

DESPIDO COLECTIVO Y DERECHO DE HUELGA: LA INVENCION JUDICIAL DEL «ESQUIROLAJE INTERNO INDIRECTO»

Diálogo con la **Sentencia del Tribunal Supremo,
de 20 de abril de 2015, rec. núm. 354/2014 (Grupo Coca-Cola)**

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático. Universidad de Jaén

«Las reglas y principios del Derecho del caso jamás han sido tratadas como verdades definitivas, sino como hipótesis de trabajo, sometidas a permanente comprobación en esos grandes laboratorios del Derecho que son los tribunales de justicia».

Munroe Smith. *Jurisprudence*

1. EL MARCO NORMATIVO: EL JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD ES INDISPONIBLE PARA EL LEGISLADOR

Es un dato de evidencia que el control judicial ordinario de legitimidad del despido –al igual que el de cualquier otra decisión con relevancia jurídica–, debe incorporar, previamente y de forma incondicionada, un «juicio de constitucionalidad» sobre la medida empresarial, en este caso de despido colectivo, en la medida en que puede siempre invocarse una lesión de los derechos fundamentales, en especial, además de la prohibición de discriminación, los de tipo o naturaleza colectiva: libertad sindical y derecho de huelga *ex* artículo 28 de la **CE**. Este imperativo resulta ineludible ya para cualquier reforma legislativa en la materia, y de ahí que desde la de 1994, la regulación de las causas de nulidad –máxima sanción– de los despidos, de todos, por lo tanto también y muy especialmente de los despidos colectivos, haga las cuentas, de forma invariada en lo sustancial, con este juicio de adecuación de las conductas al derecho fundamental –art. 124.11 **LRJS**–. Como es bien sabido, la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones privadas es una exigencia de la Constitución, que no precisa, por más que sea relevante, mediación legal.

Es doctrina constitucional constante y jurisprudencia social reafirmada hoy en muchas ocasiones que, en concordancia con el artículo 10.2 de la CE, los derechos fundamentales de libertad sindical y huelga deben interpretarse conforme a un intenso entramado de normas de alcance internacional que ha ido auspiciando una «interpretación evolutiva de las instituciones», como ha recogido la [STC 198/2012, de 6 de noviembre](#), si bien en un ámbito diferente de materias. Los derechos de libertad sindical y huelga son especialmente proclives para alentar una forma interpretativa evolutiva ajustada a la realidad de los tiempos e interrelacionándola con el artículo 10.2 de la CE y con la observación de la realidad socio-económica jurídicamente relevante en cada tiempo. Asimismo, en cuanto al ámbito de derechos aquí afectados, destaca la importancia en materia de la construcción de la cultura jurídica de los derechos, la actividad internacional de los Estados manifestada en los tratados internacionales, en la jurisprudencia de los órganos internacionales que los interpretan, y en las opiniones y dictámenes elaborados por los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas, así como por otros organismos internacionales de reconocida posición ([STS, Sala 4.ª, de 17 de diciembre de 2013, rec. núm. 109/2012](#)).

Más particularmente, se recordará que el artículo 6.5 del [Real Decreto-Ley 17/1977](#) prevé una prohibición al empresario: «en tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuvieran vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma». Esta regla general tendría tan solo dos excepciones –incumplimiento de los servicios de seguridad y mantenimiento de la empresa y servicios mínimos esenciales para la comunidad–. Se trata de la figura, de Derecho nacional, del «*esquirolaje externo*».

Sobre este dato normativo y de cultura jurídica inapelables, la práctica en materia ha demostrado el carácter omnipresente de la invocación, en las demandas de impugnación de despidos colectivos, de lesión de derechos fundamentales, en especial los de libertad sindical y huelga. Ahora bien, sin perjuicio de destacar esa frecuencia alegatoria –¿cláusula de estilo?– se debe advertir también del recurrente ejercicio de la facultad empresarial con «usos estratégicos» dirigidos a presionar a los representantes laborales, a fin de que estos acuerden, lo antes posible y con las iniciales condiciones ofrecidas, los despidos colectivos. Del mismo modo que los representantes de los trabajadores, en especial los más sindicalizados, suelen contestar con medidas de «contra-presión» para intentar corregir una decisión traumática que, a menudo, ya está prefijada en la más alta esfera de poder económico, sirviendo el procedimiento de despido poco más que como trámite, como una forma de escenificar, de solemnizar la decisión, pero sin un contenido o utilidad reales.

En estos casos, nada infrecuentes a juzgar por la realidad de los últimos tres años, el efecto principal es que se desvanece el modelo pensado y formalizado por la ley. En vez de crear un clima favorable a negociaciones de buena fe, con responsabilidad social recíproca, se abre una intensa batalla entre los actores. Esta, en ocasiones, salpica de lleno al propio tribunal que está obligado a juzgar imparcialmente ese conflicto.

2. SUPUESTO DE HECHO: SÍNTESIS DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO CONCRETO

En 2012, los distintos embotelladores de la marca Coca-Cola en España firmaron un protocolo de carácter confidencial para la formación del embotellador ibérico único, al tiempo que definían el proceso de integración en una sociedad de nueva creación que llevaría, de forma exclusiva, todo el ciclo productivo de los productos de las marcas propiedad de The Coca-Cola Company en España, Portugal y Andorra. Surgirá, así, *Coca Cola Iberian Partners, S.A.* –1 de marzo de 2013–. A lo largo del año 2013, se fue produciendo el proceso de integración, que incluía un específico «contrato de integración» societaria, dando lugar al Grupo CCIP (*Coca Cola Iberian Partners*). Esta reestructuración grupal afectó también al ámbito de los «recursos humanos», así como a la contratación de servicios externos, incluyendo un sistema de gestión de nóminas unificado, aunque conservando las particularidades y conceptos salariales que tienen como empleados del embotellador originario de que se trate en cada caso.

En enero de 2014, a raíz de un informe técnico sobre la situación productiva y la estructural global del grupo, se establecieron una serie de propuestas sobre la plantilla, a fin de promover una reestructuración que redujese, o eliminase, el número de trabajadores excedentes. Con fundamento en ese informe, el 2 de enero de 2014 se inició formalmente el procedimiento de despido colectivo por causas organizativo-productivas, dirigiéndose carta, en nombre del Grupo CCIP, a los representantes legales de los trabajadores de todas y cada una de las empresas y a los delegados existentes en las mismas. Entre las diversas medidas, unas de flexibilidad interna y otras externas, incluidas en la Carta, estaba la del cierre de la planta de Fuenlabrada, perteneciente a Casbega.

El comité de empresa de la fábrica de Fuenlabrada de Casbega convocó una huelga total de carácter indefinida con motivo del ERE y en especial por el cierre de la planta de Fuenlabrada, que era la planta embotelladora con mayor número de empleados del grupo –además del cierre de las de Alicante, Asturias y Palma de Mallorca–. La huelga fue de seguimiento masivo y duró todo el periodo de consultas.

Como consecuencia de ello se detuvo completamente la producción en la fábrica. No obstante, la empresa hizo provisiones de que el *stock* de algunos productos pudiese resultar insuficiente para atender a los clientes de la zona de Madrid después del 20 de febrero. Por eso, antes de esa fecha, en la semana del 14 de febrero, entraron diversos camiones de grandes dimensiones «con productos elaborados en otras factorías del grupo en la plataforma logística de CCIP en Madrid (Ecoplataform, S.L.), que es la distribuidora en esta Comunidad. ...».

La representación sindical impugnó el despido colectivo ante la Audiencia Nacional. Esta dictó la [Sentencia de 12 de junio de 2014, Autos 79/2014](#), estimando la demanda y declarando la nulidad del despido colectivo, por vulneración de la buena fe negocial, al tratarse de un grupo que habría actuado patológicamente, al no informar de su existencia antes del procedimiento de despido, y por lesión del derecho fundamental a la huelga. Contra la sentencia de instancia, la dirección del Grupo CCIP interpone recurso de casación ordinario.

3. DOCTRINA SENTADA: PRINCIPALES RAZONAMIENTOS JURÍDICOS PARA EL FALLO

Aunque el caso presenta diversos aspectos de interés, resueltos por la Audiencia Nacional, e incluso analizados por el voto particular de la sentencia mayoritaria del Tribunal Supremo –grupo de empresas, negociación de buena fe, etc.–, esta decide afrontar, por su trascendencia y por su carácter previo, el argumento de la lesión del derecho a la huelga. La mayoría de la sala tendrá en cuenta dos argumentos para alcanzar su posición. De un lado, el fluir de camiones procedentes de diferentes plantas del grupo, para hacer frente a la eventual rotura de *stocks* en Madrid, a consecuencia de la huelga en Fuenlabrada y durante el periodo central de consultas, constituía una anomalía en el proceso organizativo del grupo, pues la producción de una embotelladora fue sustituida por la de otras que nunca habían abastecido, hasta el momento, la zona centro. De otro, no sería posible una desconexión o aislamiento –una suerte de «cordón sanitario»– entre tal conducta ilícita de CCIP y el procedimiento de despido colectivo, porque los hechos ocurrieron durante la negociación del despido colectivo, sobre el que pendían muy diversas cuestiones, entre las que estaban precisamente evitar el cierre de la factoría en huelga, con lo que la neutralización de los efectos del conflicto en ese centro supondría una injerencia directa e indebida en el proceso.

En consecuencia, el abastecimiento del territorio madrileño a través de cauces no usuales comportaría una vulneración del derecho de huelga, con independencia de cuál fuese la intención empresarial. La medida de presión laboral buscaba incidir sobre las negociaciones en curso, produciéndose un quebranto del derecho a través sea del «*esquirolaje impropio*». En suma: «... no es que el despido colectivo surja como represalia frente a una huelga, sino que se negocia y adopta por la... empleadora al tiempo que se ponen en escena prácticas productivas tendentes a contrarrestar la incidencia de la huelga, esta sí, *convocada para presionar en la negociación del despido colectivo*. Con independencia de la forzada redacción del artículo 124.11, estamos ante un supuesto de medida empresarial que se ha «efectuado en vulneración de derechos fundamentales...» –FJ, quinto, punto 2, *in fine*–.

4. LA TRASCENDENCIA PRÁCTICA DE LA DOCTRINA Y PREVISIBILIDAD DE SU EVOLUCIÓN COMO JURISPRUDENCIA DOMINANTE

La extraordinaria trascendencia, no solo práctica sino también teórica, de esta doctrina ha sido evidenciada, esta vez sí con justo criterio, por la intensa y constante difusión que ha tenido en los medios. No solo afecta a centenares de trabajadores, que habían sido despedidos a raíz del cierre de Fuenlabrada, con el consiguiente elevado coste que ello representa, sino que constituye cabecera de un salto evolutivo, de signo garantista, en una jurisprudencia social sobre las relaciones entre el poder de dirección empresarial y el derecho de huelga ya de por sí en extremo proteccionista.

Precisamente, el voto particular firmado por cuatro magistrados/as llama la atención sobre este elemento innovador y trata de extraer consecuencias prácticas al respecto. En efecto, a su

juicio, la construcción que hace la mayoría sobre el esquirolaje no solo sería «nueva» sino que, incluso, se revelaría como «inimaginable por la doctrina». Se trataría de una «interpretación extensiva» que, por su extraordinario grado de innovación jurisprudencial del Derecho español del Trabajo, no podría justificar, en modo alguno, la sanción de nulidad, pues además de ser altamente imprevisible, quebrando elementales exigencias del principio de seguridad jurídica, también se mostraría desproporcionada, al conllevar «costes económicos y de imagen muy superiores a los de cualquier delito contra los derechos de los trabajadores» –punto 6 de los razonamientos del voto particular–. Dejando de lado esta exageración argumental, el razonamiento merita reflexión y llama a preguntarse ¿de verdad era tan impredecible?

A mi juicio, la construcción jurisprudencial no es imprevisible, menos inimaginable, pues, al contrario, constituye una evolución coherente con su jurisprudencia, elaborada a partir de 2012 y rectificando su posición anterior, atendiendo a la nueva realidad organizativa compleja de las empresas. Ciertamente, la mayoría de la Sala evidencia que estamos ante una decisión que no tiene precedentes directos en jurisprudencia, porque no es una represalia empresarial ante la huelga. Pero sí se enmarcaría en el principio de máxima efectividad del derecho a la huelga, sin que pueda significar un obstáculo la evolución tecnológico-productiva y organizativa en el seno de las realidades empresariales, cada vez más complejas. De ahí, que no acoja como referente inmediato su jurisprudencia sobre la prohibición de represalia por parte de las empresas ante presiones laborales en el seno de los despidos colectivos –[STS de 18 de julio de 2014, rec. núm. 11/2013](#)–, segunda sentencia del caso Grupo Celsa Atlantic, [comentada](#) en su día en esta Revista; confirmada recientemente –[SSTS 23 de febrero, rec. núm. 255/2013](#) y [24 de febrero, rec. núm. 124/2014](#), ambas de 2015–.

En realidad, su referencia más útil en el «derecho de precedentes» va a ser la línea de política del Derecho inaugurada con la [STS de 5 de diciembre de 2012, rec. núm. 265/2011](#). En esta se inventó, como es conocido, el tópico jurídico-jurisprudencial del «*esquirolaje tecnológico*», cuya doble razón de ser principal está en la interacción entre el plano normativo, dado que las [SSTCO 123/1992, de 28 de septiembre](#), y [33/2011, de 28 de marzo](#), acuñaron la paralización del poder empresarial en situación de huelga, y el plano sociológico o realista, consistente en la adaptación de ese criterio a la evolución tecnológica. Ahora bien, el precedente –que a mi juicio sí lo es– directo será la [STS de 11 de febrero de 2015 \(rec. núm. 95/2014\)](#), donde declaró la nulidad de la huelga en el Grupo Prisa y donde ya emergió, aunque de forma menos visible que aquel, una nueva dimensión del concepto jurídico-tópico jurisprudencial, del «*esquirolaje*»: «*esquirolaje interno indirecto*».

Dado que la [STS 11 de febrero de 2015, rec. núm. 95/2014](#) fue [comentada](#) por la profesora MIÑARRO en el número 387 de esta Revista, nos remitimos a su análisis, recordando aquí solo que en este supuesto la huelga se convocó a raíz de un proceso de despido colectivo llevado a cabo por la empresa que afectaba a 92 trabajadores: 80 en Barcelona, lo que suponía el cierre del centro, y 12 en Madrid. Pese a que la huelga fue secundada por la totalidad de la plantilla de los centros de Madrid y Barcelona y se paralizó la actividad, los diarios salieron a la calle en los diferentes puntos de venta con normalidad, porque se contrató con terceros la impresión de los periódicos. Para el Tribunal Supremo, a diferencia de lo juzgado por la Audiencia Nacional,

se trató de una conducta lesiva del derecho fundamental, pese a no ser empresario del trabajador quien vulneró el derecho, reclamando la doctrina de las vulneraciones indirectas de la [STCO 75/2010, de 19 de octubre](#).

Recuerda que la relación existente entre las codemandadas y Pressprint, S.L. «no es una mera relación mercantil en la que unas empresas, cuya actividad es la edición de diarios contratan con otra, Pressprint, S.L., la impresión de los mismos. La relación es más intensa puesto que las citadas empresas pertenecen a un mismo grupo empresarial, al Grupo Prisa, lo que provoca determinados efectos» –FJ undécimo, punto 1–. Consecuentemente, queda en esta completamente revertido el precedente de la [STS de 11 de mayo de 2001 \(rec. núm. 3609/2000\)](#), ya rectificado en 2012, para el que «los sujetos directamente concernidos en el derecho de huelga son los trabajadores y la empresa a la que aquellos se hallan vinculados por el contrato de trabajo, pero los clientes o público en general que goza o se sirve de las prestaciones realizadas por la empresa están completamente desvinculados del derecho de huelga, por ello tienen absoluta libertad para buscar los servicios o prestaciones que la empresa en huelga les suministraba en otras empresas o por los medios que tengan por conveniente» –en la misma línea la [STS de 27 de septiembre de 1999 \(rec. núm. 1825/1998\)](#)–.

En cierto modo, esa construcción antigua permanecía presente en la doctrina de la [SAN número 153/2013, de 29 de julio, Autos 276/2013](#). Esta doctrina asume que cuando los empresarios terceros, en nuestro caso pertenecientes a un grupo de empresas, «acuden a una "sustitución externa indirecta" con el fin de disminuir la eficacia de la huelga, puede producirse una lesión del derecho fundamental de huelga» –FJ sexto–. Así sucedería si estuviésemos ante un grupo de los, muy mal, llamados «patológicos» y por lo tanto ante una única empresa real. Se trataría de un «*esquirolaje externo*», según la [SAN de 21 de noviembre de 2011 \(rec. núm. 185/2011\)](#), para la que, ciertamente, el artículo 6.5 del [Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo](#), «debe ser interpretado de una forma extensiva y comprender también aquellos supuestos en los que la empresa que soporta la huelga contrata a otra empresa para que preste el servicio que realizan los huelguistas. Una interpretación finalista y favorable a la efectividad del derecho constitucional de huelga impone dicha interpretación».

Ahora bien, en el caso del Grupo Prisa, la situación será más compleja, pues estamos ante un grupo mercantil no patológico en el que las distintas empresas guardan una completa autonomía productiva respecto de aquella en la que se desarrolla la huelga. Dicho de otro modo, aquellas empresas son clientes de la última, lo que les permite, en principio, acudir a terceros para cubrir los servicios que no puede prestar la empresa afectada por la huelga. Por eso, en aplicación del omnipresente «juicio de razonabilidad», es decir, de la proporcionalidad, descartó la lesión del derecho a la huelga al considerar que la actuación empresarial está justificada, dado que es necesaria para evitar un perjuicio excesivo. Este perjuicio a evitar sería el de «la total paralización del grupo» –Prisa–, que este no estaría obligado a soportar.

La citada [STS, Sala 4.ª, de 11 de febrero de 2015](#) concluyó de forma opuesta. Precisamente, el voto particular de la [STS, Sala 4.ª, de 20 de abril de 2015](#) (Grupo Coca-Cola) reclamaba

análoga razonabilidad para este caso, que fue igualmente rechazada por la mayoría. Parece claro que la Audiencia Nacional ha terminado encajando el revés y ha asumido esa evolución notable y que, a juzgar por las decisiones posteriores, serán la doctrina judicial dominante. Así puede concluirse a la vista de la [STSJ de Cataluña núm. 2790/2015, Autos 879/2015](#), asunto Panrico, SAU. Esta concluye también, aplicando el antecedente de la doctrina de la Audiencia Nacional, por lo tanto ahora del más sólido precedente del Tribunal Supremo, la nulidad de la conducta empresarial, por lesión del derecho fundamental de huelga, al sustituir la producción del centro de Santa Perpetua por una mayor producción de los restantes centros de España, así como por la acción de transportistas autónomos. Aunque no hubo traslados expresos al centro en huelga, pues se mantuvieron en sus respectivos lugares de trabajo, sí llegó la producción de ellos, repartida a través de los referidos –¿falsos?– autónomos –o autónomos dependientes–.

Finalmente, y si bien no es una cuestión que podamos profundizar aquí, si es útil el volver a llamar la atención, como se hizo en el primer diálogo de este monográfico, que aquí acaba, de las continuas tensiones y contradicciones que genera la teoría jurídico-laboral de los grupos de empresas. Es ahora ya manifiesto que urge, como evidencia el voto particular de la sentencia aquí analizada, con plena razón en este punto, a mi juicio, reconsiderar la posición de esa esquizofrénica y maniquea distinción entre «grupos patológicos» –malos– y fisiológicos –buenos–, para ir a la teoría del empresario real o efectivo, esto es, a la identificación de la estructura que ejerce el poder de dirección unitario laboralmente relevante. De ahí que, otra vez, se reclame la senda de la [STS de 25 de junio de 2014, rec. núm. 165/2013](#). Precisamente, la [STS, Sala 4.ª, de 15 de febrero de 2015](#), para sostener la existencia de una estructura de grupo relevante en Prisa prescindió por completo del problema del «levantamiento del velo» y de la prohibición de fraude, o de ejercicio antisocial del derecho, que hay tras aquella fórmula. Por tanto, aquí reside una de las contradicciones más relevantes que sigue arrastrando la doctrina del Tribunal Supremo en torno a los despidos colectivos que, por lo demás, y respecto del resto de temas, como aquí se ha intentado resumir, avanza de una forma razonablemente coherente, sin perjuicio de ciertas tensiones e incoherencias operativas que convendría ir perfilando mejor en el futuro, ahora que ya ha dictado más de 100 sentencias al respecto y las tantas que vendrán de inmediato.