



UNIVERSIDAD  
COMPLUTENSE  
MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

MÁSTER DE ACCESO A LA ABOGACÍA

PROTECCIÓN DEL DERECHO  
FUNDAMENTAL A LA HUELGA:  
DE LA VULNERACIÓN AL TEDH. CLAVES  
PRÁCTICAS

---

**María del Mar Imaz Montes**

Tribunal evaluador compuesto por:

Dr. Ignacio Blasco Lozano

Dr. José María Coello de Portugal

Dra. Covadonga Ferrer Martín de Vidales

Calificación 10 Matrícula de Honor

Tutor Dr. Ignacio García Vitoria

Trabajo Fin de Máster

Convocatoria Febrero 2020

A Almudena Llamazares Méndez y José Manuel Mesa Durán  
(Asesoría Jurídica U. C. Oviedo de Comisiones Obreras Asturias).

Gracias por tanto aprendizaje, paciencia y cariño.

## **Resumen**

La huelga (art. 28.2 CE) se erige como un Derecho Fundamental imprescindible dentro del Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), en conexión a la igualdad real y efectiva (art. 9.2 CE) dentro de una relación tan asimétrica como es la laboral entre empleadores y empleados. Ilustrado mediante un caso real donde se denuncian acontecimientos constitutivos del denominado esquirolaje interno, puede apreciarse el recorrido procesal de una vulneración de este derecho desde la interposición de demanda ante el juzgado de lo social competente hasta su trascendencia al plano internacional mediante el sistema de Estrasburgo.

## **Palabras clave**

Derechos Fundamentales – Huelga – Esquirolaje – Recurso de amparo – Tribunal Europeo de Derechos Humanos

## ÍNDICE

<i>Materia</i>	<i>Páginas</i>
1.- Introducción .....	1 - 2
2.- Planteamiento del caso objeto de estudio e introducción a la teoría del amparo constitucional .....	2 - 8
3.- Agotamiento de la vía judicial .....	8 - 12
4.- Especial trascendencia constitucional .....	12 - 14
5.- Afectación del Derecho .....	15 - 20
6.- Proporcionalidad de la medida tomada .....	20 - 25
7.- Última oportunidad: TEDH .....	25 - 32
8.- Conclusiones .....	32 - 35
9.- Bibliografía .....	35 - 37
10.- Índice Jurisprudencial .....	37 - 40
Anexo I.- Iter procesal del asunto .....	41

## ABREVIATURAS

Art	Artículo
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
BOCG	Boletín Oficial de Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
Cap	Capítulo
CE	Constitución Española
ET	Estatuto de los Trabajadores
ETT	Empresa de trabajo temporal
FJ	Fundamento Jurídico
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOREG	Ley Orgánica del Régimen Electoral General
LOTC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LRJS	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
Pág	Página
RD	Real Decreto
RDLRT	Real Decreto Ley sobre Relaciones de Trabajo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de los Derechos Humanos
TRLISOS	Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social

TS

TSJ

Tribunal Supremo

Tribunal Superior de Justicia

## 1.- INTRODUCCIÓN

El presente desarrollo se enmarca en la actividad de Trabajo Fin de Máster correspondiente a la titulación habilitante para el acceso a la profesión de abogado (promoción 2018- 2020). A propuesta del Departamento de Derecho Constitucional y en la búsqueda de un enfoque más práctico dadas las características del propio máster, reviste la forma de informe técnico centrado en el análisis de la viabilidad de recurrir ante el Tribunal Constitucional, y secundariamente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una sentencia donde se entiende que ha habido vulneración de derechos fundamentales.

Fueron propuestas una serie de sentencias variadas (de los órdenes contencioso-administrativo, penal, civil y social), aunque se dio total flexibilidad para elegir otra que fuera de interés. En este caso, con ayuda del tutor, se termina optando por abordar una **sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Palma de Mallorca (Sentencia nº 100/2019, de 13 de marzo)** donde se deniega la lesión del derecho a huelga.

Una vez planteado el caso, se desarrollará brevemente la teoría del recurso de amparo para posteriormente analizar los requisitos principales del mismo, poniendo especial énfasis en el agotamiento de la vía judicial como premisa indispensable para acceder al Tribunal Constitucional, así como el desarrollo del concepto de especial trascendencia constitucional. Seguidamente, se aplicará el planteamiento teórico previo al caso objeto de estudio, y se continuará analizando afectación del derecho vulnerado, así como la proporcionalidad de la medida empresarial tomada.

Por último se valorará la posibilidad y requisitos para elevar el asunto ante el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, para finalizar con unas sucintas conclusiones.

La bibliografía que sustenta el siguiente desarrollo ha versado principalmente en manuales de derecho procesal laboral así como de justicia constitucional (a este respecto, el volumen de Pablo Pérez Tremps de manera protagonista). Respecto al ámbito sustantivo, aunque se han consultado manuales de derecho del trabajo para fundamentar la dimensión del derecho a la huelga, la metodología principal ha consistido en lectura de artículos doctrinales de actualidad y manejo de jurisprudencia constitucional, en la búsqueda de un enfoque lo más práctico y conectado a la realidad jurídica posible.

Con todo ello, se terminará concluyendo que efectivamente cabe la posibilidad de cumplir todos los requisitos para interponer un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, con una viabilidad moderadamente optimista. Igualmente, de ser la vulneración en cuestión desestimada por el Alto Tribunal, también será posible elevar el asunto más allá de las fronteras nacionales para que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos emita su opinión.

## **2.- PLANTEAMIENTO DEL CASO OBJETO DE ESTUDIO E INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA DEL AMPARO CONSTITUCIONAL**

Como se ha adelantado, es objeto de este trabajo abordar un caso concreto donde se entiende la existencia de vulneración de derecho fundamental durante una jornada de huelga del personal de tierra del aeropuerto de Palma de Mallorca, resuelto por sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de dicha ciudad (100/2019, de 13 de marzo) en base al siguiente desarrollo:

En el contexto de una jornada de huelga (12 de abril de 2019), debidamente convocada y cuyos servicios mínimos habían sido fijados en el 58% de cada compañía en rutas extranjeras, aeronaves exclusivas de carga destinadas al transporte de correo postal y productos perecederos, y las operaciones técnicas necesarias para la realización efectiva de los servicios de transporte aéreo esenciales, los operadas entre jornadas de huelga y los posteriores a su finalización.

Llegado el día de la huelga, se les notifica por escrito a varios trabajadores que componían los servicios mínimos, algunos de ellos contratados a tiempo parcial, la orden de prolongar su jornada en concepto de horas perentorias por desplazamiento del tráfico aéreo. Se entiende por “horas perentorias” en el sector servicios de asistencia en tierra de los aeropuertos aquellas originadas por “la impuntualidad de las aeronaves, relevo de turnos, ausencias imprevistas, servicios o reparaciones urgentes u otras circunstancias siempre excepcionales y de obligada atención que no puedan ser suplidas con otro



personal"<sup>1</sup>, teniendo siempre el carácter de obligatorias, tal y como reza el convenio colectivo de aplicación (Convenio colectivo de empresa de Acciona Airport Services, SA). En este caso, se había producido un fallo en el sistema Radar que originó cancelaciones y retrasos en los vuelos, tanto de salida (104 vuelos) como de llegada (48 vuelos). Además, algunos trabajadores que no pertenecían a los servicios mínimos realizaron entre una y tres horas extraordinarias ese día, en atención a la misma incidencia.

Entiende la parte demandante que los anteriores hechos constituyen una vulneración del derecho fundamental a la huelga, así mismo la Inspección de Trabajo y Seguridad Social levantó acta de infracción respecto a la realización de dichas horas por parte de los trabajadores a tiempo parcial (en relación a la prohibición de realizar horas extraordinarias que tienen estos trabajadores según art. 12.4.c ET), no obstante no apreció gravedad suficiente como para encuadrar el comportamiento empresarial en una infracción del art. 8.10 TRLISOS pues no se utilizaron trabajadores no vinculados al centro de trabajo para cubrir las ausencias de los huelguistas.

Por otra parte, se señala el tenor literal del Convenio colectivo de aplicación (art. 36) que equipara en obligatoriedad las horas extraordinarias originadas por fuerza mayor con la de las denominadas horas perentorias.

A raíz del fallo en el sistema de control se produce el aprovechamiento de dichas horas, no obstante precisamente debido a este hecho que originó numerosas impuntualidades, fueron atendidos muchos más vuelos de los que inicialmente se había programado en la resolución del Ministerio de Fomento sobre los servicios públicos esenciales para la comunidad, y la fijación de servicios mínimos quedó en parte vacía de contenido.

En este contexto se inicia el correspondiente proceso de tutela de los derechos fundamentales (arts 177 a 184 LRJS) ante el juzgado competente. Cabe destacar que se trata de una modalidad procesal especial, de carácter preferente, urgente y sumario (plazo de prescripción para el ejercicio de la acción de un año desde que se produjo la vulneración), al que no se exige conciliación administrativa previa (art. 64.1 LRJS).

---

<sup>1</sup> Art. 25 de la Resolución de 7 de noviembre de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo de Acciona Airport Services, SA. BOE nº 281, de 20 de noviembre de 2014.

Tal y como prevé el art 181.2 LRJS, una vez justificada indiciariamente la comisión de una vulneración de derecho fundamental o libertad pública, el demandado deberá aportar una justificación objetiva y razonable suficientemente probada de las medidas llevadas a cabo y su proporcionalidad. Sobre esta discusión versará principalmente el acto del juicio.

Pese a lo expuesto, no aprecia el juzgador de instancia ninguna desproporción en la medida adoptada al entender que el gran número de trabajadores reclamados fue debido a que no todos realizaban las mismas funciones y que, en conjunto, todas ellas resultaban necesarias para mantener operativa la compañía y, en atención a la singularidad de la situación, optó por desestimar la demanda interpuesta.

Visto lo anterior surge la cuestión: **¿Es posible recurrir al Tribunal Constitucional?** Y en caso afirmativo, ¿Qué premisas habrían de cumplirse? Para responder a esto, es necesario esbozar una pequeña visión general de la teoría del amparo constitucional:

El recurso de amparo es un recurso extraordinario mediante el cual se solicita la tutela de un derecho fundamental cuando se considera que éste ha sido lesionado. Si bien el Tribunal Supremo es el órgano clave de interpretación de la jurisdicción española, se excepciona en materia constitucional, pues en ese caso le compete en última instancia al Tribunal Constitucional<sup>2</sup>, su regulación específica puede encontrarse principalmente en el título III LOTC bajo la rúbrica “Del recurso de amparo constitucional” si bien ésta se complementa con otras leyes y acuerdos del Pleno del propio Tribunal en ejercicio de la competencia atribuida por art 2.2 LOTC. Ello viene justificado por la especial necesidad de protección que gozan los derechos fundamentales (su vulneración pone en marcha el acceso al mismo), inspirado en el modelo alemán donde el Tribunal Constitucional controla la constitucionalidad de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

El recurso de amparo es de carácter subsidiario y busca la reparación de lesiones actuales de derechos fundamentales no resarcidas en vía ordinaria (no supuestos hipotéticos o futuros), se erige como la garantía última de los derechos y libertades fundamentales constitucionalmente reconocidos (art 53.2 CE), aunque posee una doble dimensión que

---

<sup>2</sup> Art. 53 LOPJ y art. 161.1.b CE

supera la garantía concreta e individual, en cuanto se adentra en la interpretación constitucional de tales derechos (STC 69/1997, FJ 4).

Son susceptibles de amparo los derechos y libertades recogidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución española, así como la objeción de conciencia del artículo 30 del mismo texto legal, tal y como recoge la propia Ley Orgánica del Tribunal Constitucional<sup>3</sup>. Mayoritariamente se trata de los derechos conocidos como “libertades públicas”, “derechos de primera generación que garantizan un ámbito de libertad al individuo frente a posibles intervenciones de terceros, especialmente de los poderes públicos”<sup>4</sup>, así se desprende del art 41.2 LOTC: “El recurso de amparo constitucional protege... frente a las violaciones de derechos y libertades... originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funciones o agentes.”

Existen dos modelos de recurso de amparo:

- Recurso de amparo subjetivo. Aquel que parece derivarse de la lectura literal de la Constitución española, mecanismo para reparar las vulneraciones de derechos fundamentales.
- Recurso de amparo objetivo. El modelo empleado en Estados Unidos ante su Tribunal Supremo que no busca tanto resolver el caso particular sino sentar una doctrina para que posteriormente sea resuelto acorde a ella, es más bien un dictamen a partir del cual se crea un precedente que funciona como marco académico.

En la primera sentencia del Tribunal Constitucional español, ya se decía que la finalidad fundamental del mismo era subjetiva, aunque las dos dimensiones de protección de los derechos susceptibles de amparo han estado presentes en la configuración del mismo. En esta línea, la STC 1/1981 reza lo siguiente *“La finalidad esencial del recurso de amparo es la protección, en sede constitucional, de los derechos y libertades que hemos dicho, cuando las vías ordinarias de protección han resultado insatisfactorias. Junto a este designio, proclamado en el art. 53.2, aparece también el de la defensa objetiva de la*

---

<sup>3</sup> Art 41 LO 2/1979, de 3 de octubre

<sup>4</sup> P. Pérez Tremps: “Sistema de...”. op. cit., p. 22.

*Constitución, sirviendo de este modo la acción de amparo a un fin que trasciende de lo singular”.*

Debe tenerse en cuenta que la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, viene a cambiar el recurso de amparo en un momento de gran litigiosidad (unos doce mil recursos de amparo) que estaba relegando otras funciones del Tribunal como las cuestiones de inconstitucionalidad a un segundo plano<sup>5</sup>, por lo que en cierto modo restringe más el acceso a esta modalidad extraordinaria de recurso exigiendo no solo la lesión de un derecho fundamental (amparo subjetivo) sino también una especial trascendencia constitucional<sup>6</sup> del asunto (amparo objetivo, dimensión a la cual queda supeditada la anterior), a la vez que se amplía el incidente de nulidad de actuaciones buscando que la jurisdicción ordinaria absorba más conflictos.

Son actos recurribles todas las violaciones de derechos fundamentales por parte de todos los poderes públicos, en función al origen de la misma se estará ante uno u otro tipo de amparo:

- Amparo parlamentario (art 42 LOTC): Vulneraciones por parte de las decisiones o actos sin valor de Ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos. Plazo de interposición de tres días desde que son firmes
- Amparo administrativo (art 43 LOTC): Vulneraciones por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las comunidades autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes. Plazo de interposición de veinte días desde la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial previo.
- Amparo judicial (art 44 LOTC): Vulneración de origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial. Plazo de treinta días a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial.

---

<sup>5</sup> “El número de solicitudes de amparo y el procedimiento legalmente previsto para su tramitación son las causas que explican la sobrecarga que en la actualidad sufre el Tribunal a la hora de resolver estos procedimientos de garantía de los derechos fundamentales. Por esta razón, las reformas que se abordan van dirigidas a dotar al amparo de una nueva configuración que resulte más eficaz y eficiente para cumplir los objetivos constitucionalmente previstos para esta institución” (LO 6/2007, de 24 de mayo, exposición de motivos).

<sup>6</sup> Art. 50.1.b LOTC

- Amparo mixto: imputación de vulneraciones autónomas de distinto origen, por lo general de la Administración Pública y del órgano judicial. Plazo de treinta días.
- Amparo electoral: Casos de candidatos excluidos y los representantes de las candidaturas proclamadas o cuya proclamación hubiera sido denegada (art 49 LOREG).

Como requisitos generales cabe reseñar que podrá interponerse por toda persona natural o jurídica<sup>7</sup> que tenga un interés legítimo<sup>8</sup> en el asunto<sup>9</sup>, así como el Ministerio Fiscal y el Defensor del Pueblo<sup>10</sup> (art 162.b CE), y requerirá siempre de la asistencia de abogado y procurador cuyos honorarios serán el único coste del proceso al margen de posibles costas por posiciones no fundadas o temeridad. Por último, señalar que cabe la posibilidad de que el Abogado del Estado se persone (art 52 LOTC) en caso de existir interés de la Administración Pública.

La admisión de la demanda de amparo se producirá únicamente cuando concurran los siguientes requisitos:

- a) Cumplimiento de lo dispuesto sobre la procedencia e interposición del recurso de amparo (LOTC art.41 a 46) y sobre los requisitos de la demanda y documentos que la acompañen (LOTC art.49), simultáneamente
- b) Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal por su especial trascendencia constitucional.

El control de admisión se sustenta en un sistema en que el recurrente debe alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal en razón de su especial trascendencia constitucional, dada su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución; trayendo así consigo,

---

<sup>7</sup> En la medida en que sea titular de derechos fundamentales

<sup>8</sup> El propio tribunal se ha encargado de clarificar el concepto de “interés legítimo” (STC 298/2006, FJ 4, entre otras) como una categoría más amplia que la de derecho subjetivo y la de interés directo pero que no puede confundirse con el concepto más restrictivo de titularidad personal del derecho fundamental o libertad pública cuyo amparo se solicita, sino que concurre en toda aquella persona cuyo círculo jurídico puede resultar afectado por la violación de un derecho fundamental, aunque ésta no se haya producido directamente en su contra.

<sup>9</sup> Congruentemente con el principio de subsidiariedad del recurso de amparo, podrá ser instado por quienes hayan sido parte en el correspondiente proceso judicial previo ante los jueces y tribunales ordinarios (STC 84/2000, FJ 1), sin perjuicio de que cualquier persona que hubiera sido favorecida por el acto u ostente interés legítimo en el pleito pueda comparecer como demandado o coadyuvante.

<sup>10</sup> Puede encontrarse su justificación en la función de garantía de los derechos y libertades que cumplen ambas instituciones, no obstante su papel al respecto es de carácter bastante residual y normalmente su legitimación se supedita a una inacción del damnificado.

en definitiva, “una inversión del juicio de admisibilidad, ya que se pasa de comprobar la inexistencia de causas de inadmisión a la verificación de la existencia de una relevancia constitucional en el recurso de amparo formulado”.<sup>11</sup>

### 3.- AGOTAMIENTO DE LA VÍA JUDICIAL

Tal y como se ha adelantado al enunciar los rasgos generales del recurso de amparo, se trata de un recurso de carácter subsidiario, por ello el agotamiento de la vía judicial ordinaria con carácter previo a su interposición es un requisito imperativo, así como, obviamente, haber sido parte en dicho proceso (tan solo aplicable a quien razonablemente pudo ser parte en éste)<sup>12</sup> y haber invocado la violación del derecho fundamental en el mismo.

Resulta especialmente importante desarrollar las acciones y recursos que deben agotarse como núcleo de este apartado. Habrá que estar a lo que disponga la legislación procesal del momento, es decir, no es posible formular una regla general inamovible al respecto, “pues la determinación de qué remedios procesales son pertinentes en cada caso concreto es una cuestión de legalidad ordinaria que corresponde decidir a los órganos de la jurisdicción ordinaria, de modo que la fiscalización por la jurisdicción constitucional del agotamiento de la vía judicial, en cuanto requisito previo a la interposición del recurso de amparo, no habilita al Tribunal Constitucional para suplantar a los órganos de la jurisdicción ordinaria en la interpretación de la legalidad procesal”. Por ello, ha concluido la doctrina, “en la evaluación del cumplimiento del requisito del agotamiento de la vía judicial, **no se trata de establecer con total precisión si un recurso es o no procedente, sino de decidir si era razonablemente exigible su interposición**”<sup>13</sup>.

Si bien debe tenerse presente en todo momento la formulación del **incidente de nulidad de actuaciones**<sup>14</sup> para los casos en que la vulneración del derecho fundamental en

---

<sup>11</sup> STC 155/2009

<sup>12</sup> De este modo, es posible una legitimación para recurrir en amparo de quienes sin haber sido parte en el proceso invoquen un interés legítimo en el asunto a debatir.

<sup>13</sup> STC 11/2011, FJ 3.

<sup>14</sup> Introducido por LO 6/2007, que modifica el art 241.1 LOPJ.

cuestión no hubiera podido ser denunciada antes de caer la resolución que pone fin al proceso ordinario previo<sup>15</sup>, y que la misma no sea recurrible ni ordinaria ni extraordinariamente, es decir, este paso hacia el recurso de amparo solamente sería necesario cuando la vulneración que se denuncia ha operado por la última resolución que cierra la vía judicial<sup>16</sup>. Este requisito, contenido en el art 44.1.a LOTC, responde según la propia doctrina del Tribunal Constitucional, a la finalidad de preservar el carácter subsidiario del recurso de amparo, evitando que el acceso a la jurisdicción constitucional se produzca *per saltum*, es decir, sin brindar a los órganos judiciales la oportunidad de pronunciarse y, en su caso, remediar la lesión invocada como fundamento del recurso de amparo constitucional<sup>17</sup>.

Llegado ese punto de inexistencia de recurso ordinario o extraordinario, no será exigible ningún otro requisito procesal además del incidente de nulidad de actuaciones, pues de otro modo se trataría de supuestos imposibles que dejarían al recurrente en una posición de indefensión absoluta, y siguiendo la doctrina del propio Tribunal Constitucional, solo debe exigirse haber utilizado los recursos que manifiestamente procedan y sean útiles para la defensa de su derecho y estando exentos de su planteamiento en casos de duda razonable sobre la procedencia del mismo<sup>18</sup>, aunque en caso de plantearse y ser inadmitidos no puede penalizarse al sujeto activo alegando el trascurso del plazo para recurrir en amparo<sup>19</sup>. Supuesto distinto sería la interposición con afán dilatorio de recursos manifiestamente improcedentes, en cuyo caso puede llegar a producirse la inadmisión de la demanda de amparo por extemporaneidad de la misma<sup>20</sup>.

Por último, aunque si bien no afecta al asunto objeto de estudio, debe apuntarse la necesidad de atender a la naturaleza de la lesión recurrida para optar por cualquier mecanismo procesal que el ordenamiento ofrezca para reparar la lesión en vía ordinaria, por ejemplo en los casos de una vulneración debida a una pretendida falta de

---

<sup>15</sup> ATC 200/2010.

<sup>16</sup> STC 216/2013, FJ 2.

<sup>17</sup> SSTC 42/2010, de 26 de julio, 91/2010, de 15 de noviembre, y 12/2011, de 28 de febrero, entre otras.

<sup>18</sup> STC 11/2011, FJ 4, “el presupuesto procesal del agotamiento no puede configurarse como la exigencia de interponer cuantos recursos fueren imaginables, incluso aquellos de dudosa viabilidad. El agotamiento queda cumplido con la utilización de aquéllos que razonablemente puedan ser considerados como pertinentes sin necesidad de complejos análisis jurídicos”.

<sup>19</sup> STC 131/2004, FJ 2

<sup>20</sup> STC 69/2003, FJ 11

imparcialidad del tribunal habrá que formular con carácter previo un incidente de recusación<sup>21</sup>.

Cabe destacar que durante este proceso previo no basta una mera mención formal del derecho fundamental vulnerado, sino que es vital que la cuestión a debatir ante el Tribunal Constitucional haya sido objeto de discusión efectiva ante los órganos judiciales tan pronto como hubo ocasión para ello (y solo exigible cuando haya habido dicha ocasión)<sup>22</sup>.

En el asunto objeto de estudio, la Sentencia 100/2019 de 13 de marzo del Juzgado de lo Social de Palma de Mallorca, será de aplicación el sistema de recursos vigente en el orden social:

En primer lugar, será necesario presentar un **recurso de Suplicación**. Este recurso extraordinario, de carácter devolutivo, será resuelto por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares en atención al art 191.3.f de la LRJS: “Procederá en todo caso la suplicación.... f) *Contra las sentencias dictadas en materias de conflictos colectivos, impugnación de convenios colectivos, impugnación de los estatutos de los sindicatos, procedimientos de oficio y tutela de derechos fundamentales y libertades públicas*”. Debe presentarse anuncio del recurso (art 194.1 LRJS) en el plazo de cinco días siguientes a la notificación de la sentencia (en el sistema digital Lexnet, se tendrá por notificada el día de su apertura o pasados tres días desde su recepción), cumplido este requisito, el Letrado de la Administración de Justicia emitirá diligencia dando por anunciado el recurso y acordando la puesta a disposición del letrado o graduado social correspondiente (intervención es perceptiva) de los autos en cuestión, y éste dispondrá de un plazo de diez días desde la notificación de dicha puesta a disposición para interponer el recurso de suplicación.

Cumplidos los trámites procesales pertinentes (recordar que no es posible solicitar la práctica de nuevas pruebas ni introducir hechos nuevos que no hubieran sido discutidos y recogidos en la sentencia de instancia), incluyendo traslado a la parte recurrida, se elevarán los autos al tribunal *ad quem*, es decir la sala de lo social del TSJ, que resolverá. En el caso objeto de estudio el recurso terminaría mediante sentencia (descartándose las otras formas de finalización como el convenio transaccional y el desistimiento del

---

<sup>21</sup> STC 140/2004, FJ4.

<sup>22</sup> STC 90/1999, FJ 2.



recurrente por la voluntad de obtener un pronunciamiento sobre el fondo, y también el auto de inadmisión por no incurrir en ninguno de los supuestos contemplados para el mismo por el art 200 LRJS), la cual desestimaría la pretensión de la declaración de una vulneración del derecho fundamental a la huelga, y con ello se abriría la puerta hacia el amparo constitucional.

Dado que el caso en cuestión no cumple los requisitos necesarios para acceder al Tribunal Supremo a través del **recurso de casación** por no ser la sentencia considerada como resolución recurrible a efectos del mismo en el art 206.1 LRJS y ni siquiera incurrir en ninguno de los motivos tasados del art. 207 LRJS, se descarta este cauce.

Respecto al **recurso de casación para la unificación de doctrina**, sería posible pasar por esta instancia como paso previo al amparo constitucional, pues con una sentencia desestimatoria de la pretensión dictada en suplicación por el TSJ, se estaría ante una resolución recurrible pero para ello habría que encontrar una **sentencia de contraste** a fin de cumplir el requisito de la contradicción, esto es, presentar una sentencia de algún TSJ, o exclusivamente para las pretensiones sobre derechos fundamentales como es el caso, la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional y órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos Internacionales ratificados por España (art 219.2 LRJS). La sentencia presentada para su cotejo debe ser firme, con una identidad fáctica y de fundamentos del supuesto respecto al caso recurrible (art. 219.1 LRJS), pero con pronunciamientos distintos. El procedimiento a seguir pasaría por un plazo de diez días desde la notificación de la sentencia del TSJ para preparar el recurso ante el mismo mediante un escrito firmado por abogado que expresamente mencione las sentencias objeto del cotejo. En ese momento podría producirse el fin del procedimiento a través de un auto de denegación de la preparación del letrado de la administración de justicia, o por el contrario podría decretar su continuación a través de providencia en caso de no existir defectos subsanables (en cuyo caso se daría un plazo de dos días para subsanar) o insubsanables (que implicarían el fin del procedimiento). Seguidamente se procede al trámite del escrito de interposición, donde no será posible alegar sentencias de contraste distintas a las ya fijadas en el escrito de preparación en un plazo de cinco días. A continuación tiene lugar la instrucción por parte del magistrado ponente, las alegaciones de la parte recurrente y, finalmente, la decisión sobre la admisión o inadmisión del recurso a través de un auto de carácter irrecurrible. En caso de superar todo lo anterior, se presentarán los escritos de impugnación, tendría lugar la votación en la sala y

posteriormente se dictaría sentencia resolviendo sobre el fondo del litigio (estimatoria o desestimatoriamente).

No he localizado ninguna sentencia que cumpliera los requisitos para poder ser utilizada como contraste en el caso concreto, por lo tanto **con la desestimación del recurso de suplicación se tendría por agotada la vía judicial ordinaria y se recurriría en amparo constitucional la vulneración del derecho fundamental a la huelga en cuestión.**

Debe descartarse igualmente la presentación de un incidente de nulidad de actuaciones, pues en el asunto en cuestión el derecho a la huelga invocado en amparo se habría lesionado en primer lugar por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia al desestimar la demanda interpuesta y considerar que no existió tal vulneración. Suponiendo que la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia competente se hubiese mantenido en la misma línea confirmando la sentencia recurrida, no podría afirmarse que se trate de una lesión atribuible *ex novo* a la sentencia que cierra la vía judicial al amparo (lo mismo en caso de que hubiese sido posible plantear recurso de casación para la unificación de doctrina con resultado desestimatorio de la pretensión) ni que tal lesión no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso en los términos del art 241.1 LOPJ para la exigencia del incidente. De tal forma, en supuestos como el objeto de estudio basta comprobar que los órganos judiciales han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre los derechos fundamentales luego invocados en la vía de amparo constitucional para estimar cumplido el mencionado requisito, “lo contrario supondría cerrar la vía de amparo constitucional con un enfoque formalista y confundir la lógica del carácter subsidiario de su configuración”<sup>23</sup>.

#### **4.- ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL**

La especial trascendencia constitucional es un requisito que fue operado por LO 6/2007 añadiendo un inciso final al art 49.1 LOTC, objetivando así el recurso de amparo<sup>24</sup>. Desde

---

<sup>23</sup> En este sentido, FJ 2 de la STC 216/2013 al hilo del asunto “Cuadernos del Sureste”, mismo planteamiento en torno al derecho a la libertad de expresión.

<sup>24</sup> Se convierte en “una vía a través de la cual, tutelando a los demandantes de amparo frente a las lesiones padecidas en sus derechos fundamentales, -el Alto Tribunal- interpreta y define el contenido de éstos.

entonces, el incumplimiento de este precepto se ha convertido en la causa que motiva la mayor parte de las inadmisiones<sup>25</sup> pues, además, es de carácter insubsanable<sup>26</sup>. Es primordial no confundirlo con la existencia de la propia lesión del derecho fundamental.

Su definición legal puede extraerse del art. 50.1.b LOTC, cuyo tenor literal sostiene “*que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su **importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales***”.

La propia definición se apoya en tres conceptos de difícil concreción. Aunque “*sin que la relación que se efectúa pueda considerarse como un elenco cerrado de casos*” ha sido el propio Tribunal en su STC 155/2009 (FJ 2) quien ha desarrollado esta conceptualización, los supuestos enunciados son:

*“a) el de un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional ...*

*b) que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, ..., o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art 10.2 CE.*

*c) cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general*

*d) ... si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución*

---

<sup>25</sup> Proporcionalmente muy numerosas. Según datos de la última *Memoria* publicada por el Tribunal Constitucional (correspondiente al año 2018), de las 6.918 demandas de amparo presentadas, únicamente fueron admitidas a trámite 115 (un 1,66%).

<sup>26</sup> ATC 188/2008, FJ 2.

*e) ... cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros.*

*f) en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (art 5 LOPJ)*

*g) .... Cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevancia y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios”.*

Para el caso objeto de estudio, es posible fundamentar este requisito en el planteamiento de un problema respecto a un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no hay doctrina del Tribunal Constitucional. Si bien es cierto que existen abundantes pronunciamientos relativos al esquirolaje interno, como se desarrollará en el siguiente epígrafe, debe tenerse en cuenta la pluralidad de supuestos y situaciones que pueden darse al respecto, donde cualquier variación de los matices del caso concreto puede implicar un cambio en el sentido del fallo, por lo que entiendo que estaría más que justificada la resolución de un asunto donde la forma de operar radica en la ampliación de las horas perentorias. Dos motivos sustentan principalmente esta teoría: En primer lugar, la propia naturaleza de las horas perentorias, exclusivas de un sector muy concreto y fácilmente justificables en el funcionamiento diario del propio aeropuerto donde los retrasos y cancelaciones de vuelos, etc son bastante frecuentes, pudiendo así vaciar la huelga de contenido e ir contra su contenido esencial. Y en segundo lugar, la total ausencia de pronunciamientos en casos similares, ya constatado al momento de buscar entre la doctrina de suplicación para comprobar si era posible plantear un recurso de casación para la unificación de doctrina.

## 5.- AFECTACIÓN DEL DERECHO

Para comprender el encuadramiento del asunto objeto de estudio, es importante conocer el desarrollo de la regulación del derecho fundamental a la huelga, la amplitud del concepto esquirolaje en todas sus manifestaciones, así como la tendencia doctrinal del propio Tribunal Constitucional existente al respecto:

Cabe señalar que las medidas de conflicto colectivo de empresarios y trabajadores no están reguladas al mismo nivel, lo dice así la **STC 11/1981, de 8 de abril**, sin la cual no se comprendería el alcance de este derecho en España. Se dicta como consecuencia de un recurso de inconstitucionalidad planteado frente al **real decreto- ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo**, cuyas disposiciones fueron declaradas parcialmente vigentes precisamente a través de la precitada sentencia, que se encargó de eliminar todos los elementos que resultaban contrarios a los principios del reciente régimen democrático y así establecer una interpretación del contenido del Real Decreto para que fuese constitucional. De este modo, a la espera de una pretendida y polémica ley orgánica<sup>27</sup> sobre el ejercicio de la huelga que nunca llegó<sup>28</sup>, habrá que someter a dicho real decreto- ley cualquier medida de conflicto colectivo. Ante esa falta de regulación, en la actualidad del derecho a huelga la mencionada sentencia se configura como un referente necesario para comprender su alcance, citándose en casi todas las sentencias que se dictan al hilo de la huelga y demás derechos colectivos, ya que el Alto Tribunal no ha variado significativamente su doctrina desde ésta<sup>29</sup>.

La huelga es la medida de conflicto colectivo por excelencia para los trabajadores, se caracteriza por implicar el cese del trabajo. La capacidad general de recurrir a dichas medidas está contenida en el artículo 37.2 de la Constitución Española, resaltando de

---

<sup>27</sup> Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución. (Art. 81.1 CE)

<sup>28</sup> El Proyecto de Ley de Huelga, aprobado por el Pleno del Congreso el 18 de febrero de 1993 (BOCG Congreso 19/2/93), y seguidamente por el Pleno del Senado (BOCG Senado 12/4/93), ha sido el intento más cercano. Se consagra así como “la última ley constitucional pendiente” (F. Pérez de los Cobos: “Sobre las limitaciones...”, op. cit., p. 297).

<sup>29</sup> A juicio de Pérez de los Cobos, “la jurisprudencia constitucional no puede ser leída como configuradora de un preciso modelo normativo de regulación de la huelga sino como un marco que consiente modelos distintos... -respecto a la libertad del legislador- la doctrina sentada al enjuiciar la regulación preconstitucional vigente no puede, como a menudo se hace, ser leída en términos absolutos”. (“Sobre las limitaciones...”, op. cit., p. 299).

manera individual la importancia del derecho a la huelga en el artículo 28.2 CE (Sección 1ª, Capítulo II, Título I) donde **"se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales<sup>30</sup> de la comunidad"**. Ello se relaciona con el artículo 4.e) del Estatuto de los Trabajadores, que consagra como derecho básico de los trabajadores el recurso a la huelga.

De este modo, la huelga se erige como un derecho constitucional, de concepción amplia: "... es una perturbación que se produce en el normal desenvolvimiento de la vida social y en particular en el proceso de producción de bienes y servicios que se lleva a cabo de forma pacífica y no violenta, mediante un concierto de los trabajadores y de los demás intervinientes en dicho proceso. En este sentido amplio, la huelga puede tener por objeto reivindicar mejoras en las condiciones económicas o en general en las condiciones de trabajo, y puede suponer también una protesta con repercusión en otras esferas o ámbitos" (STC 11/1981, fundamento jurídico 10), esto "produce una perturbación mayor o menor en la actividad empresarial a la que afecta"<sup>31</sup>, que se justifica en conexión a la igualdad real y efectiva del art. 9.2 CE en el contexto del Estado social y democrático (art 1.1 CE), y dentro de una relación tan asimétrica como es la laboral entre empleadores y empleados.

El recurso a la huelga es reconocido a los trabajadores<sup>32</sup>, entendiendo por tal aquellos que desempeñan su labor profesional por cuenta ajena, es decir, "aquellos que prestan en favor de otro un trabajo retribuido", sin ser posible la cobertura de trabajadores independientes, profesionales y autopatrones<sup>33</sup>. Donde no se hace distinción alguna es respecto a la nacionalidad del trabajador, pues este derecho es atribuido tanto a ciudadanos españoles

---

<sup>30</sup> **El Tribunal Constitucional** ha evitado definir el concepto de servicios esenciales en términos generales, considera más adecuado hacerlo mediante pronunciamientos individualizados sobre cada uno de los supuestos que puedan plantearse (STC 11/1981, FJ 8). "En la práctica, -el Alto Tribunal- **ha atribuido naturaleza esencial al** transporte ferroviario, ferrocarril metropolitano, otros transportes urbanos, **transporte aéreo**, asistencia hospitalaria, residencias de ancianos, suministro de energía eléctrica, abastecimiento y saneamiento de aguas, recogida y tratamiento de residuos sólidos, estiba y desestiba, enseñanza universitaria y la información radiotelevisiva. También ha incluido sectores como el transporte regular marítimo, extinción de incendios forestales, centros asistenciales, escuelas y comedores escolares, control aéreo, enseñanza pública, correos, seguridad privada, estaciones de servicio, empresas funerarias, limpieza de edificios y locales o centrales nucleares. F. Pérez de los Cobos: "Real Decreto...", op. cit., p. 500.

<sup>31</sup> STC 80/2005, de 4 de abril.

<sup>32</sup> Vertientes tanto positiva como negativa.

<sup>33</sup> STC 11/1981, FJ 2.

como a extranjeros<sup>34</sup>. No puede abordarse el tema de los funcionarios públicos con la misma claridad, pues el Alto Tribunal no se ha posicionado concisamente sobre la titularidad de éstos, aunque referente a la libertad sindical (28.1 CE) sí se les considera indiscutiblemente: finalmente se sostendrá la línea afirmativa, pues la normativa sobre el mantenimiento de los servicios esenciales los refiere e invoca expresamente el precepto constitucional, además el TC ha señalado la falta de regulación de un eventual derecho a huelga de los funcionarios lo que, a su vez, implica que no se encuentra expresamente prohibido<sup>35</sup>, sin perjuicio de que el ejercicio de este derecho puede estar vedado a algunos funcionarios públicos en concreto como es el caso de los miembros de las Fuerzas Armadas, Guardia Civil y Policía Nacional<sup>36</sup>.

El ejercicio de este derecho implica límites tanto internos como externos. Respecto a los límites internos, se trata de todo lo relativo a requisitos procedimentales establecidos legalmente para su convocatoria, desarrollo y terminación<sup>37</sup> (no solo los del Real Decreto, sino también los aplicables por previsión del convenio colectivo rector), cuyo incumplimiento acarrearía la ilicitud de la huelga. Su finalidad es posibilitar la negociación hasta el último momento según STC 11/81, permitir al empresario la adopción de medidas preventivas que eviten daños injustificados, y propiciar el “enfriamiento” de la huelga. El Tribunal Constitucional, ha aclarado que la imposición de diferentes requisitos no es inconstitucional siempre y cuando tengan una justificación objetiva y razonable, y no supongan meros obstáculos al ejercicio del derecho de huelga<sup>38</sup>. No se dio ninguna problemática al respecto en el caso de autos.

Por otro lado, los límites externos a la huelga serían aquellos exigidos por el necesario respeto a otros derechos fundamentales y libertades públicas que pueden resultar afectados por el ejercicio de la huelga, este es el caso del mantenimiento de los servicios mínimos de los servicios públicos esenciales para la comunidad. En el caso objeto de

---

<sup>34</sup> Específicamente declarado por LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su art 11.

<sup>35</sup> I. García- Perrote: “El derecho de...”, op. cit., p. 1036.

<sup>36</sup> No sucede así con jueces, magistrados y fiscales, que no lo tienen expresamente prohibido a diferencia de la libertad sindical.

<sup>37</sup> Acuerdo expreso de declarar la huelga adoptado por quienes tienen capacidad para ello (trabajadores a través de sus representantes o directamente los propios trabajadores), y preaviso al empresario y a la autoridad laboral comunicando las reivindicaciones de la huelga.

<sup>38</sup> STC 11/1981.

estudio, fueron dictados por resolución del Ministerio de Fomento que no fue en ningún momento impugnada a través de su correspondiente procedimiento.

Por último, señalar que los arts 7.2 y 11 RDLRT declaran abusivas las huelgas rotatorias en sectores estratégicos, las de celo o reglamento y cualquier modo de alterar colectivamente el régimen de trabajo distinto a la huelga, así como las huelgas por motivos políticos, las de solidaridad si no media interés profesional, las que busquen una alteración de lo pactado en convenio colectivo durante la vigencia del mismo<sup>39</sup> y, en general, las que no se ajusten a lo previsto por el citado texto legal.

En estos contextos de huelga, el ius variandi del empresario se encuentra con el límite de la no sustitución de los trabajadores huelguistas, viendo así reducida su capacidad ordinaria de cambiar de puesto a sus trabajadores. En esta tesitura aparece el concepto de “esquirolaje”, del cual habrá que diferenciar distintos supuestos:

- Esquirolaje externo.

Queda expresamente prohibida la sustitución de huelguistas por trabajadores que no estuvieran vinculados a la empresa en cuestión al momento de comunicarse la huelga, según el artículo 6 del Real Decreto- Ley 17/1977 de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, excepcionando supuestos de incumplimiento de servicios de mantenimiento y seguridad, servicios mínimos o supuestos de emergencia.

Dicha prohibición también se aplica a la celebración de contratos de puesta a disposición con empresas de trabajo temporal (art 8a Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las ETT) y, por su parte, aunque los mecanismos de contrata y subcontrata no se encuentren expresamente prohibidos, la doctrina sostiene que dicha conducta no es aceptable pues al reducir la eficacia de la huelga atentaría contra el ejercicio de este derecho fundamental (STS 20 de octubre de 2015, en el conocido asunto TRAGSA).

- **Esquirolaje interno**

No existe una disposición legal expresamente prohibitiva de este aspecto, pero el propio Tribunal Constitucional se ha ocupado de limitar el ejercicio abusivo del ius variandi ante casos de sustitución interna de los trabajadores en huelga, así dejó constancia la STC 123/92, de 28 de septiembre y posteriormente la STC 33/2011, de 28 de marzo, se ratificó

---

<sup>39</sup> Paz laboral (art 82.2 ET).



en esta postura al considerar que no caben tales situaciones derivadas de una interpretación en sentido contrario de la prohibición del esquirolaje externo (art 6.5 RD-ley 17/1977).

De este modo, aquellas facultades que ordinariamente se consideran de dirección, como la movilidad geográfica o la movilidad funcional, no tienen cabida durante situaciones de huelga, por ejemplo reorganizar a la plantilla que no participa en la misma o derivar la actividad a otros centros de trabajo de forma que se deje sin efecto la huelga.

No obstante, resulta especialmente controvertido en supuestos de descentralización productiva, los cuales son bastante variados (grupos de empresas, contratas y subcontratas, procesos de descentralización, deslocalización, etc) por lo que en la resolución de los diferentes supuestos por parte de los tribunales se han planteado diferentes matices en función a las circunstancias concurrentes. Un ejemplo muy común sería el del caso Samoa (SSTC 75, 76, 98, 99, 100 y 112/2010), donde en un supuesto de empresas clientes y se plantea la cuestión de si están vinculadas en tanto al derecho a huelga. Una empresa dedicada a fabricar vehículos de automoción y agricultura subcontrata a Unigel la prestación de servicios, en ella se lleva a cabo un procedimiento de negociación colectiva consecuencia de la cual convocan jornadas de huelga. La empresa Samoa extingue el contrato mercantil como consecuencia de dicha huelga, y a raíz de tal extinción Unigel despide a los trabajadores porque ya no tienen actividad (habían sido contratados para ejecutar el contrato rescindido). El Tribunal Constitucional señaló que Samoa es responsable de la vulneración del derecho a huelga: “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 supuestos de actividad no descentralizada ante actuaciones empresariales lesivas de los mismos”, es decir, se entiende que la descentralización productiva produce un beneficio a la empresa que lleva a cabo ese proceso que de alguna forma la hace responsable de la vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores. Como son cada vez más habituales las descentralizaciones productivas no se puede permitir que ello sirva para socavar el derecho a huelga, sirve como premisa para argumentar la responsabilidad de la empresa principal.

En el caso objeto del desarrollo, se alega esta situación pues al incrementarse el tiempo de trabajo efectivo a través de la figura de las horas perentorias, las horas de los trabajadores en huelga fueron suplidas y, de facto, fueron realizadas más horas de trabajo

que las establecidas como servicios mínimos, con el correspondiente impacto en la jornada de huelga.

- Esquirolaje tecnológico

Consiste en la sustitución de los huelguistas mediante medios tecnológicos. Plantea el problema de hasta qué punto o en qué condiciones puede considerarse lesiva la utilización de los mismos. El caso más emblemático fue Telemadrid (STC 7/2017), porque se entiende que en todo caso si se dispone de esos medios y se utilizan no se produciría una vulneración del derecho a la huelga con el argumento de que la empresa no está obligada a colaborar en el triunfo de la huelga, pero en ese caso se plantea si el uso fue correcto, si se modificó el mecanismo de funcionamiento normal de la empresa. Finalmente el Tribunal Constitucional entiende que no, en una interpretación más restrictiva que la jurisprudencia anterior, como la sentencia Euskaltelebista (STS 5 de diciembre de 2012). En definitiva, aunque la sustitución se lleve a cabo utilizando medios electrónicos o mecánicos en el caso de que dicha actividad empresarial “priva materialmente a los trabajadores de su derecho fundamental, vaciando su contenido esencial de manera que no cabe el uso de las prerrogativas empresariales, aún amparadas en la libertad de empresa, para impedir la eficacia del derecho de huelga, y ello por la propia naturaleza de este derecho y también del de libertad de empresa que no incorpora a su contenido facultades de reacción frente al paro” (STS 11 de febrero de 2015).

## **6.- PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA TOMADA**

Como ocurre con todos los derechos, el derecho a huelga no es absoluto ni ilimitado (es más, “admite y precisa una regulación legal”<sup>40</sup>). Debe coordinarse y convivir con otros derechos e intereses amparados por el ordenamiento jurídico, incluidos aquellos recogidos por la propia Constitución (derecho a la vida y a la integridad, tutela judicial efectiva, orden público, etc), lo que en la práctica significa la existencia de límites a su ejercicio, los cuales han de respetar en todo momento el contenido esencial de este

---

<sup>40</sup> STC 332/1994, de 19 de diciembre, FJ 3.

derecho, a destacar: aseguramiento de los servicios esenciales<sup>41</sup> de la comunidad<sup>42</sup>, consideración de algunas huelgas como abusivas o contrarias a la ley, suspensión en los contextos de estado de excepción y sitio, y sometimiento del ejercicio del derecho a una serie de formalidades.

A este respecto, uno de los instrumentos más utilizados en materia de derechos fundamentales es el **juicio de proporcionalidad** fundamentado en la premisa del Estado de derecho que recoge la Constitución<sup>43</sup> y en el valor de la justicia que enuncia el mismo texto cuerpo legal en su artículo primero<sup>44</sup>. Éste ha sido construido jurisprudencialmente por el propio Tribunal Constitucional para discernir en los conflictos entre derechos fundamentales (hay que ponderar las circunstancias concurrentes y buscar el equilibrio entre estos derechos en juego). Es importante tener presente que no son reglas sino principios, y que éstos se determinan por medio de la **ponderación**.

En palabras de Casas Baamonde<sup>45</sup>, “Dentro del contrato de trabajo la tarea de ponderación de los derechos en conflicto, ante la restricción del ejercicio de un derecho fundamental impuesta por el empresario, debe examinarse, de un lado, la limitación sufrida, y, de otro, la adecuación (necesidad) y proporcionalidad de la medida empresarial restrictiva del ejercicio del derecho fundamental del trabajador a la naturaleza del trabajo realizado y a la satisfacción de los intereses protegidos por la libertad de empresa u otros derechos fundamentales del empresario”.

El principio de proporcionalidad o test alemán, conocido así por tratarse de una construcción teórica especialmente desarrollada por el Tribunal Constitucional alemán, se encuentra subintegrado por diferentes principios:

- Idoneidad

¿La restricción del derecho fundamental permite efectivamente alcanzar un fin legítimo (constitucional)?

---

<sup>41</sup> Depende de si la actividad satisface bienes o derechos constitucionalmente protegidos, y en la medida y con la intensidad que lo haga (STC 51/1986, de 24 de abril, FJ 3º). Como bienes o intereses esenciales se consideran los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos (STC 26/1981, de 17 de julio, FJ 10º).

<sup>42</sup> La forma más habitual de llevar a cabo este aseguramiento es mediante la designación de servicios mínimos, para los cuales también se exige razonable adecuación o proporcionalidad (STC 55/1996).

<sup>43</sup> STC 85/1992 y STC 111/1993

<sup>44</sup> STC 50/19952

<sup>45</sup> M. E. Casas Baamonde: “La plena efectividad de...”, op. cit.

En la práctica ello implica que la conducta de la empresa, considerada restrictiva al derecho fundamental, está destinada a satisfacer de forma efectiva una finalidad que cuente con el respaldo constitucional. Con ello se busca descartar las medidas que no conduzcan a la consecución exitosa de la finalidad perseguida.

- Necesidad

¿La restricción del derecho fundamental es completamente indispensable para la consecución del fin pretendido? Es decir, se han tomado las medidas en cuestión por no existir alternativa más favorable al derecho fundamental que se ve restringido, no se puede alcanzar el objetivo pretendido de una forma menos gravosa.

En palabras del propio Tribunal, “los requerimientos organizativos de la empresa que pudieran llegar a ser aptos para restringir el ejercicio de aquéllos (al margen de los conectados de forma necesaria con el objeto mismo del contrato) deben venir especialmente cualificados por razones de necesidad, de tal suerte que se hace preciso acreditar -por parte de quien pretende aquel efecto - que no es posible de otra forma alcanzar el legítimo objetivo perseguido, porque no existe medio razonable para lograr una adecuación entre el interés del trabajador y el de la organización en que se integra”<sup>46</sup>.

- Proporcionalidad en sentido estricto

Este es el último paso del test, solamente en caso de haber superado afirmativamente las dos premisas anteriores se procederá a analizar la proporcionalidad en sentido estricto. Se trata de la ley de la ponderación: En este sentido, “cuanto mayor es el grado de afectación de uno de los derechos en juego, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”<sup>47</sup>.

El modo de proceder será el siguiente: En primer lugar, es necesario determinar el grado de afectación del derecho fundamental. Seguidamente, deberá determinarse el grado de importancia del derecho que opera en sentido contrario. Y por último, se tendrán que comparar ambos para poder concluir si la importancia de uno justifica la restricción del otro. El grado de intensidad que permite la comparación se mide en escala desde leve hasta grave pasando por medio. Con todo ello, la decisión final a la hora de aplicar el derecho fundamental consistirá en una decisión de preferencia en base a la evaluación de

---

<sup>46</sup> STC 99/1994.

<sup>47</sup> J. L. Ugarte: “La colisión de derechos fundamentales ....”, op. cit., p. 90.

las premisas normativas y fácticas de cada caso concreto. La intensidad será medible, como señala Ugarte Cataldo, en atención a:

“a) la fundamentalidad que la posición afectada tiene para el derecho respectivo, es decir, mientras más importante o cercana a su núcleo fundamental para ese derecho, mayor será la posición o situación afectada por la restricción y más intensa es la afectación o restricción.

b) la parte o porción del derecho fundamental afectado, en cuanto mayor sea la parte o contenido del derecho afectado, mayor es la intensidad de la afectación.

c) la relevancia para la función del derecho fundamental que tiene la posición afectada, en tanto la afectación haga menos posible el cumplimiento de la función para la que el derecho fundamental fue establecido, mayor será la afectación del derecho.

d) la relevancia de la posición afectada para el ejercicio de otras posiciones jurídicas o de otros principios constitucionales asociados a ese derecho fundamental, mientras más se afecte el ejercicio de otras posiciones jurídicas o derechos fundamentales, mayor será la intensidad de la afectación”.

En el caso objeto de estudio, se trata de someter a este triple análisis el derecho de los trabajadores a hacer huelga frente al mantenimiento del tráfico aéreo por ser éste considerado como servicio esencial para la comunidad, ambas situaciones objeto de amparo por el propio artículo 28.2 pues una vez declara el derecho de los trabajadores al ejercicio de la huelga, inmediatamente puntualiza el respeto al mantenimiento de los servicios esenciales. La cuestión radicará en determinar si ha existido proporcionalidad en la medida empresarial atendiendo al contexto en cuestión.

Antes de entrar en materia, se hace necesario un pequeño inciso sobre el propio concepto de servicios esenciales para la comunidad: Más allá de una parca alusión al término en el RDLRT<sup>48</sup>, no existe regulación legal al respecto, motivo que ha impulsado

---

<sup>48</sup> Art. 10: Cuando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurran circunstancias de especial gravedad, la Autoridad gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios. El Gobierno, asimismo, podrá adoptar a tales fines las medidas de intervención adecuada.

una amplia jurisprudencia del TC al respecto. Se declara así este límite a la huelga como destinado a evitar “un mal más grave que el que los huelguistas experimentarían si su reivindicación o pretensión no tuviera éxito” en la medida de que se trata de actividades “de importancia trascendental”<sup>49</sup> para la sociedad, en lo cual se encuentra la propia justificación de su existencia. Aun así, la definición de servicio esencial resulta etérea, clarificando el Alto Tribunal que las actividades que sean entendidas como tal habrán de serlo en atención a una concepción finalista, examinando la naturaleza de los propios intereses a cuya satisfacción se dirige la prestación, entendiendo por tales los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos<sup>50</sup>. La pretendida calificación global del servicio mínimo estaba destinada a la ley desarrolladora del derecho de huelga, a falta de la misma, las consideraciones como servicio esencial emanan de la casuística del TC, y así lo hizo referente al transporte aéreo: **“puesto que a su través los ciudadanos satisfacen derechos –libre circulación por el territorio nacional, por ejemplo que han sido protegidos en nuestro ordenamiento al más alto nivel, en el propio texto constitucional”** (STC 51/1986, FJ 2). Esta consideración no puede suponer la supresión del derecho de huelga de los trabajadores que hubieran de prestarlo, sino la necesidad de disponer las medidas precisas para su mantenimiento o, dicho de otra forma, para asegurar la prestación de los trabajos que sean necesarios para la **cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que satisface dicho servicio, sin que se exija alcanzar el nivel de rendimiento habitual ni asegurar su funcionamiento normal** (STC 26/1981, FJ 10).

Retomando el caso concreto, no se discute la fijación de los servicios esenciales mediante resolución gubernativa ni mucho menos fueron considerados abusivos, pero el día de autos fueron realizadas muchas más horas de trabajo efectivo de las previstas. Es cierto que todo el conflicto viene en última instancia fundamentado en el fallo de un sistema radar, acontecimiento totalmente fortuito e imprevisible, pero es viable una línea de actuación que vea esto como una premisa aprovechada por parte de la empresa para limitar el derecho fundamental en ejercicio.

---

<sup>49</sup> STC 11/1981, FJ 18.

<sup>50</sup> STC 26/1981, FJ8.

**¿La medida tomada por la empresa resultaba idónea para garantizar el servicio esencial?** Sí, los vuelos cuya llegada estaba prevista dentro de la franja que abarcaba la huelga fueron efectivamente operados (los que no sufrieron cancelación) a pesar de los retrasos que les afectaron.

**¿La medida tomada por la empresa era necesaria para lograr la cobertura del servicio esencial?** Podría considerarse que sí, el personal de asistencia era necesario operar los vuelos.

**¿La medida tomada por la empresa era proporcional?** En este último escalón es donde nuestra pretensión encontraría más visos de prosperabilidad ante el Tribunal Constitucional, pues si bien ambos derechos en juego (la huelga y el servicio esencial) gozan de un alto grado de importancia, los servicios mínimos habían sido fijados en otros términos a los que finalmente se prestaron. Los problemas técnicos del sistema radar terminaron por motivar jornadas más largas y mayor volumen de vuelos a atender, dejando sin efectividad el ejercicio de la huelga. Finalmente, en el aeropuerto no se percibió el impacto de una jornada de huelga sino los retrasos y cancelaciones propios de fallos tecnológicos que, aunque de carácter excepcional, repercutieron vaciando de contenido el derecho fundamental.

## **7.- ÚLTIMA OPORTUNIDAD: TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

Ante un eventual fallo desestimando el amparo del derecho fundamental a la huelga, habría que plantear la posibilidad de dar otra dimensión al conflicto elevando la cuestión más allá de las fronteras nacionales:

Los artículos 10.2<sup>51</sup> y 96.1<sup>52</sup> CE sirven para introducir en el ordenamiento jurídico español el sistema de Estrasburgo, compuesto por el Convenio Europeo de Derechos Humanos

---

<sup>51</sup> “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”

<sup>52</sup> “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o

(CEDH) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el seno del Consejo de Europa<sup>53</sup>. Consecuentemente, la aplicación de los derechos fundamentales en España debe efectuarse acorde a los parámetros europeos.

El propio Tribunal de Estrasburgo ha declarado que “el Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos es el instrumento garante del orden público europeo en materia de derechos fundamentales”<sup>54</sup>. Habrá pues que comprobar la posibilidad de acudir ante el órgano encargado de hacerlo valer, esto es, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La huelga no está expresamente recogida en el **CEDH**, no obstante se considera amparada por lo dispuesto en su **artículo 11** sobre derecho de asociación y libertad sindical. No cabe duda alguna sobre la extensión de las garantías previstas en el Convenio al derecho de huelga y a su ejercicio<sup>55</sup>.

*<< Libertad de reunión y de asociación*

*1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho a fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.*

*2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado. >>*

Jurisprudencialmente, el TEDH se ha mostrado reticente y cauteloso a un posicionamiento respecto a la huelga.

---

suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.”

<sup>53</sup> Entidad supranacional que integra cuarenta y siete Estados europeos entre los que se encuentran los miembros de la UE y otros como Turquía o repúblicas resultantes de la disolución de la antigua URSS.

<sup>54</sup> STEDH de 30 de junio de 2005, asunto *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi v. Irlanda*.

<sup>55</sup> F. Durán: “El derecho de huelga...”, op. cit.



En sus pronunciamientos más tempranos, señalaba que la libertad sindical no tutela el derecho de huelga, pudiendo así ser “limitado por los Estados, en cuanto medio no exclusivo de defensa de los intereses colectivos, siempre que ello no comporte una total prohibición del ejercicio colectivo del derecho de huelga”, y aplicándole la jurisprudencia sobre los límites de la intervención del Estado en el derecho de manifestación como el asunto *Karaçay*<sup>56</sup>.

Con el tiempo irá afirmando más sus pronunciamientos al respecto, llegando a sostener que aunque el art 11 CEDH no consagre expresamente el derecho a huelga, éste representa uno de los más importantes derechos sindicales.

El asunto *Enerji Yapi- Yol Sen*<sup>57</sup> dio un paso más en esta dirección, al hilo de un caso donde el Gobierno había prohibido mediante circular administrativa la participación de los funcionarios en una jornada de huelga general afirma una intrusión en el derecho de libertad sindical y postula que “la huelga que permite a un sindicato hacerse oír, constituye un aspecto importante para sus miembros en la protección de sus intereses”, afirmando al mismo tiempo el vínculo indisoluble entre derecho a huelga y derecho de libertad sindical que es internacionalmente reconocido (OIT, CSE, etc) y recordando la doctrina del asunto *Demir y Baykara*<sup>58</sup> sobre obligaciones positivas (protección y promoción activa del mismo, cuya creación es definida “mediante la búsqueda de un justo equilibrio entre los intereses concurrentes del individuo y de la sociedad en su conjunto”) y negativas (no injerencia en el ejercicio del derecho) derivadas de la libertad sindical para el Estado. Así, de una manera más clara y precisa, el TEDH reconoce abiertamente el derecho a huelga como instrumento de defensa de los intereses laborales colectivos aunque no manifiesta directamente que constituye un contenido esencial del derecho de libertad sindical como podría ser el derecho a la fundación y afiliación sindical, al igual que sucedía con la negociación colectiva, se encuentra el reconocimiento de esta acción como disponible para los sindicatos y la protección frente a limitaciones arbitrarias por parte del Estado, dado que éstas deben encontrarse justificadas con una base legal y criterios de legitimidad y proporcionalidad.

---

<sup>56</sup> STEDH 27 de marzo de 2007, *asunto Karaçay v. Turquía*.

<sup>57</sup> STEDH 21 de abril de 2009, *asunto Enerji Yapi- Yol Sen v. Turquía*.

<sup>58</sup> STEDH de 12 de noviembre de 2008, *asunto Demir y Baikara v. Turquía*.

Como ya se ha adelantado, la especialidad del Convenio radica en que ofrece una garantía jurisdiccional con el sometimiento al TEDH cuando con carácter previo se hayan agotado, imperativamente, los posibles recursos internos<sup>59</sup> contra la vulneración que se denuncia<sup>60</sup>, tal y como recoge el propio artículo 35 del texto en cuestión en una expresión del principio de subsidiariedad, acorde al cual el Tribunal de Estrasburgo solamente actuaría en supuestos de falta de protección efectiva de los derechos por parte de los Estados, que son los actores que preferentemente deben garantizar su disfrute. Así se ha pronunciado el propio Tribunal, al sostener que “los Estados sólo tienen que responder de sus actos ante un organismo internacional tras haber agotado la posibilidad de corregir la situación en su orden jurídico interno. Esta regla se funda en la hipótesis, objeto del artículo 13 del Convenio -y con el que presenta estrechas afinidades- de que el orden interno ofrece un recurso efectivo en cuanto a la vulneración alegada. Por ello constituye un aspecto importante del principio según el cual el mecanismo de salvaguardia instaurado por el Convenio debe revestir un carácter subsidiario con respecto a los sistemas nacionales de protección de derechos humanos. Así el agravio que se plantea ante el Tribunal debe haber sido antes sometido, al menos en sustancia y respetando las formalidades y plazos prescritos por el Derecho interno, ante las jurisdicciones nacionales apropiadas”<sup>61</sup>.

En otras palabras, “como regla general, la determinación de los hechos del caso y la interpretación del derecho corresponde únicamente a los tribunales y a otras autoridades nacionales, cuyas declaraciones y conclusiones en estos ámbitos vinculan al tribunal. Sin embargo, conforme al principio de efectividad de los derechos inherentes a todo el sistema del Convenio, el Tribunal puede y debe asegurar que el proceso de decisión, que ha dado lugar al acto denunciado por el demandante, haya sido equitativo y carente de arbitrariedad”<sup>62</sup>. En conexión, no debe olvidarse la conocida doctrina del margen de apreciación, acorde a la cual los Estados cuentan con un “límite estructural” en la aplicación de ciertos derechos, como es el caso del objeto de desarrollo, que habilita al Tribunal para declinar la revisión de la vulneración si la restricción es legítima y la medida

---

<sup>59</sup> Se habla en todo momento de una vía interna “efectiva y admisible” (STEDH de 13 de febrero de 1999, *asunto Dalia v. Francia*).

<sup>60</sup> Este requisito ha sido jurisprudencialmente tratado de una forma flexible y no automática ni absoluta, considerando en la misma el contexto jurídico, político y personal del demandante. En este sentido, STEDH de 28 de julio de 1999, *asunto Selmouni c. Francia*.

<sup>61</sup> STEDH de 28 de julio de 1999, *asunto Selmouni c. Francia*.

<sup>62</sup> B. Rodríguez Díaz: “Manual de ámbito....”, op. cit., p. 95.

y regulación son necesarias a juicio de las autoridades nacionales, siempre comprobando que dichos límites no reduzcan o restrinjan el acceso al mismo: A mayor respeto de las normas que rigen el procedimiento, ejercicio del derecho de defensa del demandante, valoración de cada elemento fáctico y jurídico concurrente, y adecuada motivación de la resolución que se pretende impugnar, mayor será dicho margen.

Llegados a este punto, es importante conocer el denominado **test de proporcionalidad**, que se utiliza para contextualizar la injerencia sobre el derecho fundamental en cuestión. Se realiza entonces el siguiente cuestionamiento:

- ¿Está prevista la injerencia por una ley suficientemente accesible y previsible?
- En caso afirmativo, ¿Persigue la injerencia uno de los fines legítimos?
- En caso afirmativo, ¿Es la injerencia necesaria en una sociedad democrática para alcanzar el fin legítimo que persigue? En otras palabras, ¿hay una relación de proporcionalidad entre este fin y las restricciones impugnadas?

Para considerar que la injerencia en cuestión resulta procedente acorde al Convenio, se precisa de una respuesta afirmativa en todos los apartados anteriores, poniendo especial atención a la tercera cuestión, pues será entonces cuando haya que valorar el margen de apreciación del Estado que, a su vez, se configura de manera diferente según las circunstancias del caso concreto, la naturaleza del derecho cuya vulneración se alega y el propio carácter de la injerencia.<sup>63</sup>

Procedimentalmente, señalar la concurrencia de legitimación activa para solicitar la tutela al Tribunal, pues todo particular la tiene (tanto persona física, como jurídica)<sup>64</sup>, y la legitimación pasiva siempre corresponderá al Estado, aunque la vulneración provenga de las entes públicas diferentes al mismo en sentido propio. Esto se traduce en que cabría plantear la demanda tanto individual (el trabajador que percibió vulnerado su derecho a la huelga) como colectivamente (desde los sindicatos, camino que se elegiría por haber comenzado de esta forma el proceso ante el juzgado de lo social, aunque también podrían haber comparecido en concepto de tercer interviniente previa autorización del tribunal).

---

<sup>63</sup> STEDH de 12 de noviembre de 2008, asunto Demir y Baikara v. Turquía.

<sup>64</sup> Art. 34 CEDH: “por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una vulneración por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o en el Protocolo.”

También se cumpliría con el requisito de considerarse “**víctima**”<sup>65</sup> de una violación del Convenio, esto vendría a ser estar vinculado a fondo del asunto objeto de disputa<sup>66</sup>.

El plazo para plantear la demanda será de **seis meses desde el agotamiento del sistema de recursos nacionales**, lo cual se traduce en haber interpuesto el recurso de amparo desarrollado en el apartado anterior (y, obviamente, todo el camino procesal previo ya explicado), aunque hubiese sido inadmitido. Aquí pueden plantearse dos escenarios: Para el caso objeto de estudio, el plazo podrán ser seis meses desde una eventual sentencia del Tribunal Constitucional donde se entienda que no ha tenido lugar vulneración alguna del derecho a huelga, o seis meses desde el auto de inadmisión del propio recurso.

No será precisa la adopción de ningún tipo de medida cautelar por parte del Tribunal, pues no concurre riesgo inminente e irreparable de daño al demandante ni el pleito se desarrolla dentro de las circunstancias excepcionales que justifican las mismas (riesgo para la vida del demandante, expulsión a un lugar donde pueda ponerse en riesgo su vida o integridad física, etc).

Habrá que prestar atención al uso del formulario oficial para la demanda (hechos apoyados en los correspondientes documentos, fundamentos de derecho, petición, certificación de haber agotado la vía interna del Estado y declaración de no haber acudido a otro organismo internacional), al cálculo de los plazos (a fecha del matasellos en caso de remitir la demanda por correo), su extensión y los datos exigidos para cumplir con las formalidades del procedimiento. No es obligatoria la iniciación mediante abogado aunque sí muy recomendable, además será imprescindible para actuar en los trámites procesales posteriores<sup>67</sup>, a quien se concederá la representación mediante poder.

El escrito iniciador puede presentarse en castellano aunque en caso de admisión el resto del pleito se desarrollará en inglés o francés.

Llegado a este punto, puede notificarse que la demanda no admite recurso o, en caso de superar el filtro (tal y como se prevé para este caso), será notificada al Gobierno de España, que deberá contestar y, una vez recibido por el Tribunal, éste lo remitirá al demandante para que pueda presentar las observaciones complementarias (réplica a las alegaciones del Gobierno) y formule la demanda de satisfacción equitativa para el

---

<sup>65</sup> Concepto independiente de la interpretación procesal interna del Estado emisor relativa al interés en ser parte condición de la misma (STEDH de 27 de abril de 2004, *asunto Gorraiz Lizárraga v. España*).

<sup>66</sup> STEDH asunto *Siliadin c. Francia*.

<sup>67</sup> Abogado colegiado que ejerza en cualquiera de los Estados Parte del CEDH

supuesto de que la demanda sea estimada (reclamación fundada en los daños morales<sup>68</sup>, materiales y costas que haya causado la vulneración discutida, de manera detallada y apoyada en la documentación pertinente, regida por el principio de restitución *in integrum*<sup>69</sup>). En defecto de solicitud de indemnización, el TEDH no concederá ninguna por propia iniciativa, por lo tanto es muy importante no olvidar este punto.

De lo anterior se dará traslado al Gobierno para que conteste y, tras su respuesta, no se exigirá trámite alguno hasta que recaiga sentencia, aunque de manera excepcional el Tribunal podría acordar la celebración de una vista oral si lo estimase pertinente.

Paralelamente, cabe la posibilidad de llegar a un acuerdo entre las partes sobre la pretensión que, de ser admitido por el Tribunal, llevaría a poner fin al proceso, al igual que es posible que sea el propio Estado quien emita al Tribunal un reconocimiento de la vulneración, aunque no es lo más común. Normalmente, el procedimiento termina mediante sentencia que recoge la admisibilidad, las consideraciones sobre el fondo de la cuestión y declara si hubo o no vulneración del derecho fundamental, además de pronunciarse sobre la posible indemnización y, de manera excepcional, podría establecer unas pautas para indicar cómo se debe de proceder, a su criterio, para reparar el derecho vulnerado (no sería así en nuestro caso, donde la cuestión básica sería discernir si hubo o no vulneración del derecho y, adicionalmente, establecer la indemnización por los daños causados).

Dicha sentencia, en un sentido u otro, tendrá carácter firme trascurridos tres meses salvo que sea susceptible de recurso ante la Gran Sala. Para poder acceder a la misma habrá que estar a lo dispuesto por el art 43 CEDH, de carácter muy restrictivo pues no se trata de una segunda instancia dentro del sistema de Estrasburgo. Planteado recurso ante la misma, éste sería analizado por cinco jueces para determinar si existe una cuestión grave de carácter interpretativo o se trate de un asunto de gran importancia, que decidirán sobre su admisión o inadmisión (que no habrán de motivar).

Para el caso objeto de análisis, este último escalón se encontraría totalmente cerrado. En cambio sí que **sería posible cumplir todos los requisitos necesarios para**

---

<sup>68</sup> No existe cuantificación exacta de los mismos pues se prestan tanto a valoración objetiva como subjetiva.

<sup>69</sup> El actor debe ser colocado en la situación que hubiera estado de no haberse producido el daño, esto es, la injerencia sobre su derecho fundamental.

**acceder al recurso ante el TEDH** y, de hecho, una vez seguida la jurisprudencia del mismo relativa a la huelga, podría afirmarse que cuenta con unas previsiones favorables en cuanto a prosperabilidad de la pretensión, pues la línea de los pronunciamientos en la materia es tendente a una mayor protección y valoración del derecho fundamental a la huelga. Si bien no es posible apoyarse en ningún supuesto de idénticas características, por ser un caso ocurrido dentro de un servicio esencial para la comunidad y, además, con una situación excepcional como es la avería del sistema radar, cabría esperar un fallo afirmativo del Tribunal.

Ante ese eventual pronunciamiento en favor de la pretensión recurrida, esta sentencia sería de obligado cumplimiento por España (arts 39 y 46 CEDH) aunque el tribunal emisor no sea competente para ejecutarla. Dicha ejecución será supervisada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa apoyado en el Departamento para la ejecución de las sentencias del Tribunal.

España estaría obligada a remediar la situación del demandante pero podría optar tanto por medidas individuales (reparar las consecuencias de la vulneración en el actor del proceso, abonando la correspondiente indemnización) como por medidas de alcance general (este segundo grupo, de dimensión colectiva, implicaría la toma de decisiones encaminadas a que la vulneración declarada no volviese a suceder, por ejemplo a través de una modificación legislativa que contemplase expresamente situaciones como la que ha dado origen a este desarrollo).

## **8.- CONCLUSIONES**

Tras un recorrido procesal por las distintas instancias susceptibles de entrar a valorar nuestra pretensión de vulneración del derecho fundamental a la huelga, que desestimó el Juzgado de lo Social nº 1 de Palma de Mallorca por sentencia nº 100/2019, de 13 de marzo, debe concluirse afirmando que existen amplios visos de viabilidad en la construcción de todo el procedimiento, desde su acceso al sistema de recursos a través de la suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, hasta su culminación en el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.

En primer lugar, se plantearía el recurso de suplicación ante el TSJ que entendemos ha sido desestimado.

Dado que la vulneración del derecho a la huelga es la principal cuestión a debatir desde el inicio, no se precisará de la interposición del incidente de nulidad de actuaciones, pues es un hecho ya denunciado y abiertamente debatido en la jurisdicción ordinaria y la ausencia de este trámite no colisionaría con el principio de subsidiariedad del sistema de justicia constitucional.

Teóricamente sí podría plantearse un recurso ante el Tribunal Supremo, no de casación pues la resolución del TSJ sobre este asunto no sería considerada recurrible a estos efectos, pero sí de casación para la unificación de doctrina, aunque habría que descartarlo para el caso concreto pues no existe en los pronunciamientos de suplicación resolución alguna que cumpla los requisitos necesarios para emplearse como sentencia de contraste. Es por ello que, aunque ese recurso se encuentra abierto, no sería preciso plantearlo en este caso pues la cuestión principal radica en decidir si razonablemente procedía la interposición del recurso a efectos de abrir la vía de amparo. El hecho de plantear un recurso de suplicación para la unificación de doctrina sabiendo que éste será inadmitido resulta incluso contraproducente, por lo tanto se consideraría agotada la vía judicial desde la desestimación de la suplicación a efectos de acceder al amparo constitucional.

Adicionalmente, la comprobación del requisito de especial trascendencia constitucional sería afirmativa apoyándose en la falta de doctrina constitucional al respecto, no sobre el concepto de esquirolaje interno en sí mismo, sino sobre las singularidades que rodean al caso en cuestión, pues nociones tan sectorialmente específicas como las horas perentorias y situaciones tan excepcionales como la avería del sistema radar en un servicio esencial para la comunidad, confluyen en este caso para dotarlo de una singularidad digna de marcar la línea a seguir en situaciones similares.

Todos los demás aspectos de competencia, legitimación y formalidades procesales se darían igualmente por cumplidos, tal y como ha detallado el correspondiente apartado del informe.

El último paso a nivel nacional sería superar el juicio de proporcionalidad del Tribunal Constitucional en su triple dimensión: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Se trataría de cotejar dos preceptos constitucionales que, irónicamente, nacen del mismo artículo (28.2 CE): El derecho a la huelga frente al mantenimiento de los servicios

esenciales, siendo lo segundo un límite del derecho fundamental en cuestión, aunque la discusión no resulta tan directa. Ese sería el caso, más sencillo de resolver, de una pretendida consideración abusiva de los servicios mínimos establecidos en un servicio esencial para la comunidad, pero la concurrencia de factores de imprevisibilidad y extraordinariedad como es una avería de la tecnología empleada en el centro de trabajo de forma tan protagonista como el sistema radar, hacen que la ponderación resulte más compleja.

Tras responder a las cuestiones sobre si la restricción del derecho fundamental permitió alcanzar un fin legítimo (constitucional) y si era completamente indispensable, las mayores posibilidades de acción vendrían del apartado sobre la proporcionalidad en sentido estricto, pues finalmente habría que poner el énfasis en las horas efectivamente trabajadas, que se vieron incrementadas respecto a las establecidas por la autoridad competente y que revestían un carácter pacífico, vaciando así el contenido esencial del derecho fundamental a la huelga, que se vio invisibilizada y sin efecto alguno pues ante los retrasos y cancelaciones propios del fallo técnico, el personal de tierra operó durante un mayor periodo de tiempo al previsto. Ello llevaría a una valoración favorable de las previsiones del amparo, asegurando su admisión y con un pronóstico propicio a la estimación del mismo.

Cabe la posibilidad de que el Tribunal Constitucional no compartiese este razonamiento y considerase que la adición de horas a la jornada de los trabajadores presentes en el aeropuerto entraba dentro de la lógica de las llamadas horas perentorias que contempla el convenio colectivo de aplicación y que, independientemente de encontrarse en un contexto de huelga, la medida para el aseguramiento del servicio esencial resultó justificada ante la excepcionalidad del momento. En ese caso, sería posible elevar la cuestión a un nivel internacional recurriendo al sistema de Estrasburgo.

Para ello, habría que apoyarse en el artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sobre la Libertad Sindical, pues es jurisprudencia consolidada el hecho de que dicho derecho fundamental incluye el derecho a la huelga, y así solicitar un pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano garante del Convenio.



Cumplidos los requisitos formales que exige el procedimiento ante dicho tribunal, el fallo sería previsiblemente favorable, pues su línea jurisprudencial se caracteriza por una inclinación protectora y de valoración del derecho en cuestión.

En su defecto, ya no habría otro recurso dentro del ámbito europeo, pues el recurso ante la Gran Sala del TEDH estaría totalmente descartado por su carácter restrictivo y no poder encuadrar el asunto en un conflicto interpretativo o una cuestión de especial trascendencia.

Con todo ello, cabe estimar una valoración del procedimiento de unos diez años desde el acaecimiento de la vulneración (cifra que podría aumentar o disminuir ligeramente en función al volumen de casos existentes en el TC al momento), con la correspondiente inoperatividad de una eventual indemnización por los daños causados. No obstante, podría extraerse mayor rentabilidad del pleito si para su ejecución se llevasen a cabo medidas de carácter general, como podría ser unas pautas para el desarrollo del derecho a la huelga en situaciones singulares como la que ha sido objeto de estudio.

Para concluir, destacar la absoluta viabilidad del proceso y sus visos de prosperabilidad que, a mi juicio, deberían favorecer el planteamiento del amparo. El hecho de acudir a Estrasburgo habría de ser más meditado y valorado por el damnificado, pues implica un encarecimiento del proceso y un resarcimiento que, como se ha señalado, en caso de llegar no sería especialmente reparador para el trabajador que vio vulnerado su derecho a la huelga. Huelga que, además, ha de entenderse en un contexto determinado, como medida de presión en la negociación de un nuevo convenio colectivo, una vez acaecido el fallo estas circunstancias concurrentes habrían dejado de existir hace mucho tiempo, por lo que en términos de oportunidad y operatividad, el trabajador se habría visto de todas formas notablemente perjudicado.

## **9.- BIBLIOGRAFÍA**

ALEXY, R.: «Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad» en *Revista española de Derecho Constitucional*, N° 91, 2011, págs. 11- 29.

ALONSO GARCÍA, R.: “Sistema jurídico de la Unión Europea”, Ed. Civitas, 4ª edición, Madrid. 2014.

BRAGE CAMAZO, J.: “Los límites a los derechos fundamentales”, Universidad Complutense de Madrid, tesis doctoral dirigida por Francisco Fernández Segado, Madrid. 2001.

CASAS BAAMONDE, M. E.: «La plena efectividad de los derechos fundamentales: Juicio de ponderación (¿O de proporcionalidad?) y principio de buena fe» en *Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, Nº 1, 2004, págs. 141- 156.

CONSEJO DE EUROPA: “Guide pratique sur la recevabilité, Cour européenne des droits de l’homme”, Dirección del juriconsulto, 3ª edición, Estrasburgo. 2018.

DOMÍNGUEZ GARCÍA, M.: “Memento ejercicio profesional de la abogacía”, Ed. Lefebvre- El Derecho, 1ª edición, Madrid. 2019, cap. 7 “Laboral y proceso laboral”.

DURÁN LÓPEZ, F.: «El derecho de huelga en la doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos», en *Temas Laborales*, Nº 145, 2018, págs. 317- 326.

GÁRATE CASTRO, J.: “Derecho de huelga”, Ed. Bomarzo, 1ª edición, Albacete. 2013.

GARCÍA- PERROTE, I.: “Artículo 28.2 *El Derecho de Huelga*” en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M. E.: “Comentarios a la Constitución Española”, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid. 2018, págs. 1032- 1074.

GONZÁLEZ BELIFUSS, M.: “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Ed. Aranzadi, Pamplona. 2015.

MONTOYA MELGAR, A.: “Derecho del trabajo”, Ed. Tecnos, 35ª edición, Madrid. 2015.

PALOMAR OLMEDA, A.: “Prácticum ejercicio de la abogacía”, Ed Aranzadi, 1ª edición, Madrid. 2019, caps. 8, 9 y 13.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Real decreto ley 17/77, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo”, Ed La Ley, Madrid. 2014.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «Sobre las limitaciones de la regulación jurisprudencial del derecho de huelga», en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, Nº 108, 2014, págs. 297- 317.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «El recurso de amparo y el recurso ante el TEDH: pautas de interacción», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, Nº 47, 2017, págs. 7- 16.

PÉREZ TREMPES, P.: “Sistema de justicia constitucional”, Ed. Civitas, 3ª edición, Navarra. 2019.

PRECIADO DOMENECH, C. H.: “Teoría general de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo”, Universidad Nacional de Educación a Distancia, tesis doctoral dirigida por Ignacio García- Perrote Escartín, Madrid. 2017.

QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.: «El derecho de huelga en la doctrina del Tribunal Constitucional: propuestas para una Ley Orgánica», en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Nº 73, 2008, págs. 337- 367.

RODRÍGUEZ DÍAZ, B.: “Manual de ámbito jurisdiccional comunitario e internacional. Guía práctica para abogados ante la UE y el TEDH”, Ed. Dykinson, 1ª edición, Madrid. 2015.

TOSCANI GIMÉNEZ, D.: «La prohibición de esquirolaje durante la huelga con especial mención al esquirolaje tecnológico», en *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, Nº 30, jun- 2017, págs. 82- 86.

UGARTE CATALDO, J. L.: “La colisión de derechos fundamentales en el contrato de trabajo y el principio de proporcionalidad”, Universidad de Salamanca, tesis doctoral dirigida por Manuel Carlos Palomeque López, Salamanca. 2011.

## **10.- ÍNDICE JURISPRUDENCIAL**

ATC 188/2008, de 21 de julio (ECLI:ES:TC:2008:188A)

ATC (1ª) 200/2010, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TC:2010:200A).

STC 11/1981, de 8 de abril. BOE nº 99, de 25 de abril de 1981 (ECLI:ES:TC:1981:11).

STC 26/1981, de 17 de julio. BOE nº 193, de 13 de agosto de 1981 (ECLI:ES:TC:1981:26).

STC 51/1986, de 24 de abril. BOE nº 120, de 20 de mayo de 1986 (ECLI:ESTC:1986:51).

STC 85/1992, de 8 de junio. BOE nº 157, de 1 de julio de 1992 (ECLI:ES:TC:1992:85).

STC 123/1992, de 28 de septiembre. BOE nº 260, de 29 de octubre de 1992 (ECLI:ES:TC:1992:123).

STC 111/1993, de 25 de marzo. BOE nº 100, de 27 de abril de 1993 (ECLI:ES:TC1993:111).

STC 99/1994, de 11 de abril. BOE nº 117, de 17 de mayo de 1994 (ECLI:ES:TC:1994:99).

STC 332/1994, de 19 de diciembre. BOE nº 19, de 23 de enero de 1995 (ECLI:ES:TC:1994:332).

STC 50/1995, de 23 de febrero. BOE nº 77, de 31 de marzo de 1995 (ECLI:ES:TC:1995:50).

STC 55/1996, de 28 de marzo. BOE nº 102, de 27 de abril de 1996 (ECLI:ES:TC:1996:55).

STC 69/1997, de 8 de abril. BOE nº 114, de 13 de mayo de 1997 (ECLI:ES:TC:1997:69).

STC (2ª) 90/1999, de 26 de mayo. BOE nº 154, de 29 de mayo de 1999 (ECLI:ES:TC:1999:90).

STC 84/2000, de 27 de marzo. BOE nº 107, de 4 de mayo de 2000 (ECLI:ES:TC:2000:84)

STC (2ª) 69/2003, de 9 de abril. BOE nº 114, de 13 de mayo de 2003 (ECLI:ES:TC:2003:69).

STC (2ª) 131/2004, de 19 de julio. BOE nº 199, de 18 de agosto de 2004 (ECLI:ES:TC:2004:131).

STC 140/2004, de 13 de septiembre. BOE nº 248, de 14 de octubre de 2004 (ECLI:ES:TC:2004:140).

STC 80/2005, de 4 de abril. BOE nº 111, de 10 de mayo de 2005 (ECLI:ES:TC:2005:80).

STC 298/2006, de 23 de octubre. BOE nº 284, de 28 de noviembre de 2006 (ECLI:ES:TC:2006:298).

STC 155/2009, de 25 de junio. BOE nº 181, de 28 de julio de 2009 (ECLI:ES:TC:2009:155).

STC 75/2010, de 19 de octubre. BOE nº 279, de 18 de noviembre de 2010 (ECLI:ES:TC:2010:75).

STC 76/2010, de 19 de octubre. BOE nº 279, de 18 de noviembre de 2010 (ECLI:ES:TC:2010:76).

STC (2ª) 91/2010, de 15 de noviembre. BOE nº 306, de 17/12/2010.

STC 98/2010, de 16 de noviembre. BOE nº 306, de 17 de diciembre de 2010 (ECLI:ES:TC:2010:98).

STC 99/2010, de 20 de enero (ECLI:ES:TS:2010:99).

STC 42/2010, de 26 de julio. BOE nº 195, de 12 de agosto de 2010 (ECLI:ES:TC:2010:42).

STC 100/2010, de 16 de noviembre. BOE nº 306, de 17 de diciembre de 2010 (ECLI:ES:TC:2010:100).

STC 112/2010, de 16 de noviembre. BOE nº 306, de 17 de diciembre de 2010 (ECLI:ES:TC:2010:112).

STC 11/2011, de 28 de febrero. BOE nº 75, de 29 de marzo de 2011 (ECLI:ES:TC:2011:11).

STC (1ª) 12/2011, de 28 de febrero. BOE nº 75, de 29 de marzo de 2011.

STC 33/2011, de 28 de marzo. BOE nº 101, de 28 de abril de 2011 (ECLI:ES:TC:2011:33).

STC 216/2013, de 19 de diciembre. BOE nº 15, de 17 de enero de 2014 (ECLI:ES:TC:2013:216).

STC 7/2017, de 19 de enero. BOE nº 46, de 23 de febrero de 2017 (ECLI:ES:TC:2017/7).

STEDH de 13 de febrero de 1999, *asunto Dalia v. Francia*.

STEDH de 28 de julio de 1999, *asunto Selmouni v. Francia*.

STEDH de 27 de abril de 2004, *asunto Gorraiz Lizárraga v. España*.

STEDH de 30 de junio de 2005, *asunto Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi v. Irlanda*.

STEDH de 26 de julio de 2005, *asunto Siliadin v. Francia*.

STEDH 27 de marzo de 2007, *asunto Karaçay v. Turquía*.

STEDH de 12 de noviembre de 2008, *asunto Demir y Baikara v. Turquía*.

STEDH 21 de abril de 2009, *asunto Enerji Yapi- Yol Sen v. Turquía*.

STS, sala Cuarta, de lo Social, de 5 de diciembre de 2012 (rec. núm. 265/2011).

STS sala Cuarta, de lo social, de 11 de febrero de 2015 (rec. núm. 2872/2013).

STS, sala Cuarta, de lo Social, de 20 de octubre de 2015 (rec. núm. 172/2014).

**ANEXO I. ITER PROCESAL**

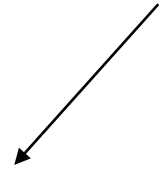
12/4/2019 JORNADA DE HUELGA

¿Vulneración del D° F?



Juzgado de lo social Nº 1  
Palma de Mallorca

Proceso especial de tutela de los derechos fundamentales:  
Sentencia Nº 100/2019, del 13 de marzo.



Tribunal Superior de Justicia

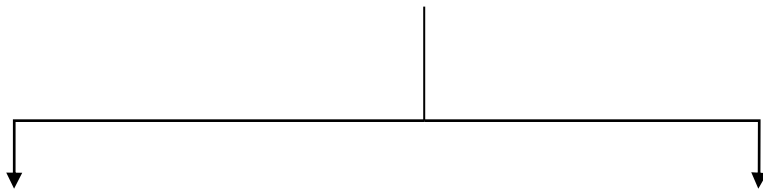
Recurso de suplicación



Tribunal Constitucional

Recurso de Amparo

- Agotamiento de la vía Judicial
- Especial trascendencia constitucional
- Proporcionalidad



Estimación

Desestimación

Plano Internacional  
art. 11CEDH

Recurso ante el TEDH

