

DERECHO DE HUELGA Y SUSTITUCIÓN DE TRABAJADORES HUELGUISTAS

[Comentario a la STC 33/2011, de 28 de marzo, recurso de amparo núm. 6171-2004] *

ANTONIO TAPIA HERMIDA

*Doctor en Derecho
Profesor Titular de Derecho Mercantil.
Universidad Complutense de Madrid
Letrado de la Seguridad Social
Académico Correspondiente de la
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*

Extracto:

EN la clásica obra de G. ORWELL (*Rebelión en la granja/Animal Farm*), el único mandamiento que queda escrito es aquel que dice: «Todos los animales son iguales, pero algunos animales son más iguales que otros». Es la radical ruptura del principio de igualdad. Los trabajadores tienen reconocido, con sobrada justificación, el derecho de huelga. Pero de ahí no se puede derivar justificación alguna para el quebrantamiento del principio/derecho de igualdad, entre trabajadores huelguistas y trabajadores no huelguistas, respecto del derecho al trabajo/no trabajo y a la estabilidad en el empleo. Esa es la problemática que plantea la sustitución de los trabajadores huelguistas, que además debe diferenciarse cuidadosamente del supuesto en que sean los trabajadores no huelguistas quienes, en defensa de su derecho al trabajo y estabilidad en el empleo, decidan, con la anuencia o sin oposición del empresario, llevar a cabo, total o parcialmente y en tanto dure la huelga, las tareas que desempeñaban los trabajadores huelguistas. A su análisis se dedica el presente trabajo.

Palabras clave: huelga, principio de igualdad, derecho al trabajo, relación laboral y sustitución de trabajadores huelguistas.

* Véase el texto íntegro de esta sentencia en la RTSS. CEF, núm. 341-342, agosto-septiembre 2011 o en *Normacef Socio-Laboral* (NCJ054756).

RIGHT TO STRIKE AND REPLACEMENT WORKERS STRIKERS

[Commentary on the STC 33/2011 of March 28, amparo No. 6171-2004] *

ANTONIO TAPIA HERMIDA

*Doctor en Derecho
Profesor Titular de Derecho Mercantil.
Universidad Complutense de Madrid
Letrado de la Seguridad Social
Académico Correspondiente de la
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*

Abstract:

IN the classic work of G. ORWELL (*Animal Farm*), the only command that is written is one that says «all animals are equal, but some animals are more equal than others». It is the radical breach from the principle of equality. Workers are recognized, with good justification, the right to strike.

Also, there is no justification can lead to the breakdown of the top/right of equality between strikers and non-striking workers, regarding to the right to work/no work and job's stability. This is the problem posed by the replacement of striking workers, it must also take care of course differ as they are non-striking workers who, in defense of their right to work and job stability, determine, with the consent or unopposed by the employer, carry out, in whole or in part and in both duration of the strike, the tasks they performed the strikers. In this line of analysis and thought is focused this work.

Keywords: strike, principle of equality, right to work, employment and replacement of striking workers.

* Véase el texto íntegro de esta sentencia en la *RTSS*. CEF, núm. 341-342, agosto-septiembre 2011 o en *Normacef Socio-Laboral* (NCJ054756).

Sumario

- I. Introducción.
- II. Sobre el «derecho de huelga».
- III. La regulación jurídica de la prestación del trabajo por cuenta ajena asalariado.
 1. El «trabajo» objeto del «contrato de trabajo» o «relación laboral».
 2. Sobre las principales notas características de la relación laboral: la «ajeneidad» y la «dependencia».
- IV. Sustitución de los trabajadores huelguistas.
 1. Criterio general.
 2. El supuesto específico de la sustitución interna («esquirolaje interno»).
- V. ¿Vulneran los trabajadores no huelguistas, con su prestación del trabajo, el derecho de huelga de los trabajadores huelguistas? El derecho a la igualdad en el trabajo y a la estabilidad en el empleo de los trabajadores huelguistas y no huelguistas.
- VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Constitucional, Sala Primera, ha dictado, con fecha 28 de marzo de 2011, la importante Sentencia 33/2011, que forma parte de un «paquete» de resoluciones de la justicia constitucional de una especial transcendencia, en el que se incluyen y suman a la antes referida las Sentencias 36/2011 y 37/2011, ambas de la misma fecha que la que es objeto de comentario, pero que, dado el carácter tangencial de los temas que tratan respecto al que es objeto de consideración, solo incidentalmente se traerán a colación.

De la importancia de la materia objeto de atención en la sentencia que se comenta, da idea la circunstancia de que resuelve un recurso interpuesto en 2004, lo que presupone un largo debate y meditación en el seno del Tribunal Constitucional antes de su adopción y publicación. Aquella resolución del Tribunal Constitucional se ocupa de los aspectos nucleares, y por ello singularmente polémicos, del derecho de huelga. Institución, jurídica, social y económica fundamental en las sociedades democráticas, que funcionan en régimen de economía de mercado, y que adquiere especial importancia cuando, aquel sistema económico se adjetiva como «social» («economía social de mercado»). De todo ello deja expresa constancia la sentencia objeto de comentario cuando afirma:

- Que el derecho de huelga ostenta una «singular posición (...) en relación con otras medidas de conflicto colectivo». Añadiendo, con reiteración de propia jurisprudencia,¹ que «el derecho de huelga, (...) calificado ya como subjetivo por su contenido y fundamental por su configuración constitucional, goza además de una singular preeminencia por su más intensa protección. En efecto, la Constitución reconoce en su artículo 37, el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo, pero desgaja de este marco general una de ellas, la huelga, para colocarlo en lugar preferente, el artículo 28, confiriéndole –como a todos los de su grupo– una mayor consistencia que se refleja en el mayor rango exigible para la ley que lo regule y en la más completa tutela jurisdiccional, con un cauce procesal ad hoc en la vía judicial ordinaria y el recurso de amparo (arts. 53, 81 y 161 CE)».
- Que «la huelga se consagra como un derecho constitucional, lo que es coherente con la idea del Estado social y democrático de Derecho establecido por el artículo 1.1 de la Constitución, que entre otras significaciones tiene la de legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes, y entre los que se encuentra el de otorgar reconocimiento constitucional a un instrumento de presión que la experiencia secular ha mostrado ser necesario para la afirmación de los intereses de los trabajadores en los conflictos socioeconómicos, conflictos que el Estado social no puede excluir, pero a los que sí puede y debe proporcionar los adecuados cauces institucionales; lo es también con el derecho reconocido a los sindicatos en el artículo 7 de la Constitución, ya que un sindicato sin derecho al ejercicio de la huelga quedaría, en una sociedad democrática, vaciado prácticamente de contenido; y lo es, en fin, con la promoción de las condiciones para que

¹ STC 123/1992, de 28 de septiembre.

la libertad y la igualdad de los individuos y grupos sociales sean reales y efectivas (art. 9.2 CE)», reiterando propia jurisprudencia.²

La huelga se vincula a la historia del asociacionismo y movimiento obrero, pero sus raíces deben buscarse más allá, en una especie de relación de causalidad social (equiparable a la causalidad física), vinculada al desarrollo espectacular que produjo la Revolución Industrial,³ y a los desequilibrios y desigualdades sociales que generó (ostentosamente manifestadas, en la mayoría de las ocasiones), agravadas con el posterior desarrollo del capitalismo moderno.⁴ Para entender el significado de la Revolución

² STC 11/1981, de 8 de abril.

³ El origen de la Revolución Industrial es muy discutido, debatiéndose fundamentalmente si debe atribuirse a las innovaciones tecnológicas que aparecen en un momento singularmente rico en invenciones (las realizadas por WATT, ARKWRIGHT, KAY y HARGREAVES, etc.) o a la aparición del espíritu de empresa. Con ella se inicia el largo proceso que «modeló profundamente el desarrollo económico». A. SMITH (*Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*) y K. MARX (*El Capital*, y con F. ENGELS el *Manifiesto Comunista*), que surgen en aquel proceso, son los economistas más celebres y autores de los tratados con más influencia en el desarrollo posterior de la economía y de las ideologías (economicismo) el capitalismo y el socialismo/comunismo. Las empresas en esta etapa se van a caracterizar por su notable dimensión, comparada con las unidades de producción de épocas anteriores, y por la introducción de la división del trabajo, gracias a la aparición y eficacia de las nuevas invenciones (maquinismo) que permiten la separación del proceso productivo en operaciones diferentes y la especialización del trabajador en cada una de las tareas que lo componen. La manufactura se especializa y la factoría florece. La aportación de las ingentes masas del capital necesario se logra mediante la creación de las sociedades por acciones o anónimas (formidable invento sin el que no hubiera sido posible el extraordinario desarrollo económico del capitalismo). La creación y destrucción de empleo son consecuencias antagónicas, pero asociadas, desde entonces, a un desarrollo económico espectacular que se funda en la capacidad creativa humana, en las épocas posteriores. No obstante con el desarrollo, de los seguros sociales y, ya en época relativamente reciente, de los sistemas de Seguridad Social y demás mecanismos de protección social propios de la sociedad del bienestar, los inconvenientes derivados de la destrucción del empleo desaparecen o se minimizan. Con la Revolución Industrial se entra en un momento histórico caracterizado por la desaparición de las formas tradicionales de trabajo, las migraciones a las ciudades, la mejora de las condiciones higiénicas y la disminución de la mortalidad con el consiguiente aumento demográfico, que van a determinar la existencia de grandes excedentes de mano de obra. Las masas trabajadoras de las fábricas del centro de Inglaterra y de Escocia sufren, al comienzo de la Revolución Industrial, las consecuencias más adversas del inaudito e inimaginable proceso de desarrollo económico que entonces se inicia (jornadas extenuantes, salarios míseros, condiciones higiénicas deplorables en los lugares de trabajo y en los hogares, *truck system*, trabajo de niños y mujeres en condiciones lastimosas, etc. y, en fin, brevedad de una sufrida existencia). Los trabajadores se encuentran en una situación de subordinación tal al poder del capitalista-empresario, y en un medio tan dominado ideológicamente por el darwinismo social y la ética protestante, que carecen de capacidad de reacción contra aquellas insostenibles condiciones de trabajo y existencia. En España aquellas terribles condiciones de trabajo se manifiestan especialmente durante la primera mitad del siglo XIX. Las consecuencias sociales de la Revolución Industrial producen inmediatas reacciones tendentes a la mejora de la situación de la clase obrera, entre las que cabe destacar la temprana obra de SISMONDI J.-Ch. L., que advierte de la existencia de dos clases, los ricos y los pobres, o los capitalistas y obreros, así como la pretensión de mitigar aquellos perversos efectos mediante realizaciones filantrópicas, ejemplarizadas en el complejo fabril y residencial de New Lanark. Las críticas sistemáticas a las trágicas consecuencias que para una parte importante de la población supusieron la Revolución Industrial y el liberalismo económico derivaron de las posiciones después conocidas como socialistas (C. H. SAINT-SIMON, Ch. FOURIER, R. OWEN, L. BLANC, P. PROUDHON, F. LASSALLE, L. FUERBACH, el «cartismo» inglés, y, especialmente, K. MARX). La reacción contundente ante tan terrible situación de los obreros se ejemplifica en la revolución francesa de 1848 y en la Comuna de París de 1871.

⁴ Indica GALBRAITH, J.K.: *La economía del fraude inocente. La verdad de nuestro tiempo*, Barcelona: Crítica, SL, 2004, pág. 14, lo siguiente: «Siempre he topado con un error popular. Lo que predomina en la vida real no es la realidad, sino la moda del momento y el interés pecuniario. La confusión es tan irresistible que (...), incluso ha afectado a la forma en que comúnmente se describe el sistema vigente. Cuando el capitalismo, el referente histórico, dejó de ser aceptable, el sistema fue rebautizado. El nuevo nombre (sistema de economía de mercado) resultó satisfactorio pero carecía de significado», y más adelante, págs. 17-21, que «el sistema económico común a los países económicamente avanzados del mundo y, con ciertos matices, a todos los demás (...) convierte en máximas autoridades económicas a quienes controlan las plantas y equipos industriales, la tierra y los recursos financieros más relevantes. Antes eran los propietarios quienes estaban al frente de sus compañías, pero hoy las empresas de cierta envergadura y dedicadas a actividades de elevados niveles de complejidad cuentan con una dirección profesional (...), son los directivos, y no los poseedores del capital, quienes detentan el verda-

Industrial, que está en la urdimbre de la huelga, es preciso aludir a la etapa inmediatamente anterior a semejante «revolución», por lo que tuvo de ruptura con los condicionamientos y criterios sociales, éticos y morales vigentes en el medioevo.⁵ Asimismo en absoluto son despreciables las condiciones en las que se prestaba materialmente el trabajo,⁶ así como las ideologías desarrolladas al amparo de semejantes circunstancias y vinculadas a esas radicales transformaciones sociales y económicas.

En el aspecto ideológico⁷ se afirma que «en el siglo XVIII no faltó la fe en el progreso como nueva forma de esperanza, y siguió considerando la razón y la libertad como la estrella-guía que se

dero poder en la empresa moderna». Precizando sobre el sistema de economía de mercado, en págs. 18-21, lo siguiente: «no hay duda alguna sobre qué fue lo que motivó el cambio. El capitalismo surgió en Europa en la época mercantil con la manufactura, compra, venta y transporte de bienes y prestación de servicios. Después aparecieron los industriales, dotados del poder y prestigio otorgados por la propiedad directa o indirecta, y los trabajadores, víctimas de su indudable debilidad negociadora. La opresión fue el resultado de la ausencia de alternativas al trabajo duro y con frecuencia penoso. MARX y ENGELS, en algunos de los textos más influyentes de la historia, plantearon las posibilidades y promesas (...). En Europa la palabra "capitalismo" afirmaba de modo demasiado estridente el poder de la propiedad y la magnitud de la opresión y sometimiento de los trabajadores; en este contexto la revolución no era algo imposible ni inverosímil. En Estados Unidos el término tenía connotaciones diferentes, pero igualmente negativas (...). A finales del siglo XIX, no eran solo los trabajadores estadounidenses quienes albergaban una actitud hostil hacia el capitalismo, sino también el público en general (...). Lo que siguió fue una decidida búsqueda de un nombre alternativo que fuera satisfactorio (...). Fue así como se llegó finalmente a "sistema de mercado", una designación más o menos culta que carecía de una historia adversa; de hecho una expresión que carecía por completo de historia». Terminando por afirmar, en pág. 24, que «hablar de un sistema de mercado (...), carece de sentido; es una fórmula errónea, insípida, complaciente»; «Estoy convencido de que el sistema de economía de mercado es, como cualquier otra organización humana, intrínsecamente defectuosos», afirma SOROS, G.: *La crisis del capitalismo global*, Barcelona: Editorial Debate, 1999, pág. 61.

⁵ La denominada «Revolución Industrial» no surgió repentinamente, de ahí que sea procedente efectuar una breve alusión a la etapa, en términos de historia económica, inmediatamente precedente, el mercantilismo, que efectivamente constituyó la etapa antecedente a la Revolución Industrial y de ruptura con los postulados éticos y socioeconómicos del medioevo, época que se caracteriza por la manufactura e industria doméstica, la actitud de los mercaderes contraria a la competencia (que provocan la intervención del Estado en la regulación monopolista de precios y productos), la imposición de aranceles y limitaciones a determinadas importaciones, y la tendencia a la acumulación de riqueza pecuniaria (oro y plata), que es también la de los «mercaderes aventureros», las agrupaciones de mercaderes (Universidad de Mercaderes del Siena de 1664), las primeras «compañías» (Ordenanza de Roussillon, Ordenanza de Blois, el Còde Michaud, las Ordenanzas de Bilbao, etc.) y las grandes «compañías de Indias» (en 1555 la Compañía Moscovita, en 1600 la Compañía Británica de las Indias Orientales, en 1602 la Compañía Holandesa de las Indias Orientales, en 1664 la Compañía Francesa de las Indias Orientales, etc.). Estas últimas, antecedentes de las sociedades anónimas, permiten la acumulación de grandes masas de capital, mediante las aportaciones de la burguesía incipiente y la aristocracia terrateniente (incluso por expediciones), con riesgos limitados a la pérdida del capital aportado. En el tránsito propiciado por la Revolución Industrial aparecen el proletariado industrial y urbano (que se vincula directamente a la aparición del *factory system*) y grandes masas de capital, en parte antes utilizadas por los mercaderes para adquirir los objetos realizados en el taller artesanal o que servían para la adquisición de materia prima que era enviada a los talleres domésticos para su elaboración y cuya remuneración servía para atender al precario sustento de los miembros de la familia, y se comienza a invertir en la creación de grandes establecimientos fabriles y en maquinaria, provocando el desplazamiento hacia las zonas industriales, fábricas y factorías de quienes, salvo alimentos para atender a su subsistencia y escasas mercancías, poco o prácticamente nada antes habían producido.

⁶ «Proclamada la libertad de trabajo, y rotos los frenos que la antigua ordenación implicaba, el trabajador tuvo que enfrentarse con el patrono, económicamente mucho más poderoso; el trabajo humano se convirtió en mercancía sujeta a la ley de la oferta y la demanda; la competencia industrial indujo a la reducción de costes; y la sed de ganancias no se detuvo en escrúpulos morales: mujeres y niños fueron objeto de explotación; jornadas agotadoras extenuaron al trabajador, salarios de hambre empobrecieron la raza; pago en especie, dureza de trato, despidos arbitrarios completaron el cuadro. La libertad había dado paso a una nueva tiranía. Se había creído que podía existir verdadera libertad en un pacto concertado entre potencias terriblemente desiguales», afirma PÉREZ SERRANO, N.: *Tratado de Derecho Político*, 2.ª ed., Madrid: Civitas, 1984, pág. 646.

⁷ Sobre las ideologías TEUN A. VAN DIJK: *Ideología. Una aproximación multidisciplinaria*, Barcelona: Biblioteca Económica Gedisa, 1999, (2.ª ed., Sevilla, 2006).

debía seguir en el camino de la esperanza. Sin embargo, el avance cada vez más rápido del desarrollo técnico y la industrialización que comportaba crearon muy pronto una situación social completamente nueva: se formó la clase de los trabajadores de la industria y el así llamado proletariado industrial».⁸

La Revolución Industrial estableció un «canon», un modo de ser o de establecerse las relaciones de prestaciones de servicios, que pasaron a ser relaciones laborales, que es el todavía imperante, que permanece inalterado en sus líneas fundamentales, incólume, no obstante el paso del sistema taylorista o fordista al sistema posfordista o toyotista.

El salto hacia un nuevo nivel productivo propiciado por la Revolución Industrial fue brusco, determinando situaciones de injusticia social incompatibles con los principios éticos y morales inspiradores de la cultura occidental (de raíz judeo-cristiana), y violencia social, surgiendo conflictos de gran envergadura, que hicieron necesario que se dispusiese un conjunto normativo adecuado a la convivencia social, basado en la idea de la justicia y la paz social. Se alteraron con esa intervención los postulados más radicales de la economía clásica, generándose una actividad legiferante, administrativa y prestacional, de los poderes públicos, que resultó protectora de la parte más débil en la relación del trabajo, esto es, del «obrero».⁹ La cesación colectiva de los trabajadores en la prestación del

⁸ Afirma Benedicto XVI (J. Ratzinger) en la carta encíclica *Spe Salvi*, punto 20, que sobre aquellas «terribles condiciones de vida (que) ilustró de manera sobrecogedora Friedrich Engels en 1845», «para el lector debía estar claro: esto no puede continuar, es necesario un cambio. Pero el cambio supondría la convulsión y el abatimiento de la estructura de la sociedad burguesa. Después de la revolución de 1789, había llegado la hora de una nueva revolución, la proletaria: el progreso no podía avanzar simplemente de modo lineal a pequeños pasos. Hacía falta el salto revolucionario. KARL MARX recogió esta llamada del momento, y con vigor de lenguaje y pensamiento, trató de encauzar este nuevo y, como él pensaba, definitivo gran paso de la Historia hacia la salvación, hacia lo que KANT había calificado como el reino de Dios. Al haber desaparecido la verdad en el más allá, se trataría ahora de establecer la verdad del más acá. La crítica del cielo se transformó en crítica de la tierra, la crítica de la teología en crítica de la política: el progreso hacia lo mejor, hacia el mundo definitivamente nuevo, ya no viene simplemente de la ciencia, sino de la política; de una política pensada científicamente, que sabe reconocer la estructura de la Historia y de la sociedad y así se inicia el camino hacia la salvación, hacia el cambio de todas las cosas. Con precisión puntual, aunque de modo unilateral y parcial, MARX ha descrito la situación de su tiempo y ha ilustrado con gran capacidad analítica los caminos hacia la revolución, y no solo teóricamente. Con el partido comunista, nacido del manifiesto de 1848, dio inicio también concretamente a la revolución. Su promesa, gracias a la agudeza de su análisis y a la clara indicación para el cambio radical fascinó y fascina todavía hoy de nuevo»; Aquellas consecuencias sociales, que en España se manifiestan especialmente durante la primera mitad del siglo XIX, produjeron inmediatas reacciones, que por una parte son definitorias de una concepción social dual, que produce la división entre la clase obrera o proletariado urbano, por una parte, y la clase burguesa o capitalista, por otra parte, con movimientos políticos y partidos enfrentados en una lucha descarnada y sin cuartel por el acaparamiento, el ejercicio y el control del poder político, en sistemas democráticos, y dando lugar a las dictaduras capitalistas (imperialismo económico), socialistas (nazismo y fascismo) y comunistas (régimen bolchevique o comunista en la URSS y los sistemas denominados generalmente «democracias populares»). En los sistemas democráticos occidentales aquella situación y la aparición de movimientos sociales y de nuevas ideologías determinan la intervención pública en las relaciones de trabajo, buscando tanto detener los fenómenos revolucionarios de corte comunista (marxista) o anarquista, como la mejora de la situación de la clase obrera. Ciertamente la ideología liberal fue determinante de un «capitalismo» que centrándose en la libertad del «industrial» (capitalista) se olvidó de la del «trabajador» (asalariado), determinando una limitación casi absoluta de cualquier tipo de intervención de los poderes públicos en las relaciones de trabajo. La vigencia de semejante *laissez faire, laissez passer*, como norma y criterio contrario a toda intervención del Estado en materia económica y social, en cuanto que limitadora de la libertad de contratación, fue observada rigidamente solo durante la etapa inicial de la Revolución Industrial, desapareciendo progresivamente. El intervencionismo estatal, protector de la clase obrera, se manifestó especialmente en relación con la limitación de la jornada, la humanización del trabajo de niños y mujeres, los sistemas de indemnizaciones, prestaciones por accidentes de trabajo y los sistemas de seguros sociales.

⁹ Con la aparición de una legislación protectora del trabajador se va generalizando en todos los países de nuestro entorno cultural (occidentales) la imposición de limitaciones a la voluntad del capitalista-empresario, hasta ese momento absolu-

trabajo, la huelga,¹⁰ tras un largo proceso histórico,¹¹ acabó articulándose como un derecho (fundamental) de los trabajadores, individual pero de ejercicio colectivo, en el sistema de relaciones industriales de las economías de mercado.¹²

ta en la relación jurídica derivada de la prestación del trabajo, bien que se mantuviese la regulación, contenida en los Códigos Civiles, atinente al arrendamiento de servicios para la prestación del trabajo asalariado por cuenta ajena. En Inglaterra se aprueba en 1802 la Health and Morals of Apprentices Act, relativa a la preservación de la salud y la moralidad de los aprendices en las fábricas que manipulaban algodón y de lana, en 1833 la Althorp Act, mediante la que se crea la Inspección de trabajo, en 1867 la Master and Servant Act, en 1875 la Employers and Workmen Act, en 1878 la Factory and Workshop Act, etc. En Francia se aprueba el 22 de marzo de 1841 la Ley sobre el trabajo de los niños en las manufacturas, en 1848 se elabora, bajo la influencia de los acontecimientos revolucionarios una ambiciosa legislación protectora (fundada sobre el establecimiento de la libertad de asociación y del derecho al trabajo) que casi no tuvo vigencia, y tras regularse el trabajo de los niños y las mujeres y crearse la Inspección de trabajo en 1874, la Ley de 21 de marzo de 1884 que reconoce la libertad de asociación profesional, constituyendo el punto de arranque, generalmente reconocido, de una importante legislación social. En Alemania la legislación social de Bismarck se elabora a partir de 1880, siendo de destacarse la creación del sistema de seguros sociales (en 1883 el seguro de enfermedad, en 1884 el seguro de accidentes, en 1889 el seguro de vejez e invalidez, etc.). Al propio tiempo se produce la represión del asociacionismo obrero (Combinations Acts de 1799 y 1800 y Ley Chapelier de 1791). En España es a partir aproximadamente de 1900 cuando se inicia el desarrollo sistemático de una legislación relativa a la prestación del trabajo y de protección de los trabajadores, que ha permitido referirse (a partir de 1920) a un singular Derecho obrero. Efectivamente la Ley de 30 de enero de 1900 de accidentes de trabajo, constituye un hito en la previsión social, así como su reglamento aprobado por el Real Decreto de 28 de julio del mismo año y la Real Orden de 2 de agosto (sobre los mecanismos preventivos de accidentes de trabajo). Por el Real Decreto Ley del 23 de agosto de 1926 se aprueba el Código de Trabajo, que, no obstante su denominación, no contiene una regulación general de la relación de trabajo. La Constitución de 1931 atribuyó al Estado la competencia en legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por las regiones autónomas. Indica que el trabajo es una obligación social, que gozará de la protección de las leyes, enunciando una amplia legislación protectora del obrero industrial (art. 46), así como la protección de campesinos y pescadores (art. 47). La abundante y cualificada labor legislativa en materia social de la Segunda República alcanzó su apogeo con la aprobación de la Ley de 21 de noviembre de 1931, del Contrato de Trabajo, que ya constituye una regulación sistemática y general de la prestación del trabajo por cuenta ajena, constituyéndose en la norma básica del Derecho común o general del Trabajo por cuenta ajena. Efectuado, tras los acontecimientos traumáticos culminados en la guerra civil de 1936, un cambio de régimen político orientado en el sentido de los imperantes en los países centroeuropeos (nacionalsocialismo y fascismo) se establece un sistema (entre dictatorial y autoritarista, el franquismo) alejado de los postulados legitimadores de las democracias occidentales, que tuvo una muy larga vigencia (hasta 1975-1978), y durante el cual se llevó a cabo importante actividad legiferante, prestacional y administrativa (organizacional) social, como la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 (el Libro I aprobado el 26 de enero y el Libro II el 31 de marzo de 1944), La Ley de bases de la Seguridad Social, de 28 de diciembre de 1963, su texto articulado de 21 de abril de 1966, y la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976. Con posterioridad, ya restablecida la normalidad democrática con la aprobación de la Constitución de 1978, se aprueba el Estatuto de los Trabajadores mediante Ley 8/1980, de 10 de marzo, más tarde refundido en un nuevo texto (refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, norma actualmente vigente, bien que con numerosas modificaciones posteriores. No es preciso destacar la ingente labor legislativa posterior esa época y hasta hoy en día, por ser sobradamente conocida.

¹⁰ Vid. DE LA VILLA, L.E.: «Algunas reflexiones para la regulación legal del derecho de huelga», en *Derecho del Trabajo y Seguridad social. Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria*, Madrid: CEF, 2006, págs. 1.279-1.302; Sobre la problemática que actualmente se plantea en trono a la regulación jurídico-positiva en nuestro ordenamiento jurídico de la huelga, AYUGA ROLDÁN, A.: «La huelga: un derecho legalmente congelado en el tiempo», *Revista Lex Nova*, julio-septiembre 2010, págs. 29-33, y CASTELLANO, P.: «La huelga», *Revista Época*, 11 de julio de 2010, pág. 13.

¹¹ Vid. DE LA VILLA, L.E.: «Huelga: servicios esenciales y servicios mínimos», en *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria*, Madrid: CEF, 2006, págs. 1.305-1.310.

¹² SOTELO, I.: «El Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive», Madrid: Editorial Trotta-Fundación Alfonso Martín Escudero, 2010, en pág. 117, Nota 2 del Capítulo I (El Estado: Soberanía, libertad, Derecho), incluida en la sección o epígrafe 5 (Estado de derecho y Estado democrático), da un concepto de capitalismo, cuya primera parte es sintética y la segunda analítica, al tenor de la primera parte «por capitalismo se entiende un sistema de producción en el que

II. SOBRE EL «DERECHO DE HUELGA»

Indica la jurisprudencia constitucional¹³ respecto de la huelga, que dista de ser un fenómeno moderno,¹⁴ lo siguiente:

«El artículo 28, apartado segundo, de la Constitución, al decir que "se reconoce el derecho de huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses", introduce en el ordenamiento jurídico español una importante novedad: la proclamación de la huelga como derecho subjetivo y como derecho de carácter fundamental. La fórmula que el texto emplea ("se reconoce") es la misma que la Constitución utiliza para referirse al derecho de reunión o al derecho de asociación.»

Con semejante formulación constitucional, añade la misma jurisprudencia constitucional que no «se trata solo de establecer, frente a anteriores normas prohibitivas, un marco de libertad de huelga, saliendo, además, al paso de posibles prohibiciones, que solo podrían ser llevadas a cabo en otro orden jurídico-constitucional», sino que la libertad de huelga significa:

- El levantamiento de las específicas prohibiciones.
- Que «el Estado permanece neutral y deja las consecuencias del fenómeno a la aplicación de las reglas del ordenamiento jurídico sobre infracciones contractuales en general y sobre la infracción del contrato de trabajo en particular».

Ciertamente como precisa la misma y fundamental jurisprudencia constitucional el artículo 28 de la CE «proclama el derecho de huelga como derecho de carácter fundamental, pero no lo define ni lo describe, dejando esta materia a las concepciones existentes en la comunidad y a las inherentes al ordenamiento jurídico». Pero no por ello aquella jurisprudencia rehúye entrar en su delimitación, indicando:

- a) Que el «contenido esencial del derecho de huelga consiste en una cesación del trabajo, en cualquiera de las manifestaciones o modalidades que puede revestir. Y cabe decirlo así no solo porque esta es la más antigua de las formas de hacer huelga y porque es lo que la generalidad reconoce de inmediato cuando se alude a un derecho de este tipo, sino también porque es este un modo que ha permitido la presión para el logro de las reivindicaciones obreras».

actúan dos sectores sociales, los propietarios de los medios de producción, que dirigen el proceso productivo, y los que venden la fuerza de trabajo a cambio de un salario. Dos sectores que el mercado vincula en un proceso productivo que ya no tiene como objetivo cubrir las necesidades de subsistencia, siempre limitadas, sino obtener un beneficio que, en cuanto tal, no conoce límites (principio de la acumulación indefinida)».

¹³ STC 11/1981, de 8 de abril.

¹⁴ «Los textos grabados en cerámicas (se denominan ostraco, u ostraca, en plural) encontrados en un pozo del poblado de Deir el Medina, donde habitaron los obreros de las tumbas del Valle de los Reyes, mencionan varias huelgas protesta. Una de las más sonadas tuvo lugar durante la XX dinastía, la de Ramses III, cuando, durante unos días, dejaron de ir a trabajar porque los 50 sacos de grano que obtenían en pago (no existía el dinero), les llegaron llenos de basura. Al final fueron al palacio del faraón y les dieron lo que les correspondía», apunta PARRA, indica TRISTÁN, R.M.: «La sociedad de los faraones», *El Mundo*, 22 de mayo de 2010, sección «Arqueología», pág. 2.

- b) Que «la afirmación de que el contenido esencial del derecho de huelga consiste en la cesación del trabajo en cualquiera de sus manifestaciones no excluye por sí sola que el legislador, al regular las condiciones de ejercicio del derecho de huelga, pueda entender que algunas particulares modalidades de cesación del trabajo pueden resultar abusivas, como es posible que remita este juicio en determinados casos a los tribunales de justicia».

Efectivamente, del derecho de huelga puede decirse que «su contenido esencial consiste en una cesación del trabajo en cualquiera de las modalidades o manifestaciones que puede revestir, y dentro de unos límites que implican el acomodo a la normativa (...). Desde esta perspectiva, el derecho de huelga participa dentro de nuestro régimen de una protección que reviste la posibilidad de ajustarse a determinados requisitos, pero los mismos deben ser interpretados dentro de la dinámica general de los derechos fundamentales, en orden a alcanzar su eficacia, y no quedar como meros propósitos o simples enunciados de posible cercenación a través de vías de hecho».¹⁵ Pero no por ello el ejercicio del derecho de huelga deja de proyectarse sobre la sinalagmaticidad propia y característica del contrato de trabajo, afectando a sus principales prestaciones.¹⁶

Como precisa alguna jurisprudencia menor,¹⁷ «no conviene olvidar que en el artículo 28 de la Constitución la huelga está reconocida como un derecho subjetivo de carácter fundamental a favor los trabajadores, precisamente para poder presionar a los empresarios en obtención de sus intereses», que añade, recordando jurisprudencia constitucional, que: a) «La huelga es una perturbación que se produce en el normal desenvolvimiento de la vida social y en particular en el proceso de producción de bienes y servicios, que se lleva a cabo de forma no violenta mediante un concierto de los trabajadores y de los demás intervinientes en dicho proceso»,¹⁸ b) «Puesto que la huelga constituye un instrumento de presión que pretende modificar la correlación de fuerzas existentes entre las partes es consustancial a ella la producción de daños a la empresa, que han de ser superiores a los soportados por los trabajadores».¹⁹

La causación de daños es inherente a la huelga. Efectivamente, «la causación de daños o perjuicios para la empresa es una consecuencia inevitable del ejercicio mismo de la huelga, que no por ello permite calificar la huelga de abusiva o ilegal»,²⁰ pero que tampoco permite legitimar las huelgas ilegales.²¹

¹⁵ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 6 de octubre de 2010.

¹⁶ Al extremo de que, como afirma la STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 16 de marzo de 2010, «suspendido el contrato por el ejercicio del derecho de huelga, carecen los trabajadores del derecho a cobrar el tiempo de descanso de los días en que estuvieron en huelga porque las jornadas dejaron de ser continuadas o ininterrumpidas, ya que se trata de un derecho reconocido a los trabajadores que realizan ininterrumpidamente su jornada; y la diferencia entre jornada continuada y jornada partida radica en que en esta y no en aquella, existe "un descanso ininterrumpido de una hora de duración como mínimo" (...). Los trabajadores a turnos que ejercitan el derecho de huelga no tienen derecho a seguir disfrutando del tiempo de bocadillo que por tanto está siendo debidamente descontado por la empresa».

¹⁷ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 4 de julio de 2007.

¹⁸ STC 11/1981, de 8 de abril.

¹⁹ STC 41/1984, de 21 de marzo.

²⁰ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 4 de julio de 2007. Sobre las huelgas ilegales sentencia del mismo Tribunal y Sala de 17 de abril de 2009.

²¹ «La caracterización como ilegal de una huelga deriva, según el RDL 17/1977, de cualquiera de los cuatro supuestos que contempla el artículo 1.1 de aquella norma. De aquellos supuestos solo tres resultan explícitos, siendo el cuarto una especie de cláusula de salvaguardia referida a la contravención de lo dispuesto en el referido RDL, o lo expresamente pacta-

Precisándose que «es natural que la empresa sufra mayores daños que los trabajadores, puesto que es inevitable que en cierta medida la huelga afecte no solo a la producción misma sino también al proceso productivo, y a la relación de la empresa con sus proveedores y clientes, sin que la sola desproporción merezca ser considerada más que en el supuesto de que pueda ser calificada también de abusiva».²²

Esto es «toda huelga, sea cual sea su alcance y duración, inevitablemente causa un perjuicio económico a la empresa, tanto durante la propia huelga como para el futuro, bien sea por la misma merma de actividad o por la pérdida de clientes presentes o futuros, estos últimos por el deterioro del prestigio que se puede ocasionar en el sector de actividad en que opere la empresa. Pero en todo caso representan las consecuencias inherentes al derecho de huelga, por lo que aquellas consecuencias no son argumento para recortar ese derecho ni para adaptar su ejercicio al mejor interés de la empresa».²³ No obstante mediante su ejercicio no pueden proponerse deliberadamente los trabajadores «provocar a la empresa unos daños graves y desproporcionados»,²⁴ de ahí la exigencia del preaviso al empresario.²⁵

Baste con añadir que los rasgos básicos del derecho de huelga que se desprenden de la regulación constitucional y ordinaria son los siguientes:²⁶

- «Se trata de un derecho fundamental, incluido sistemáticamente en el artículo 14 de la CE ("De los derechos fundamentales y las libertades públicas"). Por su ubicación y redacción, se trata de un derecho de eficacia inmediata y no programática, esto es, no necesita ley de desarrollo para que pueda ser invocado y aplicado por los tribunales.»
- «Recibe una especial protección, pudiendo solicitarse su tutela a través de un procedimiento preferente y sumario ante los tribunales ordinarios (art. 53.2 CE), actualmente regulado en la LPL (arts. 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181 y 182) y, en su caso, mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.»
- «Como derecho fundamental que es, su desarrollo tiene que producirse mediante ley orgánica (art. 81.1 CE), no consintiendo regulaciones autonómicas diferenciadas.»

do en convenio colectivo para la solución de conflictos», indica la STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 15 de junio de 2010.

²² STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 4 de julio de 2007, entendiendo en el caso objeto de su atención que la huelga no podía ser calificada de abusiva, «pues: a) la existencia de un daño desproporcionado, no puede entenderse buscado de propósito por los huelguistas, más allá de lo que es razonablemente requerido por la propia actividad conflictiva, b) el perjuicio adicional que influye gravemente en la organización y capacidad productiva de la empresa de la huelga intermitente, no va más allá del incremento de los perjuicios del empresario respecto de los trabajadores, c) el perjuicio empresarial no es radicalmente desproporcionado».

²³ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 5 de octubre de 2010.

²⁴ Así lo precisa la STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 26 de octubre de 2010, que alude a la búsqueda por los trabajadores huelguistas de la «previsible finalidad de que la (empresa) cerrase definitivamente en su actividad e indemnizase a los trabajadores (...). La desproporción entre los daños provocados a la (empresa) y los sacrificios asumidos por los trabajadores afectados, es igualmente manifiesta, pues mientras que el paro conllevaba la imposibilidad de proseguir la actividad empresarial, los huelguistas seguían trabajando para la mercantil que le había sucedido en la contrata de mantenimiento».

²⁵ Precisa la STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 16 de junio de 2010, reiterando propia jurisprudencia, que «la finalidad del preaviso regulado en el artículo 3 (del RDL 17/1977, de 4 de marzo) tiene la finalidad de proteger intereses del empresario en relación con la huelga que se consideran dignos de protección».

²⁶ STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 27 de abril de 2009.

- «Como todos los derechos constitucionales, el derecho de huelga no es renunciable ni minorable por pacto individual (art. 2 RDL 17/1977, de 4 de marzo); pero se admite la renuncia temporal a su ejercicio en convenio colectivo (art. 8 RDL 17/1977, de 4 de marzo), pactos de paz laboral que no pueden reputarse ilícitos ni contrarios a la Constitución.»

Conviene terminar este epígrafe destacando la contraposición y desigualdad existente respecto de los medios de conflicto colectivo de que disponen los trabajadores, la huelga, y los empresarios, el cierre patronal, y que tiene una inusitada y fortísima carga ideológica, que ya no se corresponde con la etapa económica actual (la era de las finanzas) en cuanto que enraizada en la revolución industrial (economía industrial), pero que se mantiene en los tiempos que nos ha tocado vivir.

Efectivamente «en la Constitución las situaciones de huelga y cierre patronal reciben un tratamiento bien distinto. Mientras la huelga se erige en derecho fundamental, artículo 28.12, el cierre patronal constituye un simple derecho cívico, incardinable dentro del más amplio que el artículo 37.2 reconoce a los empresarios para adoptar medidas de conflicto colectivo».²⁷

III. LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA PRESTACIÓN DEL TRABAJO POR CUENTA AJENA ASALARIADO

Discurrir sobre la problemática del derecho de huelga requiere una previa referencia a la relación laboral, especialmente de una consideración mínimamente detenida de sus notas características, en concreto las de «ajenidad» y «dependencia», conceptos «de un nivel de abstracción bastante elevado, que se pueden manifestar de distinta manera según las actividades y los modos de producción, y que además, aunque sus contornos no coincidan exactamente, guardan entre sí una estrecha relación».²⁸

En torno a la prestación material del trabajo puede afirmarse que, en función de la mayor o menor libertad en que se han venido prestando los servicios, es posible establecer un determinado orden, que también y en cierta medida es cronológico. Primero fue el trabajo en régimen de esclavitud, después el trabajo servil, más tarde el arrendamiento de servicios, y finalmente, etapa en la que todavía estamos,²⁹ el contrato de trabajo y la relación laboral.³⁰ Desde el arrendamiento de servicios

²⁷ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 10 de marzo de 2008.

²⁸ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 23 de septiembre de 2010.

²⁹ GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, A.: «La influencia del Derecho Romano en las modernas relaciones de trabajo», Madrid: *Cuadernos Civitas*, 1995, págs. 81, 82 y 83, sigue a Álvaro D'ORS, quien «propugna una revisión de la empresa, que se base en un orden laboral no conflictivo y que debería apoyarse en un nuevo orden jurídico. Tal nuevo orden debe pasar por una superación de la actual configuración de la empresa (...) el trabajador sigue siendo objeto de arrendamiento, pues produce unos "frutos" (...). En primer lugar, el inversionista debe considerarse como un mero prestamista, no como socio (...) la empresa debe configurar sus relaciones con los trabajadores, no por medio de un contrato de trabajo, sino con un contrato de sociedad (...). Tales proposiciones (...) vienen a propugnar el abandono del "arrendamiento" de los servicios del trabajador a favor de la constitución de un contrato de sociedad, dentro de la nueva concepción de la empresa».

³⁰ No deviene ocioso recordar la dificultad de distinción entre este vínculo y las relaciones civiles o mercantiles con causa y finalidad análoga (arrendamiento, mandato, comisión, agencia, etc.), resaltada por la STS, Sala Cuarta, de 9 de febrero de 1990.

se pasa al contrato de trabajo, instituciones jurídicas que constituyen no obstante figuras muy próximas cuyo común denominador es la prestación del trabajo mediante el instrumento jurídico propio de la expresión de la libertad individual (plano político), la autonomía de la voluntad en el plano jurídico, el contrato. Al extremo que «la configuración de las obligaciones y prestaciones del contrato de arrendamiento de servicios regulado en el Código Civil, no es incompatible con la del contrato de trabajo propiamente dicho al haberse desplazado su regulación, por evolución legislativa, del referido Código a la legislación laboral actualmente vigente».³¹

Efectivamente, en el Código Civil «arrendamiento de servicios y arrendamiento de obras participan de la misma causa, a saber, la utilidad que para el arrendador adquirente tienen los frutos del trabajo humano, se paguen los frutos directamente en la locación de obra o se pague el trabajo invertido en su ejecución en la de servicios».³² Pero existe una diferencia sustancial entre ambas locaciones, explicativas de por qué solo una de ellas es antecedente del contrato de trabajo, y no se debe buscar la diferencia en el modo de retribuir sino en cómo se distribuyen los riesgos asociados a la prestación del trabajo mismo.

Aquella proximidad entre ambos contratos se manifiesta hasta el punto de haberse hablado de dos regímenes jurídicos distintos, casi contrarios dada la contraposición entre los principios laborales, tuitivos por naturaleza, y los civiles, de perfiles liberales, para una misma realidad o sustrato social, acaso porque la esencia del arrendamiento de servicios y la comisión sean similares a la relación laboral,³³ de forma que aquellas, por evolución legislativa (forzada, sin duda, por la reacción social frente al abuso del principio civil de la autonomía de la voluntad) han sido desplazadas del Código Civil y del Código de Comercio, creando un campo propio, el laboral,³⁴ con una específica finalidad, pues «desde sus orígenes, la legislación sobre el contrato de trabajo viene siendo una legislación limitativa del poder empresarial que a causa de ella dejó de ser absoluto; y limitativa asimismo de la "lealtad absoluta" del trabajador».³⁵

³¹ STS, Sala Cuarta, de 7 de junio de 1986 y STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 23 de septiembre de 2010.

³² ALONSO OLEA, M.: «Las raíces del contrato de trabajo», *AARAJL*, núm. 21, 1989, pág. 400.

³³ STS, Sala Cuarta, de 7 de julio de 1988.

³⁴ Ciertamente «el trabajo humano, como fenómeno que se manifiesta y desenvuelve en la realidad social, solo puede explicarse, tanto en sí mismo, como de hecho como en su regulación jurídica, desde un punto de vista histórico. Es grave la confusión entre la regulación jurídica del hecho social trabajo y la aparición histórica de una legislación específica, bautizada como legislación obrera (...). Frente a la sociedad estamental, las partes sociales no se unen (...) en esquemas objetivos de funciones sociales y formas vitales específicas, sino que se enfrentan como grupos de intereses en lucha. Y, precisamente para imponer reglas en esta lucha de grupos sociales, aparece la legislación obrera, y después (...), el derecho del trabajo. El derecho del trabajo es así un derecho clasista, si bien en esta valoración hay que resaltar más que un afán de protección a ultranza, propio de una primera época, un intento compromisorio o de equilibrio de intereses colectivos en contraste», indica DE LA VILLA, L.E.: «En torno al concepto del Derecho Español del Trabajo», en *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria*, Madrid: CEF, 2006, pág. 264; «El dato transcendental que explica la razón de ser del Derecho del Trabajo como mecanismo de mediación en el conflicto social (no es otro), en realidad, que la persecución de un equilibrio estructural entre los intereses de sus protagonistas. Al propio tiempo que instrumento protector de las relaciones sociales que legaliza a través del contrato, el ordenamiento laboral limita ciertamente la explotación de la fuerza de trabajo y garantiza importantes medios de acción a los trabajadores», señala PALOMEQUE LÓPEZ, C.: «El principio de favor en el Derecho del Trabajo», en *Los Principios del Derecho del Trabajo*, Madrid: CEF, 2003, pág. 20.

³⁵ STC 192/2003, de 17 de octubre.

Al tenor de nuestro ordenamiento jurídico positivo, hay contrato de trabajo «allí donde haya una prestación de servicios realizada en forma personal, voluntaria, remunerada, por cuenta de otro y dentro de su ámbito».³⁶ Nuestro ordenamiento jurídico «si bien no define, el contrato de trabajo, nos proporciona las claves imprescindibles para ello (en el art. 1.1 ET). Así, nos hallaremos ante un contrato de trabajo cuando se haya acordado que una persona –la trabajadora– preste (sus servicios) de forma retribuida y voluntaria, por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica –empleadora o empresaria–».³⁷ Su objeto consiste en la prestación de servicios retribuidos, en libertad. La consensualidad que lo caracteriza presupone voluntariedad, concurrencia de oferta y aceptación libres (arts. 1.254, 1.258 y 1.262 CC). Además de aquellas definiciones «se extraen sin dificultad los cuatro caracteres identificadores de esta relación contractual: la personalidad y voluntariedad del trabajo prestado, la dependencia, la ajeneidad y la remuneración».³⁸

Por una parte el trabajador consiente en trabajar «para otro», asumiendo una deuda de actividad, que no de resultado, deviniendo obligado a un quehacer personal, lo que lleva a caracterizar al contrato de trabajo como celebrado *intuitu personae*, por ello el trabajador no puede, motu proprio, sustituirse sin necesidad de contar con el asentimiento del empresario, salvo supuestos esporádicos y marginales. Por otra parte el objeto de la obligación primordial del empresario es la retribución salarial (comprensiva de «la totalidad de las prestaciones económicas, en dinero o en especie» pactadas), que deriva directa e inmediatamente de la prestación de los servicios, siendo independiente de los beneficios que la prestación de servicios por el trabajador reporte al empresario, quedando así marcada la sinalagmaticidad del contrato de trabajo.³⁹

Ciertamente el trabajo es elemento o manifestación de la realidad física. El término «trabajo», en una de sus acepciones significa «esfuerzo humano aplicado a la producción de riqueza». Ese trabajo, en esa consideración, no es ni podría ser objeto de ordenación o regulación jurídica, de tal manera que únicamente una sola manifestación específica y singular de ese trabajo (trasunto de producción de energía) es objeto de regulación jurídica.

1. El «trabajo» objeto del «contrato de trabajo» o «relación laboral»

Ha de tratarse de la prestación de trabajo que reúna unas determinadas y precisas condiciones.⁴⁰ Semejante objeto de regulación jurídica (por el Derecho del Trabajo) se configura, desde el fenómeno denominado Revolución Industrial, como la prestación del trabajo con existencia real, humano, productivo, libre, por cuenta ajena, remunerado y dependiente.⁴¹

³⁶ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 9 de diciembre de 2008.

³⁷ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 18 de mayo de 2010.

³⁸ Véase nota anterior.

³⁹ STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 20 de junio de 2005.

⁴⁰ La STC 227/1998, de 26 de noviembre, se refiere a la «prestación de actividad configurada como relación contractual laboral» y a las «notas de laboralidad».

⁴¹ Presumiendo la existencia de las cuatro primeras notas, se refiere a las tres restantes la STS, Sala Cuarta, de 31 de marzo de 1999.

Esto es, ha de tratarse de un «acontecimiento real» y existente, no virtual, es decir, con existencia real, objetiva, en el espacio-tiempo. Los acontecimientos que se desenvuelven en el espacio virtual no son objeto de regulación por la rama social del Derecho. Se regula la prestación de trabajo humano, por ello traslativamente la referencia al objeto refiere «persona», «ser humano».

Únicamente cuando el hombre ejerce el trabajo y su control sobre los medios de trabajo, este es objeto de regulación jurídica.⁴² El trabajo es humano por la circunstancia de que se controle por un ser humano, con independencia que su ordenación y material realización se lleve a cabo por medios mecanizados o robotizados, lo que por lo demás es habitual en la actividad industrial.

La prestación del trabajo o el trabajo, ha de ser «productivo». Esto es, ha de poseer «la virtud de producir», de procurar utilidad o provecho, en una doble dirección, para el empresario (que hace suyos los resultados del trabajo) y para el trabajador (que, con la prestación del trabajo, atiende a su subsistencia), contraponiéndose al «juego» y al «tiempo libre», pues el trabajo que se aplica en aquellos es «improductivo». Mediante el trabajo productivo el hombre se procura su propia subsistencia y la de su familia. La productividad se ha convertido en el icono de los actuales tiempos, de tal manera que el trabajo «vale» y se aprecia en función de su «productividad».

2. Sobre las principales notas características de la relación laboral: la «ajeneidad» y la «dependencia»

Ese trabajo humano y productivo, solo se permite y se tolera en los sistemas jurídico-políticos democráticos occidentales si es realizado en libertad.⁴³ Es cierto que existen trabajos productivos que no se realizan en libertad, como prestaciones personales obligatorias que se imponen en relación con determinados servicios públicos o comunitarios, pero son objeto de regulación jurídica específica, no menos garantista de la libertad y demás derechos individuales que la laboral. Quien presta su trabajo ha de formarse⁴⁴ la «intención previa» de trabajar, traspasando libremente la «brecha» entre la «intención previa» y la «intención en la acción», trabajando; en otro caso no sería la fuerza la que produciría una relación de causalidad con la «intención en la acción» y el esfuerzo aplicado.⁴⁵

⁴² Al «carácter personal» de la prestación se refiere la STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 15 de julio de 1999.

⁴³ No es concebible, en nuestro entorno cultural, la existencia de trabajo no libre, en régimen de esclavitud, o de servidumbre. Sin embargo sí se dan situaciones de explotación de algunos grupos de trabajadores (especialmente emigrantes) que se acercan mucho a aquellos regímenes faltos de libertad. En la historia reciente europea no faltan ejemplos de situaciones equiparables a la esclavitud o incluso comparativamente más desventajosas (el amo cuidaba del esclavo, lo que no acontecía con el trabajo forzado de los judíos y otras minorías étnicas bajo el nazismo y el comunismo).

⁴⁴ El trabajo esclavo o sin libertad produce una acción del ser humano a la que no le son aplicables las nociones de «condiciones de satisfacción» y «dirección de ajuste», predicables únicamente del actuar humano en libertad. El trabajo en régimen de libertad no abarca solo determinados aspectos de su realización (tiempo, lugar, modo, tarea, etc.), sino que ha de referirse a la propia intención y su resultado de trabajar que, por supuesto, abarca todos los aspectos prácticos relativos a la aplicación del esfuerzo físico y del intelecto. Otra conclusión es tanto como deshumanizar el trabajo. El artículo 4 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre, los artículos 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales abominan de cualquier trabajo que no sea en libertad, y el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe la existencia de esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos.

⁴⁵ A libre decisión alude la STSJ de La Rioja, Sala de lo Social, de 1 de septiembre de 1995.

2.1. La «ajeneidad»

La libertad (relativa) y la voluntariedad son inherentes al trabajo asalariado, pero este se lleva a efecto «por cuenta ajena», determinando lo que se conoce como la nota de «ajeneidad», que tal y como se concibe en la regulación del trabajo asalariado genera una contradicción esencial, íntima, interna, insuperable con la exigencia de que el trabajo se lleve a efecto en «libertad», deviniéndose a la postre en una realidad caracterizada por un grave condicionamiento a la disponibilidad sobre el propio trabajo. Por ser por cuenta ajena, se opone a la autonomía y asunción propia de los frutos del trabajo y de sus riesgos. El trabajador cede, inicial y originariamente, al empresario, las utilidades (tradicionalmente tratadas como «frutos»), derivadas de la aplicación de su esfuerzo físico e intelectual (trabajo).

El trabajador es «ajeno», literalmente hablando, a las utilidades o rendimientos que procura con su trabajo, porque «el concepto de ajeneidad supone que el trabajador presta sus servicios para otro a quien ab initio pertenecen los frutos de dicho trabajo».⁴⁶ Se produce una tajante separación entre el trabajo y su resultado, de tal forma que las utilidades derivadas de aquel en ningún momento se integran en el patrimonio del trabajador, sino que inmediatamente de ser obtenidas pasan al patrimonio del empresario. No existe una cesión de utilidades por el trabajador al empresario, sino que este adquiere el dominio o la titularidad de aquellas utilidades tal y como se van produciendo. No es preciso llegar al resultado final de los productos complejos, sino que cada vez que el trabajador aplica su esfuerzo (trabajo) la utilidad tal y como se va obteniendo se está integrando en un patrimonio «ajeno», el del empresario.⁴⁷

Tan peculiar modo de adquirir el dominio o la titularidad de las utilidades derivadas del trabajo de otros, ajeno o no propio,⁴⁸ se produce en virtud de una relación jurídica preexistente a la realización del trabajo, formalmente constituida o que se presupone. La ajeneidad es algo más que la enajenación pues esta se predica únicamente de los bienes, pero a la postre y de alguna manera, esa ajeneidad parece permitir disponer, en cierta medida, de la propia persona del trabajador, de ahí que se le haya atribuido el efecto de producir la «alineación» del trabajador. La reacción contra los excesos que puede provocar semejante acontecimiento ha llevado a una cierta «modalización de la ajeneidad»,⁴⁹ existiendo recientes manifestaciones concretas dirigidas a tratar a los trabajadores como socios.⁵⁰

⁴⁶ SSTSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 18 de mayo y 1 de junio de 2010.

⁴⁷ «La ajeneidad consiste en la atribución ab initio de los frutos del trabajo al empresario, esto es, que el producto del trabajo no pertenece al operario, sino que directamente se incorpora al patrimonio del empleador», indica la STSJ de La Rioja, Sala de lo Social, de 5 de marzo de 1996.

⁴⁸ «Se trabaja para otro, no por cuenta de otro, quedando así enlazada esta idea con la de la asunción del riesgo», precisa la STS, Sala Cuarta, de 9 de febrero de 1990.

⁴⁹ Moderación que se pone singularmente de manifiesto cuando el resultado del trabajo es una obra de autor (STS, Sala Cuarta, de 31 de marzo de 1999), pues en tal caso la cesión de dicho resultado no tiene por qué abarcar a la integridad de los derechos de propiedad intelectual, sino solo a los principales o más relevantes aspectos económicos (los de explotación básicamente).

⁵⁰ Se indica en el diario económico *Cinco Días*, de los días 22 al 24 de abril de 2011, pág. 7, que «Francia obligará a las empresas que eleven los dividendos a pagar una prima a sus empleados». La misma noticia se recoge en el diario económico *El Economista* del 22 de abril de 2011, pág. 53.

Esa prestación del trabajo objeto de regulación jurídico-laboral, se hace a cambio de una «remuneración», y se mantiene en una relación sinalagmática. Esto es, el trabajo remunerado supone que cualquier cesión originaria de las utilidades del trabajo productivo por cuenta ajena en libertad es necesariamente «remunerada». Del entramado moral, ideológico e institucional propio de la cultura occidental, que preexiste a cualquier prestación de trabajo, resulta que quien se aprovecha de las utilidades del trabajo ajeno se obliga a remunerarlo. La circunstancia de que la remuneración sea consecuencia necesaria de la libertad y de la ajeneidad no excluye su significación como característica suficientemente diferenciable y propia del trabajo objeto de la relación jurídico-laboral.⁵¹

2.2. La «dependencia»

La prestación del trabajo libre por cuenta ajena, remunerado, para ser objeto de la regulación jurídico-laboral, ha de ser además «dependiente».⁵² La dependencia⁵³ contrapone el trabajo objeto de regulación jurídico-laboral al trabajo independiente,⁵⁴ al extremo de que «la jurisprudencia viene afirmado de forma reiterada que la línea divisoria entre la opción civil (arrendamiento de servicios) y la laboral radica en la integración en el círculo rector y disciplinario del sujeto empleador de tal

⁵¹ Efectivamente así como no se concibe la prestación de trabajo forzoso, forzado e involuntario, y no por ello debe eludirse la referencia a la libertad como una característica del trabajo objeto del Derecho del Trabajo, tampoco la circunstancia de que la remuneración sea consecuencia necesaria del trabajo libre, productivo y por cuenta ajena (consecuencia de la ajeneidad según la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 2 de diciembre de 1997), excluye la necesidad de su alusión y consideración. El trabajo remunerado se contrapone al trabajo amistoso, benévolo o de buena vecindad. Ciertamente el trabajo que se presta en honor y contribución a una relación amistosa no se realiza con la intención de obtener una remuneración del *amicus*, sino que la amistad se intercala como motivo de la intención en el trabajo (la STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 17 de febrero de 1998, alude a la «colaboración amigable y desinteresada»), excluyendo, por contradictoria, la nota de la remunerabilidad (indica la STC 63/1994, de 28 de febrero, «su relación con la actividad del centro estaba imbuida, por encima de todo, de una espiritualidad y de un impulso de gratuidad, en virtud de la profesión religiosa y de los votos de obediencia y pobreza contraídos, que impiden dotar de naturaleza contractual la actividad educativa desempeñada (...) dentro de su propia comunidad religiosa, y disciplinada por vínculos de carácter espiritual en atención exclusivamente a consideraciones altruistas extrañas a las relaciones contractuales de trabajo. Se trata, en fin, de una prestación en la que está por completo ausente el interés de ganancia o de percibir una contraprestación económica»). Manifestaciones del trabajo amistoso se dan por doquier (STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 2 de julio de 1998; STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, de 23 de marzo de 1998) y el trabajo de buena vecindad se encuentra profundamente arraigado en la cultura agraria de algunas regiones (STSJ de Andalucía, Sala de lo Social, de 3 de noviembre de 1999; STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 10 de febrero de 1999, que alude a las «relaciones amistosas o benévolas por razón de vecindad»).

⁵² Otras características de la prestación del trabajo objeto de regulación jurídico-laboral no constituyen más que manifestaciones de la nota de la dependencia, como son la concurrencia de la «exclusividad» (STS, Sala Cuarta, de 7 de julio de 1988), de manera que, habitualmente, el contrato de trabajo une al trabajador con un solo empresario. Lo mismo ocurre con la naturaleza *intuitu personae* que generalmente se le atribuye (SSTS, Sala Cuarta, de 29 de septiembre de 1983, 4 de octubre de 1984, 17 de marzo de 1986 y 29 de enero de 1997), de forma que es problemático pensar en un contrato de trabajo en el que el operario es sustituido, a iniciativa y por designación de este, por otra persona, durante alguna ausencia ocasional, o en el que el trabajador deba aportar medios materiales para la prestación del servicio y mucho menos la de medios personales (STS, Sala Cuarta, de 11 mayo de 1979), aunque tal nota tampoco es de carácter decisivo, ya que existen nexos laborales en los que el trabajador aporta algún medio o herramienta (STS, Sala Cuarta, de 22 de abril de 1996 y STSJ de La Rioja, Sala de lo Social, de 5 de marzo de 1996).

⁵³ STSJ de Cantabria, Sala de lo Social, de 16 de diciembre de 1997 y STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 9 de enero de 1999.

⁵⁴ No laboral, según la STSJ de Aragón, Sala de lo Social, de 7 de octubre de 1998; la STSJ de Extremadura, Sala de lo Social; de 24 de febrero de 1998; y la STSJ de Andalucía, Sala de lo Social, de 13 de febrero de 1998.

forma que si los servicios del profesional se prestan en régimen de dependencia nos encontraremos ante un contrato de trabajo, sea cual fuere el *nomen iuris*, y viceversa». ⁵⁵

Efectivamente, «la dependencia, equiparada comúnmente a la subordinación, supone la sujeción del trabajador a las órdenes del empleador, por supuesto dentro del ámbito estricto del objeto de la prestación», ⁵⁶ «su pertenencia al círculo rector y organicista de la empresa», ⁵⁷ o su inclusión en su ámbito de organización y dirección, ⁵⁸ bien que con amplia laxitud, ⁵⁹ y mantiene una «fuerte conexión o correlación» con la ajeneidad. ⁶⁰ Constituye un elemento delimitador frente a otras prestaciones de naturaleza análoga ⁶¹ y, en todo caso, anuncia el desequilibrio jurídico y económico existente en la relación laboral. El origen y la naturaleza de la situación dependiente del trabajador, se ha pretendido encontrar bien en que constituye un arcaísmo heredado de las locaciones de servicios romanas (*locatio-conductio operarum*), a través de los arrendamientos de servicios de los Códigos Civiles, ⁶² bien en no constituir más que residuos históricos de naturaleza jurídico-política, o bien en que no es más que el reflejo de la estructuración de las relaciones de propiedad.

La atribución de las utilidades derivadas del trabajo al empresario determina que este tenga el poder de indicar el lugar, el tiempo, la cantidad, la calidad y el modo (cómo, cuándo y dónde) de producción de tales utilidades. Aparece así como una consecuencia derivada de la prestación del trabajo por cuenta ajena que, asimismo, fundamenta el poder directivo y organizativo atribuido al empresario. ⁶³ Se refuerza ese poder con la atribución al empresario de facultades extraordinarias, sancionadoras o punitivas, de puro poder (político). ⁶⁴ Circunstancia que no obstante es difícilmente conciliable con la creciente «externalización del empleo», ejemplificada en el trabajo para «empresas de trabajo temporal», en el cual, merced al contrato de puesta a disposición, las facultades organizativas del trabajo residen en la empresa usuaria (en la que el trabajador presta sus servicios) en tanto que las disciplinarias, punitivas y sancionadoras, permanecen en la empresa de trabajo temporal (el empresario).

La circunstancia de que las unidades productivas sean en las economías actuales las empresas de naturaleza societaria, contribuye a la racionalización en el ejercicio de los poderes que se

⁵⁵ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 23 de septiembre de 2010.

⁵⁶ STSJ de La Rioja, Sala de lo Social, de 5 de marzo de 1996.

⁵⁷ STS, Sala Cuarta, de 7 de mayo de 1986.

⁵⁸ STS, Sala Cuarta, de 19 de enero de 1987.

⁵⁹ STSJ de La Rioja, Sala de lo Social, de 1 de septiembre de 1995.

⁶⁰ STS, Sala Cuarta, de 21 de mayo de 1990. La ajeneidad lleva a excluir la dependencia en el trabajo familiar, pues «la existencia de un fondo social y familiar común de intereses y riesgos excluye la relación de trabajo dependiente», indica la STSJ de Aragón, Sala de lo Social, de 13 de octubre de 1998.

⁶¹ SSTCT de 20 de julio de 1984 y 14 de enero de 1988; SSTS, Sala Cuarta de 16 de julio de 1984, 2 de diciembre de 1986, 30 de noviembre de 1987, 1 de noviembre de 1989, 8 de octubre de 1992, 24 de abril de 1996, etc.; STSJ de Canarias, Sala de lo Social, de 12 de junio de 1998; STSJ de las Islas Baleares, Sala de lo Social, de 29 de abril de 1999; STSJ de Cantabria, Sala de lo Social, de 1 de abril de 1999, etc.; STSJ de Canarias, Sala de lo Social, de 18 de mayo de 1998, indica que «el elemento definidor clásico del contrato de trabajo no es otro que el de la dependencia».

⁶² STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 21 de septiembre de 2010.

⁶³ Se rechaza la posibilidad de ordenar, dirigir y ejecutar materialmente el trabajo por la STSJ de Cantabria, Sala de lo Social, de 24 de noviembre de 1999.

⁶⁴ A la «disciplina laboral» alude la STSJ de Andalucía, Sala de lo Social, de 29 de marzo de 1999.

otorgan en relación con la prestación del trabajo asalariado. Efectivamente la actividad de empresa es de por sí organizada y presupone la existencia de una organización (estructura burocrática), lo cual supone racionalización del ejercicio del poder. La búsqueda de mejores resultados impone la mejora de la organización lo cual supone incidir en el proceso racionalizador y poner coto, en aras de la eficacia, al arbitrio y al personalismo. «Lo característico del contrato de trabajo contemplado históricamente no es la relación de subordinación o dependencia del trabajo sino su limitación paulatina.»⁶⁵

2.3. Precisiones útiles, respecto del ejercicio del «derecho de huelga, a las notas de «dependencia» y «ajeneidad», y sus mutuas relaciones

Constituye lugar común afirmar que en la redacción del artículo 1.1 del ET [que se aparta fundamentalmente de la delimitación de la relación de trabajo en Ley (LCT) de 1931, en la Ley (LCT) de 1944, y en la Ley (LRL) de 1976 que no aludieron ni concretaron el concepto de dependencia] parece «latir un concepto jurídico indeterminado y dinámico de dependencia, flexible, cambiante, conscientemente ambiguo, susceptible de dar acogida a nuevas modalidades de trabajo dependiente que surgen en reelaboración constante, adecuando la aplicación de la norma a los cambios de la sociedad, siendo misión de los órganos judiciales interpretar la norma atendiendo a la realidad social de cada momento (art. 3 CC)».⁶⁶

De las notas que caracterizan al trabajo que es objeto de regulación jurídico-laboral, únicamente las notas de ajeneidad y dependencia son «determinantes y consustanciales al contrato de trabajo, aportando un sesgo diferencial respecto de otras realidades productivas». De esas dos notas características, es «la dependencia jurídica la que mayor identidad otorga a la relación laboral»,⁶⁷ pero no por ello ha de dejarse de aludir a la persistencia de la «ajeneidad», como una circunstancia actual y esencial de la relación laboral, por más que haya de entenderse en un nuevo sentido para que la empresa se adecue a la «cultura deliberativa». Por la «ajeneidad» se «supone que el trabajador presta sus servicios para otro a quien ab initio pertenecen los frutos de dicho trabajo, entendiéndose este elemento en el sentido de transmisión originaria del resultado del trabajo a un tercero⁶⁸ y plasmándose en el hecho de ser el empleador quien incorpora a su patrimonio los resultados, utilidades o frutos del "trabajo del trabaja-

⁶⁵ ALONSO OLEA, M.: «Las raíces del contrato de trabajo», *op. cit.*, pág. 415.

⁶⁶ STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 28 de diciembre de 2007, que añade: «tratándose con ello de evitar que las nuevas formas de organización y actuación empresarial supongan una regresión en la determinación de los colectivos amparados por las normas protectoras del Derecho del Trabajo, existiendo coincidencia doctrinal unánime en señalar que uno de los presupuestos históricos o de las constantes a que obedece la evolución del Derecho del Trabajo radica en la progresión de su ámbito subjetivo»; También STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 23 de septiembre de 2010, que recoge la doctrina sentada en la STS, Sala Cuarta, de 7 de octubre de 2009. Los indicios generales aceptados acerca de la concurrencia de la nota de ajeneidad así como sobre la presencia de la nota de la dependencia, se exponen en la doctrina de las SSTS, Sala Cuarta, de 2 de octubre de 1989, 15 de abril de 1990, 8 de octubre de 1992, 20 de septiembre de 1995, 22 de abril de 1996, 31 de marzo de 1997 y 29 de diciembre de 1999.

⁶⁷ STS, Sala Cuarta, de 2 de febrero de 1985, que alude la dependencia como el requisito «más característico de la relación laboral»; En la misma línea pueden citarse las SSTSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 20 de septiembre de 2005, de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 4 de mayo de 2005, y del País Vasco de 1 de junio de 2010.

⁶⁸ STS, Sala Cuarta, de 29 de octubre de 1992; STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 18 de mayo de 2010.

dor" y percibe directamente los beneficios,⁶⁹ por ello y correlativamente será el empresario quien correrá con los riesgos, positivos y negativos, siendo el trabajador ajeno, directa e inmediatamente, al resultado de la explotación de los frutos de su trabajo, resultando así una triple vertiente en esta noción de la ajeneidad: la ajeneidad en los frutos, en el mercado y en los riesgos».⁷⁰

Consecuencia de esa triple efectividad de la ajeneidad es la modalización de la responsabilidad de los trabajadores por daños y perjuicios causados a los empresarios como consecuencia de incumplimientos laborales. Porque efectivamente «en todo contrato de trabajo existe el elemento de ajeneidad, que supone que el empresario asume los riesgos derivados de la prestación de servicios a la que el trabajador se obliga, lo que resulta poco compatible con la posibilidad de que el empresario pueda exigir al trabajador que le resarza por el incumplimiento por este de sus deberes laborales (circunstancia que) obliga a matizar los tradicionales criterios civiles de responsabilidad indemnizatoria contractual, y exigir para que esta pueda surgir en el ámbito laboral, que la culpa o negligencia del trabajador sea grave, cualificada o de entidad suficiente».⁷¹

La «dependencia laboral» también requiere de particulares consideraciones para que la empresa pueda ubicarse en el marco de la «cultura deliberativa». Aquella nota característica de la relación laboral «supone básicamente que el que trabaja bajo este régimen no tiene capacidad para organizar su trabajo, prestándolo bajo las órdenes del empleador, residiendo esta circunstancia en la posición de subordinación del trabajador al empresario que tiene el poder de dirección del trabajo, esto es, de determinar su contenido, su cualidad y el resultado pretendido, elementos cuyo control no corresponde al trabajador».⁷²

Esto es, «por dependencia laboral hay que entender dependencia jurídica, obediencia a las órdenes que sobre el trabajo encomienda el empresario, y debe diferenciarse de cualquier otro tipo de vinculación ajena al ámbito del Derecho del Trabajo; si bien toda relación laboral es dependiente, no toda relación dependiente es laboral. Relación laboral dependiente o subordinada no es equivalente a otros tipos de dependencia no jurídica, como la dependencia técnica, económica, familiar, societaria o ideológica. El esquema fordista de la producción obedecía a una organización en la que la nota de la dependencia era rígida y muy exigente, en la que empresario y trabajador se encontraban constantemente en el mismo lugar y tiempo de trabajo, pero poco a poco se ha ido abriendo paso una concepción más flexible, superadora del modelo de empresa tradicional, bastando ahora con la integración o incorporación en la esfera organizativa, productiva y directiva de la empresa».⁷³

Ciertamente, «es más actual este concepto que el acuñado a partir de la jurisprudencia de los años sesenta del pasado siglo XX en el sentido de inserción en el círculo rector y disciplinario del empresario. La dependencia, en su consecuencia, es equivalente a la existencia de órdenes ajenas al trabajador sobre el modo de ejecución del trabajo, si bien no ha de entenderse como un concepto necesariamente

⁶⁹ SSTS, Sala Cuarta, de 29 de enero de 1991 y 16 de marzo de 1992; STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 18 de mayo de 2010.

⁷⁰ STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 28 de diciembre de 2007; a «ajeneidad en la disposición sobre el trabajo», «ajeneidad en los riesgos» y «ajeneidad en los frutos del trabajo», se refiere MONTOYA MELGAR, A.: «Derecho y Trabajo», *Cuadernos Civitas*, Madrid, 1997, pág. 24.

⁷¹ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 9 de marzo de 2010.

⁷² STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 27 de enero de 2007.

⁷³ STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 28 de diciembre de 2007.

rígido, como subordinación estricta en todos los aspectos y circunstancias de tiempo, lugar y modo, sino que también, en su modalidad flexible, es acomodación de la actividad laboral a los condicionamientos y programas de la organización productiva en la que aquella se inserta». ⁷⁴ De tal manera que «el carácter laboral de vínculo no quede desmentido por la amplitud del grado de autonomía de que disponga el trabajador para ejecutar su prestación, pero para que una relación de servicios se considere laboral debe realizarse dentro del ámbito de organización y dirección del empleador, junto con la prestación personal de servicios, y la ajeneidad consiguiente a la asunción del riesgo por la empresa». ⁷⁵

Con un cierto fatalismo se afirma que «en la relación laboral el trabajador ocupa una posición de subordinación, natural e inevitable para la actividad productiva, que puede conllevar un cierto riesgo para sus derechos e intereses. Por ello esta rama del Derecho (del Trabajo) pretende, entre otras cosas, proteger al trabajador por cuenta ajena o asalariado de los riesgos de la subordinación, tutelando la posición del contratante débil, tratando de compensar la desigualdad entre las partes que caracterizan el contrato de trabajo. Garantizar la efectividad real del Derecho del Trabajo exige asegurar que la situación de subordinación y dependencia del trabajador no se traduzca en un clima adverso a cualquier planteamiento de reclamación laboral». ⁷⁶

Reconocida la «libertad de empresa no solo como un derecho *ad extra* referido exclusivamente al tráfico jurídico y económico sino, también, como una expectativa a ostentar una titularidad de poder de autoorganización y decisión empresarial a partir del momento en que se configuren relaciones laborales en un ámbito empresarial, resulta que un aspecto fundamental en la configuración de los poderes empresariales es la finalidad que se trata de satisfacer con su ejercicio». ⁷⁷

Fundamentando el poder de dirección del empresario en la libertad económica como «corolario» del derecho de propiedad, se determina una relación de jerarquía ajena a cualquier «razón organizativa», tratándose de «una idea en definitiva que trata de poner de relieve cómo la estructura jerárquica autoritaria de la empresa atribuye necesariamente el poder directivo a quien es titular de ella, pero no tanto en cuanto cabeza visible de una organización cualquiera, sino en tanto forma organizativa única –la jerárquica– para el mantenimiento y funcionamiento de toda la estructura productiva, la cual se apoya sobre la libre empresa». ⁷⁸

⁷⁴ STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 28 de diciembre de 2007, que añade: «es posible que las profesiones liberales, con ciertos condicionamientos derivados de exigencias técnicas y deontológicas, se desenvuelvan en régimen laboral de dependencia aunque actuando en régimen de autonomía, en cuanto derivación de la mayor cualificación técnica a ellos exigibles. Se ha llegado a firmar que el profesional liberal es el prototipo del trabajador moderno».

⁷⁵ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 18 de mayo de 2010.

⁷⁶ STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 9 de mayo de 2007, que precisa «si la empresa es socialmente una clara situación de poder, si la relación de trabajo expresa, en definitiva, el sometimiento de un hombre a otro (en términos del artículo 1 ET, la inserción en el círculo organizativo, rector y disciplinario del empresario), obligado a realizar una determinada conducta, esta supremacía fáctica y jurídica no puede extenderse hasta el punto de ser un obstáculo a la efectividad de los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a los trabajadores, impidiendo el más mínimo diálogo».

⁷⁷ LUQUE PARRA, M.: *Los límites jurídicos a los poderes empresariales en la relación laboral*, Barcelona: Jose María Bosch Editor, 1999, pág. 89.

⁷⁸ ROMÁN DE LA TORRE, M.^a D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Valladolid: Ediciones Grapheus, SL, 1992, pág. 83, que precisa, en pág. 82, «y si la perspectiva contractual se ensancha y completa al atraer a sí los argumentos organizativos como explicación de la razón de ser del poder directivo empresarial, no ocurre menos cuando la argumentación utilizada es la económica».

Pero concebida la empresa «como un ámbito en donde se ejercen unos poderes empresariales que inciden en el desarrollo de la relación laboral» y que son «configuradores de un poder más amplio denominable poder empresarial organizacional», se admite sin demasiadas dificultades la posibilidad de «democratizar» ese poder, lo que no ocurre cuando se concibe «como vinculado meramente a un contrato de trabajo o a un sistema económico» en cuyo caso resulta difícil identificar los límites jurídicos a su ejercicio.⁷⁹

En definitiva, cualquiera que sea la configuración jurídica que se haga del poder de dirección empresarial «la alternativa social no puede ser la subordinación, el sometimiento total al empresario, realizando la prestación del trabajo en las condiciones impuestas por el patrón sin ninguna queja ni reclamación. La alternativa está precisamente en el diálogo, en el planteamiento al empresario través de cauces internos de las reclamaciones relativas a las condiciones de trabajo y en la búsqueda de una solución amistosa, conveniente y aconsejable, que debe ser planteada por el trabajador sin ningún temor y aceptada por el empresario sin ninguna represalia».⁸⁰

La «ajenidad» de los resultados del trabajo y la «dependencia» o «subordinación» del trabajador, se «engarzan»⁸¹ y se corresponden con «poder de dirección» del empresario. De tal manera que «la base o fundamento jurídico del llamado poder de dirección del empresario está en el contrato de trabajo, y se asienta en las notas de ajeneidad y dependencia propias del mismo», constituyendo, a la postre, un entramado que, se dice, responde «a una indiscutible necesidad técnica u organizativa de la empresa», siendo su consecuencia que «engendra un verdadero deber de obediencia en el trabajador», al extremo que «se trata no solo de un deber básico de obediencia al que se refiere el artículo 5 c) del ET, en cuanto que sometimiento al ejercicio regular de las facultades directivas empresariales, sino, fundamentalmente, del antecedente deber básico de buena fe [art. 5 a) ET], que exige cumplir con las obligaciones concretas del puesto de trabajo de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia».⁸²

El deber de «obediencia» del trabajador, que se afirma, cuanto que trasunto de la ajeneidad y la dependencia, «tiene por finalidad adecuar la relación laboral a la finalidad económica del contrato de trabajo. Se entiende por tanto que hay desobediencia –en su caso indisciplinada– cuando el trabajador incumple las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, determinadas, bien por las normas laborales aplicables, bien por las órdenes e instrucciones que emanen legítimamente del poder de dirección del empresario». Aquella «ajeneidad» respecto de su trabajo, y «dependencia» respecto del empresario, determinan que cuando «las órdenes se enmarcan dentro del contrato de trabajo,

⁷⁹ En ese sentido LUQUE PARRA, M.: *Los límites jurídicos a los poderes empresariales en la relación laboral*, op. cit., pág. 88.

⁸⁰ STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 9 de mayo de 2007; Indica LUQUE PARRA, M.: *Los límites jurídicos a los poderes empresariales en la relación laboral*, op. cit., pág. 96, que «en ningún momento el derecho empresarial a poder ejercer sus facultades en el ámbito laboral derivado de la libertad de empresa, puede concebirse de modo "omnímodo"».

⁸¹ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 13 de octubre de 2010. Bien entendido que en pequeñas sociedades/empresas laborales la realización de funciones de dirección y gerencia por un socio trabajador «no tiene entidad suficiente para absorber (su) actividad (...), y negar el carácter de ajeneidad respecto de la empresa –sociedad laboral– para las que trabaja, al no constar que aquellas fueran retribuidas», dice la STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 15 de junio de 2010.

⁸² STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 28 de enero de 2008; Sobre la buena fe en el contrato de trabajo *vid.* MONTOYA MELGAR, A.: «La buena fe en el Derecho del Trabajo», *AARAJL*, Madrid, 2001; También GARCÍA VIÑA, J., «La buena fe en el contrato de trabajo», *Consejo Económico y Social*, Madrid, 2001.

exista la presunción *iuris tantum* de que son legítimas y de ahí la regla general que obliga a obedecerlas».⁸³

En definitiva, la existencia de una relación laboral «no se apreciará cuando el titular de una empresa concierta la prestación de un determinado servicio sin intervenir en el modo de prestarlo de quien se obliga a realizarlo, que es quien corre con los medios materiales y personales precisos para ejecutarlo, que dirige y controla su ejecución, y asume el riesgo».⁸⁴

IV. SUSTITUCIÓN DE LOS TRABAJADORES HUELGUISTAS

La sentencia objeto de comentario trata de la sustitución de los trabajadores huelguistas por trabajadores no huelguistas, pertenecientes a la empresa y ya vinculados al empresario mediante un contrato de trabajo. Se acepta por aquella sentencia como verdad irrefutable el cuestionable parecer de que si bien la conducta prevista en el artículo 6.5 del Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, se refiere únicamente a la «sustitución externa» de los huelguistas, «sin embargo, también la sustitución interna de trabajadores huelguistas, esto es, la que se lleva a cabo mediante trabajadores que se encuentran vinculados a la empresa al tiempo de la comunicación de la huelga, puede constituir un ejercicio abusivo de las facultades directivas empresariales. Así ocurrirá cuando, sea de forma intencional, o sea de forma objetiva, dicha sustitución produzca un vaciamiento del contenido del derecho de huelga, o una desactivación o aminoración de la presión asociada a su ejercicio».

Precisa la sentencia objeto de comentario, en los antecedentes, que el Juzgado de lo Social competente había estimado «que no solo (era) contrario (al) derecho fundamental (de huelga) el "esquirolaje externo" (contratación de trabajadores ajenos a la empresa para sustituir a los huelguistas), sino también el interno, esto es, aquel que utiliza la movilidad funcional dentro de la empresa para cercenar la eficacia de la huelga», supuesto este último que entendía concurría en el caso. Apreciación que fue cuestionada por la Sala a quo que conoció del recurso de suplicación interpuesto por el empresario, y según la cual no constaba que la empresa hubiera «empleado medidas contrarias al ejercicio del derecho de huelga, puesto que fueron los jefes de sección de todos los turnos quienes tomaron la decisión de no secundar la huelga» y que el hecho de que el empresario se hubiera decantado en contra de la huelga convocada no significaba que «vulnerase u obstaculizase el derecho de los huelguistas, en la medida en que se limitó a contrarrestar sus efectos, lo que resulta perfectamente lícito», añadiendo la Sala de suplicación que «además», no había sido el empresario «sino los jefes de sección» quienes habían decidido, en reunión mantenida antes de la huelga, sacar el trabajo adelante, y que «tal actuación» no vulneraba el artículo 6.5 del Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, que únicamente prohibía la sustitución de los huelguistas por trabajadores que no estuvieran vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la medida de conflicto, revocando consecuentemente la sentencia de instancia.

⁸³ STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 28 de enero de 2008, que precisa lo siguiente: «sin perjuicio de impugnarlas cuando se estiman lesivas o abusivas, salvo que concurran determinadas circunstancias de excepción, tales como peligrosidad, ilegalidad, ofensa a la dignidad del trabajador u otras análogas que razonablemente justifiquen la negativa (a su cumplimiento)»; Sobre la correlación entre las notas de ajeneidad y dependencia, STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 15 de septiembre de 2010.

⁸⁴ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 21 de septiembre de 2010, que añade: «Se tratará entonces de un arrendamiento de servicios puesto que la obligación asumida es la realización de un servicio y no la prestación del trabajo por cuenta del titular bajo su ámbito organizativo y decisorio».

1. Criterio general

Se alude al «al uso desviado del poder organizativo empresarial» porque «nada le impide al empresario utilizar, durante la huelga, los poderes directivos sobre los trabajadores que, de modo voluntario, decidan no secundar la convocatoria de huelga, aunque deberá acreditar la finalidad exclusivamente laboral de la decisión empresarial».⁸⁵ Afirmación que comprende tanto el caso «en el que la empresa acuerda la sustitución externa –es decir, mediante personal ajeno a la plantilla– de los trabajadores huelguistas, en contra de las previsiones del artículo 6.5 del Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo», como «cuando tal sustitución se encomienda a trabajadores internos de la propia empresa cuyas funciones no son coincidentes con las de los huelguistas, pues en tal caso se produce una novación contractual en las funciones de aquellos que representa un ejercicio abusivo del *ius variandi* empresarial».⁸⁶ Se dice que «el derecho de huelga "anestesia, reduce y paraliza" el poder de dirección del empresario»⁸⁷ y que nuestro ordenamiento jurídico proscribe al «esquirol».⁸⁸

El «llamado por la doctrina esquirolaje externo»,⁸⁹ que «está vedado de manera inequívoca por el artículo 6.5 del Real Decreto Ley 17/1977 de 4 de marzo, no siempre es un fenómeno fácil de delimitar,⁹⁰ especialmente cuando la decisión de realizar tales sustituciones no es tomada directamente por su empleador, sino por un tercero (...), que a su vez se vale de sus propios trabajadores para hacer las tareas no asumidas por los huelguistas».⁹¹ Tal puede suceder en el caso de las relaciones empresa principal-con-

⁸⁵ STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 31 de marzo de 2004.

⁸⁶ STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 22 de mayo de 2009; «La preeminencia del derecho fundamental de huelga incide en el derecho del empresario a la dirección y control de la actividad laboral, regulado en el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores, sin que el ejercicio por el empresario de estas facultades pueda vaciar de contenido el ejercicio de este derecho fundamental, lo que prohíbe la sustitución interna de trabajadores huelguistas por otros que no secundaron la huelga del mismo o distinto centro de trabajo», dice la STSJ de Aragón, Sala de lo Social, de 6 de octubre de 2010; «La vulneración del derecho fundamental de huelga puede derivarse no solo de la sustitución de los trabajadores huelguistas por otros que a la fecha del inicio de la misma no pertenecían a la plantilla de la empresa (sustitución externa), sino también cuando, en determinadas circunstancias, la sustitución de los huelguistas se produce por trabajadores de la propia plantilla (sustitución interna). Sin que pueda argumentarse en contra que el artículo 6.5 del Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, autoriza la sustitución interna, es decir, la posibilidad de que el empresario pueda sustituir a los trabajadores en huelga por otros empleados que hayan decidido libremente no participar en la misma, en cuanto esa facultad no es ilimitada sino que debe ajustarse escrupulosamente a lo dispuesto, ya que la extralimitación o uso abusivo de la misma contraviene el derecho fundamental de los trabajadores al ejercicio de la huelga», indica la STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 3 de diciembre de 2002.

⁸⁷ STS, Sala Cuarta, de 8 de mayo de 1995; STSJ de Andalucía, Sala de lo Social, de 7 de mayo de 2009.

⁸⁸ Nuestro ordenamiento jurídico «recoge una vieja interdicción tradicional y repudia la figura del "esquirol", expresión peyorativa nacida para aludir al obrero que se presta a realizar el trabajo abandonado por un huelguista, según enseña la Real Academia Española en su diccionario. Esto explica que se prohíba al empresario, mientras dura la huelga, la sustitución de los huelguistas por trabajadores que no estuvieran vinculados a la empresa en el momento de ser convocada», indica la STC 123/1992, de 28 de septiembre.

⁸⁹ STSJ de Andalucía, Sala de lo Social, de 7 de mayo de 2009.

⁹⁰ La STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 9 de marzo de 2003, refiere una «nueva expresión de esquirolaje externo sin precedentes jurisprudenciales».

⁹¹ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 26 de octubre de 2010, según la cual eso puede suceder en las relaciones entre empresa principal-contratista-subcontratista, los cuales no son independientes unos de otros, o cuya independencia respectiva «no es absoluta», pues entre ellos «se tejen una serie de relaciones, muchas veces derivadas de la utilización de un mismo centro de trabajo, propiedad a su vez de la primera (empresa principal), y que ha determinado para regularlas, e incluso para proteger al trabajador que se considera más débil, cuál es el de la contratista-subcontratista».

tratista/subcontratista, que no son independientes unos de otros, sino que se establece una interdependencia entre ellas que «condiciona para una y otra la toma de decisiones. Una de ellas es la posibilidad de contratar con una nueva empresa y con esa misma finalidad, mientras los trabajadores de la subcontrata realizan una huelga; tampoco sustituirlos con personal propio; ya que en ambos casos sería ilusorio el ejercicio de ese derecho fundamental y en su plenitud (...), en estos casos el trabajador no solo busca presionar a su empleador para obtener unas determinadas condiciones laborales, sino que y aunque sea indirectamente, dicha presión también va dirigida a la empresa principal, y para que "influya" en la toma de una decisión de la contratista/subcontratista y que sea favorable a los intereses de los huelguistas».⁹²

Efectivamente, al «esquirolaje externo» se refiere el artículo 6.5 del Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, según el cual «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», salvándose los supuestos de incumplimiento de servicios mínimos e incumplimiento de servicios de seguridad y mantenimiento. Previsión legal que se ve complementada por la contenida en artículo 8 a) de la Ley 14/1994 sobre Empresas de Trabajo Temporal, que impide la celebración de contratos de puesta a disposición para la sustitución de trabajadores en huelga de la empresa usuaria, esto es, las empresas no podrán celebrar contratos de puesta a disposición para sustituir a trabajadores en huelga en la empresa usuaria, y 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, que conceptúa como infracción muy grave «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».

Las excepciones a la prohibición de sustitución de los trabajadores huelguistas son muy limitadas,⁹³ afectando incontestablemente, según indica la sentencia objeto de comentario, al incumplimiento de los servicios mínimos, en las huelgas en servicios esenciales y de seguridad y mantenimiento. Sobre los primeros no parece que quepa duda alguna, acerca de los segundos se ha dicho «que no obstante la huelga deben adoptarse medidas de seguridad de las personas, en los casos en que tales medidas sean necesarias, y medidas de mantenimiento y preservación de los locales, de la maquinaria, de las instalaciones o materias primas, con el fin de que el trabajo pueda reanudarse sin dificultad tan pronto como se ponga fin a la huelga, es algo que no ofrece seria duda. La huelga es un derecho de hacer presión sobre el empresario colocándose los trabajadores fuera del contrato de trabajo, pero no es, ni debe ser en momento alguno, una vía para producir daños o deterioros en los bienes de capital. Las medidas de seguridad corresponden a la potestad del empresario, no tanto en atención a su condición de propietario de los bienes, cuanto en atención a su propia condición de empresario y, en virtud de ello, como consecuencia de las facultades de policía de que en el seno de la empresa está investido. La ejecución de las medidas de seguridad compete a los propios trabajadores y es este uno de los sacrificios que el ejercicio responsable del derecho a la huelga les impone, pues es claro que no es el de huelga un derecho que pueda ejercitarse sin contrapartida».⁹⁴

⁹² STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 26 de octubre de 2010.

⁹³ Bien entendido que el derecho de huelga «no ampara la presión sobre los otros trabajadores que no quieren secundarla y que la violencia ejercida sobre estos últimos para disuadirlos del ejercicio de su ocupación laboral es susceptible de sanción en función de los medios y las características empleados, por lo que no cabe una categorización única de la respuesta empresarial a tales medidas», precisa la STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 28 de junio de 2008.

⁹⁴ STC 11/1981, de 8 de abril.

En esa línea la jurisprudencia ordinaria⁹⁵ se ha cuidado en afirmar que de la precitada doctrina constitucional «se infiere sin gran dificultad que cuando el comité de huelga niega frontalmente su colaboración para adoptar las medidas de seguridad y mantenimiento, puede el empresario proceder a la designación de los trabajadores que hayan de desempeñarlas, siempre que estén objetivamente justificadas. Porque el derecho a la adopción de tal tipo de medidas es indiscutible. Y este es el único supuesto en el que se pueden sustituir trabajadores en huelga por otros, pertenezcan o no los sustitutos a la empresa».

Pero existe otra perspectiva desde la que se debe enjuiciar la posibilidad de aquella problemática; se trata de atender a la igualdad en el derecho al trabajo y a la estabilidad en el empleo⁹⁶ de los trabajadores huelguistas y trabajadores no huelguistas, y eso supone no solo el derecho a prestar materialmente el trabajo y cobrar el salario correspondiente, conforme a la sinalagmaticidad inherente al contrato de trabajo, sino además actuar conforme a sus propias perspectivas sobre la existencia y permanencia de su puesto de trabajo, y para ello la empresa ha de mantenerse, con mayor o menor intensidad, en funcionamiento. Lo cual, dicho sea de paso, no se contradice con la proscripción del «cierre patronal», sea como medida reactiva o preventiva ante la huelga⁹⁷ o sea «por no existir servicios mínimos y no haber volumen de trabajadores para la producción».⁹⁸

No se trata tampoco de contraponer un derecho fundamental (el derecho a la huelga) y otro derecho que carece de *nomem iuris* de semejante calificación, bien que aparezca racional y razonablemente comprendido entre las denominadas medidas de conflicto colectivo, cuya adopción sí tiene amparo y reconocimiento constitucional. La jurisprudencia constitucional ha afirmado que no es admisible supe- ditar el ejercicio del derecho a la huelga, reconocido como fundamental por nuestra Constitución, a otros derechos que, aun cuando constitucionalmente tutelados, como lo son el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) y la libertad de empresa (art. 38.1 CE), no tienen aquel rango ni su consiguiente protección.⁹⁹

⁹⁵ STS, Sala Cuarta, de 28 de mayo de 2003.

⁹⁶ Sobre la estabilidad en el empleo y su alcance LÓPEZ CUMBRE, L.: «El principio de estabilidad en el empleo», capítulo 11 de la obra *Los Principios del Derecho del Trabajo*, Madrid: CEF, 2003, págs. 287-337.

⁹⁷ «A diferencia de la huelga, el cierre patronal no se configura en la Constitución como un derecho fundamental, dado que esta facultad patronal de decretar el cierre no aparece específicamente recogida en la Constitución, sino que constituye una de las medidas generales de conflicto colectivo de la Constitución, artículo 37.2», indica la STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 21 de abril de 2009, que recoge la siguiente doctrina jurisprudencial, que «se califica el cierre de ofensivo o de agresión cuando se lleva a cabo como medida para impedir la huelga, presionar para que se ponga fin a la misma, o sancionar a los huelguistas (STS, Sala Cuarta, de 31 de marzo de 2000). Se trata de una medida empresarial destinada a hacer fracasar el intento de los trabajadores de hacer efectivo y real su derecho de huelga, o bien con la finalidad de hacer presión sobre ellos para que desistan de la misma (STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 10 de enero de 1990). Así, se consideran ofensivas las siguientes modalidades de cierre (STS, Sala Cuarta, de 31 de marzo de 2000): a) el cierre preventivo o anticipado, esto es, el que se anticipa al inicio de la huelga anunciada para hacer fracasar la decisión de los trabajadores de ejercer ese derecho constitucional (STC 191/1987); b) el cierre de intimidación, o sea, el que se adopta durante la huelga, sin razón o causa legal que lo justifique, como medida de presión, bien para privar del salario a los trabajadores que continúan en su puesto y presionar con ellos a los huelguistas para que desistan de la misma, bien para hacer inefectiva la decisión de los huelguistas de poner fin a la huelga y volver al trabajo; c) el llamado cierre de retorsión, a saber, el que se mantiene o inicia una vez finalizada la huelga para impedir a los que participaron en ella su incorporación al trabajo, privándoles, a modo de sanción, de los salarios que pudieran devengar con su trabajo. Las citadas modalidades se consideran ilegales al suponer un atentado directo contra el derecho de huelga, de superior rango constitucional (STS, Sala Cuarta, de 31 de marzo de 2000)».

⁹⁸ STS, Sala Cuarta, de 12 de mayo de 2010.

⁹⁹ STC 80/2005, de 4 de abril, en la que no obstante también se afirma, que «el derecho al trabajo, en los términos previstos en la Constitución, no puede oponerse al derecho de huelga, que se mueve en un plano distinto, de lo que es muestra su inclusión en la sección primera –y no en la segunda– del capítulo 2 del título 2, relativo a los derechos fundamentales y

La cuestión se traslada pues a la debida aplicación del «axioma básico» del «pensamiento» (llevar a cabo inferencias conforme a las leyes de la lógica y la razón) consistente en el respeto escrupuloso al principio de igualdad, en términos jurídicos el derecho a la igualdad, naturalmente «clave de bóveda» de todo el edificio o andamiaje jurídico y político occidental. En este punto, y sin entrar en el plano de la racionalidad estricta (pensamiento ajustado a las leyes de la lógica y la razón), manteniéndonos únicamente en el plano jurídico positivo, siempre de racionalidad limitada, es preciso recordar que según reiterada jurisprudencia constitucional:¹⁰⁰

- a) «El artículo 14 de la CE contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad (...) como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas, de modo que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas.»
- b) «La virtualidad del artículo 14 de la CE no se agota, sin embargo, en esta cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que, a continuación, el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos concretos de discriminación. Esta referencia expresa a concretas razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos que la provoquen, pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no solo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 de la CE.»¹⁰¹
- c) En relación con el derecho a la igualdad ante la ley, «el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 de la CE, sino tan solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable».

libertades públicas. En cualquier caso ese derecho a no secundar una huelga no puede interferir ni limitar el derecho de quienes desean secundarla. Dicho en otros términos, los huelguistas no pueden, ni deben, poner obstáculos a quienes desean trabajar, y si así lo hicieren, podrían incurrir en una conducta sancionable en la vía penal, e incluso resultaría oponible en tales casos la lesión del derecho al trabajo en los términos en que aparece recogido constitucionalmente».

¹⁰⁰ STC 36/2011, de 28 de marzo, que recoge la doctrina contenida en las SSTC 22/1981, de 2 de julio; 128/1987, de 16 de julio; 166/1988, de 26 de septiembre; 177/1988, de 10 de octubre; 145/1991, de 1 de julio; 39/2002, de 14 de febrero; 103/2002, de 6 de mayo; 119/2002, de 20 de mayo; 17/2003, de 30 de enero; 161/2004, de 4 de octubre; 182/2005, de 4 de julio; 41/2006, de 13 de febrero; 5/2007, de 15 de enero.

¹⁰¹ Bien entendido que «cuando se identifican igualdad y no discriminación se están confundiendo dos principios constitucionales que, aunque relacionados, presentan diferencias significativas», indica la STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 6 de octubre de 2009.

d) «Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, de valor generalmente aceptado. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En resumen, el principio de igualdad, no solo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida.»

Las consideraciones anteriores han sido proyectadas, por la jurisprudencia constitucional, en el ámbito de las relaciones laborales, colectivas e individuales, señalando:

a) «La vigencia y eficacia del derecho a la igualdad en el ámbito de la negociación colectiva ha sido declarada reiteradamente por (la jurisprudencia constitucional)», apoyando tal aplicación, no obstante la naturaleza híbrida del convenio colectivo («norma con alma de ley y cuerpo de contrato», en la conocida formulación de Carnelutti, o «es una norma jurídica y también es un contrato»),¹⁰² con las siguientes argumentaciones:

- Esa vigencia se fundamenta en que¹⁰³ «en el ordenamiento español, a diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno, el convenio colectivo, al menos en la más importante de sus manifestaciones, alcanza una relevancia cuasipública, no solo porque se negocia por entes o sujetos dotados de representación institucional y a los que la ley encarga específicamente esa función, sino también porque una vez negociado adquiere eficacia normativa, se incardina en el sistema de fuentes del Derecho y se impone a las relaciones de trabajo incluidas en su ámbito sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización ni necesitar el complemento de voluntades individuales. El convenio colectivo, en suma, en cuanto tiene valor normativo y se inscribe en el sistema de fuentes, ha de someterse a las normas de mayor rango jerárquico y ha de respetar el cuadro de derechos fundamentales acogidos en nuestra Constitución y, en concreto, las exigencias indeclinables del derecho a la igualdad y a la no discriminación».
- No obstante la actualidad del principio de igualdad en sede de convenio colectivo, aquella vigencia «no puede tener en la negociación colectiva el mismo alcance que en otros contextos, pues en el ámbito de las relaciones privadas, en el que el convenio colectivo se incardina, los derechos fundamentales, y entre ellos el de igualdad, han de aplicarse matizadamente, haciéndolos compatibles con otros valores que tienen su origen en el principio de la autonomía de la voluntad».¹⁰⁴

¹⁰² STS, Sala Cuarta, de 13 de marzo de 2007 y STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 16 de marzo de 2010.

¹⁰³ STC 36/2011, de 28 de marzo, reiterando el contenido de las SSTC 177/1988, de 10 de octubre y 119/2002, de 20 de mayo.

¹⁰⁴ SSTC 177/1988, de 10 de octubre, 171/1989, de 19 de octubre y 2/1998, de 12 de enero, y 36/2011, de 28 de marzo, precisando esta última sentencia, con cita de las SSTC 119/2002, de 20 de mayo y 27/2004, de 4 de marzo, que «no puede olvidarse, en este sentido, que en la negociación colectiva los representantes de los trabajadores defienden los intereses globales de estos, observando la realidad en la que intervienen, las implicaciones presentes y futuras de sus pactos y las consecuencias que una estrategia negociadora desviada podría llegar a provocar en perjuicio de sus representados. En

b) No solo en el ámbito de la negociación colectiva operan las exigencias derivadas de la igualdad, sino que «la aplicación del principio de igualdad no resulta excluida en el desarrollo de las relaciones laborales». ¹⁰⁵ No obstante condiciona aquella aplicabilidad que «se encuentra sometida a importantes matizaciones», ¹⁰⁶ en aras de la vigencia de otro principio, ciertamente no correspondiente ni operativo en el ámbito del «razonamiento» sino de raigambre estrictamente ideológica y política, el de la libertad personal, señalándose que «para afirmar que una situación de desigualdad de hecho, no imputable directamente a la norma, tiene relevancia jurídica es preciso que exista un principio jurídico del que derive la necesidad de igualdad de trato entre los desigualmente tratados, y esta regla o criterio igualatorio puede ser sancionado directamente por la Constitución (por ejemplo, por vía negativa, a través de las interdicciones concretas que se señalan en el art. 14), arrancar de la ley o de una norma de inferior rango, de la costumbre o de los principios generales del Derecho». ¹⁰⁷

Concluyéndose que «la legislación laboral [arts. 4.2 c) y 17 ET] ha establecido la prohibición de discriminación entre trabajadores por una serie de factores que cita, pero no ha ordenado la existencia de una igualdad de trato en sentido absoluto. Ello no es otra cosa que el resultado de la eficacia del principio de la autonomía de la voluntad que, si bien aparece fuertemente limitado en el Derecho del Trabajo, por virtud, entre otros factores, precisamente del principio de igualdad, subsiste en el terreno de la relación laboral». ¹⁰⁸

2. El supuesto específico de la sustitución interna («esquirolaje interno»)

2.1. Noción y delimitación de la prohibición de «esquirolaje interno»

Afirma la sentencia objeto de comentario que «la "sustitución interna"¹⁰⁹ de huelguistas durante la medida de conflicto constituye un ejercicio abusivo del *ius variandi* empresarial, derecho que, con los límites legalmente previstos, corresponde al empresario en otras situaciones. Pero en un con-

consecuencia, ni la autonomía colectiva puede, a través del producto normativo que de ella resulta, establecer un régimen diferenciado en las condiciones de trabajo sin justificación objetiva y sin la proporcionalidad que la medida diversificadora debe poseer para resultar conforme al artículo 14 de la CE, ni en ese juicio pueden marginarse las circunstancias concurrentes a las que hayan atendido los negociadores, siempre que resulten constitucionalmente admisibles».

¹⁰⁵ Añade la misma jurisprudencia constitucional, con cita expresa de la STC 34/1984, de 9 de marzo.

¹⁰⁶ STS 36/2011, Sala Cuarta, de 28 de marzo.

¹⁰⁷ Con cita de la STC 59/1982, de 28 de julio.

¹⁰⁸ Con cita de las SSTC 197/2000, de 24 de julio, y 62/2008, de 26 de mayo.

¹⁰⁹ «Durante el desarrollo de 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 de garantía de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y las cosas. Se prohíbe, pues, el esquirolaje, esto es, la contratación de trabajadores que pasen a desempeñar las tareas dejadas de realizar por los huelguistas, lesionando de tal manera los efectos de la medida adoptada por aquellos. El objeto de la prohibición legal es la denominada sustitución externa de los trabajadores en huelga, es decir, no vinculados jurídicamente antes de la huelga, pero no, a sensu contrario, la sustitución de los huelguistas por trabajadores de la propia plantilla que no secundan la huelga y aceptan cubrir los puestos de aquellos (...) siempre que tal *ius variandi* empresarial no resulte abusivo al manejarse con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico y en una situación conflictiva como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo», indica la STSJ de Canarias, Sala de lo Social, de 5 de junio de 1998.

texto de huelga legítima el referido *ius variandi* no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones; ya que, en tal caso, quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo». ¹¹⁰ Por ello y de seguido, precisa la propia sentencia lo siguiente:

- Ni «el empresario puede imponer a los trabajadores no huelguistas la realización de las tareas que corresponden a los que secundaron la convocatoria».
- Ni «los trabajadores que libremente decidieron no secundarla pueden sustituir el trabajo de sus compañeros».

Afirmación de la justicia constitucional aparentemente omnicomprensiva, limitadora de cualquier movimiento al extremo de abocar a la quietud absoluta, pero ello no es posible, pues utilizando un símil físico nos encontraríamos en el «vacío inestable» ¹¹¹ donde todo es posible.

¹¹⁰ Afirma la STC 123/1992, de 28 de septiembre, que «la interpretación a sensu contrario de esta prohibición (la prohibición al empresario, mientras dura la huelga, de la sustitución de los huelguistas por trabajadores que no estuvieran vinculados a la empresa en el momento de ser convocada) parece sugerir que, en cambio, se permite la sustitución interna por personal ya perteneciente a la empresa, conclusión que a su vez es reforzada si el problema se contempla desde la perspectiva de la libertad, uno de cuyos criterios rectores nos dice que lo no prohibido expresamente por la ley ha de considerarse permitido (...). Por otra parte, existen normas en este sector del ordenamiento jurídico donde se configura una facultad del empresario para la movilidad interna del personal, unas veces vertical y otras horizontal. En tal sentido, el Estatuto de los Trabajadores le permite destinar a cualquiera para realizar tareas correspondientes a categoría inferior a la suya, bien que por necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva y por el tiempo imprescindible (...). Estos aspectos de la potestad directiva del empresario están imaginados para situaciones corrientes o excepcionales, incluso como medidas de emergencia, pero siempre en un contexto de normalidad con un desarrollo pacífico de la relación laboral, al margen de cualquier conflicto. Por ello puede afirmarse que están en la fisiología de esa relación jurídica, no en su patología. La existencia de tales normas que, en principio, parecen configurar el reverso del rechazo de la sustitución externa en caso de huelga, ratificando positivamente el resultado de la interpretación a sensu contrario, tampoco ofrecen una solución inequívoca, para cuyo hallazgo se hace necesaria la ponderación de los intereses en pugna a la luz de los principios constitucionales respectivos (...). El derecho de huelga, (...) calificado (...) como subjetivo por su contenido y fundamental por su configuración constitucional, goza además de una singular preeminencia por su más intensa protección. En efecto, la Constitución reconoce en su artículo 37 el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo, pero desgaja de este marco general una de ellas, la huelga, para colocarlo en lugar preferente, el artículo 28, confiriéndole –como a todos los de su grupo– una mayor consistencia que se refleja en el mayor rango exigible para la Ley que lo regule y en la más completa tutela jurisdiccional, con un cauce procesal ad hoc en la vía judicial ordinaria y el recurso de amparo (...). La preeminencia de este derecho produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial. Tal sucede con la potestad directiva del empresario, regulada en el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores, de la cual son emanación las facultades que le permiten una movilidad del personal, ascensional e incluso peyorativa en su dimensión vertical y temporal como regla en la horizontal, en caso de necesidad y como medidas de carácter excepcional casi siempre. Ahora bien, el ejercicio de tal facultad cuando se utiliza como instrumento para privar de efectividad a la huelga, mediante la colocación de personal cualificado (en algún caso, con título universitario) en puestos de trabajo con una calificación mínima, deja inermes a los trabajadores manuales, cuya sustitución es fácil y puede privarles materialmente de un derecho fundamental, vaciando su contenido esencial. Aquí entra en juego el concepto de lo "social" que significa una acción tuitiva del más débil o desvalido cuando surge un conflicto en el cual la prepotencia del contrario le haría siempre ser el perdedor, para conseguir así la igualdad real y efectiva de individuos y grupos, a la cual encamina el artículo 9 de la Constitución y, con ella, la justicia. En definitiva, la sustitución interna, en el supuesto que ahora y aquí nos ocupa, constituye el ejercicio abusivo de un derecho que en principio corresponde al empresario, el *ius variandi*, con una posibilidad de novación contractual, desde el momento en que su potestad de dirección se maneja con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico y en una situación conflictiva, no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo».

¹¹¹ Vid. HAWKING, S. y MŁODINOW, L.: *El gran diseño*, Barcelona: Crítica, 2010, especialmente pág. 203.

No reconduce ni altera el exceso de las afirmaciones anteriores la precisión que, de seguido, efectúa la resolución de la justicia constitucional objeto de comentario, según la cual aquella «regla general» admitiría «dos excepciones, conectadas a las previsiones legales sobre el aseguramiento de determinados servicios mínimos esenciales para la comunidad (art. 10 RDL 17/1977, de 4 de marzo), y a las previsiones sobre los servicios de seguridad y de mantenimiento en la empresa (art. 6.7 RDL 17/1977, de 4 de marzo). En estos dos supuestos, si los trabajadores designados para el mantenimiento de los referidos servicios se negaran o se resistieran a prestarlos, quedaría justificada su sustitución a tales efectos».

2.2. Justificación de la prohibición de «esquirolaje interno»

Indica la sentencia objeto de comentario que «la prohibición de la sustitución interna de los trabajadores es consecuente con la necesidad de garantizar la efectividad del derecho fundamental (derecho de huelga) en juego. Por ello, en tanto resulte probado que las funciones de los huelguistas han sido desarrolladas por quienes tenían asignadas otras diferentes en la misma empresa, debe concluirse que se ha lesionado el referido derecho», descontados los supuestos de justificación de la sustitución de trabajadores huelguistas, antes referidos y que no concurrían en el caso objeto de atención por la sentencia que se comenta («descartada por ello la concurrencia de circunstancias que pudieran legitimar la sustitución enjuiciada», dice la sentencia).¹¹²

Porque «la sustitución interna constituye el ejercicio abusivo de un derecho que en principio corresponde al empresario, el *ius variandi*, con una posibilidad de novación contractual, desde el momento en que su potestad de dirección se maneja con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico y en una situación conflictiva, no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo», afirma la jurisprudencia constitucional.¹¹³

Conviene recordar que la posición tradicional de la jurisprudencia parte de que la legislación laboral ordinaria únicamente prohíbe de forma expresa que el empresario utilice, para sustituir a los huelguistas, trabajadores que no hubiesen estado vinculados a la empresa al tiempo de haber sido comunicada la huelga, esto es «trabajadores externos» (art. 6.5 RDL 17/1977, de 4 de marzo), pero que la especial preeminencia del derecho de huelga proclamada constitucionalmente, procura «que otros derechos queden reducidos o paralizados, como ocurre con los del artículo 20 del ET, pues el ejercicio por el empresario de las facultades que se derivan de dicho precepto dejaría inermes a los trabajadores en huelga vaciando de contenido el ejercicio de un derecho tan fundamental, y de esta doctrina se infiere que el empresario, sujeto al principio de buena fe que ha de presidir la relación laboral, no puede acudir tampoco a la sustitución interna para mantener la actividad productiva de la empresa, soslayando así el

¹¹² Que precisa, dado que la huelga se había desarrollado en una empresa periodística, «en particular, la eventual colisión con otros derechos fundamentales, como podría pensarse en este caso respecto a la libertad de información, que llevara a la necesidad de una ponderación por la incidencia de la huelga en servicios esenciales de la comunidad. Esta cuestión no ha sido objeto de controversia y por ello este Tribunal no puede introducirla ahora, más aun cuando su concreción únicamente podría haber tenido lugar, como ordena la Constitución en su artículo 28.2, a través del mecanismo de fijación de los servicios mínimos a los que ese precepto alude».

¹¹³ STC 18/2007, de 28 de junio.

efecto que la huelga comporta de paralizar total o parcialmente dicha actividad, como fórmula (...), para equilibrar en situaciones límite las fuerzas de oposición en el marco del contrato de trabajo cuando de la defensa de los intereses de los trabajadores de trata». ¹¹⁴

2.3. La prohibición de «esquirolaje interno» versus la posición en las relaciones de trabajo de los trabajadores no huelguistas y el eventual ejercicio de los poderes directivos empresariales

Indica la sentencia objeto de comentario que «tampoco puede prosperar el otro argumento utilizado por la Sala (a quo) para negar la lesión, referido a la supuesta desvinculación de la empresa respecto a la decisión de editar el periódico, decisión que tuvo su origen en la iniciativa de los jefes de sección, quienes en una reunión previa a la huelga decidieron, supuestamente al margen de la empresa, sacar a la luz una edición reducida del diario». Es en este momento en el que la sentencia objeto de comentario lleva a cabo un discurso que puede considerarse cuestionable:

- En primer lugar desde el punto de vista de la prueba, al afirmar que «más allá de que no figura entre los hechos probados la celebración de dicha reunión, ni menos aún que la decisión fuera adoptada por esos mandos intermedios al margen del empresario de cuyas directrices dependen». Siendo así que, según se recogen en los antecedentes de la sentencia objeto de comentario, en la resolución jurisdiccional de la Sala de suplicación a quo se indicaba, como hecho probado aunque no incluido expresamente entre los «hechos declarados probados», que «no fue la empresa sino los jefes de sección quienes decidieron, en reunión mantenida antes de la huelga general, sacar a la luz una edición reducida del periódico».
- En segundo lugar desde el punto de vista del razonamiento, cuando afirma que «la inferencia no resulta sostenible ya que –como con acierto sostuvo el juzgador de instancia– debe admitirse que es inverosímil que una decisión de tal envergadura –asunción de las tareas propias de los huelguistas por los jefes y directivos de la empresa para llevar a cabo la edición del diario (...) durante la huelga (...), y posterior distribución de los ejemplares editados en distintos puntos de venta y en cadenas de televisión–, se llevara a cabo con el desconocimiento o sin la aprobación de la empresa demandada».

En el primer aspecto el Tribunal Constitucional no respeta el principio probatorio ni las reglas de la prueba, por lo demás rigurosamente ajustadas a la experiencia procesal y contundentemente establecidas en la legislación procesal, que establece la validez e inalterabilidad de los hechos probados, se declaren expresamente así o no en la resolución jurisdiccional que los aluda o recoja, y los utilice en su *iter* discursivo, salvo impugnación concreta con base en otros medios o materiales probatorios incorporados a las actuaciones o que se aporten y excepcionalmente se admitan.

En el segundo aspecto el discurso de la sentencia objeto de comentario es más que cuestionable. Efectivamente, se trata de una afirmación pretendidamente apodíctica, voluntarista, que responde al pensamiento desiderativo, por lo que no contiene el más mínimo razonamiento sino que

¹¹⁴ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 10 de marzo de 2008.

simplemente se basa en una supuesta «intuición» o «experiencia personal y compartida» entre los correspondientes miembros del Tribunal Constitucional, a la que se añade el recurso a un argumento de autoridad, el del juzgador de lo social, que a su vez incidía en los mismos defectos, pareciendo que fue meramente intuitivo o basado en la propia experiencia del juzgador de instancia.

Aquella falta de motivación, o clara debilidad argumentativa, de la sentencia objeto de comentario, pretende salvarse en la propia sentencia mediante el recurso dialéctico consistente en la búsqueda de una «hipótesis alternativa» (supuestamente implícita en la sentencia de la Sala de suplicación a quo). El razonamiento es, sin duda, consistente desde el punto de vista abstracto y en pura consideración dogmática, pero «tiene los pies de barro», le falta la prueba de los indicios a partir de los cuales formular las presunciones. Esto es, no opera el discurso de la sentencia mediante el mecanismo de las presunciones (ex art. 1.253 CC antes y ahora los vigentes artículos 386 y 387 LEC, aquel mecanismo deviene cuando entre los hechos demostrados y el que se trata de deducir hay «un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano»),¹¹⁵ sino que constituyen simples conjeturas o afirmaciones meramente voluntaristas (*wishful thinking*).

Efectivamente, no duda el Tribunal Constitucional en continuar su discurso introduciendo una «hipótesis alternativa», consistente en una «pretendida no responsabilidad» de la empresa respecto de una actuación de sus mandos intermedios», circunstancia que socavaba «el legítimo ejercicio del derecho de huelga». En este punto conviene recordar que la sentencia de suplicación, según recoge en sus antecedentes la sentencia objeto de comentario, en absoluto planteó tal cuestión, sino que simplemente se limitó a afirmar que no le constaba «que la empresa hubiese empleado medidas contrarias al ejercicio del derecho de huelga, puesto que fueron los jefes de sección de todos los turnos quienes tomaron la decisión de no secundar la huelga».¹¹⁶

¹¹⁵ Vid. SERRA, M.: «Normas de presunción», Barcelona: Ediciones Nuata, SA, 1963; SSTS, Sala Primera, de 6 y 24 de febrero de 2003; Indica el artículo 385 de la LEC: «Presunciones legales. 1. Las presunciones que la ley establece dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca. Tales presunciones solo serán admisibles cuando la certeza del hecho indicio del que parte la presunción haya quedado establecida mediante admisión o prueba. 2. Cuando la ley establezca una presunción salvo prueba en contrario, esta podrá dirigirse tanto a probar la inexistencia del hecho presunto como a demostrar que no existe, en el caso de que se trate, el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción. Las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquella expresamente lo prohíba». Según el artículo 386 de la LEC: «Presunciones judiciales. 1. A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción. 2. Frente a la posible formulación de una presunción judicial, el litigante perjudicado por ella siempre podrá practicar la prueba en contrario a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior»; El mecanismo de las presunciones, de acuerdo con las previsiones que se hacen en los artículos 385 y 386 de la LEC, ha dejado de ser considerado un medio de prueba, convirtiéndose en un método de fijar la certeza de ciertos hechos, constituyendo las «presunciones judiciales una actividad probatoria para la fijación de hechos, aunque no medio de prueba», precisa la STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 7 de septiembre de 2010.

¹¹⁶ Añadiendo que el hecho de que la empresa se hubiera decantado en contra de la huelga no significaba «que vulnerase u obstaculizase el derecho de los huelguistas, en la medida en que se limitó a contrarrestar sus efectos, lo que resulta perfectamente lícito». Ciertamente también se recoge en los antecedentes de la sentencia que se comenta, que la resolución jurisdiccional de instancia, del Juzgado de lo Social, en un entendimiento diferente a la posterior apreciación de la sentencia de suplicación, había considerado «no convincente la hipótesis de que los trabajadores hubieran adoptado una decisión autónoma (de sacar adelante una edición limitada del periódico) con desconocimiento de la empresa, teniendo en cuenta las importantes consecuencias que podrían derivar (para la empresa) y el hecho de que la actuación –coordinada y pública– supuso la puesta en marcha de todo el proceso productivo, y que la tirada del periódico fuera distribuida en

A partir de semejante «hipótesis alternativa», intercala otra «contra-hipótesis alternativa», de tal manera que continúa la sentencia objeto de comentario indicando que «la contra-hipótesis alternativa o responsabilidad sindical-conflictiva de la empresa por los actos de sus trabajadores», resulta no «compatible con la dinámica real del ejercicio del derecho fundamental del artículo 28.2 de la CE», y ello porque según el parecer del Tribunal Constitucional expresado en la misma sentencia objeto de comentario:

- a) «Descontextualiza el derecho de huelga del marco propio de las relaciones laborales en las que tiene lugar su práctica.»
- b) «Elude la realidad de los efectos ordinarios del ejercicio de tal derecho, que afectan directamente al empresario como parte contratante del trabajo.»¹¹⁷

En esa nueva dinámica argumentativa, indica la sentencia objeto de comentario:

- Que «el empresario, titular de la organización productiva y del poder de dirección (que por supuesto ejerce también sobre directivos y mandos intermedios), es, además, como contratante de la prestación, quien ostenta la autoridad jerárquica en la empresa.»
- Que «el ejercicio del poder directivo se delega a menudo, en particular cuando la organización empresarial crece en complejidad, y que esa delegación genere una suerte de mando indirecto, no implica una sustitución de la titularidad de la organización, ni determina, como es obvio, una transferencia de la responsabilidad del titular de la misma a los titulares de la gestión organizativa.»
- «No se puede desligar la responsabilidad del titular de la organización de las decisiones que adoptan los mandos intermedios, pues ello supondría (...) favorecer prácticas que pueden limitar la eficacia de los derechos fundamentales.»

Concluyendo que «en definitiva, de poco servirían las prohibiciones, garantías y tutelas establecidas en la Constitución y en legislación laboral en relación con las actuaciones empresariales lesivas del derecho de huelga, si se admitiera que estas no alcanzan al empresario cuando la restricción del derecho nace de sus mandos directivos. El entendimiento sostenido por la resolución recurrida desenfoca, pues, la realidad del conflicto laboral, sus protagonistas y sus efectos, pues no son los mandos intermedios los sujetos comprometidos en el conflicto sino quienes son parte en la contratación laboral».

determinados puntos de venta y cadenas de televisión, algo inconcebible sin la directa participación de la empleadora. Advierte asimismo la resolución que, en todo caso, la empresa devendría responsable de las conductas irregulares realizadas por las personas a su servicio, conforme a lo dispuesto con carácter general en el artículo 1903 del Código Civil», pero en absoluto conforme a la legislación ordinaria reguladora del derecho de huelga ni del artículo 28.2 de la CE, cabe añadir. Es más, según aquel Juzgado de instancia la empresa había llevado a cabo una «intervención activa en la huelga», pues al haberse decantado «en su contra y editando una tirada del periódico sirviéndose del esquirolaje, atemperó los efectos sociales que la no edición (del periódico) en el día de la huelga hubiera provocado, lo que supuso un evidente perjuicio para el resultado legítimamente pretendido (por los huelguistas), perjuicio incrementado por la difusión de la edición del diario a través de distintas televisiones».

¹¹⁷ «Recuérdese», advierte la sentencia objeto de comentario, «que el contrato mismo queda en suspenso durante la huelga [art. 45.1 l) LET, y art. 6 RDL 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo]».

Añade la sentencia objeto de comentario y en ese mismo orden de consideraciones, que «por otro lado, la responsabilidad empresarial, en relación con el ejercicio de derechos fundamentales de los trabajadores no se limita a las consecuencias de la propia conducta, sino que puede abarcar las derivadas de actuaciones de terceros que de él dependan. (...) Los derechos fundamentales de una persona trabajadora pueden ser igualmente vulnerados por quien no sea su empresario en la relación laboral, en tanto intervenga o interactúe con él "en conexión directa con la relación laboral"». ¹¹⁸ Afirmación que, dado el contexto en que se efectúa, no puede sino tacharse de sorprendente.

¿Acaso sostiene el Tribunal Constitucional que los mandos intermedios, que no se habían sumado a la huelga y habían prestado sus servicios (en ese denominado «esquirolaje interno»), habían asumido una posición empleadora-empresarial/cuasi-empleadora-empresarial, en relación con los trabajadores huelguistas?

De seguido la sentencia objeto de comentario efectúa otra afirmación, que puede considerarse que constituye una respuesta afirmativa o no, del anterior interrogante según se dilucide, lo que la sentencia no hace y deja en el aire, si la decisión de llevar a cabo el trabajo partió de los trabajadores no huelguistas o del empresario.

Efectivamente, según se indica en la sentencia objeto de comentario, 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 antihuelga realizadas en dicho marco», cabe añadir si la iniciativa de las medidas de prestar el trabajo ha partido del empresario pero no en otro caso, supuesto en que ya no se podría hablar de «vulneraciones del derecho de huelga» atribuibles al empresario.

V. ¿VULNERAN LOS TRABAJADORES NO HUELGUISTAS, CON SU PRESTACIÓN DEL TRABAJO, EL DERECHO DE HUELGA DE LOS TRABAJADORES HUELGUISTAS? EL DERECHO A LA IGUALDAD EN EL TRABAJO Y LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO DE LOS TRABAJADORES HUELGUISTAS Y NO HUELGUISTAS

Indica la sentencia objeto de comentario que «tampoco puede prosperar el otro argumento utilizado por la Sala para negar la lesión (del derecho de huelga), referido a la supuesta desvinculación de la empresa respecto a la decisión de editar el periódico, decisión que tuvo su origen en la iniciativa de los jefes de sección, ¹¹⁹ quienes en una reunión previa a la huelga decidieron, supuestamente al margen de la empresa, sacar a la luz una edición reducida del diario.

¹¹⁸ STC 250/2007, de 17 de diciembre; También SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre de 2010, avocadas al Pleno del Tribunal Constitucional, reiteradas por las SSTC, también del Pleno del Tribunal Constitucional, 98/2010, 99/2010, 100/2010, 101/2010, 102/2010, 103/2010, 104/2010, 105/2010, 106/2010, 107/2010, 108/2010, 109/2010, 110/2010, 111/2010 y 112/2010, todas ellas de 16 de noviembre de 2010, que se dictan «con integra remisión a la fundamentación jurídica de las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre» (Fundamento jurídico segundo de cada una de aquellas sentencias). Me remito a mi trabajo, «La "fragmentación de la posición empresarial" en la relación de trabajo (Comentario a las SSTC, Pleno, 75/2010, de 19 de octubre de 2010, recurso de amparo 3567-2006, y 76/2020, de 19 de octubre de 2010, recurso de amparo 2568-2006)», publicado en esta Revista, núm. 337, abril 2011, págs. 131-174.

¹¹⁹ Cabe traer a colación la afirmación, fuertemente ideologizada, de la STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 20 de junio de 2006, repetitiva de la contenida en la STC 123/1992, de 28 de septiembre, según la cual «el ejercicio de tal facultad

Esto es, la sentencia objeto de comentario niega sin más la «supuesta desvinculación de la empresa respecto a la decisión de editar el periódico, decisión que tuvo su origen en la iniciativa de los jefes de sección, quienes en una reunión previa a la huelga decidieron, supuestamente al margen de la empresa, sacar a la luz una edición reducida del diario», que constituye contundente afirmación contenida en la sentencia de suplicación, la cual además precisa, tal y como recoge en sus antecedentes la propia sentencia objeto de comentario, que «no fue la empresa sino los jefes de sección quienes decidieron, en reunión mantenida antes de la huelga (...), sacar a la luz una edición reducida del periódico».

De semejante discurso puede inferirse que el Tribunal Constitucional en la sentencia objeto de comentario:

- En primer lugar, cuestiona y duda que fueran los jefes de sección de la empresa quienes habían decidido *motu proprio*, haciendo uso de su derecho de reunión, no sumarse a la huelga (pues según dice, «no figura entre los hechos probados la celebración de dicha reunión, ni menos aún que la decisión fuera adoptada por esos mandos intermedios al margen del empresario de cuyas directrices dependen»).
- En segundo lugar, considera que los jefes de sección de la empresa no habían decidido libremente sacar adelante el periódico, aun en una edición resumida y limitada (afirmado que «la inferencia no resulta sostenible ya que –como con acierto sostuvo el juzgador de instancia– debe admitirse que es inverosímil que una decisión de tal envergadura –asunción de las tareas propias de los huelguistas por los jefes y directivos de la empresa para llevar a cabo la edición del diario durante la huelga general, y posterior distribución de los ejemplares editados en distintos puntos de venta y en cadenas de televisión–, se llevara a cabo con el desconocimiento o sin la aprobación de la empresa demandada»).

En definitiva, la sentencia objeto de comentario acoge, pero solo parcialmente, los hechos probados de la sentencia de instancia del juzgador de lo social, según los cuales, por una parte «en los talleres del periódico y en sus diversas secciones de preimpresión, almacén de papel, rotativas, cierre y distribución, hicieron huelga todos los trabajadores excepto los jefes de sección de todos los turnos», y por otra parte que estos últimos, «acompañados de otros directivos y jefes de áreas como Recursos Humanos, Producción y Sistemas, Informática, Logística, etc., consiguieron tirar una edición de (...) ejemplares que fueron distribuidos en tiendas VIPS y a las distintas cadenas de televisión (y que) en los espacios informativos de las distintas televisiones (...) se hizo referencia a que el diario (...) había salido a la calle en edición reducida. En (diferentes medios televisivos/telemáticos) aparecieron ejemplares físicos de los periódicos de Madrid, entre ellos el diario (...) y la presentadora leyó parte de su editorial. También en (el noticiario de una cadena de televisión) se exhibe el ejemplar (...) del siguiente día».

(*ius variandi*) cuando se utiliza como instrumento para privar de efectividad a la huelga, mediante la colocación de personal cualificado (en algún caso, con título universitario) en puestos de trabajo con una calificación mínima, deja inermes a los trabajadores manuales cuya sustitución es fácil y puede privarles materialmente de un derecho fundamental, vaciando su contenido esencial. Aquí entra en juego el concepto de lo "social" que significa una acción tuitiva del más débil o desvalido cuando surge un conflicto en el que la prepotencia del contrario le haría siempre ser el perdedor, para conseguir así la igualdad real y efectiva de individuos y grupos, a la cual encamina el artículo 9 de la Constitución y, con ella, la justicia».

Dados los hechos probados/acontecimientos que se acaban de relatar, concluye la sentencia objeto de comentario que se produce «la responsabilidad empresarial» en la violación del derecho de huelga, apoyándose para ello en la siguiente consideración:

«En relación con el ejercicio de derechos fundamentales de los trabajadores (la responsabilidad del empresario) no se limita a las consecuencias de la propia conducta, sino que puede abarcar las derivadas de actuaciones de terceros que de él dependan. Como es sabido, (la jurisprudencia constitucional) ha declarado que los derechos fundamentales de una persona trabajadora pueden ser igualmente vulnerados por quien no sea su empresario en la relación laboral, en tanto intervenga o interactúe con él "en conexión directa con la relación laboral"».

Esto es, mediante una aplicación indebida y deslocalizada de propia doctrina, el Tribunal Constitucional parece «extender» la posición, «empleadora/empresarial» a los «trabajadores no huelguistas». Así, según se infiere de la sentencia objeto de comentario, existen dos responsables de la violación del derecho de huelga. A saber:

- De una parte «el empresario» que «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 antihuelga realizadas en dicho marco».
- De otra parte los «mandos o directivos» que «en el marco de las actividades de su empresa», en tanto que aun no siendo empresarios en las relaciones laborales con los trabajadores huelguistas, intervenían interactuando con él «en conexión directa con la relación laboral».¹²⁰

Indicando la sentencia objeto de comentario, y como apostilla a sus consideraciones, anteriormente referidas, lo siguiente:

- Que la empresa «tenía derecho, obviamente, a adoptar una posición en contra de la huelga (...) y los jefes y directivos del periódico, en virtud de su libertad de trabajo (art. 35.1 CE), podían decidir no secundarla, pero tales derechos no les facultaban para realizar o tolerar actuaciones dirigidas a neutralizar y vaciar materialmente de forma sustancial el ejercicio concreto, en aquella fecha, del derecho fundamental de huelga (de los trabajadores huelguistas)».
- Que «la utilización de las estructuras de mando para sustituir a los trabajadores huelguistas de categorías inferiores con el fin de editar el periódico el día de la huelga –o, en su defec-

¹²⁰ Ha de repararse en que, como indica la STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 26 de mayo de 2010, «dentro de la genérica denominación de personal directivo deben distinguirse categorías de consejeros o miembros de órganos de administración de sociedades, directivos de régimen laboral común e incluso personal de alta dirección», y que los trabajadores no huelguistas pertenecían al subconjunto de «directivos de régimen laboral común», el cual, como precisa la resolución jurisdiccional citada, «viene a constituir una categoría laboral que ostentan trabajadores ciertamente altamente cualificados, incluso con mando y facultades decisorias, en concreto de actividades empresariales que se les viene a encomendar por sus conocimientos técnicos u otros, donde resulta evidente que la no ostentación de poderes inherentes a la titularidad empresarial y que puedan contrarrestarse con los objetivos generales o particulares de la empresarial, nos dan pistas suficientes para descubrir que aun siendo personal directivo lo es como trabajador común y por ello su calificación ha de ser de ordinaria o común».

to, el consentimiento empresarial tácito o la omisión de toda reacción o prevención que impidiera que el acto de sustitución llegara a producirse—, vulneró el artículo 28.2 de la CE, al privar a la huelga seguida por los (trabajadores huelguistas) de su plena efectividad como medio de presión colectiva».

Contrariamente a la posición mantenida por la sentencia objeto de comentario, debe estimarse que un trabajador no huelguista, en la medida en que no asuma una posición empleadora-empresarial, y entonces deje de tener la posición de trabajador, no puede, por definición, violentar el derecho de huelga de los trabajadores huelguistas.

La jurisprudencia constitucional anterior a la sentencia que se comenta, en ningún momento ha efectuado afirmación alguna en la que pudiera ampararse un aserto de semejante calibre como pretende, con evidente confusión y voluntarismo, la sentencia objeto de comentario.

Efectivamente en el caso enjuiciado en la STC 250/2007, de 17 de septiembre, se trataba de la violación de derechos fundamentales individuales (que entran en el «deber de protección» del empresario), no de derechos fundamentales colectivos (respecto de los que no existe «deber de protección»), de una trabajadora (camarera) por acoso sexual de otro trabajador, que era su inmediato superior jerárquico¹²¹ (supervisor del restaurante del buque),¹²² indicándose en esa resolución de la justicia constitucional que las agresiones sexuales y requerimientos «eran conocidas en el barco»,¹²³ no (resultando) razonable deducir que tal conocimiento se había constreñido a los trabajadores del buque y que no había tenido noticia del mismo ningún responsable empresarial («que tal conocimien-

¹²¹ Como precisa la STSJ de las Islas Baleares, Sala de lo Social, de 29 de abril de 2010, han de diferenciarse con claridad los supuestos de acoso moral o sexual en el trabajo de otros supuestos, pues «en estos casos (acoso) la responsabilidad de la empresa se funda en la obligación de velar por la integridad moral y física de sus trabajadores y por tanto, en un incumplimiento empresarial, en cambio, ninguna norma impone a la empresa el deber de salvaguardar frente a tercero el derecho al honor de los trabajadores a su servicio, de modo que solo cuando es la empresa la que directa o indirectamente vulnera el derecho al honor o cualquier otro derecho fundamental respecto de uno de sus trabajadores cabrá afirmar la competencia del orden social de la jurisdicción».

¹²² «Resultó acreditado que el demandado era supervisor del restaurante del buque en el que la recurrente trabajaba como camarera e inmediato superior jerárquico suyo, y que el acoso sexual, cuya realidad quedó probada en la instancia, se produjo en conexión directa con la relación laboral, al llevarse a cabo, en primer lugar, con ocasión de la prestación del trabajo de la actora y del ejercicio por el demandado de las funciones inherentes a su cargo y, en segundo lugar, en el centro de trabajo donde uno y otro coincidían en la realización de sus respectivos cometidos. Estando acreditado, además, que el demandado había utilizado su superior posición laboral como chantaje sexual, en tanto en cuanto condicionó la permanencia de la recurrente en su puesto de trabajo o las posibilidades de progreso laboral a la aceptación de sus requerimientos sexuales», dice la sentencia, añadiendo que «ciertamente la deducción que realizó la Sala al respecto sin argumentación de ningún tipo, no encuentra apoyo en el relato fáctico y resulta ilógica, teniendo en cuenta la duración del acoso sexual, su publicidad por parte de su autor, y las peculiaridades del centro de trabajo, en el que (...), las relaciones entre los trabajadores y los empleadores son más intensas, al compartir, no solo las horas de trabajo, sino el resto de la jornada dada la coincidencia entre el lugar de trabajo y de residencia».

¹²³ Indicando además aquella sentencia que estaba «acreditado, además, que el demandado había utilizado su superior posición laboral como chantaje sexual, en tanto en cuanto condicionó la permanencia de la recurrente en su puesto de trabajo o las posibilidades de progreso laboral a la aceptación de sus requerimientos sexuales. En definitiva, no cabe duda de que la recurrente planteó una controversia atribuible a la jurisdicción social y que, al no haberlo apreciado así, la Sala realizó una interpretación del orden material de competencias entre los distintos órdenes jurisdiccionales desconociendo el derecho de la actora a la utilización del cauce procesal predeterminado por la ley para recabar la tutela de los derechos fundamentales que se le habían quebrantado en el ámbito de su relación laboral».

to se constriñó a los trabajadores del buque y que no alcanzó a ningún responsable empresarial», dice la sentencia).¹²⁴

En el caso enjuiciado por la Sentencia 75/2010, de 19 de octubre,¹²⁵ se trataba de la violación del derecho de huelga, pero por dos empresarios, vinculados por «un contrato mercantil de arrendamiento de servicios para la prestación de determinados servicios» (contrata/subcontrata), de tal manera que por virtud de esa descentralización productiva se produjo la «fragmentación de la posición empresarial en la relación de trabajo en dos sujetos, el que asume la posición de empresario directo del trabajador, contratando con este la prestación de sus servicios, y el que efectivamente recibe estos, de una manera mediata y merced a un contrato mercantil».

Se afirma en esta última resolución de la justicia constitucional que «en el caso del derecho de huelga, cuyo ejercicio, por definición, se habrá de proyectar de manera principal sobre la actividad productiva de la empresa principal, a la que la contrata en sí misma sirve, la pretendida irresponsabilidad laboral de esta empresa respecto de cualquier actuación que pueda desarrollar con la finalidad de impedir, coartar o sancionar el legítimo ejercicio del derecho de huelga, al socaire de su invocada ajenidad a la relación laboral entre las partes, supondría la práctica eliminación del derecho de huelga en el ámbito de estas relaciones». Doctrina que no es aplicable al caso objeto de consideración por la sentencia que se comenta, al faltar la condición correlativa empleadores/empresarios en los trabajadores no huelguistas.

Puede pues afirmarse que la precitada jurisprudencia constitucional en absoluto es trasladable al caso objeto de atención por la sentencia que se comenta, porque ni se atiende a una situación en la que se cuestionen derechos fundamentales individuales (como en el supuesto de la STC 259/2007), ni los trabajadores no huelguistas pasan, por el mero hecho de trabajar, a ocupar una posición cuasiempleadora o empresarial (como en el caso de la Sentencias 75/2010, y concordantes).

Lo que realmente se produce es un desconocimiento por el Tribunal Constitucional del derecho a la igualdad en el trabajo de los trabajadores no huelguistas,¹²⁶ lo que conlleva su derecho a la estabilidad en el empleo (cuyo fundamento último «se encuentra en los derechos de trabajar y a trabajar

¹²⁴ En aquel caso por una parte se trataba de derechos individuales, y por otra parte, la competencia del orden jurisdiccional laboral en absoluto vino por una vía en que se parificase al trabajador agresor como un cuasiempresario, o que ocupaba una posición cuasiempleadora, sino porque «no (era) razonable desvincular la acción ejercitada del orden social sobre la base de que el comportamiento acosador del trabajador demandado era "una actuación personal y ajena a la relación laboral", ya que había resultado acreditado que el demandado era supervisor del restaurante del buque en el que (la trabajadora) trabajaba como camarera, e inmediato superior jerárquico suyo, y que el acoso sexual (...), se había producido en conexión directa con la relación laboral, al llevarse a cabo, en primer lugar, con ocasión de la prestación del trabajo de la actora y del ejercicio por el demandado de las funciones inherentes a su cargo y, en segundo lugar, en el centro de trabajo donde uno y otro coincidían en la realización de sus respectivos cometidos».

¹²⁵ Seguida por las SSTC 76/2010, de 19 de octubre de 2010, 98/2010, 99/2010, 100/2010, 101/2010, 102/2010, 103/2010, 104/2010, 105/2010, 106/2010, 107/2010, 108/2010, 109/2010, 110/2010, 111/2010, 112/2010, todas ellas de 16 de noviembre de 2010.

¹²⁶ Como afirma la STSJ de Extremadura, Sala de lo Social, de 30 de noviembre de 1998, es incontestable que «el derecho individual de cada trabajador a secundar o no la huelga, o, lo que es lo mismo, a trabajar si lo desea, pues lo que tampoco puede ser coartado ni vetado es, su derecho en este sentido, y así se considera que el respeto a la voluntad de los trabajadores que no desean adherirse a una huelga es consecuencia de la naturaleza de este derecho y no del deber que esta tiene, (...) si la huelga es (...) un derecho de carácter individual (aunque de ejercicio colectivo) es claro que al mismo tiempo no puede ser una obligación».

del hombre, a fin de conseguir objetivos individuales y de alcance social»),¹²⁷ que se vería comprometida si no se permite que esos trabajadores no huelguistas puedan desarrollar su trabajo con eficacia, porque esa estabilidad en el empleo, con el consiguiente derecho al salario, indispensable para atender a la subsistencia de esos trabajadores no huelguistas y de sus familias, pasa por que la empresa para la que prestan sus servicios no se vea abocada a su desaparición o a la realización de despidos colectivos, como consecuencia de la huelga, pues no puede olvidarse, según ya se indicó, que «toda huelga, sea cual sea su alcance y duración, inevitablemente causa un perjuicio económico a la empresa, tanto durante la propia huelga como para el futuro, bien sea por la misma merma de actividad o por la pérdida de clientes presentes o futuros, estos últimos por el deterioro de prestigio que se puede ocasionar en el sector de actividad en que opere la empresa».¹²⁸

VI. CONCLUSIONES

La sentencia objeto de comentario no es irreprochable, su discurso no se ajusta en la medida de lo exigible a las leyes de la lógica y la razón, sino que es un episodio más de *wishful thinking* (voluntarismo) y del pensamiento desiderativo, en el que últimamente está incidiendo con preocupante frecuencia el Tribunal Constitucional.

En un discurso más que discutible, contrario a los hechos probados, y utilizando inferencias que no son tales sino simples conjeturas o meras suposiciones sin fundamento alguno, se imputa al empresario la violación del derecho de huelga de los trabajadores huelguistas, a causa de la actuación de los trabajadores no huelguistas, cuya prestación de trabajo se acaba a la postre banalizando y reconduciendo a un episodio de esquirolaje interno, negando consecuentemente el principio de igualdad y el derecho a la igualdad en el trabajo y a la estabilidad en el empleo de los trabajadores no huelguistas, respecto de los trabajadores huelguistas.

La doctrina de la sentencia comentada implica, a la postre, que cuando los trabajadores no huelguistas deciden, motu proprio, continuar prestando servicios, desempeñando simultáneamente tareas propias y de los puestos de trabajo que venían desarrollando los trabajadores huelguistas, pasan a ocupar una posición empleadora/empresarial, produciéndose una «fragmentación de la posición empresarial», entre, por un lado, el empleador/empresario formal, y por otro lado los trabajadores no huelguistas que pasan así a novar su posición jurídica y se convierten en unos cuasiempleadores/empresarios sobrevenidos de los trabajadores huelguistas. Lo cual no es de recibo y contraría toda la dogmática laboral.

En fin, se trata de una sentencia no afortunada que constituye una manifestación más del pensamiento desiderativo, voluntarista, que desconoce el derecho al tratamiento igual (trasunto de la radicalidad racional del principio de igualdad) de unos trabajadores (no huelguistas) respecto de otros trabajadores (huelguistas), con la radical negación, además, del derecho a la estabilidad en el empleo de los primeros.

¹²⁷ Indica DE LA VILLA L.E., en «Problemas de estabilidad en el empleo», en *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria*, Madrid: CEF, 2006, pág. 1.136.

¹²⁸ SSTSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 4 de julio de 2007 y 5 de octubre de 2010.