

El Derecho a Huelga y los distintos supuestos de esquirolaje

Francisco Javier Reyes Robayo
Abogado laboralista de CECA MAGÁN ABOGADOS



El [artículo 28 de la Constitución Española](#) (en adelante, CE) consagra el derecho que tienen todos los trabajadores a sindicarse libremente, así como la posibilidad que se presenta a los mismos de declararse en huelga para la defensa de sus intereses.

De este modo, mientras que la negociación colectiva es un derecho que se acoge en el [artículo 37 CE](#), el derecho a huelga goza de un lugar privilegiado en nuestro texto constitucional, encontrándose en sede de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas de la Sección Primera, Capítulo Segundo, Título I, y que se manifiesta en la necesidad de Ley Orgánica para su desarrollo, la dotación de un cauce específico para la defensa del mismo en la vía ordinaria, y siendo el procedimiento y órgano para la interpretación de tales derechos el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Con ello se manifiesta la voluntad del constituyente de dotar de una mayor protección al ejercicio del derecho a la reivindicación por parte de los trabajadores, que encuentra su primera referencia en [nuestra Carta Magna](#) en su preámbulo y en el artículo 1, cuando establecen que:

La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran (...). España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

A este respecto, el derecho a huelga se constituye como una manifestación del derecho a la libertad sindical en su máxima expresión, que permite a los trabajadores reivindicar sus derechos, si bien en la necesidad de ejercerlo de forma participativa, al ser un derecho individual de cada trabajador, que para su efectivo cumplimiento necesita de su voluntad, para lo que no es óbice que el mismo se manifieste de forma colectiva.

Con ello, **los límites que presenta el ejercicio del derecho a la huelga son bastante restringidos**, dado su objetivo de neutralizar o equilibrar las posiciones de empresario y trabajador, que de partida pueden entenderse en distinto rango, y que tal y como ha sentado la jurisprudencia emanada de nuestro Tribunal Constitucional, se encuentra dirigida a la defensa de los intereses de los trabajadores. Así se manifiesta en la **Sentencia núm. 123/1992 de 28 de septiembre [RTC 1992/123]**, cuando señala que *esa paralización parcial o total del proceso productivo se convierte así en un instrumento de presión respecto de la empresa, para equilibrar en situaciones límite las fuerzas en oposición, cuya desigualdad real es notoria. La finalidad última de tal arma se pone en manos de la clase trabajadora, es el mejoramiento de la defensa de sus intereses.*

Así, hemos de señalar que la ley prohíbe expresamente que el empresario pueda sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa a los efectos de aminorar las consecuencias de la huelga, si bien presenta una serie de lagunas que se han ido completando mediante

disquisición científica y jurisprudencial, por lo que nos referiremos a las distintas situaciones que pueden plantearse y sus vicisitudes en los siguientes apartados.

EL ESQUILORAJE

Expresa prohibición de esquirolaje externo conforme al art. 6 y ss. del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo

El Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (en adelante, RD 17/1977) prohíbe de forma expresa que las empresas, ante el anuncio de huelga por parte de sus trabajadores, puedan sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la misma, lo que ha venido a considerarse como *esquirolaje externo*.

Así se ha denominado al comportamiento empresarial tendente a aminorar los efectos de una huelga y, por tanto, tendentes a vaciar de contenido un derecho que —como hemos expuesto— encuentra sustento constitucional en un lugar privilegiado. A su literal, el precitado artículo 6, en su apartado quinto, del RD 17/1977 dispone 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.

De la literalidad del precepto hemos de considerar dos cuestiones relevantes que deben ser analizadas detenidamente, tales como, i) el precepto prohíbe expresamente el esquirolaje externo, sin hacer referencia expresa a otras fórmulas de sustitución de trabajadores huelguistas, como puede ser el esquirolaje interno o el tecnológico, así como tampoco hace referencia al supuesto particular que analizamos nosotros —la empresa no sustituye a sus trabajadores, sino que es el cliente el que sustituye a la empresa, lo que, en todo caso, podría ser considerado como esquirolaje indirecto— y, ii) realiza una salvedad a esta prohibición, que es el incumplimiento por parte del trabajador de sus obligaciones contenidas en el apartado número 7.

Sobre este último particular, hemos de referenciar el contenido del mismo, señalando que se entiende por incumplimiento de las obligaciones por parte del trabajador el poner en riesgo la seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuese precisa para ulterior reanudación de las tareas de la empresa.

Con ello, la jurisprudencia ha avalado de forma reiterada y pacífica la prohibición de sustitución de trabajadores huelguistas por otros que, al tiempo de anuncio de la convocatoria de la huelga, no pertenecieran a la empresa —*esquirolaje externo*—, como así se ha manifestado el **Tribunal Constitucional, p.e., en Sentencia núm. 66/2002 de 21 de marzo [TRC 2002/66]**.

De este modo, la doctrina judicial y constitucional ha reiterado el estado de «anestesia» o debilitamiento que determinados derechos adquieren durante la convocatoria y el ejercicio del derecho a huelga de los trabajadores, como así se pronuncia la **Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en Sentencia de 18 de julio de 2014 [RJ 2014/4277]**.

De este modo, y sobre la primera de las consideraciones que realizamos sobre la literalidad del precepto indicado —la falta de alusión al esquirolaje interno, tecnológico o indirecto—, haremos prolija referencia en cada uno de los siguientes subapartados.

Prohibición de esquirolaje interno. Una creación jurisprudencial

Como hemos mencionado, de la literalidad del artículo 6 se colige la prohibición de la sustitución de los trabajadores huelguistas por otros que no se encuentren vinculados a la empresa, si bien omite toda información sobre la posibilidad de sustituir el servicio prestado por los trabajadores que se encuentren en huelga por otros trabajadores ya vinculados a la empresa, como manifestación del poder de dirección del empresario en una posible medida de movilidad geográfica o funcional.

Ante ello, la doctrina emanada de nuestros jueces y tribunales, así como la jurisprudencia creada por el Tribunal Supremo, han venido extendiendo la prohibición que se contempla en el artículo 6 del RD17/1977 a la sustitución que se realice con personal de la misma empresa, en atención a un criterio teleológico o finalista, que no literal, de interpretación de las normas jurídicas, de conformidad a los criterios interpretativos que se contemplan en el ordenamiento jurídico español.

A este particular, la **Sentencia núm. 33/2011 de 28 de marzo [RTC 2011/33], del Tribunal Constitucional**, sienta que:

Diremos, en consecuencia, en la línea que acogimos en aquel pronunciamiento constitucional (en un supuesto en el que también se denunciaba la sustitución de los trabajadores en huelga por otros de superior nivel profesional que no la habían secundado), que la «sustitución interna» de huelguistas durante la medida de conflicto constituye un ejercicio abusivo del ius variandi empresarial, derecho que, con los límites legalmente previstos, corresponde al empresario en otras situaciones. Pero en un contexto de huelga legítima el referido ius variandi no puede alcanzar 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.

Por ello, ni el empresario puede imponer a los trabajadores no huelguistas la realización de las tareas que corresponden a los que secundaron la convocatoria, ni los trabajadores que libremente decidieron no secundarla pueden sustituir el trabajo de sus compañeros.

En el mismo sentido se alza el máximo intérprete de nuestro texto constitucional, en **Sentencia núm. 123/1992 de 28 septiembre [RTC 1992/123]**.

De esta forma, se impone el criterio finalista al literal de interpretación de las normas, dado que el ejercicio de las funciones que realizan los trabajadores huelguistas por otros pertenecientes a la misma empresa, refleja el mismo supuesto que el precepto pretende evitar, y es que se reduzca o rebaje las consecuencias que se pretenden con la convocatoria de huelga.

Incluso en ocasiones se ha considerado que vulnera lo establecido en el artículo 6.2 del RD 17/1977 el cambio de horario y jornada durante el paro, o el cambio de turno a los no huelguistas para cubrir los servicios paralizados (**STSJ Cataluña, de 5 de julio de 2002 [JUR 2002/228912]**).

El esquirolaje tecnológico. Los pronunciamientos judiciales son vacilantes

En idéntica situación al esquirolaje interno —es decir, a la intención de la empresa de sustituir a los trabajadores huelguistas por otros trabajadores integrados en el seno de la plantilla—, se encuentra la posibilidad de que la empresa atienda los servicios dejados de prestar por los trabajadores declarados en huelga por medios tecnológicos.

Ante ello, y las lagunas que presenta el apartado dos del artículo 6 del RD 17/1977, la jurisprudencia se ha encargado de concretar la esfera de limitación que el real decreto establece para la sustitución de los trabajadores huelguistas con la prestación de servicios con estos medios.

A este respecto, nuestro **Alto Tribunal, en Sentencia de 5 de diciembre de 2012 [RJ 2013/1751]**, ha declarado, no sin votos particulares en contra — lo que evidencia lo compleja de la materia—, la licitud de la emisión de la publicidad de una cadena de televisión por medios tecnológicos, con motivo de la declaración de huelga de los trabajadores.

De este modo, y aun cuando la regla general es que los trabajadores en huelga no podrán ser sustituidos por otros no vinculados a la empresa, y que ello se aplica de forma análoga a la sustitución de los trabajadores por los servicios que puedan prestar trabajadores de la misma empresa, hay determinadas situaciones en la que puede resultar admitida tal sustitución, siempre y cuando la sustitución no se encuentre dirigida a aminorar el objetivo de la medida colectiva.

El derecho de huelga de los trabajadores en las administraciones públicas. El esquirolaje indirecto

La complejidad jurídica del ejercicio del derecho a huelga de los trabajadores viene a aumentarse de forma considerable cuando el mismo se ejercita en el seno de las Administraciones Públicas, y se encuentra en juego el correcto funcionamiento de los servicios públicos.

De este modo, el literal del artículo 10 del RD 17/1977 establece que:

Cuando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurren circunstancias de especial gravedad, la Autoridad gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios. El Gobierno, asimismo, podrá adoptar a tales fines las medidas de intervención adecuadas.

Así, y siempre que se acredite que concurren circunstancias de especial gravedad, la Administración podrá adoptar las medidas necesarias para garantizar el funcionamiento de los servicios.

En este sentido fue reconocido por la **Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sentencia núm. 303/2015 de 2 de junio [JUR 2015/175793]**, que ante la huelga de los trabajadores de la empresa pública encargada de la recogida de residuos, y el riesgo para la salud pública existente, contrató los servicios de limpieza urbana con la empresa TRAGSA para la realización de determinadas tareas, declaró justificado la medida de sustitución de los trabajadores huelguistas en estos servicios mínimos, en aplicación del artículo 10 del RD 17/1977 en conexión con otros derechos fundamentales que se recogen en [nuestra Carta Magna](#).

De este modo, podría resultar admitido la sustitución de los trabajadores huelguistas para casos de extrema urgencia y gravedad, en los que se incurra en riesgo para, por ejemplo, la salubridad pública, garantizando de esta forma la prestación de determinados servicios mínimos.

Es evidente que el ejercicio del derecho a huelga en el seno de las administraciones públicas, si bien queda igualmente protegido, se encuentra sometido a una serie de líneas difusas, cuales son el derecho de la comunidad a disfrutar de una serie de servicios públicos que son indispensables para el correcto desarrollo de la vida de los ciudadanos.

En cuanto a las limitaciones que se presenta para los clientes de empresas subcontratadas para la sustitución de las mismas en caso de huelga de los trabajadores de éstas últimas, en relación a la posibilidad de haber lugar a un *esquirolaje indirecto* prohibido, la solución no podrá ser unívoca, sino que penderá de la concurrencia de determinados factores tales como el ámbito y motivos de la huelga o los vínculos jurídicos entre el empleador directo y ese tercero.

Lo que sí parece meridiano del análisis de la doctrina es que en ningún caso podrá negarse la licitud de la huelga *por el sólo hecho de que el destinatario directo de la acción colectiva no sea el empleador, como sucede en las huelgas sectoriales o generales de finalidad sociopolítica o socioeconómica (SSTC 36/1993 [RTC 1993, 36] y 37/1998 [RTC 1998, 37], dirigida contra los poderes públicos.*

Se establece así el destinatario de la actividad reivindicatoria no tiene por qué coincidir con el empleador inmediato, sino que parece admitirse que ésta vaya dirigida a un tercero, cual podría ser un cliente.

En este sentido, deviene fundamental analizar la relación existente entre el tercero y la empresa que presta el servicio en cuestión, y si ésta se refiere a una mera relación de cliente-empresario, o si la relación se basa en métodos de colaboración que tienen cierta relevancia laboral.

Sin duda alguna, todos estos supuestos constituyen un conflicto jurídico de indudables dimensiones y que requieren en todo momento del asesoramiento de expertos en materia laboral y constitucional.