

¿Puede una empresa minorar los efectos de la huelga?

Antonio V. Sempere Navarro

*Coordinador del Área de Laboral de Gómez-Acebo & Pombo
Catedrático de Universidad*

Carolina San Martín Mazzucconi

*Consejera Académica de Gómez-Acebo & Pombo
Profesora Titular de la Universidad Rey Juan Carlos*

El bajo número global de jornadas perdidas por huelga viene compatibilizándose con la especial duración o virulencia de alguna de ellas. Sea en tales casos, sea en los restantes (mayoritarios) las empresas suelen buscar el modo de que la paralización de la actividad por parte de sus empleados afecte lo menos posible a la producción de sus bienes o servicios y, desde luego, a los clientes. Esa tendencia empresarial choca con la configuración de la huelga como un derecho fundamental y el modo en que nuestra jurisprudencia viene entendiendo la superior protección que la Constitución le brinda respecto de la libertad de empresa, la productividad o la propiedad privada; en principio, aunque el derecho de huelga tiene importantes límites, no se admiten medidas empresariales que neutralicen sus efectos y afecten a su contenido esencial.

Ante la ausencia de una regulación postconstitucional expresa (sin perjuicio de que periódicamente se especule sobre su conveniencia) y las constantes dudas que se suscitan, parece interesante repasar cuál es el margen de que disponen las empresas para paliar los efectos del ejercicio de este derecho sin vulnerarlo, y cómo pueden responder frente al incumplimiento de servicios mínimos o de mantenimiento. Se trata de un tema casuístico, por ello mismo complejo, aunque es posible identificar ciertos criterios prácticos que conviene tener en cuenta.

1. Primacía y legalidad del derecho de huelga

La regulación constitucional muestra que la huelga es un derecho fundamental y presenta una protección cualificada frente a otros derechos a los que pudiera afectar (la libertad de empresa y los poderes empresariales que le son inherentes, el derecho al trabajo de otros ciudadanos no huelguistas, el acceso a servicios públicos, etc.). Pero ello es así solo en la medida en que la huelga se desarrolle dentro de los cauces legales; como todos los demás, posee límites y si se incumplen ya no merece protección; una huelga manifiestamente ilícita franquea el paso a medidas empresariales para su neutralización, ya sin temor a vulnerar el derecho.

Tan relevante como lo anterior es advertir que la empresa no puede decidir si la huelga es lícita o no, pues tal competencia viene reservada a los Jueces y Tribunales. En la práctica es posible solicitar esa declaración de ilicitud¹ y luego adoptar las medidas que correspondan (sanciones, reclamación de daños y perjuicios, etc.). Pero la verdad es que resulta más expeditivo (y frecuente) que el empleador actúe en función de la calificación que considere adecuada y se discuta *a posteriori* su decisión en sede judicial.

¹ Reconocen esta posibilidad las SSTs 5-10-98 (RJ 1998/7314), 17-12-99 (RJ 2000/522) y 22-11-00 (RJ 2001/1430), apartándose de una jurisprudencia anterior que la negaba.

2. Prohibición de esquirolajes

La huelga es un medio de presión laboral instrumentada a través de la paralización, en mayor o menor medida, de la actividad productiva. Si la empresa sustituye a los huelguistas por otros trabajadores que realicen su trabajo ("esquirolaje") merma la presión, e impide así que el derecho fundamental cumpla sus fines. Esa práctica está prohibida y sancionada como infracción muy grave², además de las reparaciones pecuniarias que se fijen por vulneración del derecho de huelga³. Veamos sus principales variantes.

a) Nuevas contrataciones (esquirolaje prototípico)

Se concreta en la prohibición de contratar temporalmente trabajadores que no estaban vinculados a la empresa en el momento de comunicarse la huelga⁴. La prohibición se extiende también a la contratación indirecta, a través de ETTs, las cuales tienen vedado ceder mano de obra para sustituir a los huelguistas en la empresa usuaria⁵.

b) Subcontratación

No está expresamente prohibida la subcontratación de otra empresa para que asuma la actividad paralizada, cosa admitida en alguna sentencia del Tribunal Supremo⁶, pero resulta muy dudosa su licitud en la medida en que tiene por efecto enervar la eficacia de la huelga⁷.

Desde luego, excede de lo razonable que, mediante el recurso a terceras Compañías y

a sus empleados, se lleven a cabo todas las tareas previstas, bajo el control último de la empresa afectada por la huelga⁸. En cambio, se considera que no vulnera el derecho fundamental el que las empresas clientes de aquella que padece la huelga, aunque pertenezcan al mismo grupo mercantil –no patológico–, acudan a terceras empresas para cubrir las necesidades de su ciclo productivo, pues no es razonable pretender que la huelga en una empresa del grupo paralice a éste en su totalidad⁹.

En la STC 75/2010, de 19 de octubre (caso Samoa), el Tribunal abordó el caso de huelga en la empresa contratista, a raíz de la cual la principal rescindió la contrata, lo que determinó el despido objetivo de los trabajadores como consecuencia de la merma de actividad. Los despidos se declaran nulos, por derivarse, aunque fuera indirectamente, del previo ejercicio del derecho de huelga. Ese caso muestra la prudencia con que conviene siempre opinar en esta materia.

Por supuesto, la empresa puede seguir contando con sus colaboradores externos habituales, en los términos en que ya lo viniera haciendo¹⁰.

c) Esquirolaje interno

También está vedado que el empresario movilice funcional o geográficamente a otros trabajadores de la misma empresa para que realicen las tareas de los huelguistas¹¹. A estos efectos, es indiferente que procedan de otro centro de trabajo¹², de otra área o departamento¹³, o incluso de otra empresa del

² Art. 8.10 LISOS.

³ Art. 183.1 y 2 LRJS.

⁴ Art. 6.5 DL 17/1977, de Relaciones de Trabajo: "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 núm. 7 de este artículo".

⁵ Art. 8.a) LETT.

⁶ STS 27-9-99 (RJ 1999/7304).

⁷ STSJ Cataluña 28-9-11 (AS 2011/2869). En STS 25-1-10 (RJ 2010/3125) se afirma que no es lícito contratar con otras empresas que presten servicios de refuerzo para cubrir aquellos que no se pueden atender.

⁸ STSJ Baleares 12-12-96 (AS 1996/4062).

⁹ SAN 29-7-13 (JUR 2013\272284).

¹⁰ STS 15-4-05 (RJ 2005/4513).

¹¹ STC 123/1992, 28-9-92. También STC 22/2011, 28-3-11; STS 8-5-95 (RJ 1995/3752).

¹² STSJ Cataluña 10-5-99 (AS 1999/6062).

¹³ STSJ Cataluña 16-4-02 (AS 2002/1847).

grupo¹⁴. Tampoco cabe desviar la actividad de un centro en huelga a otro en el que no la hay¹⁵.

En nada cambia las cosas que los trabajadores consientan su movilidad¹⁶, ni que sean los superiores jerárquicos quienes decidan asumir el trabajo de sus subordinados adheridos a la huelga, por mucho que el empresario no tomara semejante decisión y que la actividad fuera mínima¹⁷.

En ciertos casos se ha considerado vulnerador del derecho el cambio de horario y jornada durante el paro¹⁸, o el cambio de turno a los no huelguistas para cubrir los servicios paralizados¹⁹; en otro, por el contrario, se ha declarado lícito el cambio en el calendario laboral para que, una vez que la huelga ha finalizado, los trabajadores recuperen el trabajo atrasado²⁰.

d) *Esquirolaje tecnológico*

Consiste en continuar prestando servicios a los clientes mediante la sustitución de los trabajadores por medios mecánicos o automáticos.

En un primer momento, el Tribunal Supremo mantuvo la legalidad de esta fórmula en empresas de comunicación audiovisual para atenuar las consecuencias de la huelga mediante medios técnicos de uso habitual en la empresa²¹. Luego el Tribunal Constitucional cambió las cosas (caso Telecinco), al entender lesionado el derecho de huelga por la emisión, dentro de los horarios habituales de difusión, de una programación

previamente grabada, pues su efecto práctico era la no interrupción del servicio, privando así de repercusión apreciable a la huelga²². Finalmente, el Tribunal Supremo asumió, no sin vaivenes, la misma posición (caso Telebista)²³.

Aunque la materia es muy confusa, se trata de sustituir a huelguistas, de modo que no vulnera el derecho fundamental la utilización de medios mecánicos o automáticos en los términos en los que se viniera haciendo regular y habitualmente.

3. Sustituciones excepcionales

Puesto que la huelga no es derecho ilimitado y hay que preservar asimismo otros bienes o derechos en presencia, a veces se permite paliar la inactividad de los huelguistas.

a) *Huelgas ilegales*

Si la huelga es ilícita, se entiende que el empresario no queda afectado por la prohibición de sustituir a los huelguistas²⁴.

b) *Servicios de seguridad o mantenimiento*

Los servicios de seguridad y mantenimiento son aquellos que se fijan para que el desarrollo de la huelga no ponga en riesgo la seguridad de las personas y las cosas, y para garantizar el cuidado de maquinaria, materia prima, instalaciones, etc., en orden a que, una vez finalizada la huelga, la empresa esté en condiciones de reanudar su actividad sin tener que asumir deterioros de bienes afectos a la misma²⁵.

¹⁴ STSJ Cataluña 27-5-08 (AS 2008/1753).

¹⁵ STSJ Baleares 8-4-99 (AS 1999/1525).

¹⁶ STC 123/1992, 28-9-92.

¹⁷ STC 33/2011, 28-3-11.

¹⁸ STSJ Cataluña 5-7-02 (JUR 2002/228912).

¹⁹ STSJ Galicia 17-12-11 (AS 2011/158).

²⁰ STSJ Castilla-La Mancha 5-7-11 (AS 2011/1968).

²¹ SSTS 4-7-00 (RJ 2000/6289), 15-4-05 (RJ 2005/4513).

²² STC 183/2006, 19-6-06.

²³ STS 5-12-12 (RJ 2013/1751). En la previa STS 11-6-12 (RJ 2012/6841) se mantenía aún la doctrina originaria, al admitir la emisión enlatada de publicidad ordinaria.

²⁴ SSTS 23-10-87 (RJ 1987/6908), 8-6-11 (RJ 2011/5331).

²⁵ Al constituir un límite al derecho de huelga, su fijación ha de ser restrictiva, lo mínimo indispensable y sólo en los casos en que sean realmente necesarios. STS 14-11-12 (RJ 2013/1066).

La empresa y el comité de huelga deben negociar su alcance²⁶ y solo en caso de desacuerdo puede la primera fijarlos unilateralmente y designar a los trabajadores que han de prestarlos, sin perjuicio de la posterior revisión judicial de su decisión²⁷.

El incumplimiento de los servicios de mantenimiento y seguridad es causa de ilicitud de los paros, genera responsabilidad para los miembros del comité de huelga, legitima la sanción disciplinaria a los incumplidores y, en lo que aquí interesa, permite a la empresa sustituirlos por otros trabajadores²⁸.

c) Servicios mínimos

Los servicios mínimos son aquellos que se fijan por el Gobierno central, autonómico o local para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad (art. 28.2 CE). Por tanto, sólo proceden en empresas encargadas de la prestación de un servicio público o de reconocida e inaplazable necesidad (por ejemplo, se suelen fijar para huelgas en transporte, sanidad, electricidad, agua, recogida de residuos, enseñanza, comunicación audiovisual).

El incumplimiento de los servicios mínimos da derecho a la empresa a sustituir a los huelguistas que los incumplen, siendo posible, por ejemplo, la celebración de una contrata a estos efectos²⁹.

En supuestos excepcionales que justifiquen la declaración de estado de alarma

(art. 116 CE), el Gobierno puede situar bajo su autoridad directa a los funcionarios y trabajadores de las Administraciones Públicas para "intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza", y asegurar su funcionamiento, en caso de paralización de los servicios públicos esenciales para la comunidad³⁰.

d) Trabajo del empleador

La prohibición de esquirolaje no afecta a la persona del empresario, quien puede asumir las actividades de su empresa; tampoco a personas del entorno familiar del empresario o socios del mismo que realicen prestaciones ocasionales y a título de amistad o benevolencia³¹.

4. Reflexión final

La señalada ausencia de normativa específica aconseja que las decisiones empresariales se mediten bien, pues muchos temas están acompañados de incertidumbres. Por ejemplo, facilitar a los clientes la resolución de los contratos o ponerlos en contacto con terceras empresas que les puedan suministrar el servicio³². Sin embargo, se llega a decir 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"³³.

²⁶ STS 11-10-05 (RJ 2005/8245).

²⁷ STS 28-5-03 (RJ 2003/4210). La designación de los trabajadores que deben efectuar estos servicios corresponde al comité de huelga (STC 11/1981, 8-4-81), recayendo en la empresa cuando este último se niega a negociar (STS 28-5-03, RJ 2003/4210. Verificar).

²⁸ Art. 6.5 RDley 17/1977.

²⁹ STSJ Galicia 23-7-01 (AS 2001/1933).

³⁰ El RD 1673/2010 declaró el estado de alarma en relación con el conflicto en el ámbito del control del tránsito aéreo.

³¹ STS 18-9-97 (RJ 1997/6387).

³² STSJ Baleares 12-12-96 (AS 1996/4062).

³³ STS 5-12-12 (RJ 2013/1751).