

Abdón Pedrajas

ABOGADOS Y ASESORES TRIBUTARIOS

[www.abdonpedrajas.com](http://www.abdonpedrajas.com)

# boletín LABORAL

## MISCELÁNEA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL RECURSO AL ESQUIROLAJE EXTERNO E INTERNO POR PARTE DE LA EMPRESA DURANTE LA HUELGA

**Abdón Pedrajas Moreno**

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Socio Director Abdón Pedrajas Abogados y Asesores Tributarios

**Tomás Sala Franco**

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Director de Formación Abdón Pedrajas Abogados y Asesores Tributarios

Madrid, Octubre 2008

boletín LABORAL

Abdón Pedrajas

## SUMARIO

### **1.- EL ESQUIROLAJE.**

#### **2.- LA PROHIBICIÓN LEGAL DEL ESQUIROLAJE EXTERNO.**

**2.1.- La prohibición legal del esquirolaje externo.**

**2.2.- El alcance de la prohibición legal de esquirolaje.**

**A.- Esquirolaje y servicios de mantenimiento.**

**B.- Esquirolaje y huelga ilegal.**

**C.- Esquirolaje y servicios esenciales.**

**D.- Esquirolaje y modalidades de contratación laboral.**

**E.- Esquirolaje y contratación de autónomos o de empresas contratistas.**

**F.- Esquirolaje e incrementos cíclicos de la actividad.**

**G.- Esquirolaje y utilización de medios técnicos.**

**H.- Esquirolaje y huelga en la empresa contratista.**

**I.- Alcance temporal de la prohibición de esquirolaje externo.**

**2.3.- Las sanciones por incumplimiento empresarial de la prohibición de esquirolaje externo.**

### **3.- EL ESQUIROLAJE INTERNO.**

**3.1.- Caracterización.**

**3.2.- La posición doctrinal y jurisprudencial acerca del esquirolaje interno.**

**3.3.- La doctrina del Tribunal Constitucional: STC 123/1992, de 28 de septiembre.**

**3.4.- La jurisprudencia ordinaria posterior a la STC 123/1992.**

**3.5.- Las sanciones por incumplimiento empresarial de la prohibición del esquirolaje interno.**

## 1.- EL ESQUIROLAJE.

Aunque genéricamente, conforme al Diccionario RAE, se entiende por “esquirol” “el obrero que trabaja cuando hay huelga”, también el término hace referencia al obrero “que se presta a realizar el trabajo abandonado por un huelguista”. A partir de esta segunda acepción, se viene a entender por “esquirolaje” la sustitución de los trabajadores huelguistas, bien por trabajadores no vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la huelga (esquirolaje externo), bien por trabajadores de la propia empresa, no huelguistas, a los que se les modifica las condiciones de lugar, tiempo y/o modo del trabajo (esquirolaje interno).

## 2.- EL ESQUIROLAJE EXTERNO.

### 2.1.- La prohibición legal del esquirolaje externo.

El esquirolaje externo viene expresamente prohibido por la ley en los siguientes términos:

*“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”* (Art. 6.5 del Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, en adelante, RDLRT; STS (Sala 3ª), de 13 de junio de 2001, Ar/5732).

### 2.2.- El alcance de la prohibición legal de esquirolaje.-

Un análisis interpretativo del anterior precepto permite hacer las siguientes precisiones en cuanto al alcance de su prohibición:

A.- Esquirolaje y servicios de mantenimiento.- En primer lugar, la prohibición del esquirolaje externo pretende proteger la eficacia del ejercicio legítimo del derecho fundamental de huelga de los trabajadores. Es por ello que el precepto establece una excepción expresa a la prohibición del esquirolaje: *“salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número 7 de este artículo”*. Esto es, cuando se incumpla la obligación de garantizar durante la huelga *“la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuera precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa”*.

Así, el incumplimiento de la obligación de garantizar los servicios de mantenimiento y seguridad durante una huelga posibilita legalmente al empresario a contratar otros trabajadores.

B.- Esquirolaje y huelga ilegal.- En segundo lugar, ante el silencio de la Ley, cabe preguntarse si, en el caso de que la huelga fuera ilegal por cualquier otra razón (por la causa alegada o por el procedimiento seguido, a la luz de las exigencias del RDLRT), el empresario podría igualmente contratar lícitamente sustitutos para los huelguistas.

Desde una perspectiva teleológica, partiendo de que la Ley tan solo pretende garantizar la eficacia de una huelga legal, así podría interpretarse y así lo han interpretado la STS de 23 de octubre de 1987 (Ar/6908) o la STSJ de Galicia, de 23 de julio de 2001 (Ar/1933).

Ello no obstante, desde una perspectiva literal y sistemática cabría por el contrario interpretar que solamente sería lícita la sustitución de trabajadores en el caso previsto expresamente por la Ley y que, en los restantes supuestos de huelga ilegal, la única respuesta defensiva para el empresario sería el cierre patronal, cuando procediera legalmente, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 12 del RDLRT (existencia de notorio peligro de violencia para las personas o de daños graves para las cosas; ocupación ilegal de centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias, o peligro cierto de que ésta se produzca; que el volumen de la inasistencia o irregularidades en el trabajo impidan gravemente el proceso normal de producción).

En todo caso, de seguirse la primera interpretación, el problema que se plantea es el de que no es fácil saber cuando se está en presencia de una huelga ilegal, dada la abstracción con que las causas y procedimientos de una huelga legal vienen regulados en el RDLRT. Así, para calificar una contratación de sustitutos de ilegal, habrá que esperar a la difícil calificación judicial que de los hechos se haga *“a posteriori”* de la actuación empresarial, lo que implicará siempre un riesgo para el empresario que decida sustituir a los trabajadores huelguistas.

C.- Esquirolaje y servicios esenciales .- En tercer lugar, para el caso de huelga en servicios esenciales para la comunidad, el Art. 10.2 del RDLRT prevé que la autoridad gubernativa acuerde *“las medidas necesarias para asegurar el mantenimiento de los servicios”*, consistentes estas medidas en la fijación de los denominados *“servicios mínimos”*, servicios muy superiores a los anteriores *“servicios de mantenimiento y seguridad”* de una huelga ordinaria.

Y cuando los trabajadores designados para cubrir esos *“servicios mínimos”* incumplan su obligación de trabajar, con base en el Art. 51.1 de la Constitución (*“los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”*) y en el

propio Art. 10.2 del RDLRT (*“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”*), podrá recurrirse lícitamente a la contratación de trabajadores ajenos a la empresa en su sustitución o, incluso, a la utilización de efectivos militares, pudiendo llegar, al límite, en el caso de declaración de *“estado de alarma”*, a la movilización del personal laboral (Arts. 4 c) y 12.2 de la Ley 4/1981, de 1 de junio, sobre los estados de alarma, excepción y sitio).

D.- Esquirolaje y modalidades de contratación laboral .- En cuarto lugar, la fórmula prohibitiva legal se refiere a la *“sustitución de los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la (huelga)”*, refiriéndose obviamente a la contratación laboral temporal de interinidad, bien realizada directamente por la empresa, bien indirectamente a través de empresas de trabajo temporal, como pone de relieve expresamente el Art. 8 a) de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (en adelante, LETT): *“las empresas no podrán celebrar contratos de puesta a disposición en los siguientes casos: a) Para sustituir a trabajadores en huelga en la empresa usuaria”*.

Tampoco podría contratarse definitivamente trabajadores para sustituir a los huelguistas, ya que ello equivaldría a un despido nulo de los trabajadores huelguistas sustituidos (Art. 55.5 del ET).

E.- Esquirolaje y contratación de autónomos o de empresas contratistas.- En quinto lugar, la dicción literal utilizada por el Art. 6.5 del RDLRT plantea dudas acerca de si la prohibición alcanza o no a los eventuales contratos de arrendamiento de servicios o de ejecución de obra de trabajadores autónomos o a las contrataciones de obras o servicios con empresas contratistas realizados durante la huelga o a la utilización durante la misma de trabajadores excluidos de la legislación laboral por el Art. 1.3 d) y e) del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), esto es, de trabajadores familiares o benévolo.

Si bien, en una interpretación literal, el precepto legal se refiere a los *“trabajadores dependientes y por cuenta ajena”* -y no a contratistas, a trabajadores autónomos o a trabajadores familiares o benévolo excluidos de laboralidad,- el problema seguramente debe enfocarse a la luz de la finalidad pretendida por la norma y, en este sentido, hay que reconocer que el recurso a la contrata (con un trabajador autónomo o con una empresa contratista) o al trabajo familiar o benévolo atenta del mismo modo que la contratación laboral (directa o indirecta) a la finalidad pretendida por el precepto, que no es otra que garantizar la eficacia del derecho de huelga, impidiendo que a través de estas actuaciones empresariales se vacíe de contenido el derecho de huelga.

De un lado, la doctrina científica se encuentra genéricamente inclinada hacia una interpretación extensiva del precepto legal (así, Goerlich Peset, J.M<sup>a</sup>. Los efectos de la huelga. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 1994. Pag. 96; o Ferrando García, F. Los efectos de la huelga en el contrato de trabajo. Ed. Aranzadi. Navarra. 1999. Pags. 265 y ss.). De otro lado, cabe señalar que los Tribunales Superiores de Justicia, a falta de una jurisprudencia unificadora del Tribunal Supremo, se decantan preferentemente también a favor de una interpretación extensiva.

En este último sentido, aunque la STSJ de Andalucía, de 29 de septiembre de 1993 (Ar/784) entendió que el Art. 6.5 del RDLRT solo impide la contratación laboral directa de trabajadores, por lo que no consideró ilegal el arrendamiento de vallas publicitarias a otra empresa de la competencia a cambio de una renta para atenuar los perjuicios de una huelga, o la STS (Sala 3<sup>a</sup>) de 18 de septiembre de 1997 (Rec. 12087/1991) entendió que no constituía infracción laboral muy grave del Art. 8.10 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, sobre infracciones y sanciones en el orden social (en adelante, LISOS) la asunción de tareas por el propio empresario, por otros socios de la empresa o por personas de su entorno familiar, las posteriores SS.TSJ de Baleares, de 12 de diciembre de 1996 (Ar/4062) -referida a una huelga de pilotos, durante la que la Compañía Aérea subcontrató con otras Compañías vuelos charter para atender los compromisos con todos los pasajeros,- de Navarra, de 28 de abril de 1995, Ar/1351 -referida al desvío de pedidos de clientes de una empresa en huelga a otras empresas del mismo grupo,- o de Galicia, de 27 de septiembre de 2003 (Ar/4156) -referida a una contrata de limpieza realizada por una empresa en huelga, siendo así que antes de la huelga la limpieza en la empresa era realizada por los propios trabajadores,- se han inclinado todas ellas por incluir dentro del “*esquirolaje externo*” del Art. 6.5 del RDLRT a las contrataciones de obras y servicios efectuadas durante una huelga. Así, “*la sustitución de los trabajadores en huelga (en el caso de una contrata) resulta indiscutible, y dicha sustitución no cuenta con amparo legal adecuado, porque ateniéndonos a las tareas que venían realizando los trabajadores sustituidos, es evidente que se vació el contenido del derecho de huelga*”, manifestará rotunda y claramente la antecitada STSJ de Navarra de 28 de abril de 1995.

En relación con el trabajo familiar, existe sin embargo alguna Sentencia que, con cautelas y dudas, matiza y señala que “*no hay sustitución si no se impiden los efectos de la huelga*” (STS de 18 de julio de 1997).

F.- Esquirolaje e incrementos cíclicos de la actividad.- En sexto lugar, la doctrina judicial (STSJ de Andalucía, de 29 de febrero de 2000) ha señalado que es lícita la contratación eventual durante la huelga para cubrir la mayor ocupación cíclica, en la medida en que responde a una necesidad real, objetiva e irrefutable conocida con anterioridad a la huelga y prevista con antelación, siendo jurídicamente viable porque no tiene relación o vínculo alguno con la huelga y no persigue paliar sus efectos.

G.- Esquirolaje y utilización de medios técnicos.- En séptimo lugar, la jurisprudencia ha señalado que no vulnera el derecho de huelga la aminoración de sus efectos por medios técnicos, como sería el caso de la transmisión automática de eventos deportivos sin sustituir a los trabajadores en huelga (SS.TS de 27 de septiembre de 1999, Ar/7304, o de 4 de julio de 2000, Ar/6289 o; o STSJ de Extremadura, de 15 de julio de 2004), *“pues sobre la empresa no recae la obligación de colaboración con los huelguistas en el logro de sus propósitos”*.

H.- Esquirolaje y huelga en la empresa contratista.- En octavo lugar, la prohibición legal de esquirolaje no impide, según la jurisprudencia, que las empresas que tengan suscrita una contrata o subcontrata con una empresa contratista en huelga puedan utilizar los servicios de otra. La doctrina jurisprudencial sentada es así la siguiente:

- *“Los sujetos directamente concernidos en el derecho de huelga son los trabajadores y la empresa a la que aquellos se encuentran vinculados por el contrato de trabajo, pero los clientes o público en general que goza o se sirve de las prestaciones realizadas por la empresa, están completamente desvinculados del derecho de huelga, por ello tienen absoluta libertad para buscar los servicios o prestaciones que la empresa en huelga les suministraba en otras empresas o por los medios que tengan por conveniente”* (STS de 11 de mayo de 2001, Ar/5205).
- *“El derecho fundamental de huelga no incluye en su contenido el poder exigir de un tercero ajeno a la relación laboral entre empresa y trabajadores huelguistas que sufra también una reducción en su proceso productivo o en los servicios que presta....Los trabajadores que se encuentren en huelga no pueden imponer a la empresa principal que deje desatendidos (aquellos servicios) cuya asistencia no pueda dispensarse dentro de los límites impuestos como servicios mínimos de huelga. Ni la ley ofrece base para tal exigencia ni vemos que ello pudiera ser posible, en tanto en cuanto esa extensión del derecho de huelga frente a terceros alcanzaría no solo al empresario de los titulares del derecho de huelga sino también a otros sujetos distintos”* (STSJ del País Vasco, de 4 de julio de 2000, Ar/2989).

En efecto, la huelga producida en el seno de una empresa contratista o subcontratista constituye un hecho jurídico por completo ajeno a la empresa principal, con independencia de que realicen o no su trabajo en centros de trabajo de esta última. De manera que, si durante la huelga del personal de una empresa contratista o subcontratista, a resultas de la ocupación de los locales de la empresa principal por parte de los huelguistas se derivaran perjuicios para ésta, en la medida en que corresponde a la empresa contratista la obligación de ordenar el desalojo, no hay duda de que la empresa principal, además de rescindir en su caso la contrata, podría exigir a la empresa contratista una indemnización.

Por otra parte, y en el mismo sentido, de tratarse de una contrata de servicios que cubriera los servicios mínimos exigibles a una empresa principal que realiza servicios esenciales para la comunidad en caso de huelga de su propio personal, la responsabilidad de garantizar los servicios mínimos durante la huelga del personal de la empresa contratista o subcontratistas pertenece a la empresa principal y no a estas últimas.

1.- Alcance temporal de la prohibición de esquirolaje externo.- En noveno lugar, finalmente, la prohibición solamente alcanza a las medidas adoptadas con posterioridad a la declaración de la huelga (*“en tanto dure la huelga”* o *“que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma”*, señala el Art. 6.5 del RDLRT).

### **2.3.- Las sanciones por incumplimiento empresarial de la prohibición de esquirolaje externo.**

El Art. 6.5 del RDLRT prohíbe el esquirolaje externo pero no sanciona expresamente su incumplimiento por parte del empresario.

Ello no obstante, la sustitución ilegal por el empresario de trabajadores huelguistas constituye una infracción administrativa muy grave, sancionable con multas, previo el correspondiente expediente administrativo sancionatorio:

*“Son infracciones muy graves: 10: 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 en los casos justificados por el ordenamiento”* (Art. 8.10 de la LISOS).

De otra parte, los Arts. 12 a 15 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (en adelante, LOLS), prevén un mecanismo específico de tutela de la libertad sindical y del derecho fundamental de huelga frente a aquellas conductas que atenten contra ellos, a través de un procedimiento especial, preferente y sumario, de protección de los derechos fundamentales (desarrollado procesalmente por los Arts. 175 a 182 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, en adelante, LPL), pudiendo calificarse al esquirolaje externo de conducta antisindical o, en todo caso, de atentado al derecho fundamental de huelga.

Así, cualquier trabajador o sindicato que considere lesionados sus derechos de libertad sindical y/o de huelga, podrá acceder a la jurisdicción laboral que, de entender violado tales derechos, *“declarará el cese inmediato del comportamiento,...así como la reparación consiguiente de sus consecuencias ilícitas, remitiendo las actuaciones al Ministerio Fiscal, a los*

*efectos de depuración de eventuales conductas delictivas*” (Arts.15 de la LOLS y 180 de la LPL; SS.TS de 23 y 24 de octubre de 1989, Ar/7533 y 7422 o de 8 de mayo de 1995, Ar/3752).

En todo caso, estará también abierta la vía penal, en la medida que el Art. 315.1 y 2 del Código Penal ha tipificado como delito la conducta consistente en impedir o limitar el ejercicio de la libertad sindical o del derecho de huelga, *“mediante engaño o abuso de situación de necesidad”*, sancionando a los infractores con pena de 6 meses a 3 años y multa de 6 a 12 meses, imponiéndose las penas superiores en grado si las conductas se llevaran a cabo con fuerza, violencia o intimidación.

### 3.- EL ESQUIROLAJE INTERNO.

#### 3.1.- Caracterización.

Puede suceder que el empresario, ante la imposibilidad de sustituir a los trabajadores huelguistas por trabajadores externos a la empresa, recurra a los trabajadores no huelguistas para cubrir las necesidades generadas por la ausencia de los huelguistas.

El principal problema que plantea esta situación es el de hasta qué punto es lícita en una huelga legal -ya que en una huelga ilegal el empresario podría defenderse de la misma con todos los medios admisibles en derecho,- la utilización de los trabajadores de la empresa no huelguistas, adscribiéndolos a distintas funciones, exigiéndoles un mayor rendimiento, aumentándoles la jornada laboral, modificándoles el horario de trabajo, cambiándoles de centro de trabajo o, incluso, desplazándoles de localidad que implique un cambio en la residencia habitual del trabajador. Un comportamiento empresarial del género ¿vaciaría de contenido el derecho de huelga conculcando su contenido esencial, como sucede con el esquirolaje externo? O, planteado de otra manera, ¿mantiene el empresario durante una huelga legal su poder de dirección y organización en relación con los trabajadores no huelguistas?

El conflicto se presenta así entre el interés de los trabajadores huelguistas de que la huelga sea eficaz -y no hay duda de que una tal actuación empresarial atenta contra la propia lógica de la huelga consistente en la producción de un daño con la finalidad de presionar para la satisfacción de los propios intereses,- el interés del empresario a defenderse de la huelga con los medios no prohibidos por la ley en orden a una reorganización productiva y el interés de los trabajadores no huelguistas a que se respete su libertad de trabajo, ya que en nuestro ordenamiento, según el Tribunal Constitucional, la huelga no es un deber sino un derecho (*“existe abuso en aquellas huelgas que consiguen la ineludible participación en el plan huelguista de los trabajadores no huelguistas”*: Fundamento jurídico nº 10 de la STC de 8 de abril de 1981) y esta libertad de trabajo resultaría atacada si, por la imposibilidad empresarial de modificar las condiciones de trabajo como solución menor, hubiera que llegar al cierre

patronal de la empresa o centro de trabajo afectado, con la consiguiente suspensión de los contratos de trabajo y pérdida del salario de los no huelguistas “ex Art. 12.2 del RDLRT”.

### 3.2.- La posición doctrinal y jurisprudencial acerca del esquirolaje interno.-

Un sector doctrinal (Alonso Olea, Ojeda y Rodríguez Sañudo) y judicial (STCT de 13 de diciembre de 1988, Ar/613 o STSJ de Madrid, de 20 de julio de 1991), argumentando que “lo que no está prohibido está permitido” y que “si la ley hubiera querido prohibirlo lo habría hecho” -y, ciertamente, lo único expresamente prohibido por la ley (Art. 6.5 del RDLRT) es el esquirolaje externo,- ha admitido la sustitución de los huelguistas por no huelguistas para “desempeñar trabajos de inferior categoría que la suya propia”.

Por el contrario, otro sector doctrinal (Cruz Villalón, De la Villa, García Becedas, García Perrote, Goerlich, Santana y Sala Franco) y jurisprudencial (STS de 23 y 24 de octubre de 1989, Ar/7533 y 7422), se ha manifestado a favor de una interpretación extensiva de la prohibición de esquirolaje externo del Art. 6.5 del RDLRT a los supuestos de esquirolaje interno de los trabajadores no huelguistas, argumentando que cuando la ley ha querido establecer un mecanismo de defensa empresarial frente a una huelga legal lo ha hecho expresamente, debiendo entenderse en sentido contrario que los mecanismos no reconocidos expresamente por la ley atentan contra el contenido esencial del derecho de huelga. Así ha sucedido con la garantía de servicios mínimos en la huelga en servicios esenciales para la comunidad (Art. 10 del RDLRT) o con la garantía de los servicios de mantenimiento y seguridad en las huelgas ordinarias (Art. 6.7 del RDLRT):

*“La posibilidad de sustitución (de trabajadores huelguistas por parte de trabajadores vinculados a la empresa desde antes de la huelga) no puede ser entendida en términos tan omnicomprensivos que atenten al recíproco deber de lealtad y buena fe que perdura durante la huelga, pues la libertad de trabajar de los que no se sumaron a la huelga así como las facultades de dirección y control de empresario para organizar y planificar el trabajo con la mano de obra a su disposición no les autoriza a excluir con ello el típico efecto limitador de la huelga en la esfera de la libertad del empresario, vaciando el contenido de este derecho fundamental... Una interpretación del (art. 6.5 del RDLRT) en el sentido más favorable a la eficacia del derecho fundamental, como ordena el art. 5.1 de la LOPJ, obliga a entender que la prohibición de sustitución se refiere no solo a trabajadores extraños a la empresa sino también a los que perteneciendo a su plantilla no desempeñen habitualmente las tareas propias de los huelguistas” (STSJ de Galicia, de 14 de julio de 1992, Ar/3863).*

### 3.3.- La doctrina del Tribunal Constitucional: STC 123/1992, de 28 de septiembre.

La STC 123/1992, de 28 de septiembre, ha interpretado que “la preeminencia de este derecho (de huelga) produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo de anestesiar, paralizar o mantener en vida vegetativa, latente, otros derechos que en situación de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial” y que esto sucede “con la

potestad directiva del empresario, regulada en el Art. 20 ET, de la cual son emanación las facultades que le permiten la movilidad del personal". Así pues, la sustitución de los trabajadores huelguistas por trabajadores no huelguistas de la empresa constituirá "ejercicio abusivo de un derecho" cuando la misma sea realizada "no como medida objetiva necesaria para la buena marcha de la empresa sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo".

Ahora bien, esto no quiere decir que el empresario no pueda hacer uso de su poder de dirección respecto de los trabajadores no huelguistas; lo único que se prohíbe es su ejercicio "como instrumento para privar de efectividad la huelga". Así, por ejemplo, podrán ejercitarse los poderes directivos (por ejemplo, de movilidad funcional o geográfica) en los casos en que sea la única alternativa al ejercicio del derecho de cierre patronal (Goerlich).

Naturalmente, las medidas de "sustitución interna" de los trabajadores son contrarias al derecho de huelga con independencia de su voluntaria aceptación por los trabajadores no huelguistas (por todas, STS de 8 de mayo de 1995, Ar/3752).

### 3.4.- La jurisprudencia ordinaria posterior a la STC 123/1992.

La jurisprudencia ordinaria, posterior a la STC 123/1992, ha discurrido por este mismo camino. Así:

- La STSJ de Andalucía/Sevilla, de 16 de diciembre de 1992 (Ar/2809), referida a la sustitución de los huelguistas por otros trabajadores de la propia Compañía Naviera procedentes de otros buques no afectados por la huelga.
- La STS de 8 de mayo de 1995 (Ar/3752), referida a la sustitución de los huelguistas por otros trabajadores de la empresa de categoría análoga o superior por parte de RENFE.
- La STSJ de Andalucía/Sevilla, de 24 de febrero de 1999 (Ar/871), referida a la sustitución de los huelguistas por otros trabajadores de la empresa de áreas diferentes por parte de RENFE.
- La STSJ de Cataluña, de 10 de marzo de 1999 (Ar/1471), referida a la sustitución de los huelguistas por otros trabajadores de la empresa desplazados de otros centros de la empresa.
- La STSJ de Baleares, de 8 de abril de 1999 (Ar/1525), referida igualmente a la sustitución de los huelguistas por otros trabajadores de la empresa desplazados de otros centros de la empresa.

- La STSJ de Andalucía, de 4 de mayo de 1999 (Ar/2687), referida a la sustitución de los huelguistas por otros trabajadores de la empresa de áreas diferentes y de superior categoría por parte de RENFE.

### **3.5.- Las sanciones por incumplimiento empresarial de la prohibición del esquirolaje interno.**

El incumplimiento empresarial de la prohibición del esquirolaje interno podrá ser perseguido judicialmente a través del procedimiento especial de tutela de los derechos fundamentales, con derecho a indemnización de daños y perjuicios para los trabajadores huelguistas (STSJ de Madrid, de 16 de noviembre de 1992, Ar/5709).

Más dudosamente, podrá ser sancionado administrativamente como infracción administrativa muy grave, dado el tenor literal del Art. 8.10 de la LISOS, referido exclusivamente al esquirolaje externo, a la luz del principio de tipicidad de las infracciones y sanciones Administrativas laborales (ver supra).

El presente documento recoge información relativa a novedades normativas y/o jurisprudenciales. Las opiniones en él contenidas no constituyen asesoramiento profesional o jurídico.

© Abdón Pedrajas Abogados y Asesores Tributarios, S.C. Quedan reservados todos los derechos prohibiéndose la explotación, reproducción, comunicación pública y transformación, total o parcial, sin la pertinente autorización de Abdón Pedrajas Abogados y Asesores Tributarios, S.C. (Madrid – Tel +34 91 590 39 94; Barcelona - Tel. +34 93 209 29 67).