

EL ESQUIROLAJE INTERNO COMO ATAQUE AL DERECHO FUNDAMENTAL A LA HUELGA

Sentencia 33/11, de 28 de marzo, del Tribunal Constitucional

JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ*

SUPUESTO DE HECHO: Tras la convocatoria de huelga general por los sindicatos CCOO y UGT el día 20 de junio de 2002, los trabajadores del periódico ABC deciden de manera mayoritaria secundarla y no acudir al trabajo desde las 19:00 h. del día 19 de junio hasta las 7:00 h. del día siguiente. Durante dicha convocatoria, los jefes de sección de todos los turnos, así como los directivos y jefes de áreas tales como recursos humanos, producción y sistemas, informática, logística, etc., consiguieron editar una tirada del periódico significativamente reducida tanto en su extensión como en el número de ejemplares que fueron puestos a disposición de los usuarios. Gracias a la elaboración y reparto en lugares estratégicos, la opinión pública recibió el mensaje de que la huelga en ABC no se había producido, dado que el periódico había visto la luz durante dicha jornada.

RESUMEN: Como consecuencia de dicha actitud, cuarenta y dos trabajadores del citado periódico presentaron demanda sobre tutela de derechos fundamentales frente al Diario ABC, S.L. En su demanda, se alegaba la vulneración del derecho de huelga por parte de la empresa por haber llevado a cabo prácticas contrarias al ejercicio de ese derecho consistentes en la efectiva emisión de una tirada de periódicos mediante la colaboración al efecto de los directivos y jefes de área que sustituyeron a los trabajadores huelguistas. La demanda fue estimada por Sentencia del Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, de 10 de octubre de 2003, que declaró la vulneración del derecho de huelga por el Diario ABC. Ante esta sentencia se interpuso recurso de suplicación por la demandada. Este recibió acogida favorable en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 27 de abril de 2004, que negó la lesión del derecho de huelga y absolvió a la empresa de las denuncias formuladas en su contra. Contra la citada Sentencia se planteó recurso de amparo por entender que la conducta empresarial se incardinaba en un supuesto de esquirolaje interno. El Tribunal Constitucional concede el amparo a los recurrentes.

* Profesor T.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Almería.

ÍNDICE:

1. EL DERECHO DE HUELGA COMO DERECHO DE CONFLICTO.
2. EFICACIA Y EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE HUELGA.
3. TITULARIDAD DEL PODER DE DIRECCIÓN Y VULNERACIÓN DEL DERECHO DE HUELGA.
4. LÍMITES AL PODER UNILATERAL EMPRESARIAL DE IUS VARIANDI: EL ESQUIROLAJE INTERNO.
5. CONCLUSIONES.

1. EL DERECHO DE HUELGA COMO DERECHO DE CONFLICTO.

El derecho de huelga posee un claro componente de conflicto en cuyo ejercicio la división de intereses entre trabajo y capital queda claramente explicitada. Dicho conflicto queda especialmente manifestado en el marco de las huelgas generales. Especialmente significativa fue, a este respecto, la huelga general convocada el 20 de junio de 2002 que no sólo ha dado lugar a la sentencia ahora analizada sino que, anteriormente, el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse sobre otras extralimitaciones contra el derecho de huelga en aquella jornada. En concreto, las SSTCo. 183/06, 184/06, 191/06 y 193/06, de 19 de junio, concedieron el amparo a las organizaciones recurrentes contra los RD 527/02 y 531/02, de 14 de junio, por los que se establecieron las normas para fijar el funcionamiento de los servicios mínimos esenciales en el ente público RTVE y Gestevisión Telecinco y Sogecable respectivamente. Asimismo, como se recordará, el RD-Ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad que ocasionó la huelga en cuestión, terminó considerándose inconstitucional puesto que tal norma vulneraba el art. 86.1 CE, por ausencia del presupuesto habilitante de la “extraordinaria y urgente necesidad” que permite la adopción por el Gobierno de normas jurídicas con rango de ley¹.

La Sentencia ahora analizada se encuentra en la necesidad de plantearse una de las cuestiones más significativas del ejercicio del derecho de huelga en el contexto de la era de la comunicación, esto es, la de diferenciar entre eficacia y efectividad del derecho de huelga, así como determinar el alcance de la protección de este derecho fundamental desde la perspectiva de su efectividad. Es decir, se trata de dilucidar si es o no susceptible de protección el impedir que se obstaculice uno de los objetivos básicos de una huelga, especialmente de una huelga general, como es el de conseguir que la opinión pública visualice su realización².

¹ STC 68/2007, de 28 de marzo.

² Más ampliamente, pueden verse: Baylos Grau, A., «Formas nuevas y reglas viejas en el conflicto social», *RDS*, nº 2, 1998, pp. 78-82.; y del mismo, «Pérdida de la función y eficacia de la huelga, especialmente en los sectores de la información y de la telecomunicación», *RGDTSS*, nº 5, 2004.

Una huelga general es consustancial a la necesidad de exteriorización de su éxito, calibrado éste en el número de servicios paralizados y de trabajadores movilizados. Es por ello que en cada jornada de huelga se vienen repitiendo por los medios de comunicación que se oponen a las mismas, esto es, casi todos, expresiones del tipo de “normalidad de los servicios”, “huelga desarrollada con incidentes violentos aunque aislados”, “necesidad de salvaguardar el derecho al trabajo de los que libremente deciden no acudir a la huelga”, etc. En definitiva, no se trata de una simple suspensión del contrato de trabajo sino que se trata de una batalla en la larga lucha de clases que en este contexto queda más claramente explicitada.

2. EFICACIA Y EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE HUELGA.

Este doble interés, presente en la huelga general convocada el 20 de junio de 2002, queda perfectamente evidenciado tras la lectura de los antecedentes de la Sentencia 33/11 ahora comentada. De los mismos se desprende que la dirección de la empresa no obstaculizó, por ejemplo a través de amenazas, el que sus trabajadores secundaran la huelga en el señalado día. Esto es, no utilizó el poder de dirección por ella detentado en detrimento del derecho de cada uno de los trabajadores individualmente considerados para impedir que los mismos dejaran de realizar sus funciones durante la jornada de huelga.

No obstante, los órganos directivos, en apariencia al margen de la propia empresa, empeñan todos sus esfuerzos en conseguir que a nivel externo no conste que en dicha empresa la huelga fue secundada de manera unánime por los trabajadores no directivos. No se trata de minimizar los efectos perniciosos de la huelga, esto es, las consecuencias económicas negativas que supone que el periódico no vea la luz el día de huelga sino que, simplemente, no llegue a la opinión pública que la huelga fue secundada, incluso, por los trabajadores de un medio de comunicación cuya línea editorial es claramente contraria a los objetivos de dicha huelga. Por ello, el empeño de dichos directivos no está en sacar a la luz un periódico con un contenido adecuado para ser puesto en circulación, sino un ejemplar meramente simbólico que sirviera para hacer creer a la opinión pública que la huelga había sido un fracaso en dicha empresa.

Efectivamente, en los talleres del periódico y en sus diversas secciones de pre-impresión, almacén de papel, rotativas, cierre y distribución hicieron huelga todos los trabajadores, excepto los jefes de sección de todos los turnos. Éstos, acompañados de otros directivos y jefes de áreas como recursos humanos, producción y sistemas, informática, logística, etc., consiguieron editar una tirada del periódico extremadamente reducida, que fue distribuida en tiendas VIPS y en las distintas cadenas de televisión.

Desde el punto de vista económico, frente a los 550.000 € de ingresos de un día normal, el día de la huelga se consiguieron unos ingresos de 21.000 €. Además, aunque no figuren en los Antecedentes de la sentencia, tal reparto se llevó a cabo por unidades del Cuerpo Nacional de Policía. Como consecuencia de tal actitud, todos los medios de comunicación (TVE, Antena 3, Telemadrid, Telecinco, etc.) hicieron público que el periódico ABC había salido con normalidad a la calle, para lo que mostraron un ejemplar del rotativo.

En definitiva, se trata de dilucidar si es o no susceptible de protección el impedir que se obstaculice uno de los objetivos básicos de una huelga, especialmente de una huelga general, como es el de conseguir que la opinión pública visualice la misma y si son contrarias a dicho derecho fundamental las actitudes obstaculizadoras de su visualización.

3. TITULARIDAD DEL PODER DE DIRECCIÓN Y VULNERACIÓN DEL DERECHO DE HUELGA

Una vez delimitada la cuestión subyacente, el análisis de la sentencia ahora comentada pasa por determinar dos cuestiones: en primer lugar, si la empresa participó de manera activa en la organización de la producción del día señalado y, en segundo lugar, si dicha participación consistió en el ejercicio irregular del *ius variandi* calificado como esquirolaje interno.

Sobre la primera de las cuestiones planteadas, la empresa viene a mantener que el cambio de funciones del personal de dirección encaminado a suplir a los trabajadores que secundaron la huelga fue completamente contrario a su voluntad. A este respecto, la Sentencia del Juzgado de lo Social consideraba no convincente la hipótesis de que los trabajadores hubieran adoptado una decisión autónoma de ese carácter con desconocimiento de la empresa, teniendo en cuenta las importantes consecuencias que podrían derivar para el Diario ABC, y el hecho de que la actuación –coordinada y pública– supuso la puesta en marcha de todo el proceso productivo, y que la tirada del periódico fue distribuida en determinados puntos de venta y cadenas de televisión, algo inconcebible sin la directa participación de la empleadora. Por el contrario, en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se mantuvo que no constaba que la empresa hubiese empleado medidas contrarias al ejercicio del derecho de huelga, puesto que fueron los jefes de sección de todos los turnos quienes tomaron la decisión de no secundarla. Además, continuaba esta sentencia proclamando el derecho de la empresa a contrarrestar los efectos de la huelga, aunque los derechos en juego no tuvieran la misma consideración constitucional.

Este razonamiento supone, a juicio de los recurrentes en amparo, una in-

interpretación extremadamente restrictiva, por la cual se excluye la responsabilidad de la empresa por la sustitución de los huelguistas, bajo el pretexto de que la iniciativa fue de los trabajadores que prepararon la edición, cuando lo cierto, según los demandantes en amparo, es que la empresa demandada utilizó a los jefes y directores para neutralizar los efectos de la huelga general. Continúa el escrito de la demanda alegando que la lesión por sustitución abusiva de los trabajadores huelguistas es evidente que se produce por acción, por mandato del empresario o por tolerancia (asentimiento tácito y admisión de la conducta prohibida de los que están bajo sus órdenes), e incluso por ignorancia si no se ha observado la diligencia exigible en la vigilancia de lo que acontece en los locales de la empresa.

En relación a este extremo, el Tribunal Constitucional termina manteniendo que «debe admitirse que es inverosímil que una decisión de tal envergadura se llevara a cabo con el desconocimiento o sin la aprobación de la empresa demandada». Además, el Alto intérprete de la Constitución, partiendo de su propia jurisprudencia, entiende que una hipótesis alternativa, «esa pretendida no responsabilidad de la empresa respecto de una actuación de sus mandos intermedios que socava el legítimo ejercicio del derecho de huelga, no es compatible con la dinámica real del ejercicio del derecho fundamental del art. 28.2 CE. En primer lugar, porque descontextualiza el derecho de huelga del marco propio de las relaciones laborales en las que tiene lugar su práctica, y, además, porque elude la realidad de los efectos ordinarios del ejercicio de tal derecho, que afectan directamente al empresario como parte contratante del trabajo.»

El empresario es, continúa el Tribunal Constitucional en su Fundamento Jurídico Sexto, como titular de la organización productiva y del poder de dirección, quien ostenta la autoridad jerárquica en la empresa, responsable no sólo de las consecuencias de su propia conducta, sino que puede abarcar las derivadas de actuaciones de terceros que de él dependan. La delegación de este poder no implica una sustitución de la titularidad de la organización, ni determina, como es obvio, una transferencia de la responsabilidad del titular de la misma a los titulares de la gestión organizativa. Por último, concluye su razonamiento afirmando que los derechos fundamentales de una persona trabajadora pueden ser igualmente vulnerados por quien no sea su empresario en la relación laboral, en tanto intervenga o interactúe con él en conexión directa con la relación laboral. Es decir, el empresario no puede considerarse ajeno a las vulneraciones del derecho de huelga que provengan de actuaciones de sus mandos o directivos en el marco de las actividades de su empresa, por lo que debe atribuirse al titular de la empresa la responsabilidad por las actuaciones antihuelga realizadas en dicho marco.

De este modo, la primera de las cuestiones controvertidas es resuelta con total contundencia por el Tribunal Constitucional. Los derechos fundamentales

y, concretamente, el derecho de huelga, como consecuencia de que su desarrollo habrá de tener lugar en el marco de la empresa, genera una responsabilidad adicional para la empresa que no sólo interfiere el ejercicio del derecho de huelga con su conducta directa, sino también con la omisión en el cumplimiento de sus obligaciones de control de aquellos que están bajo su control.

4. LÍMITES AL PODER UNILATERAL EMPRESARIAL DE IUS VARIANDI: EL ESQUIROLAJE INTERNO

Una vez resuelta esta primera cuestión el Tribunal Constitucional se ha de plantear el verdadero núcleo de la posible conducta obtaculizadora del derecho de huelga, esto es, la viabilidad de la actitud empresarial de destinar a sus trabajadores directivos durante una jornada de huelga a la realización de funciones desempeñadas por los trabajadores que la secundan.

Tras la Sentencia del Juzgado de lo Social que consideró que efectivamente se había producido una vulneración del derecho de huelga con tal actitud, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, mantiene que «tal actuación no vulnera el art. 6.5 del RD-Ley 17/77, de 4 marzo que únicamente prohíbe la sustitución de los huelguistas por trabajadores que no estuvieran vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la medida de conflicto, por lo que, en definitiva, concluye la Sala de lo Social, no se dieron las condiciones de imputación de responsabilidad por ejercicio abusivo del ius variandi empresarial».

Efectivamente, de la literalidad del precepto se desprende que sólo están contenidas en la prohibición de esquirolaje el denominado como externo. No obstante, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid olvida la interpretación ya mantenida por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 123/92, de 28 de septiembre.

En sus alegaciones, los recurrentes en amparo destacan que el esquirolaje interno se produjo no sólo por la actuación de los jefes de sección sino también por la de otros directivos y jefes de área de todos los turnos, ya que los directivos de mañana, tarde y noche alteraron sus horarios habituales para concentrarse en el horario de tarde a fin de conseguir la edición del diario. Por su parte, el Ministerio Público afirma que el comportamiento empresarial se dirigió a minimizar, cuando no a excluir completamente, los efectos de la huelga, sirviéndose para ello de la decisiva actuación de los directivos y jefes de diversas áreas, que lograron la difusión del periódico con notable publicidad en determinados medios audiovisuales, que incluso procedieron, en algún caso, a la lectura de la editorial. Se produjo, continúa el Ministerio Fiscal, la suplantación absoluta de las funciones encomendadas a los trabajadores huel-

guistas, mediante el empleo de fuerza de trabajo que no tenía encomendadas las funciones de elaboración en talleres sino sólo su coordinación y control.

Como avanzamos con anterioridad, el núcleo de la cuestión debatida fue resuelta por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 123/92, de 28 de septiembre³. En dicha Sentencia se partía de una delimitación del derecho de huelga como derecho que se desarrolla en el ámbito de un conflicto. Desde esa óptica debían ser analizadas las conductas de ambas partes. En concreto, entre los fines de dicho derecho, se encuentra generar un perjuicio en los intereses empresariales. Por ello, no impedir los comportamientos empresariales tendentes a eliminar dicho perjuicio dejaría vacío de contenido del derecho en cuestión. Por esta razón queda claro que está expresamente prohibido cualquier tipo de actuación empresarial que tenga como finalidad «privar de efectividad a la huelga», adoptar una actitud que «directa o indirectamente neutralice o incluso aminore los efectos materialmente perjudiciales que la legítima paralización del trabajo representa», o «intentar reducir o privar de efectividad el ejercicio de tal derecho fundamental». En todo caso, «lo relevante es la intención empresarial, de forma que si lo que se trata es eliminar o mitigar los efectos de una huelga legal tal medida ha de entenderse ilícita»⁴.

Partiendo, pues, de esta doctrina, la Sentencia ahora comentada viene a resaltar una serie de extremos que no está de más recordar. En primer lugar, la huelga produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial (Fundamento Jurídico Cuarto).

En concreto, esta paralización se ha de extender al poder de dirección empresarial, que «cuando se utiliza para privar de efectividad a la huelga, mediante la colocación de personal cualificado en puestos de trabajo con una calificación mínima, deja inermes a los trabajadores manuales, cuya sustitución es fácil y puede privarles materialmente de un derecho fundamental, vaciando su contenido esencial».

Por todo ello, el ejercicio del *ius variandi* se considerará abusivo cuando en el «contexto de una huelga legítima alcance a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones; ya que, en tal caso, quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo».

³ Véase, más ampliamente, Gonzalez de la Aleja, R., «Algunas reflexiones sobre el “esquirolaje interno” (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1992, de 28 septiembre)», *R.E.D.T.*, nº 62, 1993, p. 984.

⁴ García Ninet, J.I. y García Viña, J., «Algunas consideraciones acerca del esquirolaje interno y externo, así como sobre ciertas medidas empresariales (algunas curiosas) para reducir los efectos de la huelga», *A.S.*, vol. V, 1997.

Por último, tal prohibición ha de conectarse directamente con la necesidad de que se garantice la efectividad del derecho fundamental a la huelga. Es decir, como advertimos con anterioridad, el ejercicio de este derecho carece de sentido si su protección se extiende en exclusiva a la protección de los trabajadores huelguistas en su derecho de no realizar su trabajo durante la jornada de huelga y no se extiende, por el contrario, a garantizar la efectividad del derecho fundamental en juego.

Llegados a este punto habría de realizar una contextualización en la más reciente jurisprudencia constitucional de la resolución ahora analizada. En primer lugar, la STCo. 33/11, de 28 de marzo, recupera el posicionamiento más clásico de nuestro Tribunal Constitucional, arrancando de la clave STCo. 11/81, de 8 de abril, y su calificación del derecho de huelga como un instrumento de presión necesario para la afirmación de los intereses de los trabajadores en los conflictos socioeconómicos, «conflictos que el Estado social no puede excluir, pero a los que sí puede y debe proporcionar los adecuados cauces institucionales» (F. 9). Es decir, el Tribunal Constitucional vuelve a su doctrina respecto al derecho de huelga en unos momentos en los que, bajo la amenaza de una regulación “tremendamente agresiva” del derecho de huelga, se concibe este derecho como un obstáculo para la necesaria salida de la crisis generada por el sistema financiero.

Este mismo planteamiento fue reiterado en la más reciente STCo. 104/11, de 20 de junio de 2011. En la misma, el Tribunal Constitucional llegaba a afirmar que el derecho de huelga quedaría vaciado de contenido si se exigiera a los trabajadores un deber de obediencia frente a sus superiores jerárquicos semejante al que deben respetar fuera del fenómeno huelguístico. Es decir, que durante la huelga no se pretende hacer desaparecer el conflicto, sino que es el reconocimiento de dicho conflicto consustancial a la propia huelga⁵.

Otra de las líneas deducibles de la más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional es la necesidad de garantizar la posibilidad de que, si la huelga es secundada mayoritariamente por los trabajadores convocados, se garantice una visibilidad acorde con tal seguimiento. En el marco de la misma huelga general que ha dado lugar a la sentencia ahora comentada, el Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse sobre los servicios mínimos impuestos en relación a diferentes medios de comunicación de ámbito estatal. Dichos servicios mínimos admitían la emisión de programas grabados durante las 24 horas del día de huelga. Ello, lógicamente, no condicionaba el derecho de los trabajadores a ausentarse de su puesto de trabajo durante la jornada de huelga. Sin embargo, impedía, como es el caso de la Sentencia ahora comentada, que la huelga ad-

⁵ Véase, más ampliamente, Escribano Gutiérrez, J., «Derecho de huelga y delito de desobediencia», *T.L.*, nº 112, 2012.

quiera la visibilidad indispensable para que adquiriera una mínima efectividad. Es decir, como en el supuesto comentado, se recalca la consideración de la huelga como un instrumento de exteriorización del conflicto trabajo-capital.

5. CONCLUSIONES

Desde nuestro punto de vista, la sentencia comentada no hace sino volver hacia la tradicional jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional desde su ya lejana STCo. 11/81, de 8 de abril. Según esta doctrina, y como nosotros resaltamos al comienzo de este comentario, los límites y extensión del derecho fundamental de huelga no pueden ser interpretados sin obviar el carácter conflictivo de este derecho. Es difícil imaginar una situación en la que la celebración de una huelga no implica el surgimiento de este tipo de conflictos. A través del ejercicio del derecho de huelga no se pretende el fortalecimiento de la paz social sino, por el contrario, una vehiculización del conflicto de clases presente en la relación laboral.

Teniendo en cuenta esta premisa, la STCo. 33/11, de 28 de marzo, viene a recoger una larga tradición de doctrina constitucional en la que, partiendo de la consideración constitucional del derecho de huelga, viene a ampliar el exclusivo componente individual de la huelga, como suspensión del contrato, para considerarlo un derecho de carácter claramente colectivo.

Así pues, para llevar a efecto una real protección del derecho de huelga es necesario implementar los mecanismos apropiados para conseguir que la huelga no sólo sea eficaz sino, especialmente, efectiva. En un contexto productivo considerablemente tecnificado, la protección del derecho de huelga ha de incidir necesariamente en la reacción ante las intromisiones que, sin suponer un atentado directo al derecho de cada trabajador de no acudir a su puesto de trabajo el día de la huelga, supone dejar en un simple acto simbólico el secundar la misma.

Como consecuencia de estas consideraciones, el Tribunal Constitucional amplía el estrecho art. 6.5 del preconstitucional RD 17/77. Junto al denominado esquirolaje externo previsto en este precepto, el Constitucional admite la equiparación del esquirolaje interno, especialmente efectivo en aras a desactivar una huelga. Reiterando, pues, la posición mantenida en sus anteriores Sentencias 123/92, 92/05 y 250/07, considera que el poder de dirección empresarial, como recientemente mantuvo respecto al poder disciplinario (STCo. 104/11, de 20 de junio), no es un derecho absoluto ni tan siquiera equiparable al fundamental derecho de huelga. En definitiva, el Tribunal Constitucional nos aclara lo obvio, dada la localización del derecho de huelga en nuestro texto constitucional. Sin embargo, en un contexto como el actual en el que la patro-

nal reivindica una ley de huelga “adaptada a los nuevos tiempo” que no haga peligrar “la economía por el capricho de unos pocos”, no está de más recordar lo obvio.

Por otro lado, frente la posición mantenida por la Sala del Tribunal de Justicia de Madrid, que llegó a defender el derecho de la empresa a contrarrestar los efectos de la huelga, la Sentencia ahora comentada, no sólo niega tal derecho sino que, por el contrario, considera que es obligación de la empresa impedir cualquier comportamiento de sus empleados en una dirección contraria al derecho fundamental.

En definitiva, el respeto de los derechos fundamentales se convierte en el último valladar en un contexto de aumento sin límite de las facultades unilaterales detentadas por el propietario de los medios de producción, especialmente tras las reformas introducidas por la Ley 35/10 y el RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero.