

El deber del empleador de prevención del esquirolaje interno espontáneo.

Magdalena Nogueira Guastavino

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid.

Resumen: *Durante la huelga el empresario tiene el deber de vigilar que sus mandos intermedios no incurran en un esquirolaje interno espontáneo, pues la vulneración del derecho de huelga, en todo caso, se entiende producida por el hecho de la sustitución de los trabajadores huelguistas.*

Palabras clave: *Derecho fundamental de huelga. Esquirolaje interno.*

Abstract: *During the strike, the employer has the duty to ensure that his middle managers do not engage in spontaneous internal scabbing, since the violation of the right to strike, in any case, will be understood to be produced by the fact of the replacement of striking workers.*

Keywords: *Fundamental right to strike. Internal scabbing.*

I. Introducción

Se examina, una vez más, el alcance del derecho fundamental de huelga y los límites al poder de movilidad interna del empleador durante su desarrollo. Aunque es de todos conocida la doctrina constitucional relativa a la vulneración del derecho de huelga cuando el empresario solicita a los trabajadores la realización de funciones y tareas propias de los trabajadores huelguistas, la novedad de esta sentencia reside en que, en el presente caso, consta como hecho probado que los mandos intermedios desarrollaron tareas que ordinariamente no tenían encomendadas sin seguir ninguna orden o voluntad empresarial, sino por su propia iniciativa, sin que se les diese ninguna instrucción ni orientación por parte de la dirección de la empresa para que realizasen tal actividad o tareas a los efectos de aminorar los efectos de la huelga. Existe además una sentencia firme de otro Juzgado de lo Social que declara probado que la empresa no tuvo participación en los actos de sustitución interna de los huelguistas, por lo que no incurrió en infracción administrativa alguna. La cuestión jurídica reside, por lo tanto, en determinar si el derecho de huelga se vulnera por la empresa cuando determinados responsables de área realizan el trabajo de los huelguistas (sustitución interna), aun cuando lo hagan por propia iniciativa y sin recibir instrucciones al respecto por parte de aquélla. Una cuestión resuelta por la doctrina constitucional que acoge la Sala de lo Social.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Sala de lo Social).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 499/2021, de 6 de mayo

Tipo y número recurso: RCUd núm. 4975/2018).

ECLI:ES:TS:2021:1868

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio García-Perrote Escartín.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

En la empresa B.S.H. Electrodomésticos España, S.A., se inició una huelga legal el 9 de enero de 2017 que duró hasta el 26 de enero de 2017. Durante el desarrollo de la huelga, los encargados o responsables de tres áreas de la empresa incurrieron en conductas de sustitución interna de trabajadores huelguistas, mientras estos se encontraban en el ejercicio de su derecho de huelga. Tal actuación fue llevada a cabo por propia iniciativa, y en la creencia de que podían desempeñar las tareas porque en otras ocasiones las habían realizado. La sustitución referida fue muy minoritaria, teniendo un impacto muy reducido en relación con la incidencia muy significativa de la huelga en la producción de la empresa demandada

Un trabajador demandó a la empresa por vulneración del derecho de huelga, solicitando una indemnización por daños y perjuicios. La demanda fue desestimada por la sentencia del juzgado de lo social. El trabajador interpuso recurso de suplicación contra la sentencia del juzgado de lo social, siendo desestimado por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Navarra 299/2018, 11 de octubre de 2018 (rec. 283/2018). La sentencia de suplicación parte de que los encargados o responsables de tres áreas de la empresa incurrieron en conductas de sustitución interna y considera que, en principio, esta sustitución interna es un ejercicio abusivo del ius variandi empresarial. Pero entiende que, para ello, es preciso acreditar que la dirección empresarial tuvo algún tipo de intervención en el comportamiento de sustitución interna que se denuncia como vulnerador del derecho, pues en este ámbito concreto, no nos encontramos ante una responsabilidad objetiva, exigiéndose la prueba -siquiera sea indiciaria-, de un comportamiento empresarial que atenta contra el derecho que se dice vulnerado" El hecho de que quedara probado que los responsables o jefes de área que realizaron las indiscutidas labores de sustitución de trabajadores en huelga, lo hicieran por iniciativa propia, sin que en ningún caso recibieran indicaciones, orientaciones o instrucción alguna por parte de la empresa demandada, y que para dicho tribunal los responsables de área no puedan asimilarse al empresario, llevan al TSJ a negar la vulneración del derecho de huelga y a considerar que la conducta de esos responsables de área "careció de afectación relevante alguna sobre el derecho de huelga ejercitado, pues ni neutralizó el paro convocado, ni aminoró de manera apreciable o privó de efectividad al mismo".

La STS comentada, por el contrario, considera vulnerado el derecho de huelga.

IV. Posición de las partes

1. Del trabajador demandante y recurrente

El trabajador recurre en unificación de doctrina invocando como sentencia de contraste la STC33/2011, de 28 de marzo, denunciando la infracción del artículo 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (RDLRT), en relación con el artículo 28.2 de la Constitución (CE).

2. De la empresa demandada

La empresa demandada impugna el recurso negando la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y de contraste, así como de las infracciones que se denuncian. Se alega específicamente cosa juzgada positiva ya que existe una

sentencia del JS firme que en el marco de un procedimiento de infracción administrativa declaró probado que la empresa no tuvo participación en los actos de sustitución interna de los huelguistas, por lo que no incurrió en infracción alguna.

3. Del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal entiende que no hay contradicción entre la sentencia recurrida y la ofrecida de contraste del TC y, en caso de que, no obstante, la Sala apreciara que sí existe contradicción, entiende que el recurso debería ser estimado.

V. Normativa aplicable al caso

Artículo 28.2 de la Constitución (CE) y artículo 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (RDLRT).

VI. Doctrina básica

El derecho de huelga se vulnera por la empresa si determinados responsables de área realizan el trabajo de los huelguistas, aun cuando lo hagan por propia iniciativa y sin recibir instrucciones al respecto por parte de aquella

VII. Parte dispositiva

Se estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador., se anula la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra 299/2018, 11 de octubre de 2018 (rec. 283/2018), revocándose la sentencia de instancia y estimando la demanda. No efectúa declaración alguna sobre imposición de costas.

VIII. Pasajes decisivos

Esa pretendida "no responsabilidad" de la empresa "no es compatible con la dinámica real del ejercicio del derecho fundamental del art. 28.2 CE." Y no es compatible con el derecho de huelga "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"

"No se puede desligar la responsabilidad del titular de la organización de las decisiones que adoptan los mandos intermedios, sin que pueda admitirse que las prohibiciones, garantías y tutelas establecidas en la CE y en la legislación laboral en relación con las actuaciones empresariales lesivas del derecho de huelga, no alcanzan al empresario cuando la restricción del derecho nace de sus mandos directivos"

"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 anti huelga realizadas en dicho marco

"No es relevante la escasa repercusión que los actos de sustitución de los huelguistas tuvieron en el presente supuesto"

No se estima la alegación empresarial de cosa juzgada en sentido positivo, toda vez que la sentencia del Juzgado de lo Social que ya es firme, declara probado que la empresa no tuvo participación en los actos de sustitución interna de los huelguistas, por lo que no incurrió en infracción administrativa alguna, pero "además de que en el procedimiento seguido ante el Juzgado de lo Social núm. 4 de Pamplona se impugnaba una infracción administrativa apreciada por la inspección de trabajo y en el presente supuesto lo que reclama el trabajador es una indemnización de daños y perjuicios por lesión del derecho de huelga, ya se ha razonado que la STC 33/2011, de 28 de marzo, rechaza de forma expresa que el desconocimiento o la no aprobación

empresarial de los actos de sustitución de los huelguistas adoptados por los mandos intermedios pueda exonerar a la empresa de responsabilidad por dichos actos”.

IX. Comentario

Dos son las cuestiones de esta sentencia a destacar.

La primera, el peculiar supuesto de contradicción exigido para el acceso al recurso de casación para la unificación de doctrina. Como es sabido, con la reforma de la normativa procesal llevada a cabo con la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, el legislador permite, por vez primera, que la contradicción de la sentencia recurrida lo sea con la doctrina contenida en “las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y los órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España” (art. 219.2 LRJS). Tal ampliación rompía con el criterio consolidado de la Sala IV del Tribunal Supremo, que no admitía estas sentencias como sentencias de contraste, porque no estaban comprendidas en el ámbito de la función unificadora que está limitada al orden social. Criterio confirmado por el Tribunal Constitucional respecto a sus propias sentencias en la STC 39/98, en la que se afirma que las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional “no constituyen doctrina judicial susceptible de unificación ante el Supremo”. Lo que para la mejor doctrina resultaba “obvio, porque la función unificadora de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo solo puede ejercerse sobre los órganos judiciales que están en su esfera jerárquica. La Sala IV del Tribunal Supremo no podrá nunca declarar que una sentencia del Tribunal Constitucional, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es errónea. Por ello, si las sentencias de estos Tribunales hubieran podido aportarse como contradictorias y se hubiera aceptado la contradicción, el recurso tendría que ser estimado. La conclusión es clara: en esa hipótesis estaríamos ante un recurso de infracción de la doctrina de estos Tribunales, pero no ante un recurso de unificación” (DESDENTADO BONETE A., “La casación para la unificación de doctrina y el nuevo recurso mixto de unificación de doctrina y de interés de ley”, *Lecciones de Jurisdicción social*, Tirant lo Blanch, 2016).

En este caso concreto, el TS considera que existe contradicción con la STC 33/2011, de 28 de marzo y concluye que “la doctrina correcta es, obviamente, la establecida por la STC 33/2011” pues el TS es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, “salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales” (art. 123.1 CE), donde es el TC el “intérprete supremo” (art. 1.1 LOTC) siendo la Constitución “la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos” (art. 5.1 LOPJ)

En segundo lugar, la relevancia de la sentencia no reside tanto en la doctrina que acoge, ya señalada por el TC, sino en su recepción expresa por el TS. Y en la clarificación que realiza de la propia STC 33/2011 en tanto para la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Navarra recurrida la empresa no puede ser responsable de los actos de sustitución de los huelguistas adoptados por los responsables de sección “por iniciativa propia, sin que en ningún caso recibieran indicaciones, orientaciones o instrucción alguna por parte de la empresa”. Pero, como precisa el Supremo, para la STC 33/2011, esta pretendida no responsabilidad de la empresa respecto de una actuación de sus mandos intermedios no es compatible con la dinámica real del ejercicio del derecho fundamental del art. 28.2 CE porque, como razona la propia STC 33/2011, “no se puede desligar la responsabilidad del titular de la organización de las decisiones que adoptan los mandos intermedios”, sin que pueda admitirse el entendimiento de que las prohibiciones, garantías y tutelas establecidas en la CE y en la legislación laboral en relación con las actuaciones empresariales lesivas del derecho de huelga, “no alcanzan al empresario cuando la restricción del derecho nace de sus mandos directivos”. La STS menciona la más reciente STS 153/2021, 3 de febrero de

2021 (rec. 36/2019), donde se advertía ya que la empresa es responsable de los medios sometidos a su dirección y control.

Para el TC y para el TS, en definitiva, debe atribuirse al titular de la empresa la responsabilidad por las actuaciones antihuelga realizadas en dicho marco de modo que la omisión de toda reacción o prevención que impida que el acto de sustitución llegara a producirse vulnera, ya por sí mismo, el artículo 28.2 CE. Se trata, así pues, de un deber exigible de prevención que ha de llevar a cabo la empresa para impedir los actos de sustitución de los huelguistas. Sin que la vulneración deje de existir por el hecho de que los actos de sustitución hayan tenido mayor o menor repercusión, en tanto lo que vulnera el derecho de huelga es el mismo acto de sustitución de los huelguistas.

En fin, durante la huelga los poderes empresariales de organización propios del *ius variandi* no sólo quedan anestesiados respecto del empresario, sino que se exige un comportamiento activo del empresario respecto a sus subordinados, existiendo un deber empresarial de evitar que se produzcan vulneraciones de derechos fundamentales dentro del círculo de organización y dirección en el que el empresario es el máximo garante. A tal efecto, desde recursos humanos convendría, en caso de huelga, establecer algunas indicaciones al conjunto del personal para respetar el derecho de los compañeros y compañeras que ejercitan su derecho fundamental. Sin que ello obste, ni modifique, la doctrina constitucional también existente en relación a que el deber del empresario es el de respetar el derecho de huelga (y hacer que se respete), pero sin que ello signifique un deber de colaborar a su mayor éxito y eficacia.