación del supuesto de hecho. E incluso generador de confusión.⁶²

¿Cuál podría ser entonces la razón para limitar la aplicación de tutela del derecho a los grupos en los que opera un fenómeno de descentralización productiva, negándola a las redes empresariales con un elevado grado de integración y relaciones igualmente asimétricas? No parece que pueda serlo la ausencia de una voluntad legislativa expresa, que tampoco existe en el primer caso, sin que ello provoque similares objeciones. Tampoco una supuesta falta de refrendo jurisprudencial, que no parece ser tal a la luz de los antecedentes apuntados. Ni siquiera la necesidad de ponderar de manera adecuada los derechos en conflicto, que no parece que pueda consistir en admitir la vulneración del derecho de huelga en un caso y no en el otro en función de un elemento a fin de cuentas adjetivo, como es el mecanismo a través del cual se gestiona la integración de las actividades productivas. Más aún cuando, según vimos, desde la propia STC 11/1981 cabe entender que el derecho de huelga comprende, dada su función, la facultad de limitar el uso en clave defensiva de los poderes empresariales.⁶³ No parece existir, pues, motivo alguno –como no sea el temor a una inmoderada aplicación de esta garantía– que pueda servir de fundamento para dar un trato distinto a conductas que, aún proveniendo de ámbitos organizativos diferentes, tienen el mismo efecto destructivo sobre el derecho y cuya ilicitud desciende en la misma medida de la aplicación directa del texto constitucional.

En consecuencia, la clave para determinar si se encuentra justificada o no la proyección hacia terceros del deber cualificado de respeto del derecho de huelga se encuentra, como se dejó apuntado, en la singular combinación de integración productiva y falta de autonomía económica y de decisión del empresario afectado por la huelga, que se ve constreñido a actuar como una pieza de una estrategia empresarial decidida por otro. Esta es una situación que puede ser apreciada con claridad en el caso de los grupos empresariales dentro de los cuales opera un fenómeno de descentralización productiva, donde esa subordinación viene impuesta a partir de los vínculos societarios existentes entre las empresas, al extremo de poder presumir su existencia en estos casos. No parece que la existencia de una situación análoga pueda ser

⁶¹ Vid. C. GÓMEZ ASCENCIO y A. ESCRIBÁ PÉREZ, “Derecho de huelga y esquirolaje en las redes empresariales”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2019, núm. 227, págs. 6-7 de la versión digital, agregando que la pertenencia a un grupo “simplemente refiere al instrumento escogido por las partes, de entre varios posibles (...), para instrumentalizar la estructura de organización empresarial subyacente, caracterizada por la existencia de una vinculación entre la actividad productiva de las empresas que la conforman”.

⁶² Nuevamente, C. GÓMEZ ASCENCIO y A. ESCRIBÁ PÉREZ, op. cit., págs. 7 y 10-11, añadiendo que “la existencia de un grupo societario identifica la existencia de una dirección unitaria y, en su caso, control de una sociedad sobre el resto de sociedades (...), pero este es un elemento meramente societario, que en ningún caso presupone la existencia de una vinculación entre la actividad productiva de las empresas que lo conforman”.

⁶³ De forma que el problema del nexo entre este derecho y la libertad de empresa es enfocado como uno de delimitación de sus respectivos contenidos antes que de conflicto entre ellos, como destacaría J. MATÍA PRIM, *El abuso del derecho de huelga*, CES, Madrid, 1996, pág. 183.

negada, sin embargo, ya que tiene el mismo fundamento y sus consecuencias sobre el derecho de huelga son similares, cuando tenga su origen en estipulaciones contractuales o incluso de una mera situación de hecho, derivada entre otros factores de la dependencia económica, como ocurre en el caso de las redes empresariales hegemónicas o asimétricas.

Lo que ocurre es que aquí, al no existir un nexo corporativo entre las empresas, resultará necesario detectar la presencia de indicios o elementos de juicio que permitan inferir la dependencia del empresario participante en el sistema de cooperación respecto de las decisiones de quien se sitúa al frente del mismo. Entre ellos, en particular, los siguientes: a) la presencia de una vinculación económica y productiva estable o regular entre ambos empresarios, en vez de esporádica y ocasional; b) la integración de la actividad del empresario colaborados como una parte, fase o etapa del ciclo productivo globalmente controlado por el comitente; c) la existencia de una situación de monocomitencia o la importancia crucial para la empresa colaboradora de la actividad contratada; o d) el hecho de que la huelga afecte de manera principal o nuclear a la actividad de la empresa principal.⁶⁴

En los casos de mera externalización de tareas o actividades es necesario, por tanto, ahondar en el examen de las circunstancias concurrentes en cada caso, para discriminar, en función de ellas, las conductas lesivas del derecho fundamental de las que no lo son.⁶⁵

B. Contenido de la posición patronal instrumental

Tan relevante como establecer las hipótesis a las que es aplicable, es determinar el contenido de la posición especial de subordinación frente al ejercicio del derecho de huelga en la que se colocan otros empresarios distintos del que emplea a los huelguistas por aplicación directa del mandato constitucional. Como veremos a continuación, esta posición está en condiciones de incluir, al lado de los deberes de contenido singular que han venido siendo declarados por las instancias judiciales, también a aquellos otros que resulten indispensables para ofrecer una adecuada tutela al derecho en situaciones como las contempladas. Y muy singularmente los relacionados con la solución del conflicto. A la vez, sin embargo, determina el surgimiento de obligaciones y cargas que en estos casos graban de forma correlativa a los huelguistas.

a. La garantía de indemnidad

Presente desde el inicio de la serie a través de la STC 75/2010, la garantía de indemnidad constituye la primera y más genuina manifestación de la proyección de la protección del derecho de huelga más allá del contrato de trabajo. A través de ella busca evitar

⁶⁴ Todo ello, por supuesto, no medido en abstracto, respecto del conjunto de las actividades de las empresas, sino en concreto, en relación con las actividades o tareas a las que se ciñe el conflicto.

⁶⁵ Como anotan J. CABEZA PEREIRO el alt., “Comentario de jurisprudencia ...”, cit., pág. 189.

que no solo el empresario que padece directamente los efectos adversos de la medida de presión, sino también aquellos otros que los sufren de forma refleja pero tanto o más relevante debido a los estrechos lazos económicos productivos que mantienen con el primero, adopten decisiones que supongan represalias u ocasionen perjuicios a los trabajadores por causa del ejercicio del derecho. Esta es, empero, como lo demuestra el intenso debate generado en torno al supuesto examinado por la sentencia recién referida,⁶⁶ una necesidad de tutela bastante más fácil de comprender que de instrumentalizar jurídicamente.

La razón salta a la vista: mientras en el caso del empleador de los huelguistas la vulneración está en condiciones de producirse mediante una medida capaz de tener un impacto negativo directo sobre su posición como trabajadores por razón del ejercicio del derecho; tratándose de los empresarios que soportan indirectamente las consecuencias de una huelga esa vulneración tendrá su origen en una decisión adoptada en el plano mercantil, cuya incidencia sobre la posición de los mismos será en todo caso inducida o refleja, por lo general como resultado de la intensidad de los lazos existentes entre sus tareas y el proceso productivo global liderado por el empresario que pone en marcha la medida. Es la diferencia entre un despido impuesto como sanción luego de una huelga y la cancelación por ese motivo de la contrata de una empresa integrada en un grupo o una red, que actúa como presupuesto para la extinción de los contratos de los trabajadores integrados en ella. En el primer caso se trata de una medida que tiene una repercusión directa sobre el contrato de trabajo, en tanto que en el segundo nos situamos delante de una actuación externa a él, que requiere del complemento de una decisión del empleador para desplegar consecuencias desfavorables sobre los trabajadores. Esta diferencia es capaz de ocasionar al menos dos tipos de problemas.

El primero es uno de valoración de la medida como una auténtica represalia por el ejercicio del derecho. Si esta es una cuestión que puede plantear dificultades tratándose del empleador, al encontrarse por lo general los actos de retorsión formalmente asociados a causas distintas, estas dificultades se incrementan cuando se trata de actuaciones de carácter mercantil ejecutadas por un tercero. Dada su desvinculación respecto del contrato de trabajo, la decisión de poner fin a la contrata o modificar desfavorablemente sus términos podría ser interpretada en casos como estos como una actuación encaminada a limitar el impacto de una controversia laboral con la que no se tiene relación, antes que como un acto de retorsión.⁶⁷ Conviene no perder de vista, no obstante, que en las hipótesis aquí consideradas la posición del empresario que actuaría como un tercero no es la misma que la de cualquier cliente, dada la especial vinculación existente entre los trabajadores en huelga y su proceso productivo. Una

⁶⁶ Respecto del cual se remite a *supra* nota 28.

⁶⁷ En este sentido, respecto del supuesto examinado por la STC 75/2010, A. DESDENTADO BONETE, “Ecos de Samoa …”, cit., nota 6.

circunstancia que, como hemos visto, permite entender que la medida de lucha se dirige a ejercer presión también sobre él y que tiene un interés incluso mayor en reprimirlo. La sospecha de la existencia de un nexo de causalidad entre el ejercicio del derecho y la reacción empresarial emerge, en virtud de ello, de la propia sustancia de los hechos en estos casos. De allí que la cancelación de la relación mercantil o la minoración de los encargos deberán ser consideradas como acciones vulneradoras del derecho de huelga cuando afecten a empresas que se encuentren igualmente obligadas a soportar sus consecuencias según los criterios expuestos y no existan indicios suficientes de que obedecen a razones distintas, capaces de alejar esa sospecha. Entre ellos, especialmente la presencia de motivos técnicos y organizativos no asociados al daño sufrido que expliquen la decisión adoptada.

Ahora bien, establecida la existencia de un acto de represalia del empresario que se sitúa al frente del proceso productivo global, queda aún por determinar si la lesión del derecho ha de ser imputada exclusivamente a este o debe serlo también al empresario que ocupa la posición de empleador respecto de los huelguistas, que es quien procede luego a extinguir los contratos de estos o empeorar sus condiciones. Por supuesto, solo si es posible establecer que nos encontramos delante de un comportamiento de naturaleza compleja, en cuya realización participaron tanto el empresario principal o líder del grupo como el que desempeña el rol de empleador, bien como una sanción adoptada en dos actos y de común acuerdo por ambos, o bien como una reacción inducida o impuesta por el primero a través de los resortes derivados del sometimiento a una dirección unitaria o la dependencia económica, será posible que la lesión pueda ser imputada a ambos. Por el contrario, de no existir elementos de juicio para ello, no habrá más remedio que atribuir la lesión al solo empresario que por fuera del contrato de trabajo precipita el despido o la minoración de las condiciones de quienes realizaron la huelga. Esto supone que la imputación de la lesión a los dos empresarios se limita a los casos en que pueda apreciarse un concierto de voluntades, bien libremente asumido o bien inducido o impuesto por uno de ellos a través de cauces corporativos, contractuales o incluso de facto. Una situación que debe presumirse cuando se esté delante de grupos de sociedades jerárquicas y redes empresariales asimétricas, caracterizados por la existencia de muy estrechos márgenes de gestión laboral autónoma de quienes los integran.⁶⁸

Las consecuencias de cada una de estas situaciones sobre la responsabilidad de los empresarios son muy distintas. En el supuesto, ciertamente excepcional, de que la lesión sea imputable solo al empresario líder del grupo o la red, la reparación de los efectos negativos de la decisión de carácter mercantil en la que se concreta solo será posible por la vía de la

⁶⁸ Este parece ser el razonamiento subyacente a la indicación que hace el Tribunal Constitucional en su Sentencia 75/2010 en el sentido de que el impacto negativo sobre el derecho de huelga del recurrente “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 del contrato mercantil”.

responsabilidad civil extracontractual, sin que quepa extenderla a las consecuencias de la decisión perjudicial adoptada luego por el empleador.⁶⁹ En cambio, de imputarse la vulneración a ambos, como ocurrirá de ordinario en hipótesis como las aquí consideradas, cabrá atribuirles la responsabilidad de reparar sus consecuencias de forma solidaria,⁷⁰ con posibilidad que esta tenga repercusiones tanto en el plano laboral como en el mercantil, determinando la nulidad de los actos que causaron el daño o dando lugar al abono de las correspondientes indemnizaciones, de no ser posible el restablecimiento de la situación precedente.⁷¹

b. La obligación de soportar los efectos del ejercicio del derecho

La reconstrucción del proceso de elaboración jurisprudencial de esta garantía realizada en las páginas precedentes nos ha permitido apreciar con claridad su contenido y alcances. Solo interesa remarcar aquí que la nómina de los actos en los que se concreta su vulneración, para los que, como hemos visto, se ha acuñado el nombre de *esquirolaje decidido por un tercero*, comprende tanto el recurso a contratistas externos como a las restantes empresas pertenecientes al mismo grupo o red, a los efectos de eludir o recortar el impacto indirecto o reflejo de una paralización realizada por el personal de una empresa con la que la entidad que lo pone en marcha mantiene una especial vinculación, medida en términos de integración productiva y estrangulamiento de su poder de decisión. A lo que debe añadirse que las secuelas negativas de la conducta sobre el derecho deben ser valoradas en términos de reducción del efecto coactivo y la capacidad de presión de la huelga, medida bien en términos de reducción de sus efectos económicos o bien en términos de limitación de su visibilidad e impacto exterior.

⁷²

A diferencia de lo que sucede tratándose de la garantía de indemnidad, el establecimiento de la existencia de una vulneración del derecho no presenta en estos casos especiales dificultades.⁷³ Esta requerirá la presencia de un comportamiento, adoptado por un

⁶⁹ Vid., en la misma dirección, respecto del supuesto examinado por la sentencia referida en la nota precedente, J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, “El derecho de huelga ...”, cit., pág. 206, añadiendo que entonces el despido “no podría calificarse como nulo sino como procedente o improcedente”.

⁷⁰ A. ESTEVE-SEGARRA, *Puntos críticos del tratamiento jurisprudencial e inspector de la descentralización empresarial, la contratación laboral y las empresas multiservicios*, Bomarzo, Albacete, 2019, pág. 40.

⁷¹ En una línea próxima a esta se mueve la STC 75/2010, aunque limitando las consecuencias de la responsabilidad solidaria al plano laboral, mediante la declaración de nulidad del despido adoptado luego de la rescisión de la contrata, cuyas consecuencias se difieren a la fase de ejecución de la sentencia por la jurisdicción social, con posibilidad de sustitución de la obligación de readmitir por el abono de una indemnización. Para un desarrollo de los alcances de esta opción, vid. A. ESTEVE-SEGARRA, op. cit., págs. 39-41.

⁷² Este criterio, sentado como se dejó dicho en *supra* nota 20, por la STC 33/2011, ha sido aplicado luego por el Tribunal Supremo a los tres casos emblemáticos en los que esta forma de esquirolaje afectó a la impresión de prensa escrita (la STS de 11 de febrero de 2015 y las dos SSTS de 3 de octubre de 2018).

⁷³ Antes bien, como apunta J. B. VIVERO SERRANO, “Redes empresariales ...”, cit., pág. 292, en el fondo se trata de un “fenómeno relativamente fácil de determinar en los terrenos fáctico y jurídico”.

empresario distinto del que da empleo a los huelguistas pero estrechamente vinculado a él, que suponga una objetiva anulación o una merma de las secuelas inducidas que la paralización de labores pueda tener sobre sus actividades o proceso productivo. Sin que haya que realizar valoración alguna en términos de intenciones,⁷⁴ al tener la conducta una repercusión negativa directa sobre el derecho. ¿Cómo distinguir estas actuaciones del uso legítimo de los poderes de libre organización del proceso productivo y contratación de terceros, que resulta posible incluso durante una huelga y con el que pueden confundirse? La solución radica en prestar atención a la regularidad del empleo de esos poderes. Desde este punto de vista, el recurso a terceros contratistas o a otras empresas del grupo o la red será legítimo si no se aparta de la pauta seguida en situaciones no conflictivas; mientras que no lo será cuando se haya visto alterado con ocasión de una huelga.⁷⁵ El empleo de “cauces inusuales” para la satisfacción de las necesidades no atendidas a causa de la huelga o la “radical alteración de las dinámicas de funcionamiento coordinado” entre las empresas, por utilizar dos expresiones acuñadas por el Tribunal Supremo,⁷⁶ se convierten aquí, de tal forma, en el factor determinante de la presencia de la lesión.

Ahora bien, con estos caracteres, no parece que pueda ponerse en duda que la conducta contraria al derecho, así como la responsabilidad por esta, deben ser imputadas exclusivamente a quien la realiza. Es decir al empresario principal, a la empresa líder del grupo o a las demás que lo integran, si actuaron de consuno. Sin que exista título jurídico alguno, como no sea la connivencia o la existencia de fraude o abuso de la personalidad jurídica, para su extensión al empleador de los huelguistas, en principio extraño al esquirolaje realizado por un empresario distinto.⁷⁷ Aún así, los más relevantes pronunciamientos del Tribunal Supremo vinculados con la realización esta clase de vulneraciones en el seno de grupos de empresas han optado por declarar la responsabilidad solidaria de todas las sociedades integradas en ellos,

⁷⁴ Como resalta C. MOLINA NAVARRETE, “Despido colectivo …”, cit., pág. 193, respecto del supuesto contemplado por la STS de 20 de abril de 2015.

⁷⁵ Sobre este criterio, aplicable también a la sustitución indirecta de huelguistas por el empleador, vid. “La tutela sustancial …”, cit., pág. 26 y la bibliografía citada en la nota 59. Este canon parece estar en la base de lo resuelto por la STS de 13 de julio de 2017 (Rec. 25/2017, Caso Indra), en la que el desvío de las llamadas originalmente asignadas a un contratista afectado por una huelga hacia otras empresas realizado automáticamente por una aplicación utilizada por la principal, fue considerado lícito por tratarse del “sistema habitual de redistribución de llamadas” y venir “operando con carácter previo a la huelga del contratista”. No está demás apuntar, con todo, que aunque dicho sistema se encontrase ya en funcionamiento, los desvíos de llamadas realizados por el algoritmo en el que se basa fueron posteriores, siendo su efecto último igualmente la sustitución de la prestación de los huelguistas, que es un resultado prohibido cuando nos encontramos ante empresas entre las que existe, como parecería ser el caso, una especial vinculación. Debiéndose añadir que la empresa principal, titular del sistema, no fue demandada. Sobre esta sentencia, vid. A. ESTEVE-SEGARRA, *Puntos críticos ...*, cit., págs. 37-38.

⁷⁶ En sus Sentencias de 20 de abril de 2015 y de 3 de octubre de 2018.

⁷⁷ Vid. J. B. VIVERO SERRANO, op. cit., pág. 302, añadiendo que “no parece que tenga dicho empresario obligación alguna de garantía o defensa del derecho de huelga de sus trabajadores frente a empresarios terceros”.

sin excluir a la destinataria de la huelga, muy probablemente por entender que su intensa vinculación con las demás permite excluir que la conducta le sea completamente ajena.⁷⁸

Por lo que se refiere a la reparación de las consecuencias de la lesión, que ha de acompañar a la declaración de la nulidad de la conducta y la orden de cese de su ejecución, de ser pertinente, debe indicarse que comprenderá la imposición a su autor o autores de la obligación de abonar una indemnización al sindicato convocante, así como a los trabajadores que realizaron la huelga, que compense no solo los daños económicos sufridos, entre ellos las pérdidas salariales asociadas a un ejercicio del derecho convertido culpablemente en ineficaz, sino los daños morales, incluyendo los asociados al “descrédito” y la “pérdida de credibilidad” experimentados por dicha organización como resultado del fracaso inducido de la huelga, como tiene declarado la máxima instancia judicial española.⁷⁹

c. El deber de negociar

La especial posición de subordinación respecto del ejercicio del derecho de huelga asignada a ciertos empresarios por la jurisprudencia está en condiciones de extenderse, conforme se ha apuntado, más allá de las garantías expresamente declaradas por esta, hacia aquellos otros deberes que resulten necesarios para ofrecer a este una apropiada garantía en las situaciones de especial vinculación aquí consideradas. Esto incluye, de forma señalada, al deber empresarial de negociar con los representantes de los huelguistas a los efectos dar solución al conflicto, al que alude el artículo 8.2 del Real Decreto-Ley 17/1977. La razón se encuentra, una vez más, en el carácter instrumental de este derecho, que no solo exige garantizar el despliegue de su dimensión coactiva, sino la creación de los espacios que hagan posible que las reivindicaciones de quienes lo ejercen puedan ser atendidas. Si, como ha indicado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 11/1981, la huelga “tiene por objeto abrir una negociación, forzarla si se quiere y llegar a un compromiso o pacto”, su protección no resultará plena si no se asegura, a la par de su eficacia, la apertura de los espacios necesarios para ello.

Como se ha afirmado, los mismos argumentos que conducen a extender la tutela sustancial del derecho de huelga al empresario líder de un grupo jerárquico o una red asimétrica sirven para fundamentar la ampliación a este del deber de negociar, si no con carácter general, al menos sí cuando los objetivos de la paralización puedan ser satisfechos o dependan –de forma inmediata o mediata, en todo o en parte– de él.⁸⁰ La estrecha vinculación

⁷⁸ Vid., nuevamente, la STS de 11 de febrero de 2015 y las dos SSTS de 3 de octubre de 2018. Sobre estas últimas, echando en falta “un pronunciamiento expreso sobre el fundamento de la condena solidaria”, vid. J. B. VIVERO SERRANO, “Derecho de huelga ...”, cit., pág. 85.

⁷⁹ Vid., nuevamente, STS de 11 de febrero de 2015, aunque sin ordenar el abono de la indemnización a cada trabajador por falta de identificación de los afectados y el importe de los salarios perdidos.

⁸⁰ Según la tesis sostenida por J. B. VIVERO SERRANO, “Redes empresariales ...”, cit., pág. 299.

entre las tareas de los huelguistas y el proceso global sujeto al control de dicho empresario y la limitada autonomía de gestión de aquel que se desenvuelve como empleador no solo sirven, pues, para cimentar la aplicación al primero de la obligación de soportar el impacto reflejo de la huelga, sino que operan, con la misma razonabilidad, como soporte para la imposición al mismo de la obligación de participar en las negociaciones dirigidas a la solución de un conflicto que depende de forma decisiva –o muy relevante– de su intervención y para el cual el empresario directamente afectado carece de márgenes relevantes de decisión, dada su posición de dependencia orgánica, funcional y/o económica. Si, “el precio de la contrata es”, como se ha afirmado “el condicionante decisivo en las condiciones de trabajo de los trabajadores de las empresas contratistas”,⁸¹ encomendar la solución del conflicto exclusivamente al empresario dependiente, permitiendo que la empresa principal se desentienda de él, es condenar al ejercicio del derecho de huelga, cuya capacidad de presión se trata de garantizar por otras vías, a la más completa esterilidad. Amén de privar a esta empresa de la posibilidad de participar, al menos directamente, en la solución de un conflicto cuyos efectos está obligada a soportar.

De momento, sin embargo, el Tribunal Supremo se ha pronunciado negativamente sobre esta posibilidad, que habilitaría a una participación conjunta en la negociación del empresario cabeza del grupo o red al lado del empleador, en el único supuesto en que le ha sido demandada. En efecto, frente a la pretensión, esgrimida por varios sindicatos de trabajadores de las empresas contratistas encargadas del mantenimiento de la red de una gran empresa de telecomunicaciones, de que esta última pusiese en marcha un proceso de negociación sobre el impacto en sus condiciones laborales de una modificación introducida por esta en los términos del contrato por el que sus empleadores le prestaban el servicio, en respaldo de la cual llevaron a cabo una huelga de casi tres meses de duración, la máxima instancia judicial española se inclinó por respaldar, a través de su Sentencia de 23 de enero de 2017,⁸² la negativa de la referida compañía por entender, en abierta contradicción con su jurisprudencia relacionada con la garantía frente a terceros del impacto de las paralizaciones de labores, que “toda la regulación del derecho de huelga parte de la necesaria existencia de trabajadores que ejercitan ese derecho subjetivo (...) frente a un empresario”. Razón por la cual, dado que la demandada “en modo alguno tenía la condición de empresario afectado”, “tampoco tenía capacidad ni por ello obligación de concurrir a la negociación”. Naturalmente, frente a esta visión meramente formal del problema era posible sostener que, dado que el conflicto tenía su origen en una decisión de la principal con efecto directo sobre las condiciones del personal de los contratistas, siendo además su intervención indispensable para la solución del mismo, su presencia en las negociaciones dirigidas a poner fin a la huelga resultaba exigible en aplicación del artículo 8.2

⁸¹ En palabras de A. ESTEVE-SEGARRA, *Puntos críticos ...*, cit., pág. 36.

⁸² Rec. 60/2016. Caso Telefónica.

del citado Real Decreto-Ley. De allí que no sea extraño que este pronunciamiento haya sido calificado como un “claro ejemplo de ceguera voluntaria a la realidad”.⁸³

Lo anterior no impide que el propio ejercicio del derecho de huelga pueda ser utilizado por los trabajadores de las empresas contratistas con el fin de conseguir la participación de la principal en las negociaciones o, en todo caso, su respaldo a las que entablen con sus empleadores. Esta es una opción que puede conducir a resultados positivos en más situaciones de las que pudiera pensarse, toda vez que la especial vinculación existente entre las tareas dejadas de atender debido a la huelga y la actividad global sujeta al control de dicha empresa es capaz de convertir su participación en las negociaciones en una necesidad inaplazable para ella, si no en todos los casos, al menos cuando la huelga le ocasiona un perjuicio relevante. De hecho, esto ocurrió en caso reseñado, para cuya solución cumplió un rol decisivo la empresa principal, para la que el paro de sus contratas de mantenimiento tuvo un efecto devastador.⁸⁴

Esta es una constatación de gran importancia para el futuro de la regulación del trabajo en los grupos jerárquicos y, sobre todo, las redes asimétricas. El juego combinado de los deberes de soportar los efectos de las huelgas del personal de las entidades colaboradoras y de participar en la solución de los conflictos asociados a este –o la posibilidad de imponerlo a partir del primero– puede conducir a quienes están al frente de estas estructuras a desarrollar políticas dirigidas a hacer sostenibles sus redes de empresas colaboradoras desde el punto de vista social, imponiendo límites a la asimetría de condiciones laborales que muchas veces las caracteriza, cuando a recentralizar las actividades externalizadas con el solo propósito de favorecer un incremento de la precariedad y una degradación en cascada de los salarios. Ejemplos de experiencias de este tipo existen ya dentro de la experiencia más reciente, por más que estos permanezcan por lo general ocultos al escrutinio público.⁸⁵

d. Otras manifestaciones

La proyección extracontractual del derecho de huelga no resultaría coherente, ni tampoco convincente,⁸⁶ si no viniese acompañada de una paralela extensión al espacio de las fórmulas de cooperación interempresarial de los restantes extremos de su régimen jurídico. Y en particular de aquellos que imponen cargas a los huelguistas con el fin de tutelar la posición de otros sujetos pueden padecer directa o indirectamente sus efectos. Esta prolongación, en cierta medida de contrapeso de aquella de la que se ha venido dando cuenta hasta ahora, afecta

⁸³ Nuevamente por A. ESTEVE-SEGARRA, op. cit., pág. 35.

⁸⁴ Conforme relata y documenta J. B. VIVERO SERRANO, op. cit., pág. 300 y nota 54.

⁸⁵ Uno especialmente significativo a añadir al ya apuntado y del que se tiene noticia cierta está representado por la participación decisiva de AENA en la solución del conflicto originado por la huelga realizada en 2017 por el personal de seguridad de la empresa concesionaria de las instalaciones del aeropuerto de Barcelona, del que da cuenta también J. B. VIVERO SERRANO, op. cit., págs. 300-301 y nota 55.

⁸⁶ Como apunta J. M. GOERLICH PESET, “Ejercicio del derecho ...”, cit., pág. 195.

al menos a los tres espacios de los que se da cuenta brevemente a continuación.

El primero está representado por la obligación de comunicación del acuerdo de declaración de huelga, prevista por el artículo 3.2 del Real Decreto-Ley 17/1977. Si la huelga está en condiciones de afectar legítimamente la actividad de empresarios distintos del empleador formal, debiéndose entender que puede pesar sobre ellos el deber de participar en las negociaciones dirigidas a su solución, parece por completo necesario que el correspondiente preaviso deba ser cursado por los convocantes igualmente estos y no solo al primero. De hecho, la aplicación del precepto no parece plantear en estos casos especiales dificultades,⁸⁷ al prever el mismo que dicha comunicación deberá dirigirse “al empresario o empresarios afectados”, una expresión, esta última, capaz de incluir a aquellas las empresas que deben asumir una posición patronal instrumental conforme a los criterios tantas veces apuntados.

El segundo elemento cuya extensión ha de ser valorada es el relativo a la interdicción de las huelgas abusivas, prevista por el artículo 7.2 de la citada norma. Como vimos,⁸⁸ esta es una previsión que, al limitar el alcance de los daños que las huelgas pueden ocasionar al empresario, actúa a la vez como un factor de ilegalización de los que se sitúen por encima del umbral fijado por el legislador y de legitimación de aquellos que no lo superen. Siendo esta su función y resultando exigible a los empresarios que se sitúan al frente de los grupos y las redes aquí considerados el deber de tolerar los efectos de las huelgas realizadas por el personal de las empresas que mantienen con ellos vínculos de especial intensidad, no parece que estos parámetros no deban de ser aplicados a estas últimas. En la valoración de su aplicación deberá tenerse en cuenta, no obstante, la singularidad de las situaciones aquí consideradas. En particular, por lo que las huelgas estratégicas se refiere, que el hecho de que el paro del personal del contratista repercuta sobre las actividades de la principal no podrá ser considerado, por sí mismo, prueba suficiente del abuso, al no poderse entender que existe una disminución puramente formal y aparente del número de huelguistas o una reducción artificial del ámbito del conflicto a algunos trabajadores cuya especial posición les permite desencadenar una paralización completa del proceso productivo,⁸⁹ ya que el ejercicio del derecho se ciñe en estos casos a la defensa de los intereses específicos de los trabajadores que lo llevan a cabo.⁹⁰

⁸⁷ Vid., no obstante, J. M. GOERLICH PESET, págs. 195-196.

⁸⁸ En *supra* II.A.

⁸⁹ M. C. PALOMEQUE LÓPEZ y M. ÁLVARES DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, R. Areces, Madrid, 27^a Ed., 2019, pág. 428, y A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO y J. GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 28^a Ed, 2019, pág. 446, con alusión al requisito intencional típico de esta modalidad.

⁹⁰ De hecho, esta fue una cuestión considerada sumariamente por la STS de 11 de febrero de 2015, que llegó a la conclusión de que “en el caso examinado no se ha seguido (...) ninguna de las ‘modalidades’ de huelga proscritas por el artículo 7.2 del RD Ley 19/1977”. Desde una perspectiva más general, J. M. GOERLICH PESET, pág. 196, señala

Finalmente, dada la estrecha imbricación productiva existente dentro de los grupos y redes a los que nos venimos refiriendo, tampoco parece que pueda dudarse de la aplicación a las huelgas del personal de las empresas contratistas de la exigencia de mantenimiento de una parte de las tareas que habitualmente realizan en provecho de la principal o las demás empresas del grupo, cada vez que ello resulte necesario para asegurar la prestación de los servicios de seguridad y mantenimiento y de los servicios esenciales de la comunidad, a los que se refieren los artículos 6.7 y 10 del Real Decreto-ley 17/1977.⁹¹ La realización de los primeros será exigible siempre que el contratista tenga asignadas labores del tipo de las relacionadas por el primero de dichos preceptos y la huelga pueda poner el peligro su ejecución. En estos casos la fijación de estos servicios corresponderá al dicho empresario, sin que deba descartarse la legítima participación en las negociaciones del destinatario de los mismos.⁹² La fijación de servicios mínimos de garantía de los servicios esenciales está en condiciones de afectar a la huelga de los trabajadores de una empresa contratista o colaboradora cuando esta tenga atribuidas funciones o tareas necesarias para su satisfacción en beneficio de la empresa a la que sirve, las características de la medida de presión lo hagan necesario y así haya sido establecido por la autoridad gubernativa, directamente o a solicitud aquella.⁹³

que “si la huelga que se desarrolla en una empresa ‘anestesia’ las facultades de otra, habrá que analizar el conjunto de las dos para determinar si la actuación de los huelguistas puede reputarse abusiva”.

⁹¹ Vid., coincidiendo en esta aplicación, aunque desde perspectivas distintas, J. B. VIVERO SERRANO, op. cit., págs. 306-308, y J. GOERLICH PESET, op. cit., pág. 197.

⁹² Como indica J. B. VIVERO SERRANO, “Redes empresariales ...”, cit., págs. 305-306, quien añade que el no acatamiento de estos servicios por los trabajadores designados, además de poder dar lugar a responsabilidad disciplinaria, justificará su sustitución tanto por el empresario destinatario directo de la huelga como por el que la padece indirectamente, sin que ninguno de ellos incumpla la prohibición de esquirolaje.

⁹³ Vid., citando ejemplos en los que esa fijación se ha producido, J. B. VIVERO SERRANO, op. cit., pág. 307-308.