



EDITORIAL

- Poder, fútbol y derecho de huelga

ESTUDIOS

- Riesgos psicosociales, derechos fundamentales y NTIC
Estefanía González Cobaleda
- La tutela ejecutiva de los anticipos a cuenta en el proceso laboral
José María Ruiz Moreno
- El auxilio por defunción en la Seguridad Social española: Pasado, presente y futuro
Daniel Hernández y José Enrique Devesa
- Responsabilidad social corporativa: Garantía de éxito y competitividad organizacional
Antonio Madrid García

CRÓNICA DE ACTUALIDAD

- Ley de Emprendedores: Balance de los resultados tras un año en vigor
Lorenzo Palomo Ruiz

DIÁLOGOS CON LA JURISPRUDENCIA

- Ultra-actividad y pactos en contrario
Cristóbal Molina Navarrete
- Cláusulas sociales y contratas públicas: Alternativa correctora de la reforma laboral
Juan Ignacio Marcos González
- Huelga y contratas en el Grupo PRISA: El plus de tutela del Tribunal Supremo
Margarita Miñarro Yanini
- Picaresca laboral: La simulación de contrato del Sr. Bárcenas
Cristóbal Molina Navarrete
- Prestación por maternidad desde la situación de excedencia por cuidado de hijos
Carolina Blasco Jover

CURSOS DE VERANO 2015

Aprovecha el verano para crecer profesionalmente

CONTABILIDAD

- **Análisis de Estados Financieros**
- **Contabilidad Avanzada**
- **Contabilidad Práctica**

JURÍDICA Y LABORAL

- **Derecho de Internet**
- **Derecho Laboral para no Laboralistas**
- **Gestión de Nóminas y Seguros Sociales (Práctica de Salarios y Cotizaciones)**
- **Práctica en Despidos**

RECURSOS HUMANOS

- **Excel para Recursos Humanos**
- **Retribución y Compensación**

TRIBUTACIÓN

- **Facturación e Impuestos**
- **Impuesto sobre el Valor Añadido**
- **Impuesto sobre Sociedades**
- **Nuevo IRPF**

FINANZAS Y GESTIÓN EMPRESARIAL

- **Bolsa y Mercados Financieros**
- **Excel aplicado a la Gestión Empresarial y Financiera**
- **Finanzas para no Financieros**
- **Visual Basic para Excel**

MARKETING Y VENTAS

- **Marketing Digital y Redes Sociales**

TE LLAMAMOS
GRATIS AHORA



Más información en:

www.cef.es • 914 444 920 •      

CEF.-

Poder en el fútbol y derecho de huelga: ¿Un «uso estratégico antihuelga» de la justicia social cautelar?

«... Lo que me parece significativo no es que de vez en cuando podamos señalar con el dedo una sentencia... sino... la función de mantener a los jueces dentro de un razonable equilibrio entre intereses en pugna, así como para reprimir los influjos de la sugestión y las inclinaciones inconscientes, dentro del límite mínimo que cabe esperar en las cosas humanas»

R. POUND

Las grandes tendencias del pensamiento jurídico

1. El domingo 16 de mayo, el FC Barcelona ganó la Liga española 2014-2015 –Liga BBVA–, ganando al Atlético de Madrid en el Vicente Calderón. Pero pudo haberla ganado sin ni tan siquiera tener que salir al terreno de juego. Así hubiera podido ser de haberse ejercido de forma efectiva la huelga que había convocado, en tiempo y forma ya, el sindicato profesional, la AFE (Asociación de Futbolistas Españoles). Reconocidos comentaristas cargaron contra esa huelga, considerándola poco seria, por «menor» y arbitraria, por ir contra «un buen decreto-ley que regula los derechos de televisión de los clubes» sin daño para la AFE, «aparte de la descortesía de haber contado poco con ella»¹.

Poca cosa esta para detener una maquinaria tan poderosa como sería el fútbol. Su poder, no solo económico, sino de movilización social, pues levanta pasiones en el conjunto de la sociedad, es tan desmedido que poco podría hacer contra él una «huelga sin causa seria ni legítima», se decía. Una huelga que los principales medios de comunicación, deportivos y generales, se habían encargado previamente de desacreditar en el «juicio (social) de la opinión pública», al presentarla como meramente «político-comercial» y altamente «insolidaria». Para ello, se trató de evidenciar que detrás de sus motivos formales, exigidos para cumplir con las exigencias legales, aparentemente, claro, había otros verdaderos, que «olían» a pique porque *Hacienda les aprieta* las tuercas a pro-

¹ Vid. periódico AS: http://opinion.as.com/opinion/2015/05/17/portada/1431816129_118598.html

fesionales que ganan millones de euros y que se resisten históricamente a pagar sus Impuestos, y «a complicidad» con los intereses oscuros del «Sr. Villar», que ve en la nueva normativa cerrarse el cerco en torno a sus obligaciones de control de sus millonarios presupuestos. De ahí que la autoridad política llamara a «no confundir a deportistas, clubes y aficionados con falsas reivindicaciones que no hacen más que ocultar verdaderos intereses espurios, a todas luces inconfesables»².

2. No, no pretendo hablar de fútbol aquí, o al menos no solo, sino de huelga, y mucho más concretamente del valor del derecho de huelga en el fútbol. ¿La razón? Es bien conocida ya por todos.

Si el FC Barcelona no se proclamó campeón antes de lo previsto es porque la huelga se suspendió por la Audiencia Nacional. Así se refleja en el [Auto de la Audiencia Nacional de 14 de mayo de 2015, Procedimiento 131/2015](#). Esta importantísima decisión judicial tiene una gran trascendencia, no solo jurídica sino socio-económica, dado los millonarios intereses en juego. Y va mucho más allá del caso concreto y de la delimitación del derecho de huelga del colectivo o sector profesional de futbolistas. En realidad, su análisis profundo, más de lo que se puede hacer en el margen razonable de un Editorial, deja emerger arduas cuestiones jurídico-sociales por la tentación, probablemente irresistible, de extenderse a otros sectores de actividad económico-empresarial, a fin de dar a luz una nueva comprensión general de la dinámica de este derecho fundamental. En juego está la consolidación o no de una innovadora, y peligrosa, también costosa –por las elevadas cauciones–, *estrategia patronal de neutralización preventiva, no reactiva*, como hasta ahora, del mismo, a través de un uso intensivo, si no abusivo, de las acciones declarativas previas de ilegalidad mediante el incidente de justicia cautelar.

Si bien mi centro de interés es eminentemente jurídico, no es posible dejar de lado un aspecto más de sociología jurídica presente en este caso y que, a mi entender, ha tenido una gran, excesiva, incidencia en el fallo final –aunque formalmente se diga provisional– del caso. Me refiero a que el sindicato de futbolistas profesionales empezó a perder esta batalla jurídica antes de iniciarse el juicio incidental en el seno de la Audiencia Nacional, al reprobarse su decisión en el inicial «juicio social» a la misma promovido por la Opinión mediática. La extremada impopularidad ante la afición con la que se presentó esta huelga por los medios ha generado un «prejuicio social» contrario al ejercicio del derecho social fundamental de huelga que, como trataré de evidenciar, ha pesado extraordinariamente en el «juicio jurídico incidental». Ya veremos si también en el «juicio final», si hay recurso de casación, como procedería formalmente.

3. No es baladí esta dimensión sociológica de la cuestión jurídica. No por casualidad, una de las plataformas más poderosas en la Red, Facebook, está promoviendo una serie de «debates» para evidenciar el cambio en la titularidad y en los modos de ejercicio del poder. En esta suerte de «era de reinención del poder» –de sus titulares y de sus formas de ejercicio– el control de lo

² Vid. el ABC: <http://www.abc.es/deportes/futbol/20150506/abci-anuncio-huelga-futbol-201505061803.html>

que piensan «las plazas públicas», cada vez más globales, es muy relevante. Esta «esfera pública» se convierte en un lugar favorito para los debates sobre los *conflictos de distribución de derechos*, de un lado, y *de riesgos* para una sociedad asociados, de otro. El mundo de los negocios –que es el que prima en la actual configuración del fútbol profesional– se convierte en una «empresa política», de modo que una buena parte de sus decisiones ya no puede mantenerse a puerta cerrada, sino que debe hacerse suya por el mayor número de ciudadanos posible en un tiempo en el que domina el modelo o paradigma de la «sociedad comunicativa» (J. HABERMAS). De ahí la relevancia creciente que se otorga a la «industria del discurso de legitimación social», a fin de procurar hacer pasar decisiones de «interés particular», por lo común de alcance puramente económico o mercantil, como auténticas cuestiones de interés general o social, prevalentes.

La mera «amenaza de un riesgo» grave para este interés, por tanto incierto en su producción o «fabricación», al margen de que se haya constatado un «daño» cierto, se hace especialmente visible y patente, anticipándose a través de toda una cuidada «imagería comunicativa» –digitalizada, virtual o a través de la publicidad e información escritas–, a fin de crear un clima favorable a tomar una «decisión responsable» que evite el devenir-real de ese riesgo para un interés particular fabricado ya como un «bien de consumo social». En este tipo de sociedad, quien ha creado principalmente el riesgo tiende a desplazar a quienes pueden verse afectados por él, sujetos públicos y privados, la toma de decisiones responsables, evidenciándole que el «riesgo de destrucción» es real y que, en el cálculo de probabilidades inherente, el peor caso posible es probable. En suma, el riesgo creído es «la fusta que se utiliza para mantener el momento actual avanzando al galope. Cuanto más amenazadoras sean las sombras... tanto más acuciante la conmoción que puede provocarse al dramatizar hoy los riesgos... La dramatización pública (medios de comunicación de masas) del riesgo en este sentido es un antídoto a las estrechas miras de las actitudes de "más de lo mismo"... para poder... instigar un cambio»³.

No busco honduras en tan arduo tema. Pero la referencia es obligada para mi objeto de reflexión, como decía. No hay pecado teórico para irme por los «cerros de Úbeda», sino la evidencia de un enfoque racional sin el cual no se comprende el profundo carácter de disrupción en el ordenamiento laboral actual del Auto de la Audiencia Nacional. Así sucedió, primero, en el plano gubernamental, con la aprobación, por vía de urgencia y al margen de todo debate parlamentario, del [Real Decreto-Ley 5/2015, de 30 de abril](#), de medidas urgentes en relación con la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional. Y así acaecerá, después, en el proceso judicial relativo por tanto al conflicto de poder en el fútbol y reparto de derechos de comercialización que ha enfrentado a la parte sindical, AFE –y tras ella la Real Federación Española de Fútbol, RFEF– y a la parte patronal, la LFP –Liga de Fútbol Profesional–. Queda, de este modo, delimitado el conflicto en torno a la distribución de los derechos de comercialización audiovisual del fútbol y al uso del poder (sindical)-riesgo (empresarial) de huelga suspensiva de la fase final del campeonato nacional de fútbol, instrumentado al servicio directo de un diverso reparto de aquellos al establecido legalmente y por influencia

³ Vid. BECK, U.: *La sociedad del riesgo global*, Siglo XXI, 2002, págs. 218-219.

preeminente de una parte (la empresarial), en detrimento, o al menos al margen, de otro actor o sujeto relevante (sindical).

Tengo que reconocer, honestidad obliga, que yo me dejé seducir por estos «cantos de sirena mediáticos» con las primeras informaciones sobre la huelga. Mi primera reacción en Facebook fue generar sombras sobre la oportunidad de esta huelga «sospechosa». Ahora bien, al margen de la opinión que sobre esta huelga se tenga, sobre su mayor o menor justificación, lo cierto es que nunca podría confundirse el análisis de opinión ciudadana con una decisión jurídica, y menos precipitarla a través de una resolución incidental y provisional que haga vana toda posibilidad de ejercicio de un derecho fundamental. El problema no es, pues, que yo me dejara seducir, sino que lo ha hecho la Audiencia Nacional.

4. Ni que decir tiene que la situación socio-laboral en liza no es sencilla, sino compleja, por la enorme maraña de intereses oscuros y de «guerras cruzadas» enconadas con el tiempo, de críticas y desautorizaciones recíprocas entre todos los sujetos implicados, pareciéndose más a un universo oscuro e insondable. Es difícil sustraerse a la impresión de que todos juegan con las «cartas marcadas». Para despejar el plano jurídico-social, nada mejor que sintetizar el extenso, y en exceso reiterativo, relato de hechos del [Auto](#), del que se extrae que el objetivo central de la huelga era la «*modificación, que no derogación, del RDL 5/2015*» –hecho octavo–. Resumiendo una multiplicidad de documentos, tal *pretensión novatoria de la norma de valor legal sobre el sistema de comercialización centralizada de los derechos audiovisuales del fútbol*, principal objeto del deseo de todos, más de unos –patronal– que de otros –futbolistas–, cabe concretar los motivos de esa discrepancia en cinco:

- a) *Ausencia de Diálogo Social*. Disconformidad con el procedimiento seguido para la regulación de tales derechos de comercialización, al realizarse solo con uno de los sujetos del Diálogo Social, la representación de los clubes profesionales –patronal– y ausencia del otro, la AFE.
- b) *Omisión de garantías salariales por ley*. El real decreto-ley omite una garantía de preferencia crediticia, equivalente a las recogidas para los créditos públicos y recogida por ley, a fin de asegurar que el cobro de los créditos no sufra retrasos.
- c) *Falta de un mecanismo de retorno mínimo directo a las organizaciones sindicales de futbolistas*.
- d) *Propuesta de una diversa y socialmente más equitativa distribución de los derechos de comercialización audiovisual del fútbol*, entre la Primera y la Segunda División. El Real Decreto-Ley 5/2015 asigna un 90% a Primera y un 10% a Segunda, atendiendo al típico criterio de productividad derivada de la escala de audiencias de una y otra. De ahí que proponga corregir el criterio meramente económico-financiero con otro más social, reduciendo al 80% los derechos para Primera y aumentando al 20% los previstos para Segunda.

- e) *Crítica por la modificación unilateral y autoritaria que se hace, sin conexión alguna con la materia objeto de regulación, del régimen sancionador de los clubes*⁴. Con ello, se perjudicaría la seguridad jurídica de los futbolistas.

5. Naturalmente, la LNFP (Liga Nacional de Fútbol Profesional) ve las cosas de un modo radicalmente diverso. Le parece que la AFE equivoca sus dardos porque está dispuesta a ofrecerle todo lo que pide, salvo aquello que o bien depende directamente de la potestad legislativa, y excede su competencia, o bien ya han pactado en el convenio colectivo, sin perjuicio de negociar de buena fe para llegar a los acuerdos de desarrollo que convengan a todas las partes. Consecuentemente, esta huelga no solo sería manifiestamente ilegal, en los términos del artículo 11 del [Real Decreto-Ley 17/1977](#), sino que sería igualmente abusiva, por desproporcionada, en los términos de su artículo 7.2, por la gravísima desorganización que introduciría en el calendario –hecho undécimo del [Auto de la Audiencia Nacional](#)–.

Pero la LNFP iba un poco más allá, a fin de hacer mella en el sentimiento profundo de la afición, en la línea ya comentada de convertir en verdad mediática, por tanto social, lo que solo sería una posibilidad –riesgo–, quizás probable, pero en todo caso siempre incierta: si se para, la Liga finalizaría tal y como estaba en la clasificación el día 15 de mayo de 2015, con lo que el Barcelona ganaría sin remisión –el riesgo más que probable en aquella situación luego se convirtió en realidad, suspendida la huelga, pero por méritos del Equipo y deméritos de otros– y los clubes en descenso también bajarían al «infierno de Segunda». Así, el presidente de la LNFP no tuvo empacho alguno en afirmar como seguro algo que, en buena teoría jurídica, en el mejor de los casos, no está claro para la doctrina especializada –quizás sí para sus asesores–: «*El derecho de huelga amortiza la jornada en la que se para y, por tanto, no se recuperaría*»⁵.

Por eso, ante tan «trascendental cuestión social» –sin duda de máximo interés nacional por los profundos bienes sociales, económicos y culturales a los que afectaría–, la LNFP ensaya una estrategia inaudita hasta el momento: nada menos que pedir la «suspensión cautelar» del derecho fundamental. Nada importaría, a juzgar por el juicio benévolo de la Audiencia Nacional, que tan innovador uso se hiciese de forma deficiente en origen por la patronal del fútbol, puesto que, visto todo de buena fe a favor de la competición, todo es subsanable, tanto la falta de caución inicial, que luego se concretó en 5 millones de euros –el dinero nunca será aquí problema, faltaría más–, ni que la demanda de la LNFP se dirigiera contra un acto de mediación, que concluyó sin acuerdo, «por lo que la demandante carecía de acción para impugnarla» –FJ cuarto–.

Por eso, hay que restar gravedad al referido defecto procesal, «siendo razonable, por consiguiente, que la demandante interpusiera la correspondiente demanda ante el *riesgo cierto de*

⁴ Es infracción muy grave de los clubes: «a) El incumplimiento de los acuerdos de tipo económico de la Liga profesional correspondiente, *incluido cualquier acuerdo válidamente tomado por los órganos de representación de dichas entidades que afecte al control económico y presupuestario de sus entidades asociadas*».

⁵ Declaraciones en: <http://www.mundodeportivo.com/futbol/20150512/2078264200/tebas-dice-que-si-hay-huelga-este-fin-de-semana-la-jornada-no-se-recuperaria.html>

que no se convocara formalmente la huelga y se mantuviera la convocatoria, lo que no era descartable, si se tiene presente que la RFEF había suspendido la competición con causa a la huelga promovida por AFE, aunque no había sido convocada formalmente en dicha fecha...» –FJ cuarto–. En todo caso, poca importancia puede tener todo esto al ser subsanado, a juicio de la Audiencia Nacional, con la ampliación de demanda, despejando «cualquier duda sobre la legitimación activa de la LNFP». Que esa demanda mantuviera otros defectos, como no aportar el intento previo de conciliación o mediación ante el SIMA (Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje), sino ante el viejo SMAC (Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación) de Madrid, tampoco sería significativo, pues es un defecto procesal *ex* artículo 156.1 de la *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social* (LRJS), subsanable *ex* artículo 81.3 del mismo texto legal. Por lo tanto, bastará con requerir a la demandante para que lo aporte en el plazo que prevé la ley –15 días desde la notificación–, y todo resuelto formalmente. Encomiable, cabría decir, la labor de integración procesal de la defectuosa demanda patronal, respetuosa con la pretensión de la LRJS de evitar pronunciamientos procesales, que no resuelven, e ir al fondo del asunto, que es lo que aquí cuenta, pues no hay ni un minuto que perder. El campeón «justo» de la Liga y los condenados al infierno del descenso están en juego, los equipos que tendrán la fortuna de ir –o la desgracia de no hacerlo– a la *Champions League*, y por tanto no es posible que viejos «ritos procesales» puedan dificultar una solución de la justicia en tiempo real o útil.

6. Y es aquí donde surge el verdadero «punto doliente», el centro neurálgico de la innovación que introduce la Audiencia Nacional, seducida sin duda por el canto de sirena que supone la gestión preventiva propuesta por la patronal del fútbol para el riesgo social de paralización de la todopoderosa Liga Profesional de Fútbol –Liga BBVA–. Decenas de huelgas en las que los sindicatos «de clase», e incluso los profesionales, se han quejado amargamente de la dificultad de impedir que «servicios mínimos» claramente abusivos –por repetir Órdenes con contenidos idénticos a otras ya declaradas ilegales– se impongan, de facto, a una huelga efectiva, y ahora es la LNFP la que parece haber encontrado la receta mágica: la justicia cautelar suspensiva. Pero ¿es posible impedir el ejercicio del derecho de huelga con su suspensión cautelar?

Para la AFE, y sus asesores jurídicos, naturalmente no. Además de tratarse, desde un punto de vista estrictamente técnico, de una acción meramente declarativa, representaría, en un plano más de política del derecho, tanto como instrumentalizar un derecho fundamental, el de la justicia cautelar, al servicio de la neutralización absoluta de otro, la huelga. No sorprende, por tanto, que doctrina científica especialmente autorizada, pionera en el análisis del Auto, a través de las redes sociales, precisamente, haya evidenciado su rechazo más radical. Solo una «autoridad política» podría alcanzar, en casos excepcionales, un efecto de tal calibre desactivador del derecho, pero no la «autoridad judicial», que tan solo podría limitarse a constatar, a posteriori, una eventual ilegalidad de la huelga y fijar, en consecuencia, la responsabilidad por daños⁶.

⁶ Vid. el cuidado análisis de A. BAYLOS en <http://baylos.blogspot.com.es/2015/05/sobre-la-suspension-de-la-huelga-de-los.html>

Reconociendo la enorme complejidad del asunto jurídico, que no facilita una solución segura, y la autoridad científica de este razonamiento, no lo comparto. Creo que, en este punto, el Auto de la Audiencia Nacional sí tiene razón. A mi juicio, la patronal sí tendría acción legítima para pedir esa paralización preventiva, y el juez social competencia suficiente para acordarla, en virtud del artículo 24 de la [Constitución Española](#) (CE) y de la doctrina constitucional y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que se trae a colación en el Auto, aunque luego no se aplica correctamente, como razonaré.

No puede desconocerse que la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo ha corregido de un modo significativo, en un sentido más favorable a la efectividad del derecho fundamental, su posición precedente, más proclive a legitimar usos estratégicos empresariales orientados a la reducción de sus efectos. Lo hizo en relación con el «*esquirolaje tecnológico*» ([STS, Sala 4.ª, de 5 de diciembre de 2012, rec. núm. 265/2011](#)). También lo ha confirmado en el marco de la potestad empresarial de regulación extintiva de empleo –despidos colectivos– ([STS, Sala 4.ª, de 11 de febrero de 2015, rec. núm. 95/2014](#), respecto al Grupo Prisa, que estima parcialmente el recurso contra la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 29 de julio de 2013, rec. núm. 276/2013)⁷. En esta misma línea, se pronuncia la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo en el celeberrimo «*caso Grupo Coca-Cola*» –FJ quinto, punto 3, [STS, Sala 4.ª, de 20 de abril de 2015, rec. núm. 354/2014](#), que, confirma la [SAN de 12 de junio de 2014, rec. núm. 79/2014](#)⁸.

Ahora bien, este manifiesto plus de tutela del derecho de huelga –y, por ende, de la libertad sindical– frente a las potestades empresariales estratégicamente dirigidas a reducir, o incluso anular, el impacto de la huelga, no puede impedir el reconocimiento de la acción de los empresarios a reclamar una tutela preventiva frente a una huelga que tengan por ilegal, amén de abusiva. La razón es que no está en juego propiamente la libertad de empresa, derecho de rango constitucional y naturaleza mercantil, de menor protección que el derecho de huelga, de rango fundamental y naturaleza social, sino el derecho fundamental a la efectividad de la tutela judicial *ex* artículo 24 de la CE que incorpora, como para cualquier ciudadano, la justicia cautelar. De lo contrario, como afirma con razón la Audiencia Nacional «... se bloquearía esencialmente la efectividad de la tutela reclamada, puesto que la huelga se activaría, aun cuando *hubiera el riesgo real de que se declare ilegal*» –FJ quinto, párrafo cuarto, *in fine*–.

Pero hasta aquí mi conformidad con la doctrina de la Audiencia Nacional. A partir de ahí, se torna inasumible.

⁷ Por su importancia, es objeto de «Diálogo» en este número por la profesora Margarita MIÑARRO, al que remitimos.

⁸ Por su trascendencia, será objeto de «Diálogo» en el próximo número, junto a otras recientes, en el nuevo monográfico que se incorporará sobre la jurisprudencia última en despidos colectivos.

7. Dice, de manera inequívoca, esa copiosa e inveterada doctrina constitucional –SSTC 62/1982, 159/1986, 254/1988, 187/1999, entre muchas otras– que «los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos». Y eso requiere, cuando menos, que se mantenga una «severa observancia tanto de las garantías formales como de las pautas propias del principio de proporcionalidad exigibles en toda aplicación de medidas restrictivas...». Pues bien, la Audiencia Nacional se ha encargado de llevar adelante esta doctrina constitucional hasta sus máximas consecuencias en uno de los derechos fundamentales en juego, la justicia cautelar, pero lo ha ignorado por completo, incomprensiblemente, para el otro, el derecho de huelga.

En lo que refiere al primer presupuesto de la justicia cautelar, esa razonable apariencia de verosimilitud de lo pretendido –la ilegalidad de la huelga en el caso–, la llamada en términos clásicos «apariencia de buen derecho» –*fumus boni iuris*–, la Audiencia Nacional asume que hay bases manifiestas para sostener la ilegalidad de la huelga. Para la Audiencia estamos ante una huelga novatoria de convenio –un estudio detenido de la doctrina constitucional y de la jurisprudencia en la materia en la [SAN 75/2010, de 15 de julio, rec. núm. 107/2010](#)–, no «político-comercial» eso sí:

«... algunos de los objetivos de la huelga podrían tener por finalidad la modificación del convenio colectivo vigente...».

La dicción literal del razonamiento de la Audiencia Nacional es suficientemente ilustrativa para afirmar todo lo contrario del juicio al que llega. Primero, porque si solo algunos objetivos pueden ser, en efecto, modificativos, asume que otros no –ejemplo: diverso reparto de los derechos de comercialización a fin de que no se produzcan agravios comparativos en perjuicio de los «clubes más modestos»–. Segundo, orilla por completo el alcance del [Real Decreto-Ley 5/2015](#), que es en sí misma una norma que introduce una profunda novedad en la ordenación de la materia, de manera que «condenaría» a la AFE a no poder movilizarse a favor de sus intereses por un pacto hecho en la Mesa de Negociación y no incluido directamente en el convenio, en torno al porcentaje a percibir de los derechos de comercialización. De esta manera, la Audiencia Nacional ha silenciado la doctrina constitucional de la cláusula *rebus sic stantibus* –[STC 11/1981](#)–, que autoriza al sindicato a solicitar la novación cuando el marco legal ha cambiado notablemente.

Sin entrar ahora a analizar el complejo Real Decreto-Ley 5/2015, más ambivalente de la valoración que hace tanto el Consejo Superior de Deportes como la LNFP –no solo venden sus efectos pacificadores del mercado, antes una continua guerra entre las dos plataformas en liza, Prisa y Mediapro, sino también equitativos, al permitir más ingreso para el fútbol modesto, de clubes de segunda y tercera y el femenino–, hay que recordar que no se planteaba una modificación cuantitativa –el nuevo modelo prevé aumentar de 700 a 1.000 millones los ingresos anuales, nada menos que un 30 % más– sino que en juego está una cuestión socio-económica y profesional fundamental relativa a la distribución: la solidaridad de los clubes que más recursos tienen con aquellos que menos recursos contemplan, como presupuesto de estabilidad y seguridad de plantillas y de derechos económicos de esos profesionales. Es manifiesto que el Real Decreto-Ley 5/2015, al

margen de cuál sea la verdadera razón de la AFE, no garantiza ingresos suficientes para las verdaderas víctimas de este desmedido mundo del fútbol: los futbolistas de los equipos quebrados, o que tienen un alto riesgo de serlo si no varían los repartos de derechos, que no consiguen cobrar.

En suma, pudiera ser que la huelga resultase finalmente ilegal, pero lejos de ser claro, o manifiesto, es más que dudoso y, en todo caso, ese juicio no puede ser incidental, sino que ha de ser en el juicio definitivo. El Tribunal Constitucional es claro cuando exige a tal fin verificar la probabilidad, no la posibilidad, de esa ilegalidad –[STC 148/1993, de 29 de abril](#)–. Dada la preferencia jurídica del derecho de huelga en nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, la única posibilidad de que prospere el incidente cautelar suspensivo es que haya una manifiesta ilegalidad de la huelga, lo que aquí no concurre. Una cosa es el juicio de oportunidad de la huelga, discutible sin duda, y otro muy diferente el «juicio de legalidad». Por tanto, el sacrificio del derecho social de huelga a que lleva la intervención cautelar interdictal de la huelga es desmesurado.

8. Hay un segundo presupuesto para el éxito de la acción cautelar suspensiva, y que se concreta con lo que se conoce como daño desproporcionado del retraso de la decisión final –*periculum in mora*–. La Audiencia Nacional parece tenerlo claro, dando como «*probado que la celebración de la huelga impediría concluir el campeonato de Primera y Segunda División B en las fechas indicadas, lo que provocará un grave desorden organizativo, cuya resolución es muy difícil de resolver por los compromisos internacionales de España y de los... clubes, así como por las propias fechas de vacaciones de los futbolistas...*». Ahora bien, ¿alguien conoce unas fechas apropiadas para hacer huelga de futbolistas profesionales ante la repleta y constante Agenda internacional española, en especial de sus clubes, presentes, con mucho éxito todo hay que decirlo, en todas las ligas europeas durante todo el tiempo? ¿Cuándo no concurriría esa dificultad de organización en un contexto de fútbol internacional del que España es referente?

La cuestión, por lo tanto, no está en si hay riesgo de grave dificultad organizativa, que se da por definición en la Liga española, «la mejor del mundo», sino en si queda suficientemente acreditado que hay una alternativa menos dañosa. Pero nada de eso aparece probado. La [Sentencia del Tribunal Constitucional 148/1993](#), respecto de una huelga en los servicios esenciales, es inequívoca cuando exige al Juez «verificar la concurrencia de un *peligro de daño jurídico* para el derecho cuya protección se impetra derivado de la pendencia del proceso... y valorar el perjuicio que para el interés general (en este caso asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales) acarrearía la adopción de la medida cautelar...» –FJ quinto–.

Vemos una vez más como la Audiencia Nacional hace del riesgo potencial un peligro de daño real, trae al más inmediato presente el futuro incierto, y prima el interés de los aficionados a ver el final de la Liga conforme a lo previsto, así como el eventual interés de los futbolistas a sus vacaciones en el tiempo previsible, que el derecho de huelga. Pero, así razonando, la Audiencia Nacional no solo ignora que si la huelga siempre ocasiona daños, por definición, es inherente al derecho social, la de los futbolistas de la liga más internacionalmente comprometida, la española, siempre serán de significativa consideración y ahí está, precisamente, su fuerza persuasiva.

En suma, tampoco aquí concurre ese *periculum in mora* tan determinante como para paralizar un derecho fundamental, salvo, claro está, que el juez asuma una de las posiciones, haciendo la otra. Lo que es ilegítimo en nuestro Derecho. Aceptar el planteamiento de la Audiencia Nacional sería tanto como admitir que los futbolistas tienen, sí, la «titularidad» del derecho a la huelga, pero no, de facto, la «autorización de ejercicio»⁹, porque la fortaleza internacional de la Liga española hace estructurales las dificultades para organizar el calendario liguero y, por tanto, salvo en vacaciones, y ni siquiera, su huelga siempre sería turbadora. Consecuentemente, no solo hay que llamar la atención sobre la necesidad de limitar mucho la proyección de esta doctrina al resto de sectores de actividad, en los que no podemos constatar las singularidades del fútbol, sino que es necesario igualmente que se corrija lo antes posible también para este sector. Debería recurrirse ante el Tribunal Supremo, pues hay vía de recurso, y este establecer una ponderación bien diferente a la de la Audiencia Nacional.

9. Podría pensarse que no hay riesgo de «contaminación» de esta rotunda, y demoleadora, doctrina judicial al modo de entender la dinámica del derecho de huelga en otros sectores. Pero ya hemos visto que no es así. Ciertamente, la Audiencia Nacional ya tiene tradición, o al menos precedentes, de establecer una doctrina abrasiva de derechos colectivos de colectivos de profesionales que, por influencia del imaginario social, y también por datos reales, claro está, se consideran como «privilegiados». Bastará recordar el caso de los controladores aéreos y la legitimación de una muy extensa «expropiación legislativa» de su derecho a la negociación colectiva (SAN 47/2010, de 10 de mayo), que ya fue objeto de [análisis en esta Revista](#) por mí en su día.

Todos sabemos qué pasó después. Con circunstancias diferentes, las sucesivas oleadas de reformas laborales también redujeron sustancialmente el espacio de la negociación. Aquella sentencia anticipó la devaluación de derechos colectivos que luego se generalizó.

Es hora de terminar este largo Editorial. Y al final, les vuelvo a reconocer que sigo sin ver claras las razones «auténticas» de esta huelga abortada, *non nata*, y que no me granjea mucha simpatía, la verdad. Creo que las sólidas razones de fondo se debieron plantear de otro modo, para darle mucha más credibilidad social, y en otro contexto, menos «sospechoso». Pero ¿qué importará la simpatía que a mí me cause esta huelga o no? Es manifiesto que tampoco a la Audiencia Nacional, sea o no del Real Madrid –que ya poco importa para esta Liga–, le era nada simpática. Ahora bien, si no importa mi opinión, que ahora expreso en este Editorial, sí importa, y mucho la de la Audiencia Nacional. La suya no puede ser de reproche social, sino de calificación jurídica. Y en este plano, resulta manifiesto, a mi juicio, el exceso de jurisdicción en que ha incurrido.

En un juicio cautelar no se puede impedir el ejercicio de un derecho axial como es el derecho de huelga, cuando un estudio detenido de la situación evidencia que hay indicios más que razonables de verosimilitud de la legalidad, incluso razonabilidad, de la huelga, al margen de la

⁹ Vid. BAYLOS, A., *op. cit.*

imagen negativa generada socialmente contra ella. En mi opinión, no se puede privar a los empresarios de medidas útiles para evitar huelgas ilegales y/o abusivas, como expresión de su derecho a una tutela judicial cautelar efectiva *ex* artículo 24 de la CE, pues nada hay para privar a estos ciudadanos de tal derecho constitucional fundamental, sin tener que limitarse a solicitar las responsabilidades derivadas de un ejercicio ilegal o desproporcionado. Pero no menos cierto es que los futbolistas profesionales en particular –no todos son estrellas que ganan cifras desorbitantes–, deben tener derecho a plantear, frente a una nueva y unilateral regulación de los ingresos principales de los que depende su estabilidad y promoción profesionales, su derecho fundamental a la huelga, con vocación de lograr sus finalidades, por más que eso altere gravemente el calendario ligero. Confío en que el Tribunal Supremo ponga orden en este principal asunto.

Cristóbal Molina Navarrete

Director

La **Revista de Trabajo y Seguridad Social (RTSS.CEF)**, editada por el Centro de Estudios Financieros, ofrece a los profesionales y estudiosos de las materias conectadas con el área social del Derecho una información puntual de las disposiciones que la afectan directa o indirectamente. También es un medio al servicio de aquellos que, a través de sus trabajos de investigación y opinión, ofrecen al lector su aportación doctrinal sobre temas controvertidos y de interés.

Su suscripción es anual y su periodicidad mensual

Importe de la suscripción: 139,43 € + IVA (12 meses)

Para contratar la suscripción, que comprende tanto la **versión impresa** como la **versión electrónica**, acceda a:

<http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm>

