



Facultat de Ciències Jurídiques
i Econòmiques · FCJE

"LA SUSTITUCIÓN DE HUELGUISTAS. EL ESQUIROLAJE INTERNO Y EXTERNO"

GRADO EN RELACIONES LABORALES Y RECURSOS HUMANOS

AUTORA: VICTORIA APARICIO BLASCO
TUTOR: ALEJANDRO PATUEL NAVARRO
RL0947- TRABAJO DE FINAL DE GRADO
CURSO ACADÉMICO: 2019-2020

Índice:

1. Introducción.....	página 03
2. Derecho de huelga	página 04
3. Consecuencias de realizar huelga	página 06
4. Tipos de huelga	página 07
5. Sustitución de los trabajadores	página 09
6. Tipos de esquirolaje: externo, interno y tecnológico	página 11
7. Esquirolaje externo	página 13
8. Esquirolaje interno	página 15
9. Ius variandi.....	página 21
10. Vulneración del derecho de huelga por parte de un tercero.....	página 23
11. Sentencia	página 24
12. Caso práctico	página 25
13. Conclusiones	página 27
14. Legislación y bibliografía.....	página 29

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de mi trabajo de final de grado es conocer la problemática que causa la sustitución de los trabajadores durante la huelga, para centrarme en ese concepto he investigado sobre el derecho de huelga, y me he dado cuenta de que, a día de hoy, no consta de una normativa exclusiva, este derecho se reconoce en el artículo 28.2 de la Constitución Española y se ampara en una norma preconstitucional establecida en el Real Decreto Ley de 1977 , de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, que fue modificado por la sentencia constitucional 11/1981, de 8 de abril.

También voy a investigar sobre la sustitución de trabajadores durante la huelga, que a este hecho se le llama “esquirolaje”, antiguamente se refería al esquirolaje como a la contratación de personas externas a la empresa, para cubrir las vacantes que han dejado los huelguistas, solo incluían el esquirolaje externo, que se regula con el artículo 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977 de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo. Ese decreto es una norma preconstitucional, lo que ocasiona más problemas a la hora de determinar si la sustitución interna es legal o no, ya que no menciona directamente a la sustitución interna como prohibida, por eso hay tantas interpretaciones de ese artículo. Ocurre lo mismo con la sustitución con tecnología, no hay una norma explícita que lo prohíba, pero siempre que sea para atenuar los efectos negativos que produce la huelga en la empresa, se considera ilegal y que vulnera el derecho de huelga de los trabajadores. Es lo que se conoce como el esquirolaje externo, interno y tecnológico.

2. DERECHO DE HUELGA

La huelga ha pasado por distintas fases dentro del sistema jurídico, al principio se consideraba como una acción ilegal, ya que consideraban que los huelguistas solo querían desordenar el funcionamiento de las empresas, después el sistema recapacitó y no lo prohibió penalmente, entonces solo era posible la sanción civil. Y a día de hoy se considera un derecho fundamental, donde los trabajadores pueden exigir mejoras económicas y laborales en su puesto de trabajo, a través de la paralización de tus tareas ejerciendo presión al empresario para negociar esas mejoras económicas y laborales.

En nuestro sistema jurídico se reconoce el derecho de huelga en el artículo 28.2 de la Constitución Española (CE)¹, donde hace hincapié en que es un derecho que sirve para defender los intereses de los trabajadores, pero también debe garantizar unas medidas mínimas para el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.

No hay una norma de ley que regule el derecho de huelga, después de que entrara en la Constitución Española en 1978, actualmente se desarrolla con una norma preconstitucional, establecida en el Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (de ahora en adelante RDLRT)², que posteriormente fue modificada por la sentencia del tribunal constitucional 11/1981, de 8 de abril³, que revisa la constitucionalidad de esta norma pre-constitucional.

La sentencia del tribunal constitucional 11/1981, de 8 de abril define a la huelga como una alteración en la empresa, que ocurre durante un periodo normal de productividad de bienes y servicios, donde un colectivo de trabajadores de forma pacífica y no violenta, tienen por objeto reivindicar mejoras en las condiciones laborales y económicas a través de la paralización de las tareas que realizan habitualmente en la empresa por un tiempo determinado.

La huelga es la acción más grave que puede ocurrir en un conflicto colectivo, antes de llegar a ese punto han intentado solucionar el conflicto entre los trabajadores y el empresario, se resume como una protesta colectiva de unos trabajadores que tienen

1 Artículo 28.2. Constitución Española

2 Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo

3 Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981 de 8 de abril

un conflicto con su empresa y para provocar una presión hacia el empresario cesan sus funciones de trabajo durante un tiempo determinado, con el fin de conseguir mejorar las condiciones económicas y laborales. Realizar huelga, no garantiza que el empresario no realice una actividad productiva, que puede interponerse en el logro los objetivos de la huelga, siempre y cuando lo haga sin sustituir a los huelguistas.

Este derecho le corresponde a los trabajadores por cuenta ajena, con una relación laboral en el ámbito privado o en el público, y están excluidos del derecho de poder realizar huelga los trabajadores autónomos, los TRADE (trabajador por cuenta propia que depende a nivel económico de un cliente), los jubilados, los desempleados, los miembros de las Fuerzas Armadas y los miembros de las Fuerzas de Cuerpo de seguridad.

El derecho de huelga limita el derecho que tiene la empresa sobre la libertad para la organización empresarial, hay partes del derecho de libertad de la empresa que son intocables respecto al derecho de huelga. Pero es bueno que exista una aportación de ambos intereses, por un lado, el interés del empresario en mantener la productividad de las empresas que están en huelga, y por el otro lado, el interés de los huelguistas en cesar el trabajo, de esta manera el la empresa no estará perjudicada de forma excesiva. Además, el empresario puede realizar cierre patronal en caso de que lo necesite, este concepto se regula en el artículo 12 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo⁴ (RDLRT)

El derecho de huelga es un derecho individual, pero se realiza de forma colectiva, eso quiere decir, que cada trabajador tiene el derecho de decidir si quiere realizar huelga o no, pero para conseguir la efectividad de la huelga se necesita el apoyo de otros trabajadores. No es obligado realizar la huelga, solo otorga libertades.

Respecto al contenido mínimo esencial de derecho de huelga, el art 53 CE⁵ indica que los derechos y libertades del capítulo II, vinculan a todos los poderes públicos, en todos los casos se debe respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales, y según la Sentencia 11/1981, de 8 de abril⁶, el contenido esencial es la parte del contenido de un derecho que hace que sea reconocible como derecho, es

4 Artículo 12. Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo

5 Artículo 53. Constitución Española

6 Sentencia Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril

decir, es la parte necesaria para que el derecho pueda satisfacer los intereses para los que se otorga, por ejemplo, el contenido esencial del derecho de huelga es la cesación del trabajo, si no se cumple la cesación no tendría sentido ese derecho.

3. CONSECUENCIAS DE REALIZAR LA HUELGA

La realización de la huelga es un derecho individual de cada trabajador, pueden apoyar la huelga o no, el hecho de convocar la huelga tiene una gran relevancia, y provoca consecuencias en los protagonistas de la huelga, en la parte activa y la parte pasiva.

Trabajadores huelguistas:

- El contrato se suspende, pero no se extingue
- No es causa de sanción ni despido.
- No tienen derecho al salario de los días que han realizado huelga, se descuenta la parte proporcional del salario base, las pagas extras, los descansos y los festivos retribuidos.
- No se computan las faltas de asistencia de esos días.
- Deben respetar a los trabajadores que no secunden la huelga.
- Tendrán alta especial en la seguridad social.
- La paralización debe ser colectiva y concertada.
- Pueden hacer publicidad de la huelga de forma pacífica.
- Los trabajadores que tengan los puestos de seguridad o mantenimiento de la empresa, en empresas que tengan que prestar un servicio para la comunidad, deben seguir trabajando y no pueden paralizar su actividad.

Trabajadores no huelguistas:

- Si no pueden trabajar por la ausencia de los demás compañeros, deben de estar disponibles en la empresa por si se pudiera trabajar en algún momento de su jornada laboral.
- Si no pueden trabajar por culpa de piquetes o han ocupado la empresa, el empresario no tiene obligación de pagar los salarios de los trabajadores no huelguistas.
- El salario lo mantienen, salvo por cierre patronal o causa mayor

Empresarios:

- No pueden hacer sustitución de trabajadores.
- Deben mantener el horario habitual, para que todos los trabajadores que quieran ir a trabajar, puedan hacerlo sin problemas.
- Solo podrán realizar cierre patronal en caso de peligro grave contra las personas o las cosas, en caso de ocupación ilegal de la empresa o cuando no sea posible la normalidad productiva de la empresa. Si ocurre no tienen que pagar salarios a nadie.

4. TIPOS DE HUELGA

Hay varios tipos de huelga, que se pueden clasificar de muchas formas posibles, porque cada una tiene unos factores diferentes, que dependen de muchas variables. Los primeros que voy a destacar son los tipos de huelga según la calificación jurídica, ya que me parecen las más importantes, y la base para saber la validez de estas, hay huelgas ilegales, abusivas y legales.

Como señala el art 11, del RD 17/1997⁷, una huelga es ilegal:

- a) Cuando se inicie o se sostenga por motivos políticos o con cualquier otra finalidad ajena al interés profesional de los trabajadores afectados.
- b) Cuando sea de solidaridad o apoyo, salvo que afecte directamente al interés profesional de quienes la promuevan o sostengan.
- c) Cuando tenga por objeto alterar, dentro de su período de vigencia, lo pactado en un Convenio Colectivo o lo establecido por laudo.
- d) Cuando se produzca contraviniendo lo dispuesto en el presente Real Decreto-ley, o lo expresamente pactado en Convenio Colectivo para la solución de conflictos.

La participación en una huelga ilegal puede causar el despido disciplinario del trabajador, y el pago de una indemnización por daños y perjuicios al empresario.

Las huelgas abusivas son las que causan la interrupción en la producción empresarial y un daño grave, las contempla el art 7.2 RDLRT “Las huelgas rotatorias, las efectuadas por los trabajadores que presten servicios en sectores estratégicos con la

⁷ Artículo 11. Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo

finalidad de interrumpir el proceso productivo, las de celo o reglamento y, en general, cualquier forma de alteración colectiva en el régimen de trabajo distinta a la huelga, se considerarán actos ilícitos o abusivos”

Hay varias condiciones que debe reunir una huelga para que este completamente legalizada, las huelgas legales son las que:

- a) Deben declararse por sindicatos o representantes de trabajadores cuando lo hayan acordado mayoritariamente.
- b) La notificación de la huelga al empresario se hace con un mínimo de 5 días o 10 días si es una empresa de servicios públicos
- c) Tiene que haber un comité de huelga de máximo 12 personas trabajadoras de la empresa afectada, y deben garantizar el cumplimiento de los servicios mínimos de seguridad y mantenimiento
- d) Es legal que hayan piquetes, pero deben ser de forma pacífica y no ser violentos o amenazantes.
- e) La huelga finaliza cuando los trabajadores no quieran continuar con ella o cuando haya finalizado el pacto de huelga.

Voy a continuar por las diferentes huelgas que hay según, las causas que motivan a realizar la huelga, existen la huelga general, la de solidaridad, la novatoria y la huelga política:

- Huelga general: Están convocadas a la huelga todas las ramas profesionales de una empresa.
- Huelga de solidaridad o apoyo: Los huelguistas defienden un conflicto que les afecta a terceras personas, no a ellos mismos.
- Huelga novatoria: Su objetivo es alterar lo pactado en un Convenio Colectivo
- Huelga política: La realizan por motivos políticos y su finalidad no tiene nada que ver con los intereses profesionales de los trabajadores.

Y para finalizar, voy a nombrar las huelgas que existen según la forma de ejecutarse:

- Ocupación ilegal: Los huelguistas acceden al centro de trabajo de forma ilegal durante la huelga
- De brazos caídos: Esta forma es un poco peculiar, los huelguistas continúan estando en su puesto de trabajo, pero están inactivos y no realizan ninguna tarea en la empresa.

- Huelga salvaje: Es completamente ilegal, ocurre sin cumplir los requisitos legales necesarios ni el plazo de preaviso. También se le llama la huelga sorpresa.
- A la japonesa: Los huelguistas en vez de estar inactivos como es lo normal en estos casos, hacen lo inverso, trabajan mucho más para crear un excedente de producción en la empresa.
- Huelga de reglamento o de celo: Insisten en seguir cada artículo del reglamento, y eso retrasa el trabajo, de esa forma baja el rendimiento.
- Huelga rotatoria: Su objetivo es entorpecer la coordinación de la producción, así que hacen huelga todas las unidades productivas de una empresa pero turnándose a la hora de cesar el trabajo.
- Huelga intermitente: La realizan todos los trabajadores coordinados y consiste en hacer huelga en diferentes periodos del día o incluso de más tiempo. Es necesario fijar los períodos en que estará la huelga en activo.
- Huelga estratégica: Combina periodos de huelga y periodos de trabajo, es parecida a la intermitente.

5. SUSTITUCIÓN DE LOS TRABAJADORES

La sustitución de trabajadores es lo que comúnmente llamamos “esquirolaje”, es una de las facultades de un empresario, que utilizan para evadir los efectos de la huelga.

El Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (RDLRT) protege a los trabajadores huelguistas en su art 6.5, con esta norma “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 7 de este artículo ”⁸, art 6.7 “El Comité de huelga habrá de garantizar durante la misma 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 fuese precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa. Corresponde al empresario la designación de los trabajadores que deban efectuar dichos servicios”⁹.

⁸ Artículo 6.5 Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo

⁹ Artículo 6.7 Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo

El derecho de huelga se incumple cuando los empresarios, sustituyen a los trabajadores que están haciendo huelga, por otros trabajadores de la propia empresa o, por otros trabajadores no vinculados a la empresa, lo que se llama como esquirolaje interno y externo. También pueden sustituirles a través de tecnología y es llamado esquirolaje tecnológico.

La prohibición de la sustitución de los trabajadores huelguistas es una contradicción con la libertad de contratación que tiene el empresario¹⁰, donde se encuentra escrita en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

El esquirolaje afecta a la efectividad de la huelga, cuando la empresa continúa con normalidad su actividad productiva, sin notar la ausencia de los trabajadores en huelga.

Para que las facultades del empresario como el poder de dirección no provoquen la vulneración del derecho de huelga, es la jurisprudencia y el Tribunal Constitucional, las que marcarán los límites entre el ejercicio del derecho de huelga y las facultades del empresario de gestionar su empresa.

Hay que recurrir a la jurisprudencia para delimitar la prohibición de sustitución de trabajadores huelguistas, ya que en el art 6.5 RDLRT solo considera esquirol a las personas externas que contratan los empresarios para ocupar los puestos de los huelguista ¹¹, es lo que se conoce como esquirolaje externo, pero hay más tipos, como el esquirolaje interno y el tecnológico.

Si el empresario comete la ilegalidad de sustituir a los huelguistas, ya sea con personal externo o interno, se aplica el artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores y si los nuevos contratos se consideran nulos podrán cobrar el salario que les corresponde de los días trabajados ¹²

Cualquier sustitución de huelguistas esta prohibida, por lo establecido en una norma o por una interpretación jurisdiccional, la sustitución externa esta prohibida por el art 6.5 del RDLRT y la sustitución interna y la sustitución tecnológica están prohibidas por la jurisprudencia tras interpretar el artículo 6.5 del RDLRT .

10 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

11 Artículo 6.5 Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo

12 Artículo 9. Estatuto de los Trabajadores

6. TIPOS DE ESQUIROLAJE: EXTERNO, INTERNO Y TECNOLÓGICO

El concepto de ser una persona esquirol, significa ser un trabajador que no se une a una huelga y por lo tanto sigue trabajando con normalidad, o que trabaja en el puesto que ha dejado un trabajador huelguista. Actualmente, también se utiliza para referirse a la sustitución de trabajadores que realiza el empresario, para reducir los efectos negativos de la huelga. El origen de la palabra esquirol viene de la mitad del siglo XIX. En la localidad de Manlleu los trabajadores de una empresa textil se negaron a trabajar en la empresa y decidieron hacerlo desde sus casas, esto provocó que el empresario buscara en la población más cercana otros trabajadores que quisieran ir a la fábrica a tejer, la más cercana era la localidad L'Esquirol. La noticia fue que, los esquirols (los del pueblo L'esquirol) estaban trabajando en el lugar de los trabajadores que estaban haciendo la huelga, a partir de ahí la palabra "esquirol" significaba en España lo mismo que rompeshuelgas, personas que trabajan en lugar de ir a la huelga o que reemplazan a los que están realizando huelga.

Los empresarios para reducir los daños producidos por la huelga, recurren a la sustitución de huelguistas, que como solo esta incluida como ilegal en el art 6.5 RDLRT el esquirolaje externo, y la contratación de trabajadores externos a la empresa no es la única forma de esquirolaje que existe, así que han ido haciendo cambios en la empresa para ocupar esos puestos vacíos. A través de la movilidad funcional y geográfica de los trabajadores de su empresa, la subcontratación, la tecnología... Esas vías no están reguladas en ninguna ley, pero la jurisprudencia ha prohibido la sustitución explicando que no es lícito utilizar el ius variandi empresarial para neutralizar la huelga. Esto es el mayor problema de la sustitución de trabajadores huelguistas, la falta de regulación legal.

A continuación voy a explicar las tres modalidades del esquirolaje que hay, voy a centrarme un poco más en el esquirolaje tecnológico, ya que más tarde explicaré el externo y el interno por separado:

Externo: Es cuando contratan a nuevos trabajadores que no pertenecen a la empresa durante el periodo de huelga, con la única intención de sustituir a los trabajadores huelguistas. Es el único expresamente prohibido por el art 6.5 RDLRT

Interno: Es la movilidad interna de la empresa de trabajadores no huelguistas a los puestos de los huelguistas, modificando su lugar de trabajo, el tiempo y el modo de trabajar. Es un ejercicio abusivo de derecho cuando se realiza para reducir los efectos de la huelga.

Tecnológico: Es la forma de esquirolaje más novedosa por lo avances que hay actualmente en la tecnología, consiste en utilizar medios automáticos, mecánicos o tecnológicos para sustituir los puestos de los huelguistas y así poder continuar la actividad laboral. Es una medida global que podría implantarse en toda la empresa, pero en algunos puestos de trabajo no se podrá implantar esas medidas tecnológicas para reanudar la actividad y en otros se usará la tecnología habitualmente, en el caso que se usa la tecnología habitualmente se considera legal este tipo de esquirolaje.

La sentencia del Tribunal Supremo 75/2000 de 4 de julio¹³, dictó que lo que no está prohibido está permitido, esa sentencia se desarrolló siguiendo la base de la sentencia del 8 de abril de 1981.

Entonces esto quiere decir que el empresario puede realizar esquirolaje interno y tecnológico, porque el único que tiene una norma que lo prohíba es el esquirolaje externo con el artículo 6.5 de RDLRT.

Pero una interpretación jurisdiccional le prohíbe al empresario que tenga la facultad de movilidad funcional (esquirolaje interno), entonces la única forma que tiene de reducir los efectos de la huelga es a través de la tecnología que habitualmente usa en la empresa, y el esquirolaje tecnológico de momento no estaba prohibido.

Después de la Sentencia del Tribunal Supremo del 5 de diciembre de 2012, que resuelve el recurso 265/2001, se considera prohibido el esquirolaje tecnológico¹⁴. Esto ocurrió porque el Tribunal Supremo se amparó en las Sentencias 83/2006, 184/2006, 191/2006 y 193/2006, y decidió que si se usa la tecnología para reducir los efectos de la huelga se elimina la presión que tiene el empresario, vulnerando el derecho fundamental de huelga.

¹³ La sentencia del Tribunal Supremo 75/2000 de 4 de julio

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo del 5 de diciembre de 2012, que resuelve el recurso 265/2001

Motivos por los que el esquirolaje tecnológico se prohibió:

- Es una contradicción que exista el derecho de huelga y el derecho de libertad empresarial, si hay que elegir una se elige el derecho de huelga porque es un derecho fundamental con especial protección
- El empresario no puede realizar ninguna acción que disminuya la presión que quieren que sienta los huelguistas, si usa la tecnología para reducir los efectos de la huelga, se elimina el contenido esencial del derecho de huelga. El objetivo debería ser sustituir a los huelguistas sin vulnerar el derecho a huelga que les corresponde, e intentando mantener el buen funcionamiento de la empresa, no para bajar la presión que sienten al no tener actividad en la empresa por culpa de la huelga.
- El Tribunal Constitucional exige al Tribunal Supremo que aunque solo exista por norma de ley la prohibición del esquirolaje externo, que no signifique que los demás esquirolajes estén admitidos.

Hay que diferenciar dos situaciones en este esquirolaje, 1) la utilización de tecnología de la empresa que ya existiera para algunas actividades sin sustituir a los huelguistas, y, 2) que utilicen esa tecnología para sustituir a los huelguistas con elementos que ya existían en la empresa, o que hayan comprado esa tecnología para solucionar los problemas que presentan con la huelga, en el caso de que la tecnología fuera nueva se considera incompatibilidad con el derecho de huelga.

7. ESQUIROLAJE EXTERNO

Hay ocasiones excepcionales en las que la ley permite la sustitución de trabajadores, para cubrir los servicios esenciales para la comunidad y los servicios de mantenimiento y seguridad.

Pero normalmente es ilegal la sustitución de trabajadores, en este caso el esquirolaje externo, es cuando durante el periodo de huelga, el empresario contrata a trabajadores que no estaban relacionados con la empresa, y los contrata para sustituir a los trabajadores huelguistas y así no sufrir los efectos que puede provocar la huelga. Esta expresamente prohibido por el artículo 6.5 del Real decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo¹⁵, en el que especifica que el empresario no puede

15 Artículo 6.5 del Real decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo

sustituir a trabajadores huelguistas por otros trabajadores externos a la empresa salvo para cubrir los servicios esenciales para la comunidad y los de mantenimiento y seguridad.

Los servicios esenciales se definen según la huelga, y los designan de mutuo acuerdo el empresario y comité de huelga, si no se llega a un acuerdo se debe acudir a los procedimientos judiciales o procedimientos de mediación y arbitraje.

Si los trabajadores incumplen sus tareas encomendadas referidas a los servicios de mantenimiento y seguridad, procede una sanción disciplinaria y la posible opción de que el empresario pueda sustituirlos de forma legal, sin que suponga esquirolaje.

La consecuencia para el empresario por la realización de este tipo de esquirolaje está recogida en el art 8.10 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, comúnmente llamado LISOS, el art 8 nombra las infracciones muy graves, y ahí está incluido, en el apartado 10 lo siguiente “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”¹⁶.

La cuantía de las sanciones las menciona en el art 40, del LISOS, y las que le corresponde al empresario en caso de esquirolaje externo sería “Las muy graves con multa, en su grado mínimo, de 6.251 a 25.000 euros; en su grado medio de 25.001 a 100.005 euros; y en su grado máximo de 100.006 euros a 187.515 euros”.¹⁷

Las contrataciones están limitadas en el momento que se declara la huelga, no importa si es para un contrato indefinido o temporal, o si es a través de la empresa o una ETT. Como indica el art 8.a de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal “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”. Ni tampoco se permiten otras formas aunque no requieran un contrato pero su objetivo sí sea reducir los efectos de la huelga.¹⁸

16 Artículo 8.10 Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social

17 Artículo 40. Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social

18 Artículo 8.a Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo

Hay casos en donde no están prohibidas las contrataciones, si alegan causas probadas de que otros años también hacen contrataciones en esas fechas, así que pueden contratar por causas eventuales de la producción, por ejemplo en empresas han hecho contrataciones durante el periodo el de huelga, y como ya estaban pactadas desde hacía un tiempo, no se considera ilegal, ni es esquirolaje externo. También se permite la contratación durante la huelga para cubrir los servicios de mantenimiento o servicios esenciales para la comunidad

8. ESQUIROLAJE INTERNO

El esquirolaje interno se produce cuando, en el periodo de huelga en una empresa, el empresario utiliza a trabajadores no huelguistas de la propia empresa, modificando sus condiciones de lugar, tiempo y modo de trabajo para que realicen los trabajos que se han quedado paralizados durante la huelga, con el fin de reducir los efectos de la huelga.

Este tipo de esquirolaje tiene bastantes problemas de interpretación, porque no esta recogido en el RDLRT, ya que ahí solo está en el artículo 6.5 el esquirolaje externo. Al principio, el empresario podía sustituir a los trabajadores huelguistas con trabajadores no huelguistas de su propia empresa y así ocupar el trabajo que quedaba sin realizar por consecuencia de la huelga. La sustitución de los trabajadores con trabajadores vinculados a la empresa era legal, ya que el esquirolaje interno no tiene una legislación que lo regule, la única forma de esquirolaje prohibido es el esquirolaje externo que se explica en el art. 6.5 RDTRL y se refiere a la sustitución con trabajadores no vinculados a la empresa, entonces por la falta de legislación en el esquirolaje interno se dan muchas interpretaciones distintas, pero la doctrina judicial ha considerado al esquirolaje interno como ilegal a raíz de la Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1992, de 28 de septiembre.¹⁹

Se considera ilegal la contrata o subcontratas en empresas de obras y servicios para no causar perjuicio en el derecho de huelga, y también esta prohibida la sustitución de huelguistas con familiares, amigos o vecinos. Las empresas de trabajo temporal no pueden ofrecer trabajadores a la empresa usuaria para que sustituyan a los

Temporal

19 Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1992, de 28 de septiembre

huelguistas, esta prohibición se regula en el artículo 8 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal ²⁰

No se permite que el empresario abuse de su poder empresarial cambiando las funciones, condiciones y sistemas de trabajo. Pero sí que es legal que después de una huelga los trabajadores que la ejecutaron recuperen el trabajo perdido, y aumenten su productividad para conseguirlo. Durante la huelga el empresario puede organizar a los empleados que se encuentran en la empresa sin ejecutar huelga para conseguir continuar la actividad empresarial con un mínimo de normalidad, pero no puede realizar el esquirolaje para eliminar los efectos producidos por la huelga, ni por idea del empresario ni por iniciativa de los propios trabajadores. Lo difícil en esto es conseguir que todos los intereses de los implicados estén respetados, los huelguistas quieren que la huelga sea eficaz y conseguir mejores condiciones laborales, el empresario quiere seguir manteniendo la actividad productiva en la empresa, y los trabajadores no huelguistas quieren ir a trabajar sin problemas y que los demás respeten su decisión de no secundar la huelga.

Durante la huelga el empresario puede hacer uso de su “ius variandi” (que explicaré más adelante), y esto provoca cambios en los empleados. El empresario puede cambiar a los trabajadores las funciones que realiza normalmente y se llama “movilidad funcional”, puede cambiarle de centro de trabajo y se llama “movilidad geográfica”, y también puede cambiarle las condiciones de trabajo en general y a este concepto se le llama “modificación sustancial de las condiciones de trabajo”

Estos tres tipos de cambios están establecidos en los artículos 39, 40 y 41 del Estatuto de los Trabajadores, y los voy a explicar a continuación:

1) **La movilidad funcional**²¹ esta recogida en el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores, es la que corresponde cuando se cambian las funciones que el trabajador realizaba con normalidad y para las que fue contratado. Hay que respetar siempre la dignidad del trabajador y es importante saber la formación académica del trabajador para saber que tipo de movilidad funcional le corresponde.

20 Artículo 8 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las ETT

21 artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores

Los trabajadores deben ser flexibles con los cambios y amoldarse a ellos para ayudar a la empresa con las nuevas circunstancias. En caso de que estos cambios se exigieran durante una huelga los trabajadores no deben realizar esas funciones que no hacían con anterioridad, porque eso sería provocar que la huelga no fuera eficaz.

Hay dos formas de realizar movilidad funcional, en sentido vertical (las tareas no corresponden al grupo profesional del trabajador) y en sentido horizontal (las tareas son de la misma categoría profesional)

La movilidad funcional vertical es cuando se hacen tareas de distinto grupo profesional del que fue contratado, por eso mismo solo se puede hacer este cambio cuando existan razones técnicas u organizativas que lo justifiquen, y durante el tiempo imprescindible. El empresario debe comunicar la decisión de la movilidad y las razones que lo justifican al representante de los trabajadores.

Como se trata de nuevas funciones distintas a las que realizan normalmente, y que van a realizar por obligación, no se contempla causas de despido objetivo de ineptitud sobrevenida o por falta de adaptación al puesto.

La movilidad funcional vertical se divide en dos vertientes, ascendente y descendente, que corresponde a si es de un grupo superior o inferior las nuevas tareas.

- La movilidad funcional vertical ascendente es cuando suben de categoría profesional, si van a estar con las nuevas funciones durante más de 6 meses en 1 año o 8 meses en 2 años tienen derecho a reclamar el ascenso si no lo niega el convenio colectivo, y a la diferencia salarial respecto a su anterior puesto.

- La movilidad funcional vertical descendente se produce cuando a raíz de los cambios por causas técnicas u organizativas y durante un tiempo imprescindible, las nuevas funciones son de una categoría inferior a la que trabajaban anteriormente. Se mantendrá el salario de origen.

La movilidad funcional horizontal es cuando el trabajador cambia de funciones pero permanecen en su categoría profesional, manteniendo el salario, la titulación académica... etc, en este caso no tienen que existir una causa legal para que el empresario haga esos cambios pero sí una justificación de la decisión empresarial por los cambios en el trabajador.

2) **La movilidad geográfica**²² esta establecida en el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores y es la movilidad que aparece cuando hay un cambio de lugar de trabajo, puede ser de dos formas, por desplazamiento y por traslado:

- El traslado es cuando se cambia la localidad del trabajador por razones económicas, técnicas, organizativas o de la producción que lo justifiquen y durante un periodo superior de 12 meses en 3 años. El traslado lo tiene que notificar el empresario al trabajador y a los representantes legales con una antelación de 30 días a la fecha del traslado. El trabajador después de saber la intención de su traslado, puede decidir entre aceptar el traslado con una compensación por gastos propios y de sus familiares, o rechazar el traslado y extinguir su contrato recibiendo una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.

- El desplazamiento es el cambio de localidad de un trabajador por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, y durante un tiempo inferior a 12 meses en 3 años. Son desplazamientos temporales en una población distinta a la de su domicilio habitual y les abona la empresa los gastos de viaje y las dietas.

Cuando los desplazamientos sean para sustituir a los huelguistas se considera una infracción muy grave, se recoge en el artículo 8.10 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social “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”

3) Y por el último se encuentran las **modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo**²³ que están recogidas en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores. Se consideran modificaciones sustanciales las que afecten a la jornada de trabajo, al horario y distribución del tiempo de trabajo, al horario del trabajo a turnos, al salario, al rendimiento... etc.

22 Artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores

23 Artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores

Pueden afectar de manera colectiva cuando en un periodo de 90 días afecta al menos a 10 trabajadores en una empresa menor de 100 trabajadores, al 10% de los trabajadores de una empresa que tenga entre 100 y 300 trabajadores o a 30 trabajadores en un empresa que tenga más de 300 trabajadores. Si no cumple esos requisitos se consideran cambios individuales.

El empresario puede utilizar su poder de dirección (*ius variandi*) para cambiar las funciones, el centro de trabajo y las condiciones de trabajo de los trabajadores no huelguistas, es importante saber la intención empresarial que tienen esos cambios, si su intención es eliminar las consecuencias de la huelga los cambios se consideran ilícitos. Los cambios deben darse en momentos de normalidad, sin que haya un conflicto en la empresa. En el momento que utilizan el *ius variandi* para el esquirolaje interno, se considera abusivo y el poder empresarial no puede llegar hasta ahí.

Se considera lícito aumentar la jornada laboral del trabajador no huelguista durante un día o aumentar el rendimiento de todos los trabajadores durante los días posteriores a la huelga.

Para finalizar con el esquirolaje interno quiero explicar la sentencia más importante en relación a ese tipo de esquirolaje:

Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1992 de 28 de septiembre.

La doctrina dicta como ilegal la sustitución interna de los huelguistas, es la misma guía que sigue la Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1992, de 28 de septiembre que resuelve el recurso de amparo número 301/1989 y la que siguió el Tribunal Supremo.

A partir de esta sentencia, la jurisprudencia que se sigue es la que considera ilegal al esquirolaje interno.

Es la interpretación del artículo 6.5 del RDLRT, considerando que para que los empresarios tengan una defensa frente a sus trabajadores en caso de huelga usen los servicios esenciales y los de mantenimiento y seguridad, y al no existir más mecanismos se considera que son los necesarios y entonces el esquirolaje interno no debe usarse como mecanismo de protección.

Los hechos que hicieron que la sentencia se convirtiera en el principio de la prohibición del esquirolaje interno:

El 18/07/86 algunos trabajadores de la Compañía Envasadora Loreto, S.A. secundaron una huelga, la empresa quiso continuar con su producción, entonces opto por destinar a los trabajadores que no se habían adherido a la huelga a los puestos de trabajo que habían quedado desocupados. Esos trabajadores que estaban trabajando en los nuevos puestos temporalmente durante la huelga no tenían la categoría profesional correspondiente, ya que eran puestos de mayor categoría.

El hecho de que el empresario hiciera movilidad funcional ascendente provocó que los huelguistas no consiguieran sus objetivos, porque la huelga no estaba dando los resultados que esperaban, no consiguieron ningún tipo de presión porque la producción seguía el ritmo normal.

Después de desestimarse judicialmente varias veces, el comité de empresa decide solicitar, en nombre los trabajadores huelguistas, el amparo constitucional por vulneración de derecho de huelga.

El Alto tribunal lo admite, y dicta la STC 123/1992 de 28 de septiembre, que es la sentencia que estoy explicando, los motivos del Tribunal Constitucional fueron los siguientes:

La movilidad que hizo el empresario usando el ius variandi es para situaciones corrientes o excepcionales, pero en contexto con la normalidad, no para cuando hay huelga. El Tribunal hace un balance entre los derechos que se contradicen, prevalece el derecho de huelga, porque es un derecho fundamental que tiene una tutela especial y siempre va a prevalecer sobre el derecho de libertad de empresa. Esto quiere decir que si hay huelga el empresario no puede hacer uso del ius variandi porque vacía el contenido esencial del derecho de huelga, y durante el ejercicio de huelga se pueden reducir o paralizar otros derechos, porque sino se reduce los efectos de la huelga.

Para finalizar, el Tribunal dicta que el esquirolaje interno es un ejercicio abusivo del ius variandi, sobretodo cuando el empresario lo realiza en una situación de huelga como forma de bajar la presión producida por la paralización productiva y no para el buen funcionamiento de la empresa en situación de normalidad. Hay que tener en cuenta la intención del empresario para considerar lícita o no la sustitución.

La sentencia concluye de esta manera:

Es ejercicio abusivo del ius variandi, la sustitución interna de los trabajadores huelguistas, no se puede sustituir a los trabajadores huelguistas por otros que no tienen las tareas asignadas en el trabajo, porque se anula la presión que los huelguistas quieren conseguir con la huelga.

Tampoco se permite la sustitución por voluntad propia del trabajador por los mismos motivos que si lo ordenara el empresario, se pierde efectividad de la huelga. Si se da el caso de sustituciones es responsable el titular de la empresa.

9. IUS VARIANDI:

Volviendo al término de mencionado anteriormente, el “ius variandi” es la capacidad que tiene el empresario, para cambiar o modificar de manera extraordinaria, y dentro de unos límites, las condiciones de trabajo según los cambios organizativos que necesite la empresa. Hay tres tipos de cambios que están regulados en el art 39²⁴, 40²⁵ y 41²⁶ del Estatuto de los trabajadores que he explicado en profundidad en el apartado de antes.

Cada una de las partes que están implicadas en la huelga tiene unos intereses distintos, las partes son: los huelguistas, el empresario, los trabajadores no huelguistas y otros interesados...

Para los trabajadores huelguistas su mayor interés es que, la huelga se realice sin impedimentos y consiga hacer presión en el empresario para alcanzar los objetivos por los que han realizado la huelga, es la forma de conseguir una huelga eficaz. Ejercen su derecho a huelga para presionar al empresario mediante la paralización del trabajo y así conseguir que cede ante sus intereses.

El empresario tiene la capacidad de dirigir la empresa a través del ius variandi, que es la facultad que tiene para modificar las condiciones del trabajo en la empresa, durante la huelga sus intereses están siendo anulados y por eso intentan modificar conductas

24 Movilidad funcional

25 Movilidad geográfica

26 Modificación sustancial de las condiciones de trabajo

dentro de los límites para continuar con la actividad productiva de la empresa. El mayor interés de un empresario durante la huelga es poder continuar con la actividad empresarial sin que sufra daños la empresa, por eso se puede hacer esquirolaje para garantizar los servicios mínimos de mantenimiento y seguridad.

El mayor interés de los trabajadores no huelguistas en poder ir a trabajar sin ningún tipo de problema, porque la huelga no es una obligación, es un derecho individual de cada trabajador, pueden decidir si quieren secundar la huelga o no, tal y como indica el artículo 6.4 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo “Se respetará la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quisieran sumarse a la huelga”.²⁷

No se puede sustituir el trabajo de los huelguistas, ni por orden del empresario ni por decisión propia de los trabajadores, pero hay dos excepciones, para cubrir los servicios mínimos esenciales de la comunidad y los servicios de seguridad y de mantenimiento en la empresa (art. 6.7 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo).

¿Qué derecho prevalece?

Entre los derechos mencionados hay que analizar cada uno para saber cual es el que tiene prioridad y prevalece sobre el otro si hay incompatibilidad

Derecho de huelga: La constitución lo regula como un derecho fundamental, que tiene una protección que solo la tienen los derechos reconocidos en la sección 1.ª del capítulo II, título I de la Constitución.

Ius variandi: es una facultad que tiene el empresario como forma del derecho de libertad de empresa. No tiene carácter de derecho fundamental, entonces no disfruta de especial protección.

Como el derecho de huelga tienen mayor protección, se entiende que prevalece sobre el ius variandi, entonces en caso de incompatibilidad prevalece el derecho de huelga. El ius variandi es abusivo, cuando los empresarios lo utilizan para la sustitución del trabajo que no están realizando los huelguistas durante la huelga, utilizando a

²⁷ Artículo 6.4 del Real Decreto-ley 17/1977 de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo

trabajadores que no tienen asignadas esas funciones normalmente, ya que en ese caso, la presión que ejercen los huelguistas para conseguir mejorar sus condiciones laborales desaparece, se considera abusivo tanto con trabajadores externos como con internos.

10. VULNERACIÓN DEL DERECHO DE HUELGA POR PARTE DE UN TERCERO

La sentencia de referencia que he leído para entender el concepto de vulneración del derecho de huelga por parte de un tercero, es la sentencia del Tribunal Supremo del 16 de noviembre de 2016.²⁸

La confusión se crea cuando no es la empresa empleadora la que vulnera el derecho de huelga de sus trabajadores huelguistas, sino que son los clientes habituales de esa empresa, los que contratan los servicios de otra empresa de la competencia, para que realicen las tareas que necesitan.

Se puede considerar vulneración del derecho de huelga o no, dependiendo de la relación que exista entre la empresa que tiene a sus trabajadores en huelga y la empresa de la competencia. En el caso de la sentencia del 16 de noviembre del 2016 no existía vulneración del derecho de huelga porque no tenían una vinculación las empresas, no pertenecían al mismo grupo empresarial ni las empresas obtenían beneficios por el trabajo que hacían en la otra empresa.

Si existiera vínculo entre las empresas y son del mismo grupo empresarial puede considerarse vulneración del derecho de huelga de los trabajadores por intentar reducir los efectos de la huelga, y haciendo que la empresa continúe su productividad normal, es una forma de quitar a los trabajadores huelguistas la presión que intentar ejercer al empresario, por lo tanto se considera que vacía el contenido de derecho fundamental y es una vulneración.

Si no existe vínculo se entiende que no se tiene que hacer responsable la empresa, de las decisiones que tomen sus clientes respecto a las decisiones que decidan tomar, por no haber participado ni intervenido en esas decisiones. Es responsabilidad de los clientes contratar trabajos con otras empresas que se dedican al mismo sector que la empresa que está realizando la huelga.

Por eso es necesario analizar cada caso y saber la relación de las empresas a las que lo clientes acuden.

²⁸ sentencia del Tribunal Supremo del 16 de noviembre de 2016

11. SENTENCIA

Las sentencias que me han parecido más importantes sobre el esquirolaje son tres, voy a resumirlas brevemente:

STC 11/1981 de 8 de abril

Esta sentencia hace referencia al ejercicio abusivo que ocurre, cuando durante una huelga se sustituyen a los huelguistas, con trabajadores que no secundan la huelga. Entiende el concepto de huelga como una excepción normal que se produce en el proceso de producción de bienes y servicios, que se realizan de forma pacífica y no violenta, cuando un colectivo de trabajadores decide realizar una huelga, es para mejorar sus condiciones laborales y paralizando su producción, es la manera que encuentran de hacer presión al empresario y que de esta forma les mejore las condiciones laborales.

Es una de las sentencias más importantes, durante el trabajo he ido mencionando esta sentencia para referirme a conceptos.

STC 33/2011 de 28 de marzo

Dictamina que es ilegal que los trabajadores no huelguistas, se ocupen de tareas distintas a las que tienen asignadas, ya sea por propia voluntad o por orden del empresario. Cualquier tipo de esquirolaje vulnera el derecho fundamental de huelga.

En esta sentencia resuelve el conflicto del periódico ABC que utilizó a los directivos para realizar y repartir una tanda de periódicos, realizando por lo tanto un esquirolaje interno de movilidad funcional descendente. Esto se considera ilegal porque sus consecuencias es vaciar el contenido del derecho a huelga y bajar la presión que se consigue con la huelga. El tribunal estableció que era ilegal sin importar si fue intencionado o no.

Se cambió la visión de los deberes del empresario, en vez de únicamente respetar la huelga de sus trabajadores, ahora tiene más responsabilidad al garantizar la huelga en todos sus aspectos, incluidos los que afectan a la productividad de la empresa, y no utilizar el esquirolaje para frenar los efectos de la huelga.

STSJ de Islas Canarias número 259/2014 de 5 de mayo de 2014

Esta sentencia habla de las contrataciones legales que existen durante una huelga: Cuando una empresa hace contrataciones que ya tenía previstas, durante el periodo de huelga, no se considera ilegal. En esta sentencia son contratos eventuales y de interinidad que eran necesarios para ocuparse del incremento de la actividad y la sustitución de una incapacidad temporal. Al final la trabajadora de la incapacidad temporal volvió un poco antes al trabajo y coincidió con su sustituta, aunque no provocó cambios en la producción, y tres trabajadores realizaron horas extras por el incremento de actividad que conocían que iban a tener. Estas acciones son durante el periodo de huelga, pero como habían avisado antes se dan por validas.

12. CASO PRACTICO

La empresa GARCÍA S.L, dedicada al sector de la mensajería, sufre una huelga convocada por parte de sus repartidores, después de varios conflictos por exceso de horas a la semana continuamente, la gran mayoría de los repartidores ejecutaron su derecho a huelga, la huelga esta prevista para 10 días, durante esos 10 días el empresario optó por reemplazar los puestos de repartidor, contratando a través de una ETT a trabajadores para cubrir esos puestos también contrató a trabajadores no vinculados a la empresa, por otra parte el empresario cambió las funciones habituales a un grupo de recepcionistas, y durante el periodo de huelga tuvieron que encargarse de las funciones que hacían los repartidores, y para facilitar la realización de las funciones continua utilizando la tecnología que habitualmente facilita el trabajo de repartidor.

Resolución:

Se ha vulnerado por parte de la empresa el derecho de huelga de los trabajadores y la libertad sindical, al haber llevado a cabo actuaciones destinadas a dejar sin efecto el ejercicio del derecho fundamental.

Tribunal entiende esta acción como una infracción muy grave administrativa que ha vulnerado el derecho fundamental de huelga de los trabajadores, ya que el esquirolaje externo que comete al contratar a trabajadores no vinculados a la empresa durante la

huelga esta penado por el artículo 8 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), con una multa en su grado mínimo de 6251 € a 25000 €, en su grado medio de 25.001€ a 100.005 € y en su grado máximo de 100.006 € a 187.515 €, estas cifras están reflejadas en el artículo 40 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

El hecho de contratar trabajadores de una ETT tampoco es legal, como indica el artículo 8.a de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, estableciendo que las empresas no pueden celebrar contratos a puesta a disposición en el supuesto que sea para sustituir a trabajadores en huelga en la empresa usuaria.

El cambio de funciones entre trabajadores, para cubrir los puestos de los huelguistas también es una vulneración del derecho, y cuando eso ocurre tal y como indica el artículo 183.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. “Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados.” Así que la empresa sería condenada a abonar al Sindicato demandante, una indemnización de daños y perjuicios.

Y finalmente el uso de la tecnología que disponía no supone ningún problema porque no existe ninguna ley que prohíba el uso de los medios técnicos que habitualmente se dispone en la empresa para atenuar las consecuencias de la huelga.

13. CONCLUSIONES

La intención de mi trabajo era saber en profundidad los tipos de esquirolaje que hay, para entender eso he tenido que informarme sobre la huelga, los tipos de huelga que existen, las consecuencias que sufre cada trabajador si ejecuta o no la huelga y por ende las consecuencias que sufre el empresario.

La huelga es muy útil para los trabajadores, ya que al realizarla se ha podido conseguir en el pasado, mejoras laborales como las 8 horas de jornada laboral, el derecho a la baja por maternidad y paternidad, derecho al descanso entre jornadas, derecho a vacaciones anuales pagadas... Tenemos la suerte de que la huelga es un derecho fundamental, eso significa esta por encima de muchos otros derechos, tiene preferencia.

Sin embargo me he dado cuenta de la importancia que tiene, que el derecho fundamental de la huelga, no tenga una ley orgánica desarrollada por el texto constitucional, aunque hay muchas normas que intentan regular este derecho, esto puede hacer que actuemos de forma ilegal por no saber cuál es el alcance y el contenido de ese derecho fundamental, por ejemplo hay bastante confusión entre cuales son los servicios mínimos, de mantenimiento o esenciales.

No puede ser que los partidos políticos durante la democracia, no hayan hecho un consenso para regular el derecho fundamental de la huelga, que continúa vigente en el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo sobre relaciones de trabajo que está modificado por la STC 11/1981, de 8 de abril, pero se considera escasa la regulación que tiene, porque la falta de regulación afecta a los intereses de los trabajadores, los empresarios y a los ciudadanos en general. Tienen que crear una normativa nueva sobre la huelga, la última vez que lo intentaron fue en 1993.

El director de Alberche Abogados y presidente de la sección de Derecho laboral del ICAM, Carlos Galán ²⁹, piensa que si hay una regulación del derecho de huelga es porque nadie se atreve a regular ese derecho, los sindicatos tienen miedo que la nueva legislación sea más restrictiva, los empresarios sin embargo es por si se hace una interpretación extensiva, y los partidos políticos por no entrar en una polémica que no les va a rentabilizar políticamente.

En el futuro pienso que las fuerzas políticas y sociales (sindicatos y patronales) tienen que hacer un consenso para ponerse de acuerdo y sacar por fin una ley orgánica del derecho de huelga, para evitar seguir acudiendo a la interpretación de los jueces porque no hay una única regulación, en la nueva normativa debería tenerse en cuenta el cierre patronal, ya que solo está desarrollado en el Real Decreto-ley 17/1997, también deberían determinar cuáles son los servicios esenciales, porque actualmente hay mucha confusión en este aspecto, en definitiva, que se adapte a las nuevas plataformas tecnológicas, y los retos tecnológicos que encuentra el mercado laboral actualmente.

Y respecto a lo esquirolaje ocurre lo mismo, el esquirolaje externo tiene una ley que lo prohíbe, mientras que el esquirolaje interno y tecnológico se consideran ilegal a raíz de unas sentencias. Deberían hacer una nueva normativa que no diera posibilidad a tantas interpretaciones, siguiendo el recorrido de la sentencia 123/1992, de 28 de septiembre, y considerar al esquirolaje interno como ilegal. Y exactamente igual con el esquirolaje tecnológico, que tenga una regulación más específica, porque es un problema actual deberían definir bien sus límites, ya que muchas empresas tienen bastantes medios tecnológicos y en caso de huelga de sus trabajadores, no causan grandes pérdidas productivas porque pueden continuar con su actividad empresarial.

29 Sánchez, L. J., & Galán, C. (2017, 4 septiembre). La regulación del derecho de huelga, la asignatura pendiente de nuestro Derecho del Trabajo

14. LEGISLACIÓN Y BIBLIOGRAFÍA

- Constitución Española de 1978 (CE)
 - Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (ETT)
 - Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo. (RDLRT)
 - Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS)
 - Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
 - Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril
 - Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre 1989
 - Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1992, de 28 de septiembre
 - Sentencia del Tribunal Constitucional 33/2011, de 28 de marzo
 - STSJ de Islas Canarias número 259/2014 de 5 de mayo de 2014
 - Sentencia del Tribunal Supremo 75/2000 de 4 de julio
- Capucom. (2012, 27 junio). Derechos y deberes del trabajador y del empleador. Recuperado de <https://www.slideshare.net/cmgg84/derechos-y-deberes-del-trabajador-y-del-empleador>
- Cerem Business School, & Salinas, M. (2017, septiembre 18). Huelga: prohibición de sustitución de los huelguistas, límites. Recuperado de: <https://www.cerem.es/blog/prohibicion-de-sustitucion-de-los-huelguistas>
- Dureux, P. (2018, marzo 2). ¿Cómo afecta la huelga general a trabajadores y empresas? | Rocket Lawyer España. Recuperado de: <https://www.rocketlawyer.com/es/es/blog/como-afecta-la-huelga-general-a-trabajadores-y-empresas/>
- El derecho de huelga. (2014, septiembre 8). Recuperado de: <https://www.marbenabogados.com/el-derecho-de-huelga/>
- Fabregas advocats associats. (2016, 5 mayo). ¿PUEDO SUSTITUIR A LOS

TRABAJADORES QUE ESTÁN EN HUELGA? Recuperado de <https://www.fabregasassociats.com/puedo-sustituir-a-los-trabajadores-que-estan-en-huelga/>

- Gábilos - Límites del derecho de huelga. (s. f.). Recuperado de: <https://www.gabilos.com/weblaboral/preguntasmatlaboral/Derechos6.htm>

- García Martínez, G. (2020, 16 junio). ¿Vulnera el derecho fundamental a la huelga, el esquirolaje interno? Recuperado de <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-social-laboral/laboral/vulnera-el-derecho-fundamental-a-la-huelga-el-esquirolaje-interno-2016-06-20/>

- Iberley. El valor de la confianza. (2012, septiembre 2). Regulación y requisitos para el ejercicio del derecho a huelga laboral. Recuperado de: <https://www.iberley.es/temas/regulacion-requisitos-ejercicio-derecho-huelga-laboral-9061>

- Iberley. El valor de la confianza. (2015, febrero 6). Mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad durante la huelga. Recuperado de: <https://www.iberley.es/temas/mantenimiento-servicios-esenciales-comunidad-duante-huelga-1561>

- Lúquez Asociados. (2017). Todo lo que hay que saber del derecho a huelga. Recuperado de: <https://www.luquez-associats.com/blog/todo-lo-que-hay-que-saber-del-derecho-a-huelga>

- Todolí, A. (2019, marzo 7). Sentencia del Tribunal Supremo: El esquirolaje a través de empresa subcontratista vulnera el derecho de huelga. Recuperado de: <https://adriantodoli.com/2019/03/07/sentencia-del-tribunal-supremo-el-esquirolaje-a-traves-de-empresa-subcontratista-vulnera-el-derecho-de-huelga/>

- Sánchez, L. J., & Galán, C. (2017, 4 septiembre). La regulación del derecho de huelga, la asignatura pendiente de nuestro Derecho del Trabajo. Recuperado de <https://confilegal.com/20170904-la-regulacion-del-derecho-de-huelga-la-asignatura-pendiente-de-nuestro-derecho-del-trabajo/>