

**Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 888/2018 de 3
Oct. 2018, Rec. 1147/2017**

Ponente: Sempere Navarro, Antonio Vicente.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1147/2017

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 888/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D^a. Rosa Maria Viroles Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

En Madrid, a 3 de octubre de 2018.

Esta Sala ha visto los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por la mercantil Andaluprint SLU, representada y defendida por el Letrado Sr. Arriola Turpin, y por la mercantil ABC Sevilla SLU, representada y defendida por la Letrada Sra. Artillo Pabón, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla), de 11 de enero de 2017, en el recurso de suplicación nº 3206/2016, interpuesto frente a la sentencia dictada el 28 de julio de 2015 por el Juzgado de lo Social nº 7 de Sevilla, en los autos nº 178/2015, seguidos a instancia de D. Eulalio, D. Eutimio y D. Everardo, contra dichas recurrentes, Recoprint SL, Iniciativas de Publicaciones e Impresión SL y el Ministerio Fiscal, sobre derechos fundamentales.

Han comparecido en concepto de recurridos D. Eulalio, D. Eutimio y D. Everardo, representados y defendidos por el Letrado Sr. Pedrosa González.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 28 de julio de 2015, el Juzgado de lo Social núm. 7 de Sevilla, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que estimando la demanda interpuesta por Eulalio, Eutimio, Everardo y CC.OO.; contra Andaluprint SLU y ABC Sevilla SLU, siendo parte el Ministerio Fiscal, debo declarar y declaro que la decisión de imprimir el periódico ABC de Sevilla en empresas distintas de Andaluprint, S.L. como consecuencia de la huelga de los trabajadores de ésta, vulnera los derechos de libertad sindical y de huelga, declarando la nulidad radical de dicha conducta seguida por ABC Sevilla SLU y Andaluprint SL, condenándolas solidariamente a indemnizar los daños y perjuicios morales causados a los actores con la cantidad de 10.000 euros, que recibirán éstos con carácter solidario y desestimando la demanda

interpuesta contra Iniciativas de Publicaciones e Impresión S.L. y Recoprint S.L. por falta de legitimación pasiva de las mismas".

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

1º.- ABC de Sevilla S.L.U. y la representación de sus trabajadores; en el seno de la Mesa de Negociación del ERE, acordaron el 30 de noviembre de 2010 que, con objeto de evitar una externalización del área industrial a una empresa totalmente externa, ABC de Sevilla constituiría una sociedad mercantil vía segregación de la rama de actividad correspondiente donde sería recolocado el personal de dicha área, al que se reconocía el mantenimiento de las condiciones laborales expresadas en dicho acuerdo, las cuales obran al folio 973 vuelto de los autos, que tiene aquí por reproducido. Dicho acuerdo fue autorizado por resolución de 10 de diciembre de 2010 de la Delegación Provincial de Empleo.

2º.- Conforme ato acordado, el 15 de diciembre de 2010 se levantó escritura pública mediante la cual ABC de Sevilla S.L.U. constituía, como socio único, una nueva sociedad denominada Andaluprint S.L. La actividad principal de esta es la explotación de una planta industrial de impresión en Sevilla.

3º.- El 1 de enero de 2011 Andaluprint y ABC Sevilla acordaron que la primera imprimiría el periódico ABC, editado por la segunda. En dicho contrato se estipuló que en caso de que por cualquier circunstancia ajena a la voluntad del impresor no fuera posible realizar la impresión, el editor quedaría facultado para subcontratar temporalmente la impresión de las publicaciones recogidas en el contrato.

4º.- ABC Sevilla S.L.U. forma parte del Grupo Vocento. Andaluprint S.L. venía imprimiendo, a noviembre de 2014, las publicaciones de ABC (89'7% de su producción), de otras empresas del Grupo Vocento (4,8%) y de otras empresas no pertenecientes al Grupo Vocento (5'5% de su producción).

5º.- El 22 de enero de 2015 los delegados de personal de Andaluprint (los actores Eulalio, Everardo y Eutimio), pertenecientes al sindicato CC.OO., constituidos en comité de huelga, convocaron una huelga indefinida desde el 2 de enero a las 20 horas, por la decisión de la empresa de proceder al cierre del centro de trabajo y despido de toda la plantilla, siendo el objetivo de la huelga mantener los puestos de trabajo o en su defecto que se aceptasen las propuestas planteadas por los trabajadores. La huelga fue seguida por 36 de los 37 trabajadores.

6º.- Como consecuencia de la referida huelga y ante la imposibilidad de que Andaluprint imprimiese el periódico ABC y sus suplementos, ABC Sevilla S.L.U. acordó encargar dicha impresión a Iniciativas de Publicaciones e Inspección S.L. y a Recoprint S.L., empresas ajenas al Grupo Vocento.

7º.- El 29 de enero de 2015 Andaluprint inicia un periodo de consultas para un despido colectivo por cese de actividad, con los delegados de personal.

8º.- El Comité de Huelga desconvoca la huelga indefinida desde las 20 horas del 9 de febrero.

9º.- El 23 de febrero se alcanzó acuerdo entre Andaluprint y sus delegados de personal relativo al procedimiento de despido colectivo, en virtud del cual se procedía al despido de toda la plantilla por causas económicas y productivas y al cese de su actividad de impresión.

10º.- Se interpuso demanda el 16 de febrero".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla), dictó sentencia con fecha 11 de enero de 2017, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Con desestimación del recurso de suplicación interpuesto por ANDALUPRINT SLU contra la sentencia de fecha 28/07/15 dictada por el Juzgado de lo Social número 7 de los de SEVILLA en virtud de demanda sobre TUTELA formulada por Eulalio, Eutimio Y Everardo contra, MINISTERIO FISCAL, RECOPRINT SL, ABC SEVILLA SLU, INICIATIVAS DE PUBLICACIONES E IMPRESION SL Y ANDALUPRINT SLU debemos

confirmar y confirmamos la sentencia recurrida. Se acuerda la imposición de costas a los recurrentes, comprensivas de honorarios de letrado de la parte actora por importe de 600 euros".

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación se interpusieron recursos de casación para la unificación de doctrina a nombre de la mercantil Andaluprint SLU, y por la mercantil ABC Sevilla SLU. Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla), de 4 de febrero de 2015.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 30 de noviembre de 2017 se admitieron a trámite los presentes recursos de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso interpuesto por la entidad ABC Sevilla SLU y desestimado el primer motivo y estimando el segundo motivo del recurso interpuesto por la mercantil Andaluprint SLU.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 3 de octubre actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Términos del debate casacional.

Se discute sobre la calificación que cuadra a la conducta empresarial (editor de periódicos) consistente en derivar las tareas comúnmente desempeñadas por otra mercantil del grupo (impresión) a empresas ajenas con motivo de la huelga convocada en la proveedora habitual.

1. Hechos litigiosos.

Para resolver el debate que accede a este tercer grado jurisdiccional hemos de atenernos a los hechos que el Juzgado de lo Social declara probados y que la STSJ recurrida mantiene incólumes. En particular, interesa recordar lo siguiente:

a) El 30 de noviembre de 2010 la empresa editora ABC SEVILLA SLU (que forma parte del grupo "Vocento") y los representantes de los trabajadores acuerdan (en el seno de un expediente de regulación de empleo) que, con objeto de evitar la externalización del área industrial, ABC constituiría una sociedad mercantil donde sería recolocado el personal de dicha área, cuyas condiciones de trabajo se van a mantener.

b) El 15 de diciembre de 2010 se constituye ANDALUPRINT (siendo su socio único ABC de Sevilla) cuya actividad principal es la explotación de la planta de impresión en Sevilla y que surge por segregación de la rama de actividad correspondiente del periódico.

c) El 1 de enero de 2011 las dos mercantiles citadas acuerdan que Andaluprint va a encargarse de imprimir el periódico ABC Sevilla. Asimismo pactan que si por cualquier causa ajena a la voluntad del impresor no fuera posible realizar la impresión, el editor queda facultado para subcontratar temporalmente la impresión de las publicaciones.

d) La actividad principal de Andaluprint (el 89,7%) consiste en imprimir el diario ABC Sevilla (4,8% de actividad se centra en otras publicaciones del grupo y el resto son trabajos para empresas ajenas).

e) El 22 de enero de 2015, con motivo de la decisión empresarial de cerrar la empresa impresora, los delegados de personal (afiliados a CCOO) convocan una huelga indefinida, mayoritariamente seguida (36 de los 37 trabajadores).

f) Durante la huelga la empresa editora encarga la impresión del periódico ABC y sus suplementos a otras dos empresas ajenas al grupo Vocento (Iniciativas de Publicaciones e Inspección S.L. y Recoprint S.L.)

g) El 9 de febrero de 2015 se desconvoca la huelga.

h) El 23 de febrero de 2015 se alcanza un acuerdo en virtud del cual se procedía al despido de toda la plantilla por causas económicas y productivas y el cese de la actividad.

2. Sentencias recaídas en el procedimiento.

A) Con fecha 28 de julio de 2015 el Juzgado de lo Social nº 7 de Sevilla (Autos 178/2015) dicta sentencia que: a) Estima la demanda interpuesta frente a Andaluprint y ABC SEVILLA; b) Declara que la decisión de imprimir el periódico ABC de Sevilla en empresas distintas de Andaluprint como consecuencia de la huelga de los trabajadores de ésta, vulneraba los derechos de libertad sindical y de huelga; c) Declara la nulidad radical de la referida conducta; d) Condena a las dos mercantiles, de manera solidaria, a indemnizar los daños y perjuicios morales causados a los actores con la cantidad de 10.000 euros, que recibirán éstos con carácter solidario; e) Desestima la demanda, por falta de legitimación pasiva, por cuanto respecta a las dos empresas ajenas al Grupo Vocento.

B) La STSJ Andalucía (Sevilla 28/2017 de 11 enero (rec. 3206/2016), aquí recurrida, analiza los hechos probados (empresas del mismo grupo, huelga en una de ellas, desvío de la actividad a terceras, neutralización de los efectos del conflicto) y considera que concurre un atentado al derecho de huelga del sindicato convocante ya que con dicha actitud se vació de contenido el derecho fundamental.

Invoca de manera expresa la doctrina de la STS de 11 de febrero de 2015 (rec. 95/2014; Grupo PRISA) que confirmó la lesión del derecho de huelga en aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el ejercicio del derecho de huelga en determinados supuestos de descentralización productiva (SSTC 75/2010 y 76/2010). La Sala advierte que esa es la razón de que ahora se rectifique el criterio anteriormente acogido, que se basaba en la SAN 29 julio 2013, anulada por la citada del Supremo.

Recuerda que las empresas condenadas formaban parte de una única mercantil tiempo atrás y que ahora ABC es la empresa dominante (posee todo el capital social y encarga a Andaluprint casi el 90% de lo que produce).

Por último, considera que la cuantía establecida por daño moral es proporcionada y razonable, ajustándose a las previsiones de la LISOS. Que se permitiera el libre ejercicio de la huelga no descarta la vulneración del derecho puesto que la derivación de los trabajos a otras empresas la privó de repercusión.

3. Recursos de casación unificadora.

A) Con fecha 16 de marzo de 2017 el Abogado y representante de Andaluprint formaliza su recurso de casación para la unificación de doctrina. Invoca para el contraste otra sentencia de la misma Sala de Sevilla y defiende la licitud del acudimiento a terceros para realizar las tareas no afrontadas por un contratista cuya plantilla está en huelga. Sobre la base de una misma sentencia referencial, articula un doble motivo de recurso.

El primero considera que la sentencia recurrida acaba transformando en patológico un mero grupo empresarial o mercantil pues condena a Andaluprint sin que haya realizado conductas contrarias al derecho de huelga.

En su segundo motivo combate la doctrina sobre el modo en que afecta la huelga convocada en una empresa a los clientes de la misma.

También manifiesta que si no se estima su recurso acudirá en amparo ante el Tribunal Constitucional por haberse vulnerado los artículos 24, 28 y 38 CE, por no aplicarse la presunción de inocencia y considerarse que tanto ABC como Andaluprint ha vulnerado el derecho de huelga.

B) Con fecha 20 de abril de 2017 la Abogada y representante de ABC Sevilla formaliza su recurso de casación para la unificación de doctrina, invocando a efectos de contradicción la misma sentencia que en el recurso ya reseñado.

Considera que la STS 16 noviembre 2016 avala el acierto de la doctrina de contraste: una empresa que sea cliente de otra no tiene por qué soportar las consecuencias de una huelga en la segunda. Eso supone que la sentencia recurrida vulnera los artículos 6.4 y 5 del Real Decreto-Ley de Relaciones de Trabajo, así como los artículos 28, 35 y 38 de la Constitución.

4. Impugnación e Informe del Ministerio Fiscal.

A) Con fecha 15 de enero de 2018 el Abogado y representante de los delegados de CCOO impugna el recurso de Andaluprint. Recalca que los hechos probados en la instancia no han sido modificados y que de los mismos deriva la conexión entre las empresas (aunque no haya grupo patológico), así como el vaciamiento del derecho de huelga que han instrumentado en la práctica.

B) Con fecha 15 de enero de 2018 el Abogado y representante de los delegados de CCOO impugna el recurso de ABC. Cuestiona la contradicción y advierte que la sentencia referencial es anterior a la STS 11 febrero 2015.

C) Con fecha 5 de abril de 2018 la representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe contemplado en el artículo 226.3 LRJS.

Considera que existe contradicción entre las resoluciones comparadas. Admite que la doctrina de la STS 11 febrero 2015 (rec. 95/2014) es acorde con la sentencia recurrida, pero recuerda la opinión adversa del Ministerio Fiscal, que ahora reitera; asimismo pone de relieve que en el recurso 3365/2016 (deliberado por esta Sala Cuarta en la misma fecha que el presente) se ha ratificado en su tesis. De este modo, si la contratación de terceras empresas es decisión de ABC Sevilla, sin que Andaluprint tome parte u obstaculice el derecho de huelga, no hay sustrato fáctico que permita imputar la vulneración de tal derecho fundamental.

SEGUNDO.- Análisis de la contradicción.

En el diseño legal del recurso de casación para la unificación de doctrina aparece como un presupuesto procesal del mismo la existencia de contradicción entre sentencias; se trata de una exigencia de orden público, sumamente relevante y que hemos de controlar de oficio, máxime cuando en los escritos de impugnación se ha puesto en duda.

1.Consideraciones previas.

Como hemos recordado innumerables veces, el artículo 219 LRJS exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales". Así lo manifiestan numerosísimas sentencias, como las de 31 de enero de 2017 (rcud 2147/2015), 30 de marzo de 2017 (rcud 3212/2015), 31 de mayo de 2017 (rcud 1280/2015) y 5 de julio de 2017 (rcud 2734/2015)

Los recursos de Andaluprint (en sus dos motivos) y de ABC invocan una misma sentencia a efectos de contraste, por lo que este análisis no debe descomponerse sino ser único .

2. La sentencia referencial.

La sentencia de contraste designada es la 321/2015, dictada por el mismo TSJ de Andalucía (Sevilla) el 4 de febrero. Desestima el recurso de suplicación de CCOO y confirma la sentencia de

instancia que desestimó su pretensión de que se declarara nula la conducta de las empresas demandadas por vulneración del derecho de huelga.

Las empresas demandadas eran también ABC SEVILLA SLU y ANDALUPRINT SLU y los hechos causantes de la vulneración consistían en que el día de huelga general del 14 de noviembre de 2012 (seguida mayoritariamente por el personal de ANDALUPRINT, pero solo por 4 de los 82 trabajadores de ABC SEVILLA) la empresa editora había conseguido publicar el diario ABC mediante el adelantamiento de su hora de cierre y la impresión por otra tercera empresa.

La sentencia cita la SAN de 29 julio 2013 para apoyar sus razonamientos de huelga y sostiene, para descartar la vulneración del derecho de huelga, que no existe grupo de empresas patológico entre las demandadas ni actuación concertada para disminuir la eficacia de la huelga y por tanto es lícito acudir a terceros para lograr la publicación del periódico, además de que el adelanto del cierre estaba incluido en la flexibilidad horaria permitida convencionalmente.

3. Consideraciones específicas.

A) El Ministerio Fiscal sostiene que existe contradicción entre los pronunciamientos de las sentencias ante hechos probados, fundamentos y pretensiones sustancialmente idénticos puesto que en un caso (recurrida) se considera vulnerado el derecho de huelga y libertad sindical por haber decidido la empresa editora la impresión de su periódico por unas terceras empresas durante la huelga de los trabajadores de la empresa impresora, y en el otro (contraste) no se considera vulnerado tales derechos.

B) Coincidimos con el parecer del Ministerio Público. Hay similitud en los hechos más relevantes: huelgas mayoritariamente secundadas por los trabajadores de la sociedad impresora (Andaluprint, S.L.U) de los periódicos del grupo mercantil de comunicación Vocento en Sevilla; el empresario editor del grupo (ABC Sevilla, S.L.U.) contrata a otras sociedades impresoras, no habituales y ajenas al grupo, la impresión del diario durante el desarrollo de la huelga en la sociedad impresora del grupo.

Coinciden las pretensiones sobre legitimación pasiva y lesión del derecho fundamental de huelga por parte de los empresarios principal y contratista respecto de los trabajadores huelguistas.

Y coinciden, asimismo, los fundamentos o debates jurídicos, que giran en torno a la existencia o no de esquiloraje en sentido amplio (art. 6.5 Real Decreto-ley 17/1977 y jurisprudencia constitucional al respecto, en especial las SSTC 75 y 76/2010).

Pese a tales identidades sustanciales aparecen fallos distintos. La sentencia recurrida sostiene la lesión del derecho de huelga en la sentencia recurrida (aplicación de la jurisprudencia constitucional representada por las SSTC 75/2010 y 76/2010, así como de la STS, 4ª, 11-2-2015, recurso de casación 95/2014, sobre el grupo de comunicación PRISA). La de contraste lo rechaza (inexistencia de grupo de empresas con efectos laborales y lícito ejercicio del derecho a la libertad de empresa).

TERCERO.- Doctrina sobre huelga y subcontratación ordinaria de servicios.

Tanto la sentencia recurrida cuando los recursos de casación unificadora, sus impugnaciones o el Informe de la representante del Ministerio Fiscal, realizan importantes referencias a los criterios sostenidos por esta Sala Cuarta en asuntos similares al que ahora nos ocupa. De ahí la importancia de repasarlos con cierto detalle.

La Sala ha tenido que enfrentarse en los últimos tiempos a supuestos en los que se cuestionaba la vulneración del derecho de huelga en supuestos de subcontratación. Convocada la huelga en una o varias empresas contratistas, la empresa principal o bien contrata los servicios a una tercera empresa, o utiliza medios tecnológicos para atender la necesidad productiva, o rechaza toda obligación de negociar con los trabajadores huelguistas de la contratista.

1. STS 16 noviembre 2016 (rec. 59/2016; Altrad).

La STS de 16 de noviembre de 2016 (rec. 59/2016; Altrad) analiza un supuesto en el que, convocada una huelga en la empresa contratista, ésta comunica a la principal que no podría realizar los trabajos encomendados a consecuencia de la huelga prevista, por lo que la empresa principal encargó la realización de dichos trabajos a una tercera empresa. Recordemos su argumentación:

"La actuación de la demandada Altrad consistió únicamente en comunicar a todos sus clientes que no podía realizar los trabajos comprometidos con ellas durante la realización de la huelga por sus trabajadores. No tiene vinculación con sus clientes que le permita decidir con ellas la realización de esos trabajos por terceras empresas de la competencia, ni estaba en condiciones de impedir que sus clientes las contratasen con terceros, ni tampoco se benefició de ello, porque no realizó ni cobró tales trabajos, y sin que tampoco conste que hubiese colaborado en su realización, como pone de relieve el informe de la Inspección de Trabajo, por lo que no puede imputarse a la demandada Altrad una conducta que haya impedido o disminuido los efectos de la huelga, o menoscabado la posición negociadora de los RLT. Y en cuanto a que se hubiese manipulado el andamio colocado por Altrad en la empresa Dow, aparte de que no consta si esta actuación se produjo durante la huelga, no parece que Altrad pudiera oponerse a su desmontaje, ya que ella no podía llevarlo a cabo, y en todo caso no se ve en qué tal actuación pudiera perjudicar la posición negociadora de los RLT.

La apreciación que hace la sentencia recurrida sobre la supuesta vinculación de Altrad con sus empresas clientes es tan amplia que conduciría a consecuencias totalmente exorbitantes respecto de una adecuada protección del derecho de huelga, pues si se impidiese a los destinatarios de los trabajos, que no lo tengan prohibido por contrato, contratar con otras, llegaríamos a sostener, como señala en su informe el Fiscal de la Audiencia Nacional, que los consumidores habituales de un comercio no pudieran comprar en otro, en caso de huelga en el primero, o que, la empresa que tenga que realizar determinados trabajos no pudiera recurrir a otra empresa de servicios".

2. STS 23 enero 2017 (rec. 60/2016; subcontratistas de Telefónica).

La STS de 23 de enero de 2017 (rec. 60/2016; subcontratistas de Telefónica) contempla otro supuesto en el marco limitado de la pretensión de tutela del derecho de huelga y de libertad sindical. Se cuestiona si, convocada una huelga en varias empresas subcontratistas de Telefónica, operan para ésta los deberes de negociación que impone en situaciones de huelga el artículo 8.2 RDL 17/1977. La respuesta es negativa porque los trabajadores en huelga no pertenecen a la plantilla de Telefónica, sino a la de diferentes empresas que subcontratan con ella la actividad de provisión de servicios finales de telecomunicaciones. Recordemos su argumentación:

"Toda la regulación del derecho de huelga parte de la necesaria existencia de trabajadores que ejercitan ese derecho subjetivo aunque de manera colectiva frente a un empresario, tal y como se desprende con claridad de los artículos 3, 5, 7 y 8 del RDL 17/1977, de manera que si, como ocurre en el presente caso, esa vinculación entre la huelga convocada y llevada a cabo por los trabajadores de las empresas contratadas y subcontratadas por Telefónica en virtud de la ejecución de los denominados "contratos bucle" para la ejecución de servicios finales de telecomunicaciones, no existió, no cabe que se le exija que adopte una posición que resultaría ilegítima en la estructura del desarrollo del derecho de huelga, y particularmente en el artículo 8.2 del RDL 17/1977 que el recurrente denuncia como infringido por la sentencia recurrida".

3. STS 13 julio 2017 (rec. 25/2017; Indra y Vodafone).

La STS de 13 de julio de 2017 (rec. 25/2017; Indra y Vodafone), aunque en el ámbito de una impugnación de despido colectivo, aborda la reclamación sobre esquirolaje tecnológico. Descarta que haya vulneración del derecho de huelga, cuando en un supuesto de subcontratación, la empresa principal, contratante del servicio de telefonía (atención de llamadas telefónicas y resolución de averías), utiliza, como es habitual, un dispositivo automático para redistribuir entre los demás contratistas del servicio los requerimientos de llamadas cuando se producen picos de demanda. Con fundamento en la STC 17/2017 de 2 de febrero, se argumenta del siguiente modo:

"Ni la Constitución ni la jurisprudencia constitucional obligan a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la reivindicación, pues debe respetarse la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quisieran sumarse a la huelga; ni obligan al empresario a reducir la actividad empresarial más allá de lo que sea una consecuencia lógica del seguimiento de la huelga por los trabajadores afectados. El uso por los trabajadores que no secundan el paro de los medios técnicos de los que dispone la empresa no vulnera el citado derecho siempre que aquéllos no realicen funciones que son ajenas a su cargo para sustituir a los huelguistas. La protección constitucional del derecho a la huelga impone limitaciones al empresario, pero no le obliga -ni a él ni a los empleados que deciden ejercer su derecho a trabajar- a contribuir al éxito de la protesta. No puede exigirse al empresario "que no utilice medios técnicos con los que cuenta en la empresa", pues ello supone imponerle "una conducta de colaboración en la huelga no prevista legalmente".

4. Recapitulación.

En los asuntos examinados, al margen de que la cuestión debatida gira en torno a la vulneración o no del derecho de huelga y de que los tres pronunciamientos la descartan, hay una nota común. Los tres supuestos afrontan la subcontratación de bienes o servicios que (pertenecientes o no a la propia actividad de la principal) se producen entre empresas independientes entre sí que carecen de otro vínculo previo -salvo el contrato mercantil de subcontratación-. Son casos en los que el fenómeno de la descentralización productiva se produce libremente en el mercado y no en el seno de un grupo de sociedades.

Esta característica es clave para que las resoluciones examinadas entiendan que las relaciones interempresariales se limitan a la vertiente estrictamente mercantil, y no están condicionadas, en modo alguno, por estrategias conjuntas de producción, comerciales o de otro tipo. En esas condiciones, no existiendo ninguna especial vinculación, ni ningún otro tipo de circunstancia que a la empresa principal le obligara a respetar la huelga y, consecuentemente, a no contratar con otros las obras que ya tenía contratadas, su actuación encargando las tareas a un tercero, se rechaza la vulneración del derecho de huelga.

CUARTO.- Doctrina sobre huelga y subcontratación de servicios a empresas del grupo.

Puesto que ahora nos ocupa un desvío del auxilio productivo habitualmente prestado por empresa del mismo grupo, con los estrechos vínculos expuestos (origen finalidad, control dominical, práctica exclusividad) es evidente que posee enorme interés el examen de la doctrina sentada al hilo de supuestos con similitud fáctica.

1. Perfil del grupo mercantil.

Como venimos reiterando respecto del tratamiento de los denominados grupos de sociedades, el hecho de que varias empresas tengan vínculos entre sí, no determina directamente ningún efecto laboral. Inicialmente, cuando varias empresas pertenecen a un mismo grupo hay que considerar que cada una de ellas es independiente y, por tanto, cada una responde de las obligaciones que contraiga con sus propios trabajadores. "No es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores" (SSTS 21 diciembre 2000, rec. 1870/1999; 26 septiembre 2001, rec. 558/2001; 27 mayo 2013, rec. 78/2012; 12 julio 2017, rec. 278/2016; etc.).

Desde la perspectiva jurídico laboral, la organización grupal de varias empresas es una opción legítima que se ampara en el principio de libertad de empresa consagrado en el artículo 38 de la Constitución. Por tanto, el hecho de la existencia de un grupo de empresas organizado como tal en nada afecta a las relaciones laborales, conservando cada empresa las suyas propias y las responsabilidades que de ellas deriven, sin que se produzca comunicación de responsabilidades ni de obligaciones laborales (SSTS 26 diciembre 2001, rec. 139/2001; 23 enero 2002, rec. 1759/2001; etc.).

Por tanto, el concepto de grupo de empresas para el ordenamiento laboral es coincidente con el del resto del ordenamiento jurídico. Ello sin perjuicio de que, al igual que sucede en otras ramas del Derecho, la presencia de determinadas características (confusión de plantillas, intercomunicación de patrimonios...) lleve a los órganos judiciales a entender que el grupo puede ser considerado como el verdadero empresario y, en consecuencia, proceda a comunicar las responsabilidades entre sus integrantes (SSTS 22 septiembre 2014, rec. 314/2013; 24 febrero 2015, rec. 124/2015; 24 septiembre 2015, rec. 309/2014; etc.).

Ahora bien, una cosa es la comunicación de responsabilidades que deriva de la presencia de elementos adicionales a las relaciones societarias y mercantiles de las empresas del grupo -que en el presente caso no existen, tal como se admite pacíficamente por las partes- y otra bien distinta que la organización grupal -ciertamente legítima- pueda presentar ventajas de todo tipo (de funcionamiento, de gestión, fiscales...etc), alguna de las cuales se acrecienta cuando la configuración del grupo opera en el fenómeno de descentralización productiva, de suerte que los bienes o servicios que una determinada empresa sitúa en el mercado son producto de la coordinación de tareas entre las diversas empresas del grupo.

En estos casos, existe una cierta fragmentación de la actividad empresarial, de cuya legitimidad no cabe dudar, de modo que su actuación coordinada puede repercutir sobre algunos derechos de los trabajadores de cualquiera de las empresas del grupo. No hay comunicación de responsabilidades y cada empresa responde frente a sus propios trabajadores, pero sí existe una obligación conjunta de respeto de los derechos de los trabajadores, singularmente de los colectivos, alguna de las cuales se desprende directamente de las propias previsiones legales (como ocurre con el fenómeno de los convenios de grupos de empresas en los que pesa sobre todas sus integrantes la obligación de respeto de los derechos de negociación colectiva o libertad sindical, en su caso, y las que pudieran derivar del ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores para presionar sobre la negociación del convenio, por ejemplo). También sucede, en otras circunstancias, con el ejercicio del derecho a la huelga en empresas vinculadas por fenómenos de descentralización productiva, en el que pesa sobre el grupo que funciona como una organización productiva y/o comercial, cuanto menos, el deber de respeto y no injerencia en el derecho fundamental que ejerza cualquier colectivo de trabajadores de empresas pertenecientes al grupo; deber que enlaza sin dificultad de las indudables ventajas productivas y de todo orden que se desprenden de este tipo de vinculación grupal.

2. LaSTS 11 febrero 2015 (rec. 95/2014; PRISA, Pressprint).

La STS 11 febrero de 2015 (rec. 95/2014; PRISA, Pressprint) aborda un supuesto muy parecido al que nos ocupa, además de que la sentencia recurrida la configura como causa de su cambio de criterio y resolución desfavorable hacia las mercantiles recurrentes.

En tal caso aparecen varias empresas integradas en un mismo grupo. Existe una relación mercantil por la que algunas de ellas se dedican a la edición de diarios y otra ejecuta una fase de la actividad del ciclo productivo de las primeras, la impresión, de forma que cuando éstas contratan con terceras empresas la misma actividad durante los días de huelga convocada en aquella empresa, se discute si vulneran o no el derecho de huelga.

Nuestra sentencia concluye que se da tal vulneración, porque a través de este procedimiento se vacía el derecho de huelga de los trabajadores. La huelga se vuelve ineficaz en su vertiente de manifestación del problema a la opinión pública por cuanto los bienes y servicios que el grupo pone en el mercado -en este caso, las publicaciones periódicas- llegan a los consumidores sin ninguna dificultad y en las mismas condiciones que si no hubiera habido huelga, sin que los usuarios y la opinión pública conozcan la propia existencia del conflicto.

Nuestra sentencia se fundamenta en pronunciamientos del Tribunal Constitucional que han ido perfilando el contenido del derecho y el alcance de la aludida regulación preconstitucional que lo desarrolla (RDL 17/77). Así, la STC 123/1992, de 28 de septiembre razona que "El derecho de huelga, que hemos calificado ya como subjetivo por su contenido y fundamental por su configuración constitucional, goza además de una singular preeminencia por su más intensa

protección. En efecto, la Constitución reconoce en su art. 37 el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo, pero desgaja de este marco general una de ellas, la huelga, para colocarlo en lugar preferente, el art. 28, confiriéndole -como a todos los de su grupo- una mayor consistencia que se refleja en el mayor rango exigible para la Ley que lo regule y en la más completa tutela jurisdiccional, con un cauce procesal ad hoc en la vía judicial ordinaria y el recurso de amparo ante nosotros (arts. 53 , 81 y 161 C.E .). La preeminencia de este derecho produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial. Tal sucede con la potestad directiva del empresario, regulada en el art. 20 del Estatuto de los Trabajadores".

En cuanto al alcance del derecho de huelga, la STC 33/2011, de 28 de marzo ha señalado lo siguiente: "Por otra parte, como dijéramos en la decisiva STC 11/1981, de 8 de abril, que ha inspirado de forma continua los pronunciamientos posteriores de este Tribunal en la materia: la huelga se consagra como un derecho constitucional, lo que es coherente con la idea del Estado social y democrático de Derecho establecido por el art. 1.1 de la Constitución , que entre otras significaciones tiene la de legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes, y entre los que se cuenta el de otorgar reconocimiento constitucional a un instrumento de presión que la experiencia secular ha mostrado ser necesario para la afirmación de los intereses de los trabajadores en los conflictos socioeconómicos, conflictos que el Estado social no puede excluir, pero a los que sí puede y debe proporcionar los adecuados cauces institucionales; lo es también con el derecho reconocido a los sindicatos en el art. 7 CE, ya que un sindicato sin derecho al ejercicio de la huelga quedaría, en una sociedad democrática, vaciado prácticamente de contenido; y lo es, en fin, con la promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y grupos sociales sean reales y efectivas (art. 9.2 CE)".

También se refiere nuestra sentencia a la STC 75/2010, de 19 de octubre que señaló que "cuando de la tutela de los derechos fundamentales se trata, este Tribunal ha de garantizar dicha tutela sin que puedan existir espacios inmunes a la vigencia de los derechos fundamentales. Si a través de la técnica de la subcontratación se posibilita que trabajadores externos contratados por una empresa contratista se vinculen directamente a la actividad productiva de una empresa principal e, incluso, que la propia duración de su contrato de trabajo se haga depender directamente de la vigencia del contrato mercantil que vincula a ambas empresas, determinando, en virtud de todo ello, que la efectividad de los derechos de los trabajadores pueda verse afectada no sólo por la actuación del contratista sino también por la del empresario principal, del mismo modo habrá de salvaguardarse que en el ámbito de esas actuaciones los derechos fundamentales de los trabajadores no sean vulnerados. Pues no sería admisible que en los procesos de descentralización productiva los trabajadores carecieran de los instrumentos de garantía y tutela de sus derechos fundamentales con que cuentan en los supuestos de actividad no descentralizada, ante actuaciones empresariales lesivas de los mismos...este Tribunal ha declarado ya en diversas ocasiones que los derechos fundamentales de un trabajador pueden ser vulnerados por quien no es su empresario en la relación laboral pero interviene o interactúa con él "en conexión directa con la relación laboral" (STC 250/2007)".

Tras una detenida exposición, la STS concluye que si bien es cierto que dichas entidades mercantiles (en referencia a las restantes sociedades del grupo, en donde no se había convocado huelga) no mantienen relación laboral directa con los trabajadores huelguistas, no es menos cierto que la actuación de dichas empresas, consistente en contratar con entidades terceras la impresión de sus publicaciones durante los días en que los trabajadores de PRESSPINT estuvieron de huelga, incidió seriamente en los efectos y repercusión de la huelga. Dado que los diarios salieron con normalidad, se produjo "un vaciamiento del contenido del derecho de huelga, o una aminoración de la presión asociada a su ejercicio. Recordemos su argumentación:

"Ninguna duda cabe de que el hecho de la normal aparición durante los días de huelga de los diarios editados por las demandadas priva de repercusión apreciable a la huelga, arrebatándole su

finalidad de medio de presión y de exteriorización de los efectos de la huelga al presentar una apariencia de normalidad contraria al derecho de huelga. En efecto, además de ser un medio de presión de los trabajadores para la defensa de sus intereses legítimos, la huelga tiene una vertiente externa, a saber, la de exteriorización de los efectos que produce, haciendo visible a los ciudadanos la perturbación que provoca, máxime en una actividad como la ejercida por las empresas demandadas. Ambas finalidades han sido cercenadas por las demandadas con la contratación de empresas ajenas a PRESSPRINT SL para la impresión de sus diarios durante los días de huelga.... En todo caso conviene recordar que la relación existente entre las codemandadas y PRESSPRINT SL no es una mera relación mercantil en la que unas empresas, cuya actividad es la edición de diarios contratan con otra, PRESSPRINT SL, 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. ... Tomando en consideración que el nacimiento de EDICIONES EL PAÍS SL y PRESSPRINT SL obedecen a un fenómeno de descentralización o externalización productiva, la realización por PRESSPRINT SL de la impresión de los periódicos no es sino la ejecución de parte del ciclo productivo de las empresas editoras, ahora externalizado. Dicha actividad comporta que entre las empresas editoras y la empresa dedicada a la impresión haya de formalizarse un contrato mercantil, que supone la existencia de unas empresas principales -las empresas editoras ahora demandadas-, y una empresa contratada, PRESSPRINT SL, para la ejecución de una fase del ciclo productivo de las empresas principales. Hay, por tanto, una especial vinculación entre los trabajadores huelguistas que prestan sus servicios en la empresa contratista - PRESSPRINT SL- y las empresas principales -EDICIONES EL PAÍS SL, DIARIO AS SL, ESTRUCTURA GRUPO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS SA-ya que están vinculados directamente a la actividad productiva de dichas empresas por ser las destinatarias últimas de su actividad laboral. Por dicho motivo la efectividad de sus derechos fundamentales, entre ellos el derecho de huelga, puede verse afectado por la actuación de los empresarios principales y, en consecuencia, habrán de ser protegidos frente a estas posibles actuaciones vulneradoras del derecho de huelga, ya que en caso contrario se produciría una situación de desamparo de los trabajadores".

3.STS 20 abril 2015 (rec. 354/2014; Coca Cola).

A la misma conclusión de considerar lesionado el derecho de huelga llega nuestra STS 20 abril 2015 (rec. 354/2014; Coca Cola). Afronta un supuesto en el que se utiliza el trabajo de otras empresas del grupo (en este caso, de alcance pleno y empresario real) para suplir la falta de producción de los trabajadores en huelga, con fundamento en el dato de que al artículo 28.2 CE se vulneró a través de la indirecta modalidad de utilización del trabajo de otros empleados para suplir la ausencia de producción en la embotelladora en huelga. Esa conducta sería imputable al grupo laboral constituido por los demandados en ese proceso, y desde luego con ella se intentó eliminar, minimizar o paliar el efecto de la huelga, lo que constituye, como se ha dicho una vulneración de ese derecho constitucional.

QUINTO.- Resolución.

1 . A la vista de cuanto antecede hemos de resolver este litigio en el mismo sentido que lo hace la sentencia recurrida, puesto que se basa, precisamente y de modo decisivo, en la doctrina sentada por nuestra STS 11 febrero de 2015 (rec. 95/2014; PRISA, Pressprint), que acabamos de recordar de modo detallado y que presenta enormes similitudes.

No solo eso, sino que la sentencia de contraste (afectando a las mismas empresas del grupo Vocento en una huelga anterior en el año 2013) basa su argumentación contraria a la lesión del derecho de huelga en la SAN 29 julio 2013. Se trata de la sentencia dictada en instancia para resolver el caso del Grupo Prisa, casada y anulada por la STS 11 febrero 2015. Es decir, la sentencia de contraste posee como piedra angular una argumentación que hemos desautorizado de manera expresa.

La aplicación de todo ello al supuesto que examinamos en este recurso, a la vista de los hechos declarados probados, conduce a considerar que sí se ha producido la vulneración del derecho de

huelga apreciada por la sentencia recurrida. En efecto, en el seno de un grupo empresarial, ante la huelga planteada en una de las empresas de dicho grupo, precisamente la que se encarga de la impresión de las publicaciones, se acude a la contratación externa de las actividades en cuestión.

2. Ninguna duda cabe que la intención de los huelguistas con la utilización del derecho fundamental era presionar a su empresa, entendiéndose como fundamental la evitación de que las publicaciones pudieran aparecer con normalidad, trasladando a los consumidores y a la opinión pública su visión del conflicto existente. En esas condiciones, la radical alteración de las dinámicas de funcionamiento coordinado de las empresas del grupo, producida directamente como consecuencia de la convocatoria de huelga, vació de contenido, en parte, el derecho fundamental a la huelga privándole de la repercusión externa de la misma a través de una puntual modificación de los procesos productivos imperantes en el grupo empresarial.

No hay que olvidar que, según consta expresamente, en los hechos probados: a) Andaluprint se crea por segregación de la actividad de impresión que venía realizando la propia editora del periódico. b) Al diseñarse esa operación se pacta el respeto a los derechos de los trabajadores afectados por el cambio del empleador. c) Para justificar el acudimiento a terceras empresas durante la huelga se invoca el tenor de un pacto mercantil, suscrito entre las dos empresas del grupo. d) ABC posee la totalidad del capital social de la empresa en huelga. e) Andaluprint está dedicada casi en exclusiva a las tareas de impresión en favor de ABC o de otras empresas del Grupo Vocento. f) Aunque la huelga se desencadena por la intención de proceder a un despido colectivo y el mismo finaliza con acuerdo, no consta acuerdo alguno sobre las consecuencias de la huelga desarrollada.

3. Estas circunstancias constituyen indicios más que suficientes para la aplicación de la doctrina anteriormente transcrita, ya que no cabe duda de la conexión entre el derecho fundamental ejercitado y la propia existencia del grupo empresarial, sin que por las empresas demandadas se haya aportado una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas, que acaban vulnerando el derecho fundamental en cuestión.

4. Excede a nuestra competencia el examen de eventuales vulneraciones (presunción de inocencia, libertad de empresa) respecto de las cuales nada se expone en la sentencia de contraste y el debate de suplicación no contempla, por más que ahora se invoque la legítima voluntad de acudir al Tribunal Constitucional en su defensa.

5.- Por todo ello, oído el informe del Ministerio Fiscal, se impone la confirmación de la sentencia recurrida, que contiene la buena doctrina, y la consiguiente desestimación del recurso.

Procede la condena en costas a la parte recurrente, según lo establecido en el art. 235.1 LRJS, ordenando la pérdida de depósitos y consignaciones efectuadas para recurrir con imposición de costas a las entidades recurrentes.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

:

1.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Andaluprint S.L., representada y asistida por el Abogado D. Pedro Arriola Turpín.

2.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por ABC Sevilla S.L.U., representada y asistida por la Abogada D^a. María Enriqueta Artillo Pabón.

3.- Declarar la firmeza de la sentencia 28/2017 de 11 de enero (rec. 3206/2016), dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), que resolvió el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de Sevilla (autos 178/2015) en fecha 28 de julio de 2015, sobre Tutela de Derechos Fundamentales.

4.- Ordenar la pérdida de los depósitos y consignaciones efectuadas para recurrir a las que se dará el destino legal.

5.- Condenar en costas a las empresas recurrentes.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.