

«Esquirolaje» en la empresa principal

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

1. Vulneración del derecho de huelga por quien no es empresario del trabajador

- 1.1. En este último año, los tribunales del orden social han conformado una doctrina en torno a la posibilidad de vulnerar el derecho de huelga por acciones no efectuadas por el empresario del trabajador, sino por otros relacionados con aquél. Recogiendo la doctrina constitucional que admite tal vulneración por quien no es empresario en la relación laboral, pero interviene o interactúa con él en conexión directa con la relación laboral, el Tribunal Supremo no ha dudado en aceptar esta tesis.

La doctrina constitucional resultaba clara al respecto entendiendo que la «fragmentación de la posición empresarial en los supuestos de subcontratación» provocaba efectos de «desamparo» en los trabajadores. En concreto, «a este desamparo se llega, precisamente, como consecuencia de lo que constituye la esencia misma de los procesos de subcontratación, esto es 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 éste la prestación de sus servicios, y el que efectivamente recibe éstos, de una manera mediata y merced a un contrato mercantil [...] 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 desarrollarse 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. En efecto, de poco servirían las prohibiciones, garantías y tutelas establecidas en la legislación laboral en relación con las actuaciones empresariales lesivas del derecho de huelga si se admitiera que éstas alcanzasen únicamente al contratista, empresario directo en la relación laboral, y no al empresario principal, que es sobre quien habrán de recaer en última instancia los efectos económicos lesivos de la huelga y quien, por tanto, podrá estar igual o más interesado que el contratista en combatirla» (STC 75/2010, FJ 7).

A diferencia de lo que ocurre en el desarrollo de los derechos y obligaciones laborales en materia de subcontratación, el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores que regula esta concurrencia empresarial no prevé una correlativa corresponsabilidad de la empresa

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

contratista respecto de eventuales vulneraciones de derechos —fundamentales o no— cometidas por la empresa principal ni reconoce a los trabajadores mecanismo alguno para acudir directamente contra ésta frente a sus propias actuaciones, quizás por entender que los trabajadores de la empresa contratista no pueden verse afectados en sus derechos por actuaciones de la empresa principal, con la que no les une vínculo alguno. Para el legislador, el ámbito de las relaciones de la empresa principal se agota en la dimensión mercantil del contrato que la une a la contratista, de manera que ninguna afectación puede derivarse de las actuaciones de la principal en el ejercicio por parte de los trabajadores de los derechos derivados de su relación laboral. De ahí que, cuando no se aprecia la concurrencia de una conducta directamente imputable a la empresa contratista —cuya connivencia han descartado los órganos judiciales—, se concluya la inatacabilidad por parte de los trabajadores de cualquier actuación de la empresa principal, que se considere ajena al contrato de trabajo. Aseveración ante la que reacciona el Tribunal Constitucional afirmando que no pueden existir espacios inmunes a la vigencia de los derechos fundamentales. «Si a través de la técnica de la subcontratación se posibilita que trabajadores externos contratados por una empresa contratista se vinculen directamente a la actividad productiva de una empresa principal e, incluso, que la propia duración de su contrato de trabajo se haga depender directamente de la vigencia del contrato mercantil que vincula a ambas empresas, determinando, en virtud de todo ello, que la efectividad de los derechos de los trabajadores pueda verse afectada no sólo por la actuación del contratista sino también por la del empresario principal, del mismo modo habrá de salvaguardarse que en el ámbito de esas actuaciones los derechos fundamentales de los trabajadores no sean vulnerados» (STC 75/2010, FJ 8).

- 1.2. Con esta doctrina como telón de fondo, el denominado «caso Grupo Prisa» (STS

de 11 de febrero del 2015, Ar. 1011) admitió en la sentencia que lo resolvía «una especial vinculación entre los trabajadores huelguistas que prestan sus servicios en la empresa contratista y las empresas principales (grupo de empresas) ya que están vinculados directamente a la actividad productiva de dichas empresas por ser las destinatarias últimas de su actividad laboral. Por dicho motivo la efectividad de sus derechos fundamentales, entre ellos el derecho de huelga, puede verse afectad[a] por la actuación de los empresarios principales y, en consecuencia, habrán de ser protegidos frente a estas posibles actuaciones vulneradoras del derecho de huelga, ya que en caso contrario se produciría una situación de desamparo de los trabajadores» (FJ 12).

Del mismo modo, en el conocido «caso Coca-Cola» (STS de 20 de abril del 2015, Ar. 1249) y tras examinar la posibilidad de que el derecho de huelga de los trabajadores sea vulnerado por terceros vinculados a su empleador formal —en tal supuesto por empresas del mismo grupo—, máxime cuando la huelga se desarrolla paralela a un periodo de consultas como medio de presión lícito, el tribunal declaró nulo el despido colectivo precisamente por la vulneración de este derecho fundamental. «No es que el despido colectivo surja como represalia frente a una huelga sino que se negocia y adopta por la entidad empleadora al tiempo que se ponen en escena prácticas productivas tendentes a contrarrestar la incidencia de la huelga, ésta sí, convocada para presionar en la negociación del despido colectivo [...] [por lo que] estamos ante un supuesto de medida empresarial que se ha efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas» (FJ 5).

2. Esquirolaje sobre trabajadores que no son empleados de la empresa que contrata

- 2.1. Ahora, y una vez más, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de noviembre del 2015, recurso 278/2015 (Ar. 305478), aborda un asunto de similar factura. En

él, la empresa acuerda de forma unilateral y notifica a los representantes de los trabajadores: a) la reducción del salario mensual fijo de la plantilla, con el límite de los salarios establecidos en los convenios colectivos aplicables en cada caso; b) la reducción del salario variable o *bonus* anual percibido por la plantilla; c) la supresión de retribuciones en especie consistente en el disfrute de vehículo de empresa para fines particulares, y d) la restricción de los importes del plus «llamada-retén», limitándolos al 50 % de la cantidad que la empresa perciba de los clientes por el servicio, todo ello fundado en causas económicas. Pues bien, también aquí y como en los supuestos anteriores, se denuncia la vulneración del derecho de huelga durante la declarada en uno de los centros de trabajo de la empleadora durante el periodo de consultas por recurrir al esquirolaje (utilización de trabajadores ajenos a la plantilla huelguista). La empresa considera, bien al contrario, que se mantuvo en todo caso respetuosa con el derecho ejercido por sus trabajadores, considerando que la lesión del derecho de huelga que se le imputa fue a consecuencia de actos ejecutados por otras empresas, con las que ciertamente tenía un vínculo mercantil de servicios, y, en todo caso, para la ejecución de trabajos urgentes y resultando la empleadora ajena a ellos.

Como es sabido, el derecho de huelga tiene su reconocimiento constitucional en el artículo 28.1 de la Constitución. En ausencia de una ley orgánica que lo desarrolle, su regulación se halla en el Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo (BOE de 9 de marzo), según el tamiz de constitucionalidad aportado por la decisiva Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981. El artículo 6.5 de la citada norma prohíbe expresamente los denominados «actos de esquirolaje» al establecer que, «en tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma».

- 2.2. Al igual que en los casos descritos con anterioridad, también en éste se solicita la declaración de nulidad de las medidas adoptadas por considerar que se admiten con vulneración del derecho de huelga de los trabajadores y, subsidiariamente, que dichas medidas sean declaradas no ajustadas a derecho por no concurrir la causa económica invocada por el empleador. Siendo parte el ministerio fiscal, también éste solicita la declaración de nulidad por estimar acreditado, al menos indiciariamente, que las medidas se han adoptado con vulneración del derecho a la huelga, convocada ésta por los trabajadores paralelamente al periodo de consultas.

A tal fin, se recuerda la doctrina de la propia Audiencia Nacional en cuanto a cómo han de operar las normas de distribución de la carga de la prueba cuando se denuncian vulneraciones de derechos fundamentales y libertades públicas. De acuerdo con lo previsto en el artículo 181 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido la violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad (inversión de la carga de la prueba). Es sabido, sin embargo, que la prueba indiciaria se articula en un doble plano, tal y como expone la jurisprudencia constitucional (por todas, STC 207/2001). El primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigidos a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia. En esas circunstancias, el indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de la lesión. Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada,

y en un segundo plano, la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada. En otro caso, la ausencia de prueba empresarial trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en última instancia, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental concernido.

- 2.3. Pues bien, también ahora y sin sorpresa, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional estima vulnerado el derecho de huelga y declara nulas las medidas adoptadas unilateralmente por la empresa. En primer lugar, porque de todo lo expuesto cabe concluir que los actos vulneradores del derecho de huelga pueden ser realizados por terceros empresarios distintos del titular de la empresa o centro de trabajo en cuyo ámbito se produce la huelga, siempre que tales empresarios tengan una especial vinculación con aquél. En el supuesto de autos, la demandada presta servicios para dichos terceros y tal vulneración se produce mediante los actos del empresario principal que acude a contratar los servicios de una nueva empresa contratista para efectuar los trabajos que debían ser desarrollados por los trabajadores que ejercen su derecho a la huelga.

En segundo término, porque también de lo expuesto se deduce que, cuando la vulneración tiene como efecto neutralizar el legítimo derecho a la huelga como medio de presión en la negociación propia de un periodo de consultas, vicia la medida que se adopte de nulidad, aunque no se trate de un despido colectivo, sino —como en el supuesto analizado— de una modificación colectiva y sustancial de condiciones de trabajo comunicada a los representantes de los trabajadores.

Finalmente, porque constan, al menos, dos indicios acreditativos de la citada vulneración y de su trascendencia en el

desarrollo de las consultas: por un lado, la actuación previa llevada a cabo por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y, por otro, las referencias que obran en las actas del periodo de consultas a dichos comportamientos. Y, pese a ello, «el empleador ni ha practicado prueba alguna que enerve tales indicios, ni ha dado una explicación razonable a las medidas adoptadas por sus clientes. En lo tocante a este último punto, refiere el empresario que únicamente se contrató con terceras empresas la ejecución de trabajos urgentes que de no haber sido ejecutados hubieran causado perjuicios irreparables para la comunidad. Sin embargo, el empresario ni siquiera intentó negociar servicios mínimos, lo que hubiera sido lógico si pudieran ocasionarse tan graves perjuicios, ni consta que adoptase en los periodos que median desde el anuncio de la huelga hasta el inicio de la misma, actuación alguna tendente a evitar los supuestos daños inminentes para la población que el paro pudiera ocasionar, antes al contrario, de la lectura de las actas parece inferirse que lo único que hizo fue comunicar en dicha fecha a sus clientes la huelga para que pudieran subcontratar temporalmente los trabajos que los empleados de la empresa hubieran desarrollado durante el transcurso de la huelga, sin oponerse a que fuera manipulado por terceros su propio material operativo» (SAN de 30 de noviembre del 2015, recurso 278/2015, Ar. 305478, FJ 4).

Para concluir, sólo una precisión. La ausencia de una ley orgánica que desarrolle el derecho de huelga obliga a recurrir a normas preconstitucionales, interpretadas por el Tribunal Constitucional en los términos expuestos. La prohibición hecha a la empresa de recurrir a trabajadores no vinculados a ella en el momento de la convocatoria de la huelga podría no entenderse aplicable en la subcontratación por cuanto la empresa principal no es la empleadora de los trabajadores en huelga. Argumento que, como ha podido comprobarse, no ha prosperado en la jurisprudencia.

Quizá porque se estime que empleador no es sólo el que contrata directamente al trabajador, sino el que se «beneficia» del trabajo por cuenta ajena al condicionar la ajenidad y dependencia del trabajo productivo. Pero eso no significa que la empresa —principal o contratista— no pueda recurrir a trabajadores propios

o de las vinculadas, siempre que éstos se declaren no huelguistas, pues, como todo derecho fundamental, el de huelga (complejo por ser de titularidad individual y de ejecución colectiva) requiere una protección tanto en su vertiente activa como pasiva.