

«Esquirolaje técnico» o el derecho de la empresa a utilizar sus propios medios para producir con trabajadores no huelguistas

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

En un reciente pronunciamiento, el Tribunal Constitucional analiza una nueva perspectiva del ejercicio del derecho a la huelga. Se imponen como límite del poder del empresario tanto el 'esquirolaje externo' —contratación de trabajadores que pasen a desempeñar las tareas dejadas de realizar por los huelguistas— como el 'esquirolaje interno' —la realización, con trabajadores ya vinculados a la empresa antes de la huelga, de funciones distintas a las habituales—. La huelga de Telemadrid y la programación durante aquélla de un partido de fútbol motiva que el tribunal analice un nuevo concepto: el del 'esquirolaje técnico'.

1. Los hechos tienen lugar durante un día de huelga convocada en Telemadrid en el que se decide emitir como única programación un partido de la Liga de Campeones. El día de la huelga, a la hora prevista, llegó la señal del partido de la mano de la Federación de Organismos o Entidades de Radio y Televisión Autonómicas (FORTA). Ante tal señal se planteó la posibilidad de emitir el partido, dado que había un trabajador que no había secundado la huelga en el control central. Este trabajador envió la señal al locutorio conforme le indicaron y allí el locutor —que tampoco había secundado la huelga—, llevó a cabo la locución, devolviéndose la señal automáticamente a control central, desde donde se envió al departamento de grafismo en lugar de hacerlo al departamento de continuidad, tal y como era habitual. Allí, el coordinador, utilizando una máquina de uso frecuente en grafismo insertó la «mosca» con el símbolo de Telemadrid.

Sin embargo, en lugar de enviar la señal, como en un día habitual, desde el departamento de continuidad al codificador A, se optó por utilizar el codificador B o línea de reserva, siendo así que por el codificador A la señal emite un cartón negro y por el codificador B se emite el partido. Consta que fue un trabajador de Telemadrid no huelguista y encargado de tal labor el que llamó para que se activara el codificador B —que sólo se utiliza en casos excepcionales— para posibilitar que la cadena emitiera el partido.

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

2. Ante la impugnación por vulneración del derecho de huelga presentada por la Confederación Sindical del Trabajo (CGT), la demanda fue desestimada por el Juzgado de lo Social. Entre otros argumentos, por entender que en modo alguno se considera vulnerado el derecho de huelga «por varias circunstancias, entre las cuales debe destacarse la escasa duración de la emisión del partido con relación al resto de la jornada en la que Telemadrid no emitió programación alguna, llegándose a calificar la huelga por el propio sindicato demandante como de exitosa en relación al éxito menor que se había dado en otros ámbitos del Estado y de actividad dentro del mismo, que revela que tal incidente como fue la emisión del partido no obstaculizó el ejercicio del derecho de huelga ni el éxito de la huelga en la empresa».

Por otro lado, se advierte que los trabajadores que no apoyaban la huelga ese día y que colaboraron en la emisión del partido no llevaron a cabo funciones distintas de las que venían desarrollando habitualmente. Y «en cuanto a la emisión final del partido fue posible a través del codificador B o línea de reserva que si bien no se suele utilizar salvo en casos excepcionales, es desde luego una posibilidad técnica con la que cuenta la empresa para poder desarrollar su actividad. Lo único que sucedió es que con los medios técnicos que la empresa tenía a su alcance y con los trabajadores no huelguistas que tienen derecho desde luego a trabajar y a no secundar la huelga, se llevó a cabo esta emisión en un espacio breve de tiempo en relación a la duración de programación diaria»

El sindicato presentó un recurso de suplicación en el que alegaba que la empresa había utilizado medios técnicos no habituales, aunque técnicamente posibles, como, por ejemplo, el codificador B, que constituye una línea de reserva. El recurso fue desestimado por considerar el Tribunal Superior de Justicia, entre otros argumentos, que el empresario ha de respetar el derecho de huelga, pero no ha de colaborar con ella o ni favorecerla. «No siendo el derecho de huelga un derecho de resultado, es legítimo, por tanto, que los empresarios traten de atenuar las consecuencias de la huelga mediante aquellos medios de los que dispongan, y siempre que ello se realice mediante conductas lícitas [...]. En tanto la actuación empresarial el día de la huelga se limitó a servirse de los medios de los que se disponía habitualmente [...] la misma no merece la calificación de actuación contraria al derecho fundamental a la huelga, sino la de conducta lícita y conforme a derecho». El Tribunal Supremo inadmite el recurso de casación para unificación de doctrina por falta de contradicción.

Conviene subrayar que el ministerio fiscal considera vulnerado el derecho a la huelga por la actuación empresarial. Admitiendo el artículo 28.2 de la Constitución como marco regulador, recuerda que la prohibición prevista en el artículo 6.5 del Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo (*BOE* de 9 de marzo), supone expresamente que «en tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número siete de este artículo». La interrupción de la actividad no puede pretenderse inocua acudiendo para ello a determinadas actuaciones extraordinarias que minimicen o anulen los efectos de la medida de conflicto, puesto que ésta se emplea precisamente con la finalidad de afectar a los intereses empresariales y como medio de presión para la consecución de objetivos laborales. Y, en este caso y a su juicio, se produjo la suplantación absoluta de las funciones encomendadas a los trabajadores mediante el empleo de medios inhabituales que sólo buscaban el fracaso de la huelga, por lo que el derecho fundamental resultó vulnerado y procede conceder el amparo.

3. En atención a lo expuesto, en esta Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero del 2017 (recurso de amparo 1168/2014) admite el tribunal que el citado artículo 6.5 del Real Decreto Ley 17/1977, sobre relaciones de trabajo (RDLRT), prohíbe expresamente tanto el 'esquirolaje externo' —contratación de trabajadores que pasen a desempeñar las tareas dejadas de realizar por los huelguistas— como el 'esquirolaje interno' —la ejecución con trabajadores ya vinculados a la empresa antes de la huelga de funciones distintas a las que normalmente desempeñan, bien utilizando el empresario las facultades empresariales en materia de movilidad (STC 123/1992), bien aceptando voluntariamente la realización de servicios distintos (STC 33/2011)—.

Al objeto de determinar si la doctrina constitucional expuesta es o no aplicable al supuesto de autos, el tribunal compara la actividad en un día normal y la actividad el día de la huelga. Y llega a la conclusión de que la única diferencia existente es que el día de huelga la señal se envió desde control central a grafismo, en vez de a continuidad. Es en continuidad donde se pone la mosca de Telemadrid, y el día de la huelga la mosca se puso en una máquina del departamento de grafismo. A partir de ahí, un día normal una señal va directamente desde continuidad al codificador A —que es el que normalmente utiliza— y otra señal va a control central donde un trabajador la envía también al codificador B —de reserva—. Sin embargo, el día de la huelga únicamente se envió la señal desde control central al codificador B porque en continuidad todos los trabajadores estaban en huelga y por eso la señal no se pudo enviar al codificador A. Pero, como se deduce de toda la tramitación procesal del litigio, se considera hecho probado que «los trabajadores que no secundaron la huelga y que colaboraron en la emisión del partido, no llevaron a cabo funciones distintas de las que vienen desarrollando habitualmente». Y, constatado este dato, la alegada vulneración del derecho de huelga debe ser rechazada, al menos por este motivo (FJ 6).

Asimismo, para resolver la duda sobre si la utilización de medios técnicos disponibles para la empresa, pero de empleo infrecuente, puede asimilarse a los supuestos prohibidos de esquirolaje, el tribunal recuerda que no existe en los ordenamientos de nuestro entorno ninguna previsión que ampare una lectura del derecho de huelga que abarque lo que aquí se pretende. Ciertamente la libertad del empresario se encuentra restringida en sus facultades de organización y dirección como consecuencia del ejercicio del derecho de huelga. Pero «no hay precepto alguno que, durante este ejercicio, prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa para mantener su actividad». Por lo demás, «exigir al empresario que no utilice medios técnicos con los que cuenta en la empresa supone imponer al empresario una conducta de colaboración en la huelga no prevista legalmente. La utilización de medios ya existentes en la empresa es compatible con el derecho de huelga y no puede extenderse, por vía analógica, a este supuesto la prohibición prevista en el artículo 6.5 RDLRT, que se refiere al empleo de los recursos humanos en la empresa, pero no a la utilización de sus recursos materiales y tecnológicos» (FJ 7).

El empresario tiene que soportar inevitablemente un daño derivado de la interrupción de la actividad como consecuencia de la huelga, pero sería desproporcionado exigirle, en supuestos como el presente, que colabore por inacción u omisión en el éxito de aquélla. Por lo demás, la utilización por parte de los trabajadores no huelguistas de los medios técnicos de los que dispone la empresa del modo en que lo han hecho en el supuesto enjuiciado, sin realizar funciones de una categoría distinta, ha permitido hacer efectiva la libertad de trabajo que les reconoce el artículo 6.4 del Real Decreto Ley 17/1977. «En consecuencia, en el presente supuesto no ha

existido lesión del derecho de huelga. El empresario, en el ejercicio de su poder de organización, ha hecho un ejercicio regular de sus funciones. La emisión del partido fue posible porque en la empresa existían medios técnicos que permitían hacerlo y porque varios trabajadores no secundaron la huelga. Los medios técnicos ya existían —no fueron adquiridos expresamente para hacer frente a los efectos de la huelga— y los trabajadores que no secundaron la huelga no realizaron funciones distintas a las que les corresponden» (FJ 7).

4. No parecen rebasarse los límites que ya el tribunal había considerado vulneradores del derecho a la huelga, a saber, contratar trabajadores externos o modificar las funciones de los trabajadores no huelguistas. Pero la utilización de medios técnicos inusualmente empleados por la empresa y técnicamente posibles exige un análisis adicional que culmina con la aceptación de su constitucionalidad en este pronunciamiento, por cierto, nada pacífico, pues tres magistrados firman un voto particular exigiendo reconsiderar la relación de las nuevas tecnologías con los derechos fundamentales («no puede soslayarse el empleo y los efectos del uso de las nuevas tecnologías por parte del empresario para potenciar sus cauces de vigilancia y control o, como ahora, para lograr una directa repercusión en la efectividad de los derechos fundamentales, con finalidad de bloqueo de la finalidad que procura su consagración constitucional»). La fallida ley orgánica de huelga podría haber reparado algunas deficiencias aplicativas en esta materia. Pero no se aprobó. Las Cortes se disolvieron en abril de 1993, cuando ya había superado todas las fases parlamentarias y faltaba la votación final en el Congreso. Y nunca se retomó.