

LA SUSTITUCION INTERNA DE LOS HUELGUISTAS: NO HUELGUISTAS Y ESQUIROLES

(A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional
de 28 de septiembre de 1992)

Por JOSÉ MANUEL LÓPEZ GÓMEZ *

SUMARIO: 1. Planteamiento del problema: la sustitución interna del huelguista. Análisis del art. 6.5. RDLRT. 2. El supuesto de hecho analizado en la Sentencia. Los intereses en juego. 3. El derecho de huelga: su carácter instrumental. 4. El poder de dirección del empresario en caso de huelga. 5. El derecho del «no huelguista». 6. La preeminencia del derecho de huelga. 7. Las cautelas de las conclusiones de la Sentencia.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: LA SUSTITUCION INTERNA DEL HUELGUISTA. ANALISIS DEL ART. 6.5 RDLRT

Hace tiempo que nuestra doctrina (1) venía reclamando un pronunciamiento jurisprudencial claro sobre la legalidad del recurso a la sustitución interna del huelguista en los supuestos de huelga parcial. Pues, en efecto, si en nuestra legislación quedaba clara la prohibición de recurrir a la contratación de nuevos trabajadores para realizar el trabajo abandonado por los huelguistas (art. 6.5 del R.D.L. 17/1977, de 2 de marzo, sobre relaciones de trabajo (2)), o a desplazar a trabajadores de un centro de trabajo a otro con tal fin (art. 8.10 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, de infracciones y sanciones de Orden Social (3) y SS. T. S. de 23 y 24/10/89, R. A. 7533 y 7522), no ocurre lo mismo cuando se trata de sustituir a un huelguista por un trabajador del mismo centro no adherido al paro (4).

* Abogado.

- (1) CRUZ VILLALON, J., «Las modificaciones de la prestación de trabajo», M.T.S.S., Madrid, 1983, pág. 172.
- (2) «En tanto no 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...»
- (3) Tal precepto tipifica como muy grave la infracción consistente en «Los actos del empresario lesivos del derecho de huelga de los trabajadores consistentes en la sustitución de los trabajadores en huelga por otros no vinculados al centro de trabajo al tiempo de su ejercicio, salvo los casos justificados por el ordenamiento.»
- (4) En tal sentido, ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a. E., «Derecho del Trabajo», 11^a edición, U. Complutense, Madrid, 1989, pág. 848, mantiene cierto tono de duda.

La polémica surgía del propio art. 6.5 del RDLRT, pues, interpretado en sentido contrario, parece que indirectamente admite la posibilidad de adscripción del personal no huelguista a tareas distintas de las habituales o a una mayor tarea (5), pues si la Ley expresamente sólo prohíbe la sustitución externa, «nadie puede prohibir otra cosa porque lo que la ley no prohíbe, lo permite (6). Sin embargo, aparte de que el recurso a la interpretación «a sensu contrario» resulta muy arriesgada (7), el resultado de la misma podría ser contrario a la Constitución o, en todo caso, tal precepto debe ser interpretado en sentido más favorable los postulados constitucionales, al entrar en juego un derecho, como el de huelga, con rango de derecho fundamental y libertad pública (8).

Como puntos débiles de la interpretación «a sensu contrario» del mencionado art. 6.5 RDLRT se apuntaban: que tal precepto estaba pensado sobre el esquema de la huelga tipo, que afecta a la totalidad de la plantilla, y no sobre el de las huelgas parciales (9), pues tal precepto simplemente reproduce la normativa anterior, donde, concebida la huelga como derecho-deber, sólo se referiría a la huelga total (10), y que su verdadera finalidad es evitar que los esquiroleros frustren la acción de los huelguistas, siendo algo totalmente accesorio el que pertenezcan o no a la plantilla (11).

El recurso a los métodos de la interpretación histórica, sistemática y teleológica parece imponerse a la mera interpretación literal en sentido contrario, pero, a mi entender, lo verdaderamente definitivo, pues lo otro constituye un simple problema de legislación ordinaria sometida actualmente a un proceso de renovación (12), es si una u otra tesis podría resultar inconstitucional.

- (5) En ese sentido, OJEDA AVILES, A., «Derecho Sindical», Tecnos, Madrid, 1990, pág. 501.
 (6) Tal era la tesis fundamental sobre la que se asentaba la sentencia de la entonces Magistratura de Trabajo nº 8 que dio origen al recurso de amparo cuya sentencia comentamos.
 (7) Así, la propia sentencia comentada, F. J. 3 y SANTANA GOMEZ, A., «El régimen jurídico de los trabajadores no-huelguistas», Cívitas, Madrid, 1990, pág. 191, de obligada consulta en estos temas, por la profundidad de la misma.
 (8) SANTANA GOMEZ, «El régimen...», ob. cit., pág. 193; CRUZ VILLALON, J., «Las modificaciones...», pág. 170.
 (9) CRUZ VILLALON, «Las modificaciones...», ob. cit., pág. 170.
 (10) Con mayor detenimiento, SANTANA GOMEZ, «El régimen...», cit., pág. 190.
 (11) En ese sentido, VINUESA ALANDRO, «La clasificación profesional», MTSS, Madrid, 1978, pág. 181; CRUZ VILLALON, «Las modificaciones...», cit., pág. 170, SANTANA GOMEZ, «El régimen...», ob., cit., pág. 192.
 (12) El art. 27.2 del Proyecto de Ley Orgánica de huelga dice: «En tanto dure la huelga, los trabajadores que participen en ella no podrán ser sustituidos por otros trabajadores no vinculados a la empresa en la fecha de declaración de la huelga». No obstante, en las negociaciones Grupo Parlamentario-Centrales Sindicales mayoritarias, culminadas tras darse a conocer esta sentencia, parecen haber llegado a un acuerdo que elimina la posibilidad de sustitución interna, en ese sentido el art. 18.3 del Proyecto de Ley, nacido de tal negociación, establece: «Las facultades empresariales respecto de la movilidad funcional o geográfica de los trabajadores no podrán ser utilizadas con el objeto de limitar o impedir el ejercicio del derecho de huelga.»

Tal reto y oportunidad se le ha presentado al Tribunal Constitucional en esta ocasión y, aunque sus conclusiones son cautelosas, hace frente al problema.

2. EL SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO EN LA SENTENCIA. LOS INTERESES EN JUEGO

En el supuesto de hecho que se le ha presentado se reflejan con toda claridad los contradictorios intereses en juego: una huelga legal, convocada en una empresa dedicada al sector de envasado de aceitunas, que es secundada por la mayoría de sus trabajadores, en concreto por todos los fijos discontinuos, no es, sin embargo, seguida por los trabajadores fijos de plantilla que ocupaban puestos directivos, encargados y administrativos. Estos, a instancias de los órganos directivos de la empresa, ocupan de forma voluntaria los puestos afectos a la producción abandonados por los huelguistas.

Aparecen en tal supuesto divisables los siguientes intereses:

1º El de los huelguistas a que su acción obtenga unos mínimos resultados — presión— sobre el empresario, mediante el ejercicio de un derecho subjetivo, constitucionalmente reconocido con el rango de derecho fundamental y libertad pública y que, como tal que «goza además de una singular preeminencia» (F. J. 5), como muestra el que se encuentre entre los del grupo especialmente protegido, mediante la reserva de su regulación a Ley orgánica, la posibilidad de ser alegado directamente ante los Tribunales y el hecho de ser susceptible de hacerlo valer en vía de amparo constitucional, conforme a los artículos 53, 81 y 161 de la Constitución.

2º El interés del empresario, en supuestos de huelga parcial, estará centrado en organizar la producción de forma que los efectos de la misma sean mínimos, intentando atender los huecos ocasionados por las ausencias de los huelguistas, fundamentalmente en los más directamente relacionados con el producto. Jurídicamente, el sostén de tal posición intentará justificarse, como efectivamente lo hace la representación de la empresa, sobre el poder de dirección que, derivado del art. 38 de la Constitución, ostenta el empleador, en virtud del art. 20 E. T. y que en nuestro ordenamiento jurídico, comprende, entre otras, la facultad de modificar las condiciones de trabajo, contempladas fundamentalmente en el art. 23 E. T. —que prevé la posibilidad de encomendar al trabajador tareas de categoría superior o inferior a inicialmente la pactada— y en el 39 E. T. —que permite la movilidad funcional de los empleados—. Incluso, tal pretensión se intentará fundar sobre el derecho a defenderse de la medida de huelga, con pretendida base en el art. 37 CE, que reconoce el derecho de los empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo.

3º En un segundo plano aparecen los no huelguistas, cuyo interés fundamental, en principio, puede ser simplemente percibir su salario, aunque no pueden descartarse otros motivos (13), como discrepancias ideológicas, políticas o

(13) SALA FRANCO, T., «Problemas jurídicos del trabajador "no huelguista"», A. L. nº 2, 1984, pág. 107.

sindicales. Ejercen un derecho, el de no adherirse a la huelga, que se ha pretendido fundar en los derechos constitucionales al trabajo, libertad profesional, libertad personal o autodeterminación, aunque, al parecer, su mejor anclaje se encuentra en el contenido negativo del derecho de huelga (14). Tal derecho comprende obviamente el de no adherirse a la huelga, posiblemente, incluso, el de trabajar, o, al menos, el de que se le abonen sus salarios. No parece, sin embargo, que pueda comprender la facultad de sustituir al huelguista, convirtiéndose de esta forma en esquirol, en los términos establecidos en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (15).

Dilucidar cuál de estos intereses, cuál de los derechos que los amparan y cuál de aquellas interpretaciones debe prevalecer es lo que se pretende resolver en la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de septiembre de 1992 la que reconoce que ambas perspectivas se encuentran «en el umbral de la Constitución» (16).

3. EL DERECHO DE HUELGA: SU CARACTER INSTRUMENTAL

Ya la conocida sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981, al diseñar qué es lo que debería considerarse como contenido esencial del derecho de huelga, hacía referencia a su carácter instrumental. Su consagración como derecho constitucional, en coherencia con la idea del Estado Social y democrático de Derecho establecido por el art. 1.1 de la Constitución, supone el «reconocimiento constitucional a un instrumento de presión» y tiene el significado, entre otras cosas, de legitimar «medios de defensa» a los intereses de grupo y estratos de la población dependientes, coadyuvando al propósito de que la libertad y la igualdad de los grupos e individuos sean reales y efectivas (art. 9.2 CE) (17).

Ese instrumento, que es la huelga, se ejercita por los trabajadores en su defensa frente a los empresarios (18), frente a la contraparte, a fin de equilibrar las fuerzas cuya desigualdad real socialmente es notoria (19). Es, pues, la huelga un arma que la Constitución pone en manos de la clase trabajadora para la mejor defensa de sus intereses (20). Con ello se quiere decir que lo consustancial a la huelga es su carácter de instrumento de presión, sin que ello signifique que se garantice el resultado pretendido (21). La presión, que no su resultado, es lo que garantiza tal derecho.

Para entender respetado el contenido esencial de este derecho de huelga es preciso «que los intereses jurídicamente protegibles resulten real, concreta y

(14) Una exposición detallada de las diferentes tesis, finalizando con esta conclusión puede encontrarse en SANTANA GÓMEZ, «El régimen...», pág. 53 a 117.

(15) Sobre la distinción entre no huelguistas y esquirols puede verse mi artículo «Huelga, huelguistas y esquirols», en Andalucía Actualidad, nº 8, noviembre de 1992.

(16) FJ nº 1.

(17) FJ. 9 STC 8-4-81, en tales consideraciones insiste la STC 28-9-92. FJ 4º.

(18) FJ. 12 STC 8-4-81.

(19) FJ 2º. Sentencia comentada, STC 8-4-81. FJ 20.

(20) Idem.

(21) SANTANA GÓMEZ, «El régimen...», ob, cit., pág. 167.

efectivamente protegidos», lo que comprende no sólo la cesación en el trabajo, sino también la facultad de declararse en huelga, estableciendo su causa, su motivo y fin, e igualmente resulta esencial la consecución de una cierta eficacia (22). Significa, en consecuencia, «que el empresario no puede sustituir a los huelguistas por otros trabajadores (cfr. 6.5) (23). Porque el derecho de los huelguistas es «también un derecho a limitar la libertad del empresario» (24).

4. EL PODER DE DIRECCION DEL EMPRESARIO EN CASO DE HUELGA

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce al empleador la facultad de organizar y dirigir el trabajo convenido, art. 20.1 E. T. Concede, incluso, en determinadas circunstancias, la posibilidad de modificar las condiciones de trabajo. Dejando a un lado las llamadas modificaciones sustanciales, que se suponen de larga duración y se contemplan en el art. 41 E. T., la Ley autoriza determinadas modificaciones, así ex art. 23 se autoriza la posibilidad de encomendar trabajos de categoría superior o inferior a la inicialmente convenida.

Las facultades que se conceden al empresario en el art. 39 están limitadas por la pertenencia al grupo profesional y el respeto de los derechos económicos y profesionales del trabajador. La facultad de encomendar trabajos de categoría inferior exige la perentoriedad e imprevisibilidad de las necesidades de la actividad productiva. Y, en general, la realización de trabajos diferentes a los convenidos, según el art. 64.2 de la Ley de Contratos de Trabajo, se puede efectuar «pasajeramente y por necesidad urgente de prevenir grandes males inminentes o remediar accidentes sufridos».

Estas manifestaciones del poder de dirección están, como bien dice la sentencia comentada, pensados para situaciones de normalidad, incluso como medidas de emergencia, pero siempre en un contexto de normalidad con un desarrollo pacífico de la relación laboral, al margen de cualquier conflicto, en la fisiología de la relación jurídica y no en su patología (25).

Efectivamente, dada la amplitud e indeterminación de las causas que justifican el poder de variación del empresario, se podría entender que, con esos límites y circunstancias, aunque no con carácter general, aquél se encuentra facultado para utilizar el «*ius variandi*» respecto de los trabajadores no huelguistas, considerándose que son subsumibles en los supuestos antes citados. Sin embargo, en una situación de conflicto, si se tiene en cuenta que la finalidad del ejercicio de tal poder es fundamentalmente el de anular o mitigar los efectos de una huelga legal, la conclusión puede ser otra.

Además, en conexión con los anteriores argumentos, podría pensarse que la

(22) Idem. FJ. 4.

(23) Es cita literal de la STC 8-4-81. FJ 10.

(24) Idem.

(25) FJ 3º.

posibilidad de sustitución interna de los huelguistas estaría amparada en un pretendido derecho de defensa del empresario frente a la huelga, con base en el art. 37.2 CE que reconoce a trabajadores y empresarios el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo. La sentencia rechaza esa tesis, pero no especifica los argumentos que le llevan a tal conclusión. Sala aporta, al respecto, una argumentación en forma de bumerán frente a los partidarios de la interpretación «a sensu contrario» del art. 6.5 RDLRT, razonando fundadamente que, de igual forma, se podría mantener que cuando la ley ha querido permitir mecanismos defensivos empresariales contra las huelgas los ha reconocido expresamente, debiendo entenderse entonces que lo no reconocido expresamente atenta contra el contenido esencial del derecho de huelga (26).

En todo caso, si en las demás medidas de conflicto puede existir una paridad de armas entre empresarios y trabajadores, no ocurre lo mismo respecto de la huelga, pues este derecho se desgaja en la Constitución del resto de las medidas de conflicto, para reconocérsela sólo a los trabajadores y protegiéndola de forma especial. A tales conclusiones llegó el TC, en la reiterada S. de 8 de abril de 1981, al afirmar que el hecho de situar constitucionalmente en planos diferentes las medidas de conflicto colectivo (art. 37) y el derecho de huelga (art. 28), destacando éste y haciéndolo autónomo respecto de aquéllas, permite concluir que la CE no se funda en el principio de paridad de armas.

Todo lo contrario, precisamente la huelga es el «contrapeso» que tiene por objeto permitir que las personas en estado de dependencia establezcan una nueva relación de fuerzas en un sentido más favorable para ellas. Tiende, por tanto, a restablecer el equilibrio entre partes de fuerza económica desigual (27). En ese sentido, a semejanza de lo establecido en la citada sentencia respecto de la relación huelga-cierre patronal, cabe concluir que no pueden considerarse lícitas las medidas empresariales que impiden u obstaculizan el ejercicio del derecho de huelga, porque un simple derecho cívico impediría un derecho fundamental.

EL DERECHO DEL «NO HUELGUISTA»

En un plano muy secundario se encuentra el interés del no huelguista, que en realidad no tiene por qué estar enfrentado a los otros, salvo que convenga con el empresario colaborar en las medidas tendentes a paliar los efectos de la huelga. Lo importante, en tal caso, es la voluntad del empresario de utilizarlos frente a la huelga; por ello, no se ha considerado necesario, por ninguna de las instancias judiciales que han intervenido en el caso, llamarlos como parte en el proceso.

De todas formas, conviene precisar como apunte que, sea cual sea su anclaje constitucional, parece claro que en nuestro ordenamiento jurídico el derecho de huelga se configura como un derecho-libertad y no como un deber, de forma que

aunque la huelga haya sido convocada democráticamente por la mayoría de los trabajadores, cada trabajador es libre de sumarse o no al paro. Libertad que es protegida incluso penalmente y que comprende el derecho a asistir al centro de trabajo, a realizar, en la medida que sea posible, su trabajo habitual o convenido y a percibir su salario.

Sin embargo, parece difícil de mantener que comprenda la facultad, que lógicamente tiene que venir de la mano del empresario, de obstaculizar la huelga ocupando el hueco dejado por el no huelguista, aún a pesar de su diferente categoría profesional. Y ello por la misma razón que el Tribunal Constitucional utilizó para determinar cuándo una huelga podría ser considerada como abusiva. Se trata del argumento basado en la teoría de la proporcionalidad de los sacrificios. Siguiendo ésta —si consideramos que existe abuso en aquellas huelgas que consiguen la ineludible participación en el plan huelguístico de los trabajadores renuentes al paro, de manera que el concierto de unos pocos extiende la huelga a todos— se puede afirmar que es abusiva la práctica de ocupar el vacío dejado por el huelguista, evitando que se haga notar su ausencia, de forma que unos pocos puedan hacer fracasar una huelga secundada mayoritariamente.

6. LA PREEMINENCIA DEL DERECHO DE HUELGA

Establecido el conflicto entre el interés del empleador —la continuidad de la prestación en los puestos de trabajo no cubiertos como consecuencia de la huelga— y el contrapuesto de los trabajadores —provocar la interrupción de la citada prestación— debe afirmarse que tal conflicto ha sido resuelto por el ordenamiento jurídico en favor del segundo, desde el momento en que se reconoce constitucionalmente el derecho de huelga (28). Afirmación ésta que debe verse reforzada, pues tal derecho «goza, además, de una singular preeminencia por su más intensa protección» (29).

El derecho de huelga, insistimos en ello, tiene carácter instrumental, es un arma de carácter defensivo, y consiste precisamente en perturbar la marcha ordinaria de la empresa. Cuando el empresario utiliza su poder de variación como instrumento para privar de efectividad a la huelga, dejando inerte a los trabajadores, está atentando contra ese derecho, fundamental para equilibrar la desigualdad en la que se encuentran las partes en la relación laboral.

Por ello, frente a la afirmación de que el empresario, respecto a los trabajadores renuentes al sumarse a la huelga, conserva sus facultades habituales, incluso intensificadas en su ejercicio, hasta el punto de poder ser utilizadas para destinarlos a trabajos distintos del pactado para sustituir a los ausentes (30), el Tribunal Constitucional ha estimado que «la preeminencia de este derecho —el de

) SALA FRANCO, «Problemas...», ob. cit. pág. 108.
) STC 8-4-81, FJ 22.

(28) CRUZ VILLALON, «Las modificaciones...», ob. cit., pág. 170, con cita de Giugni.
(29) STC 28-9-92, FJ 5.

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 despegar toda su capacidad potencial. Tal sucede con la potestad directiva del empresario... de la cual son emanación las facultades que le permiten una movilidad del personal...».

Aunque es cierto que el derecho de huelga, como todos los derechos, está sujeto a limitaciones, éstas requieren una interpretación restrictiva, pues, por una parte, los límites que el constituyente ha impuesto al derecho de huelga se han establecido expresamente —tal es el caso de los servicios esenciales de la comunidad— y, por otra, las normas deben ser interpretadas en el sentido más favorable al ejercicio de los derechos fundamentales.

No es asumible la tesis expuesta por el TCT en la sentencia de 13 de diciembre de 1988, revocada por la sentencia TC aquí comentada, de que el empresario sólo tendría que soportar «los efectos propios de la falta de trabajo de los huelguistas, que en cómputo total de la plantilla de la empresa en que están encuadrados, no pueden ser sustituidos». Tal tesis supone vulnerar el derecho individual de cada trabajador a la huelga. En efecto, la huelga es un derecho reconocido a los trabajadores individualmente y, aunque su ejercicio es de carácter colectivo, según reconoce unánimemente la doctrina, se trata de un derecho de titularidad individual (31). Debe tenerse en cuenta que en ocasiones la huelga no sólo pretende la obtención de unos resultados generales, «*erga omnes*», frente al empresario, sino que también puede encaminarse a obtener ventajas o a eliminar desventajas de tipo corporativo —por ejemplo, tendiendo a una mayor igualdad entre las diferentes categorías—. De esta forma, en la medida de que los trabajadores menos especializados, y que por ello tienen menor fuerza negociadora —precisamente allí donde el desequilibrio entre las partes de la relación es mayor—, se verían privados de su más elemental arma por quienes tienen, por su mayor especialidad profesional, más poder individual de negociación. Sería incluso absurdo que el empresario sufriera precisamente la presión de la ausencia del no huelguista que ocupa el puesto del huelguista. En ese sentido, con SANTANA, puede afirmarse que una huelga no produce una inactividad abstracta, sino aquella que sea fruto de unos específicos huelguistas. Suplirlos significa conculcar el derecho que cada uno, individualmente, tiene (32) y que, en cierta

medida, es el derecho a hacer notar al empresario la importancia de su trabajo, mediante su ausencia.

7. LAS CAUTELAS DE LAS CONCLUSIONES DE LA SENTENCIA

Aunque, en general, los argumentos aquí expuestos para demostrar la ilicitud del recurso a la sustitución de los trabajadores no adheridos a la huelga para sustituir a los huelguistas, coinciden, en gran parte, con los desarrollados en la sentencia comentada, las conclusiones de ésta quieren ser cautelosas.

En efecto, en el último considerando se afirma que «la sustitución interna, en el supuesto que ahora y aquí nos ocupa, constituye el ejercicio abusivo de un derecho que en principio corresponde al empresario, el «*ius variandi*», ...desde el momento en que su potestad de dirección se maneja con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico y en una situación conflictiva, no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo... En consecuencia, desde la perspectiva de los principios constitucionales más arriba analizados, en su proyección concreta que es objeto de este proceso, no puede calificarse como lícita la sustitución de los trabajadores en huelga por otros de superior nivel profesional que no la habían secundado».

De esta forma, la cuestión, que parecía resuelta de forma definitiva, surge de nuevo, pues parece ser que en la mente del Tribunal existen otras posibles sustituciones, distintas a las analizadas en dicho proceso de amparo, que pudieran ser lícitas. No especifica si su licitud depende de la intensidad del paro, de la importancia de la modificación, del número de no huelguistas llamados a sustituir, de la cualificación profesional de los huelguistas sustituidos o de otros factores productivos añadidos a la situación de huelga... En definitiva, las circunstancias que posibilitan la licitud, desde el punto de vista constitucional, de estas otras posibles sustituciones es algo que escapa del ámbito de la sentencia.

La prudencia del Tribunal, por otra parte, parece lógica, porque, en efecto, pueden existir circunstancias añadidas al conflicto que justifiquen la posibilidad de sustituir al huelguista. Pensemos que durante la situación de huelga se produce un incendio o catástrofe similar, pensemos que no se cubran los servicios de mantenimiento y seguridad, o los servicios esenciales para la comunidad (33), previamente acordados... Pensemos en la posibilidad de mera movilidad funcional, con respeto a los límites establecidos en el Estatuto de los Trabajadores, en

(33) En ese sentido el mencionado Proyecto de Ley establece que la prohibición de sustitución del huelguista se entiende «sin perjuicio de lo establecido en los artículos 8 y 16», los que se refieren precisamente a los servicios mínimos y servicios esenciales. El art. 16 contempla la posibilidad de que, en caso de incumplimiento, la autoridad gubernativa podría «disponer la utilización de otros medios sustitutorios para la efectiva prestación de los servicios...».

(31) V. MARTIN VALVERDE, RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ y GARCIA MURCIA en «Derecho del Trabajo», Tecnos, Madrid, 1991, pág. 326, CRUZ VILLALON y FERNANDEZ LOPEZ, M^a F., bajo la dirección de RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER en «Derecho del Trabajo I», V. 1. Copistería de Derecho, Sevilla, 1990, pág. 307.

(32) SANTANA GOMEZ, «El régimen...», cit. pág. 180. La naturaleza individual del derecho de huelga es reconocido por el mencionado Proyecto de Ley, acordado entre el grupo Parlamentario Socialista y los Sindicatos mayoritarios que en el art. 2 distingue entre el contenido colectivo y el «contenido individual» del citado derecho y en el art. 22.1 reconoce el derecho de «cualquier titular del derecho de huelga...» a recabar la tutela del derecho ante la jurisdicción competente...

caso de huelga minoritariamente convocada y secundada. Evidentemente, se trata de casos extraordinarios, de situaciones límites, que necesitan de un estudio particular.

En todo caso, lo que parece elemental en todo el discurso es que lo relevante es la intención empresarial, de forma que si de lo que se trata es eliminar o mitigar los efectos de una huelga legal tal medida ha de entenderse ilícita.

A mi entender, dadas las consideraciones que han precedido, cabe atribuir al Tribunal Constitucional la doctrina de que, con carácter general, la sustitución de los huelguistas es ilícita por atentar contra el derecho de huelga. No obstante, implícitamente parece reconocer que pueden existir circunstancias añadidas de carácter extraordinario que justificarían el uso por el empresario de sus facultades de modificación de las condiciones de trabajo.

Tal criterio ha sido el seguido en el Proyecto de Ley de huelga de 9-11-1992, que en el art. 18.2 y 3 establece:

«2. En tanto dure la huelga, los trabajadores que participen en ella no podrán ser sustituidos por otros trabajadores no vinculados a la empresa en la fecha de la declaración de huelga, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 8 y 16 de esta ley.»

«3. Las facultades empresariales respecto de la movilidad funcional y geográfica de los trabajadores no podrán ser utilizadas con el objeto de limitar o impedir el ejercicio del derecho de huelga.»

3.

**RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL
SUPERIOR DE JUSTICIA
DE ANDALUCIA**