

TRABAJO FIN DE GRADO

Grado en Relaciones Laborales

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2022/23

Convocatoria: Julio

Derecho de Huelga en España: Análisis Jurisprudencial de la Prohibición del Esquirolaje

The Right to Strike in Spain: Jurisprudential Analysis of the Prohibition of Scabbing



Realizado por: Doña Clementina Pinzón Rodríguez, DNI 42341734E

Tutorizado por: Doña Sarai Rodríguez González y Don Brais Iglesias

Departamento: Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la Empresa

Área de conocimiento: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

ABSTRACT

This thesis analyzes the controversy surrounding the right to strike and the practice of scabbing in Spain on the basis of the employers' right of management. Through the analysis of five court rulings and relevant bibliography, the work exposes the jurisprudential interpretation of internal scabbing and its impact on the fundamental right to strike, as well as the concurrence of the right to strike and the business power to organize the productive network. It highlights the protected nature of the right to strike, the duty of good faith in labor disputes, and the future implications of technological scabbing. The findings emphasize the need to balance labor rights with technological advances and business demands.

Key Words: Right to strike, internal scabbing, jurisprudential interpretation, entrepreneurial *ius variandi*, functional mobility.

RESUMEN

Este Trabajo de Fin de Grado analiza la controversia en torno al derecho de huelga y la práctica del esquirolaje en España con base en el derecho de dirección de los empresarios. A través del análisis de cinco sentencias judiciales y bibliografía relevante, el trabajo expone la interpretación jurisprudencial del esquirolaje interno y su impacto sobre el derecho fundamental de huelga, así como la concurrencia del derecho de huelga y la potestad empresarial de organización del tejido productivo. Destaca el carácter protegido del derecho de huelga, el deber de buena fe en conflicto laboral, y las implicaciones a futuro del esquirolaje tecnológico. Los hallazgos enfatizan la necesidad de equilibrar los derechos laborales con los avances tecnológicos y las demandas empresariales.

Palabras clave: Derecho de huelga, Esquirolaje interno, Interpretación jurisprudencial, *ius variandi* empresarial, movilidad funcional.

ÍNDICE

ÍNDICE	iii
ABREVIATURAS	iv
INTRODUCCIÓN	v
MARCO NORMATIVO	6
DESARROLLO	13
1. Sentencia Constitucional N° 123/1992, Tribunal Constitucional, Sala Primera, Recurso de amparo 301/1989, de 28 de septiembre de 1992.	13
1.1. Descripción objetiva de los hechos e itinerario procesal	13
1.2. Pretensiones de las partes y problema jurídico principal	14
1.3. Normativa aplicable y Doctrina aplicable	16
1.4. Reflexión crítica	19
2. Sentencia Constitucional N° 33/2011, Tribunal Constitucional, Sala Primera, Recurso de amparo 6171-2004, de 28 de marzo de 2011.	20
2.1. Descripción objetiva de los hechos e itinerario procesal	20
2.2. Pretensiones de las partes y problema jurídico principal	22
2.3. Normativa aplicable y Doctrina aplicable	22
2.4. Reflexión crítica	25
3. Sentencia N° 6064/2011 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sección 1ª, de 28 septiembre de 2011.	27
3.1. Descripción objetiva de los hechos e itinerario procesal	27
3.2. Pretensiones de las partes y problema jurídico principal	28
3.3. Normativa aplicable y Doctrina aplicable	29
3.4. Reflexión crítica	30
4. Sentencia N° 102/2012 del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Social, Sección 1ª, de 23 de febrero de 2012.	31
4.1. Descripción objetiva de los hechos e itinerario procesal	31
4.2. Pretensiones de las partes y problema jurídico principal	33
4.3. Normativa aplicable y Doctrina aplicable	34
4.4. Reflexión crítica	36
5. Sentencia N° 111/2021, 102/2012 del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1ª, de 27 de enero de 2021.	36
5.1. Descripción objetiva de los hechos e itinerario procesal	36
5.2. Pretensiones de las partes y problema jurídico principal	38
5.3. Normativa aplicable y Doctrina aplicable	39
5.4. Reflexión crítica	41
CONCLUSIONES	43
REFERENCIAS	46

ABREVIATURAS

CE	Constitución Española de 1978
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
LEET	Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.
LET	Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
LRJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.
RDLRT	Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional

INTRODUCCIÓN

Este Trabajo de Fin de Grado, titulado “Derecho de Huelga en España: Análisis de la Prohibición del Esquirolaje” pretende analizar el marco legal, jurisprudencial y doctrinal relacionado con el mencionado derecho fundamental en España, específicamente con respecto a la prohibición del esquirolaje interno como medida de conflicto colectivo del empresario.

El ejercicio del derecho de huelga no siempre está exento de controversia, y una de las cuestiones más polémicas relacionadas con las huelgas es el uso de trabajadores sustitutos, o comúnmente conocido como *el esquirolaje*. Esta práctica ha sido, a lo largo de los años, fuente de conflictos entre trabajadores y empresarios, y plantea cuestiones sobre la legitimidad de esta práctica y su efecto sobre el derecho de huelga y la protección de los derechos de los trabajadores.

En concreto, este TFG se centrará en el análisis jurisprudencial de cinco sentencias destacadas en España que abordan la temática lo largo de los años, y proporcionará un análisis en profundidad a la luz de la doctrina española y de bibliografía especializada seleccionada a los efectos de poder realizar un análisis más profundo. Los aspectos a tomar en cuenta en cada sentencia serán la descripción de los hechos, las pretensiones de las partes, y la normativa aplicable, así como un análisis crítico de las mismas.

El derecho de huelga y la prohibición del esquirolaje están directamente relacionados con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas¹. Concretamente, con los ODS 8, 10 y 16, puesto que al estudiar los aspectos jurídicos y prácticos de la huelga y la prohibición del esquirolaje, este documento contribuirá a la promoción de los derechos laborales y las condiciones de trabajo decentes para todos los trabajadores, así como a la disminución de las desigualdades en las relaciones laborales y al desarrollo de marcos legales e institucionales que apoyen las relaciones laborales pacíficas y respetuosas.

La bibliografía consultada a lo largo del estudio se encontrará recogida al final del documento y se seguirán las normas APA con objeto de citas y referencias bibliográficas.

¹ La resolución 70/1 de la Asamblea General “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible” A/RES/70/1 (25 de septiembre de 2015), disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/291/93/PDF/N1529193.pdf?OpenElement>

MARCO NORMATIVO

La Carta Magna Española² contempla en su articulado, concretamente en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I, desde el artículo 15 hasta el 29, y sumando el 30.2 sobre la objeción de conciencia, los denominados Derechos Fundamentales.

Estos derechos son definidos por Bastida Freijedo y otros autores en el libro *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978* (2004: 26) como un “apoderamiento jurídico que la Constitución atribuye a un sujeto para que pueda defender, asegurar o ejercer determinadas expectativas.”³

Como característica distintiva de los derechos fundamentales, podemos destacar su carácter de indisponibilidad por el legislador, e incluso, por el órgano de reforma constitucional, los cuales no pueden alterar ni vulnerar los derechos fundamentales, otorgando así al titular del derecho una disponibilidad del mismo potencialmente inmediata (Bastida Freijedo, 2004)⁴.

Aunado a esto, la Constitución Española le otorga a los Derechos Fundamentales una protección característica de los mismos mediante la reserva de Ley Orgánica, la cual se refiere a que, para regular cada uno de estos derechos debe ser publicada una Ley Orgánica con las particularidades que eso conlleva, como la aprobación de la mayoría absoluta del Congreso de Diputados según lo establecido en el artículo 81 CE.

La Carta Magna Española contempla dentro de su articulado otro tipo de derechos que, si bien no son Fundamentales, si se consideran Constitucionales y se encuentran reflejados en el Capítulo Segundo de su Título Primero, de los artículos 14 a 38. En el referido capítulo se encuentran previstos los derechos laborales. De acuerdo al artículo 53.1 CE, estos derechos deben vincular las actuaciones de los poderes públicos y están sometidos a reserva de ley ordinaria.

A lo largo de los años, el catedrático Manuel Carlos Palomeque ha ahondado en la clasificación de derechos constitucionales laborales específicos e inespecíficos⁵,

² «BOE» núm. 311, de 29/12/1978.

³ FREIJEDO, F. J. B.: *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Ed. Tecnos Editorial S A, 2004.

⁴ FREIJEDO, F. J. B.: *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Ed. Tecnos Editorial S A, 2004.

⁵ La primera utilización del término "derechos constitucionales laborales inespecíficos" por M.C. PALOMEQUE LÓPEZ en el prólogo al libro de G.P. ROJAS RIVERO, *La libertad de expresión del trabajador*, Editorial Trotta, Madrid, 1991, pp. 7 a 9.

noción que ha sido receptora de gran aceptación y estimación dentro de la doctrina y jurisprudencia española.

En la última edición del libro Derecho del Trabajo, Palomeque (2022)⁶ explica la categorización de los derechos constitucionales laborales, en donde el carácter específico viene dotado principalmente del ámbito de las relaciones laborales. En este sentido, el ejercicio de estos mismos derechos no sería posible o no tendría sentido fuera de las mismas, por lo que, la relación de trabajo se convierte en presupuesto imprescindible para la existencia y ejercicio del derecho constitucional laboral específico.

Algunos de estos derechos constitucionales laborales específicos de los que son titulares los sujetos de una relación laboral como podrían ser las personas trabajadoras y las personas empresarias pueden ser, entre otros, el derecho al trabajo y deber de trabajar (art. 35.1 CE), el derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE), y el derecho a la huelga (art. 28.2 CE), el cual será estudiado con mayor detenimiento más adelante.

Asimismo, existen otros derechos constitucionales cuyo carácter no resulta específicamente laboral, sino general e inespecífico; entre otros, el derecho a la igualdad y no discriminación (arts 14 y 35.1 CE), el derecho a la libertad ideológica y religiosa (art 16.1 CE), y el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE).

Los artículos previamente mencionados, llamados inespecíficos, pueden y deben ser ejercidos por todos los ciudadanos independientemente de si son parte de una relación laboral o no. No obstante, dan lugar a un fenómeno de “impregnación laboral” como comenta Palomeque (2022: 113 - 114)⁷ debido a que “Son derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que son ejercidos en el seno de una relación jurídica laboral por ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer, en derechos constitucionales laborales inespecíficos”.

En definitiva, como lo especifica García Salas (2013)⁸ en su título “*El derecho abusivo de la huelga*”, y acompaña la percepción otorgada por Palomeque, dentro del

⁶ PALOMEQUE LÓPEZ, M, C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del trabajo*, Ed. Universitaria Ramón Areces S.A., Madrid, 2022.

⁷ PALOMEQUE LÓPEZ, M, C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del trabajo*, Ed. Universitaria Ramón Areces S.A., Madrid, 2022.

⁸ García Salas, a. i., *El ejercicio abusivo de la huelga*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág.46.

sistema jurídico hay un reconocimiento genérico y abstracto del derecho a la huelga –como derecho fundamental– que compete a todos los trabajadores insertos en una relación laboral dependiente y por cuenta ajena.

Habiendo mencionado esto, y con objeto de profundizar en el tema de estudio principal de este Trabajo de Fin de grado, el Derecho de Huelga y la prohibición del Esquirolaje en España, es necesario establecer el marco jurídico en donde estos aspectos están regulados.

Las normas internacionales del trabajo y diversos ordenamientos jurídicos nacionales, incluido el español, reconocen el derecho de huelga como un Derecho Constitucional Laboral Específico de carácter Fundamental, el cual está contemplado en el artículo 28.2 de la Constitución Española, en el que, si bien no se establece una definición oficial de huelga, sí se determina como un derecho fundamental en el ámbito nacional.

En tal sentido, al ser el derecho a la huelga un derecho fundamental, conforme a la CE, debe ser una Ley Orgánica, aprobada por mayoría absoluta en el Congreso de los Diputados (Art. 81.1 CE), la que regule el ejercicio de este derecho, así como las garantías necesarias para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales a la comunidad. Hasta el momento, esta Ley Orgánica sobre la huelga no ha sido aprobada.

Aunado a lo establecido en el artículo 28.2 CE, encontramos el texto normativo del Real Decreto Ley 17/1977, del 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (RDLRT)⁹, en el que se desarrolla con mayor precisión el derecho fundamental de la huelga.

Es preciso advertir igualmente, que luego de la entrada en vigencia de la Constitución del 1978, el RDLRT, que es del año 1977, sufrió una modificación parcial por un recurso de inconstitucionalidad contenido en la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril (STC 11/1981)¹⁰.

En la modificación del Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (RDLRT), con la STC 11/1981 se introduce al ordenamiento jurídico una definición oficial de huelga como *“una perturbación que se produce en el normal desenvolvimiento de la vida social y en particular en el proceso de producción de bienes y de servicios que se lleva a cabo en forma pacífica y no violenta, mediante un concierto de los trabajadores y de los demás intervinientes en dicho proceso, que*

⁹ «BOE» núm. 58, de 09/03/1977

¹⁰ «BOE» núm. 99, de 25 de abril de 1981, páginas 1 a 13 (13 págs.)

puede tener por objeto reivindicar mejoras en las condiciones (...) de trabajo y que puede suponer una protesta en repercusión en otras esferas o ámbito”

Es precisamente este RDLRT la norma que regula el ejercicio del derecho de huelga, las garantías de los servicios esenciales a la comunidad, los mecanismos de defensa, dentro de las cuales estudiaremos el esquirolaje por parte de la parte empresarial y demás aspectos.

De acuerdo con lo establecido en la STC 11/1981, en conflictos de huelga se aplicará el RDLRT siempre y cuando su interpretación no sea contraria a la Constitución.

Encontramos también que si se obstruye o limita el ejercicio de la libertad sindical o del derecho de huelga, conforme al artículo 315 del Código Penal Español¹¹, serán objeto de sanción penal quienes mediante engaño o abuso de una situación de necesidad, impidan o limiten el ejercicio de estos derechos, así como quienes utilicen la coacción para impedir o mantener una huelga.

Con respecto concretamente al esquirolaje, De La Riva y Franco (2013)¹² definen el mismo como *“la sustitución de los trabajadores huelguistas, bien por trabajadores no vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la huelga (esquirolaje externo), bien por trabajadores de la empresa no huelguistas a los que se les modifica las condiciones de lugar, tiempo y/o modo de trabajo (esquirolaje interno).”*

El RDLRT prohíbe expresamente en su artículo 6.5 el esquirolaje externo. El artículo establece en el mismo una salvedad con respecto al incumplimiento de la obligación de garantizar los servicios de mantenimiento y seguridad, el cual, en caso de incumplimiento durante una huelga, el empresario está legalmente avalado para contratar otros trabajadores sin infringir en la prohibición del esquirolaje externo (De La Riva y Franco 2013)¹³.

Así mismo, cabe destacar el artículo 8a de la Ley 14/1994 de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (LETT)¹⁴, el cual, en concordancia con lo mencionado anteriormente sobre la contratación de trabajadores sustitutos a

¹¹ «BOE» núm. 281, de 24/11/1995.

¹² DE LA RIVA, I.L.G., & FRANCO, T.S.: *Los mecanismos empresariales de defensa frente a la huelga*, Ed. Tirant lo Blanch, 2013.

¹³ DE LA RIVA, I.L.G., & FRANCO, T.S.: *Los mecanismos empresariales de defensa frente a la huelga*, Ed. Tirant lo Blanch, 2013.

¹⁴ «BOE» núm. 131, de 02/06/1994.

trabajadores huelguistas, establece que *“las empresas no podrán celebrar contratos de puesta a disposición en los siguientes casos: a) Para sustituir a trabajadores en huelga en la empresa usuaria”*.

Dichos preceptos los tenemos en consideración con respecto al denominado esquirolaje externo. No obstante, el objeto de enfoque de este Trabajo de Fin de Grado será especialmente el esquirolaje interno y la doctrina científica y jurisprudencial consolidada al respecto.

Como se indicó, la prohibición del esquirolaje del artículo 6.5 RDLRT contempla expresamente el esquirolaje externo únicamente. No obstante, estudiaremos la evolución de la doctrina española en cuanto a la inclusión de la prohibición contenida en este artículo sobre el esquirolaje interno, puesto que se entiende que con el mismo, se atenta contra la huelga en el sentido de minorar, aliviar y neutralizar sus efectos, vulnerando así el derecho constitucional laboral específico y de carácter fundamental de la huelga.

A lo largo del trabajo quedará en evidencia la postura de los tribunales que confirma el Vale carácter fundamental del derecho de huelga, el cual tiene disponibilidad inmediata e insoslayable frente a otros derechos de carácter no fundamental, como pueden ser el derecho a la potestad directiva del empresario contemplada en el artículo 20 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET)¹⁵.

Por tanto, “la preeminencia de este derecho [de huelga] 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” (STC 123/1992 de 28 de septiembre)¹⁶, como puede ser el de la potestad directiva del empresario mientras esté en desarrollo la huelga, lo que impediría al empresario ejercer facultades propias como lo puede ser la movilidad funcional del personal.

Como se explicaba anteriormente, la ley prohíbe expresamente el esquirolaje externo en su artículo 6.5 del RDLRT. Sobre el esquirolaje interno, de cara a estudiarlo

¹⁵ «BOE» núm. 255, de 24/10/2015.

¹⁶ «BOE» núm. 260, de 29 de octubre de 1992, páginas 12 a 15 (4 págs.)

a profundidad, convergen diferentes posturas jurisprudenciales, algunas que consideran esta sustitución de trabajadores como admisible, otras que lo consideran ilícita.

Por un lado, así como comenta De La Riva y Franco (2013)¹⁷, un sector de la doctrina judicial considera el esquirolaje interno como lícito argumentando que «lo que no está prohibido está permitido» y que «si la ley hubiera querido prohibirlo lo habría hecho», en base a lo contemplado en la STCT de 13 de diciembre de 1988, Ar/613 o STSJ de Madrid, de 20 de julio de 1991, las cuales admiten la sustitución de trabajadores huelguistas por otros no adscritos a la huelga (esquirolaje) de manera de suplir funciones y tareas de inferior categoría a la que ostentan.

Por otro lado, los mismos autores resaltan otro sector jurisprudencial que toma una postura contraria a la anterior, entendiendo la prohibición del esquirolaje externo expresamente contemplada en el artículo 6.5 del RDLRT como extendida también al esquirolaje interno.

El argumento en el cual se basan estas sentencias, de acuerdo a lo mencionado por De La Riva y Franco (2013)¹⁸, siendo que la ley contempla expresamente los mecanismos de defensa empresarial frente a una huelga legal¹⁹, como es el caso de la garantía de servicios mínimos en la huelga en servicios esenciales para la comunidad (Art. 10 del RDLRT) o con la garantía de los servicios de mantenimiento y seguridad en las huelgas ordinarias (Art. 6.7 del RDLRT).

Partiendo de la base que la ley regula expresamente los mecanismos de defensa empresarial frente a la huelga legal, este sector de la doctrina interpreta que se deben entender como contrarios a la ley aquellos mecanismos no reconocidos expresamente, debido a que vulneran el contenido esencial del derecho de huelga (De La Riva y Franco, 2013)²⁰.

En armonía a lo mencionado, la STSJ de Galicia, de 14 de julio de 1992, Ar/3863, argumenta que: «Una interpretación del (Art. 6.5 del RDLRT) en el sentido más favorable a la eficacia del derecho fundamental, como ordena el Art. 5.1 de la LOPJ, obliga a entender que la prohibición de sustitución se refiere no sólo a

¹⁷ DE LA RIVA, I.L.G., & FRANCO, T.S.: *Los mecanismos empresariales de defensa frente a la huelga*, Ed. Tirant lo Blanch, 2013.

¹⁸ DE LA RIVA, I.L.G., & FRANCO, T.S.: *Los mecanismos empresariales de defensa frente a la huelga*, Ed. Tirant lo Blanch, 2013.

¹⁹ El artículo 11 del RDLRT establece los parámetros bajo los cuales una huelga es considerada ilegal. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1977/BOE-A-1977-6061-consolidado.pdf>

²⁰ DE LA RIVA, I.L.G., & FRANCO, T.S.: *Los mecanismos empresariales de defensa frente a la huelga*, Ed. Tirant lo Blanch, 2013.

trabajadores extraños a la empresa sino también a los que perteneciendo a su plantilla no desempeñen habitualmente las tareas propias de los huelguistas».

Correspondiente al marco jurídico de este asunto, debemos tomar en consideración las medidas o sanciones que puede conllevar el incumplimiento empresarial de la prohibición del esquirolaje interno. A lo largo de este trabajo podremos evidenciar cómo este hecho podrá ser objeto de persecución judicial a través del procedimiento especial destinado a proteger los derechos fundamentales que se establecen en los artículos 177 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social²¹. Como resultado, los trabajadores cuyos derechos hayan sido vulnerados podrían tener derecho a una compensación por daños y perjuicios. Esto es lo que se destacó en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 16 de noviembre de 1992 (Ar/5709), así como establecen De La Riva y Franco (2013)²².

Por otro lado, es menos claro si esta infracción podría ser sancionada administrativamente como una infracción administrativa muy grave. Esto se debe a la redacción específica del artículo 8.10 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS)²³, que se refiere solo al esquirolaje externo. Si consideramos el principio de tipicidad²⁴ de las infracciones y sanciones administrativas laborales, esta interpretación se vuelve un tanto ambigua.

A lo largo del análisis de cada sentencia podremos evidenciar la normativa expuesta en este apartado y su aplicación en cada uno de los casos en virtud de la tesisura del litigio y la naturaleza de cada conflicto. No obstante, resultará insoslayable la referencia a los artículos 28 y 37 CE, así como el 6.5 RDLRT.

²¹ «BOE» núm. 245, de 11/10/2011.

²² DE LA RIVA, I.L.G., & FRANCO, T.S.: *Los mecanismos empresariales de defensa frente a la huelga*, Ed. Tirant lo Blanch, 2013.

²³ «BOE» núm. 189, de 08/08/2000

²⁴ El principio de tipicidad, derivado de la Constitución Española, garantiza la seguridad jurídica al establecer claramente las acciones que constituyen una infracción administrativa y las sanciones correspondientes. Este principio, esencial en la restricción de derechos mediante actos administrativos, exige que las infracciones sean previamente definidas de manera precisa. Sin embargo, encontrar el equilibrio entre una definición demasiado estricta y una excesivamente laxa es una cuestión práctica compleja, ya que ambas pueden comprometer la eficacia de la ley y las garantías constitucionales (Cueto Pérez, 2008)

DESARROLLO

1. Sentencia Constitucional N° 123/1992, Tribunal Constitucional, Sala Primera, Recurso de amparo 301/1989, de 28 de septiembre de 1992.

1.1. Descripción objetiva de los hechos e itinerario procesal

El litigio resuelto por esta sentencia ha sido desencadenado por la medida tomada por la empresa Compañía Envasadora Loreto, S.A., la cual, durante la realización de una huelga legal²⁵ el 18 de julio de 1986, optó por la sustitución de los trabajadores en huelga por quienes no la secundaron.

En mencionada huelga participaron en su mayoría los trabajadores fijos discontinuos, mientras que el personal fijo de la plantilla, en los que encontramos a los directivos y administrativos, se mantuvieron al margen. Fueron estos segundos quienes voluntariamente cubrieron las funciones de los trabajadores huelguistas luego de la sustitución propuesta por la empresa. Esto, pese a que las funciones pertenecían a puestos de inferior categoría profesional a la que realmente ostentaban los trabajadores sustitutos.

En una primera instancia, el Comité de Empresa presentó la denuncia ante la Inspección de Trabajo, la cual se declaró incompetente para resolver el conflicto.

Como consecuencia, el Comité de Empresa presenta la correspondiente demanda de conflicto colectivo ante la Magistratura de Trabajo núm. 8 de Sevilla, donde la sentencia fue desestimatoria, por lo que no se entiende como vulnerado el derecho a huelga, al ser considerada lícita la sustitución de los trabajadores huelguistas en este caso.

Ante mencionada sentencia, el Comité de Empresa presentó un Recurso de Suplicación²⁶ ante el Tribunal Central de Trabajo. Ante este recurso, se dicta la Sentencia de 13 de diciembre de 1988, mediante la cual es desestimado.

²⁵ El artículo 11 del RDLRT establece los supuestos en los cuales una huelga es considerada ilegal. Declarando la licitud de la misma en los casos que no correspondan a los enunciados.

²⁶ El recurso de suplicación viene regulado en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), artículos 190 a 204.

Posteriormente, y objeto de análisis de esta sentencia y trabajo, es presentado y admitido a trámite ante el Tribunal Constitucional, un recurso de amparo en abril de 1989.

Se requirió al Tribunal Central de Trabajo y a la Magistratura de Trabajo núm. 8 de Sevilla para que remitieran testimonio del recurso y los autos, emplazando a los demás interesados que hubieran sido parte en ambas instancias.

Al recibir las actuaciones, y al ser personada la Compañía Envasadora Loreto, S.A., se confirió el traslado de la demanda al Ministerio Fiscal y a la otra parte para que pudieran formular las alegaciones oportunas.

En el escrito redactado por el Ministerio Fiscal, se reconoce y valida la demanda de los trabajadores, por cuanto las medidas tomadas por el empresario representan una reacción ante la huelga y debería ser interpretado como ello, y no como un derecho de libertad del empresario para organizar el trabajo.

La sentencia estudiada, con respecto al escrito del Ministerio Fiscal establece que *“el cambio de adscripción laboral de trabajadores, descendiendo para ello en la escala de clasificación profesional, con el claro propósito de minimizar o anular la huelga, hay un propósito claramente atentatorio contra el derecho establecido en el art. 28.2 de la Constitución, sin que sea viable una interpretación literalista. Este es el sentido de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 11/81, 41/84).”*

Consecuentemente, el Tribunal Constitucional ha declarado en este conflicto que, si bien el empresario goza de su derecho de ius variandi y de libertad de organización del ejercicio laboral, la sustitución interna de trabajadores resulta en un ejercicio abusivo de este derecho puesto que se trata de una herramienta para minimizar el impacto de la detención del trabajo y no una medida objetivamente necesaria para el correcto ejercicio de la empresa.

En septiembre de 1992, el Tribunal Constitucional dictó sentencia estimando el recurso y otorgando el amparo solicitado por el Comité de Empresa.

1.2. Pretensiones de las partes y problema jurídico principal

La pretensión principal del Comité de Empresa de la Compañía Envasadora Loreto, S.A. era el reconocimiento de la vulneración del derecho de huelga y la consideración como ilícita de la medida de sustitución de los trabajadores en huelga por quienes no la secundaron, llevada a efecto por la empresa el día 18 de julio de 1986.

La parte demandante alegó que las medidas adquiridas por la empresa resultaban “*un ejercicio contra legem del ius variandi que le concede la ley*” conforme a lo contenido en el apartado cinco de los antecedentes de hecho.

Debemos entender el “*ius variandi*” como el derecho del empresario a tomar decisiones unilateralmente que alteren y modifiquen la relación laboral con sus trabajadores dentro de unos determinados límites establecidos en la Ley (Manrique Villanueva, 2008).

Por otro lado, un ejercicio de derecho “*contra legem*” indicaría en el caso de esta sentencia que el derecho del empresario de “*ius variandi*” no está siendo empleado conforme a los límites fijados en la normativa.

Esto hace referencia a que el artículo 23.4 de la Ley 8/1980 de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, actualmente derogado²⁷, permitía la sustitución de trabajadores en funciones y tareas de categorías inferiores a las que ostente el sustituto, siempre en cuando se cumpliesen los requisitos de perentoriedad e imprevisibilidad.

En el caso de este litigio, al estar la huelga avisada con antelación, no se puede considerar como imprevisible, así como no se puede considerar perentoria, puesto que el desenvolvimiento del servicio y de la producción no resultaban urgentes ni inaplazables.

Contrariamente, la Compañía Envasadora Loreto, S.A. alegaba que había actuado dentro del marco legal y que no se había vulnerado ningún derecho, mucho menos el derecho fundamental a la huelga, por tanto las medidas tomadas eran lícitas y estaban contempladas dentro del poder de dirección del empresario conforme a lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores previamente mencionado.

Las pretensiones de la parte demandada formuló sus alegaciones en base a la doctrina del Tribunal Constitucional con respecto a la (STC 11/1981). En la cual basa que el derecho fundamental de huelga no fue vulnerado, sino más bien respetado, al no impedir a los trabajadores su ejercicio y al respetar las previsiones legales contempladas en el artículo 6 del RDLRT. Igualmente, alegan la legitimidad de la empresa al tomar medidas de movilidad funcional, al estar la misma facultada y autorizada con un amplio margen de acuerdo a lo establecido en el convenio colectivo provincial, específicamente en el artículo 26.

²⁷ Actualmente, se encuentra en vigencia el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

El conflicto en esta sentencia, como bien podemos entender, yace en discernir si la medida adoptada por la empresa al sustituir a los trabajadores en huelga por otros trabajadores de la empresa vulneraba o no el derecho fundamental a la huelga del Comité de Empresa, y si dicha medida era o no ilícita de acuerdo al ordenamiento jurídico y la jurisprudencia española.

La tensión encontrada en el conflicto se produce, como menciona la sentencia en su fundamento jurídico primero, en dos sectores. Por una parte, entre la aplicación de la interpretación literal y la interpretación finalista o teleológica de las normas, lo que conlleva, por otra parte, a la contraposición de la libertad de empresa y la protección del trabajador en el ordenamiento jurídico español.

1.3. Normativa aplicable y Doctrina aplicable

Los fundamentos jurídicos aplicados para resolver esta sentencia, así como la normativa y doctrina aplicable, serán, en su mayoría, de aplicación para las sentencias a estudiar a lo largo de este trabajo. Al inicio del mismo, se encuentra desglosado con mayor detalle el marco normativo aplicable para supuestos de esta índole, por lo que, en este apartado, nos centraremos en la aplicación directa de los preceptos para la resolución de cada caso.

Hoy día, la jurisprudencia y la doctrina española mantienen una postura sobre el esquirolaje bastante definida y estructurada a lo largo de los años. No obstante, en la sentencia a evaluar, del año 1992, observamos cómo resulta pionera en la manera de regular este conflicto con la doctrina del Tribunal Constitucional acerca del esquirolaje interno.

Sobre esta sentencia en concreto, tanto en los Tribunales inferiores como en el Tribunal Constitucional, se acude al artículo 28 CE, en donde se contempla el derecho a huelga como un derecho fundamental. Se hace referencia a este artículo de manera de determinar si este derecho pudo haber sido de alguna manera vulnerado por la empresa al sustituir a los trabajadores con personal directivo de la misma.

Para ello, el Tribunal Constitucional establece la importancia de la interpretación finalista de la norma en cuanto al entendimiento de la huelga como *“el cese de la prestación de servicios por los trabajadores afectados, sin ocupación por ellos del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias”* de acuerdo a lo establecido en el artículo 7.1 del RDLRT.

Conforme a ello, como apunta la sentencia estudiada, el RDLRT en su artículo 6.5 establece la prohibición de la sustitución de los trabajadores huelguistas. No obstante, especifica la prohibición cuando se trata de una sustitución por trabajadores ajenos o externos a la actividad productiva de la empresa. Es por ello que, en el caso de este conflicto, esta prohibición da lugar a los distintos tipos de interpretación de la norma, en los que encontramos la *a contrario sensu*²⁸, y la *interpretación finalista*. La primera interpretación, fue rechazada por el Tribunal Supremo en dos sentencias, 23 y 24 de octubre de 1989.

La prohibición del esquirolaje externo del artículo 6.5 RDLRT, en su interpretación finalista abarca también el esquirolaje interno, puesto que se entiende que con el mismo, se atenta contra la huelga en el sentido de minorar, aliviar y neutralizar sus efectos, vulnerando así el derecho constitucional laboral específico y de carácter fundamental de la huelga.

Para la resolución del conflicto, el Tribunal Constitucional en su Fundamento Jurídico cuarto acude a su sentencia del 8 de abril de 1981, sobre el Recurso de Inconstitucionalidad número 192/1980²⁹. La mencionada sentencia refuerza la concepción de la huelga como un derecho subjetivo del trabajador que simultáneamente se configura como un derecho fundamental constitucionalmente consagrado.

Un derecho subjetivo, como lo expone el Catedrático Alberto Ayala Sánchez en su Comentario a la STC 130/2021, de 21 de junio. “El Derecho de Huelga: Derecho Subjetivo Fundamental y Algunos de sus Límites” (2022) puede ser entendido como el derecho otorgado a un sujeto por una norma concreta, mediante el cual el sujeto puede “actuar de una manera específica y determinada atendiendo a su libre discreción”.

Aunada a la concepción de este derecho como subjetivo y fundamental, debemos añadir la preeminencia otorgada por su más intensa protección al tratarse de un derecho fundamental constitucionalmente contemplado. El derecho de huelga goza de la más completa tutela jurisdiccional, como establece la sentencia estudiada en su fundamento jurídico quinto, “con un cauce procesal ad hoc en la vía judicial ordinaria y el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (arts. 53, 81 y 161 C.E.)”.

²⁸ *A contrario sensu* viene definido por la Real Academia Española (RAE) como: “que se argumenta a partir de lo que no se expresa en la norma o sentencia de referencia, o en el resultado de la prueba practicada.”

²⁹ BOE núm. 99, de 25 de abril de 1981.

La STC 123/1992 interpreta que el carácter de preeminencia del que goza el derecho a la huelga *“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 art. 20 del Estatuto de los Trabajadores, de la cual son emanación las facultades que le permiten una movilidad del personal”*.

Es por ello que, en la sentencia a evaluar se entiende la sustitución interna de los trabajadores huelguistas como un *ejercicio abusivo de un derecho*.

Si bien es cierto que el empresario ostenta potestad de dirección y de movilidad funcional de los trabajadores, y del *ius variandi* empresarial previamente explicado, este derecho se prevé en el supuesto de que la actividad productiva de otros trabajadores esté saturada y no en el de huelga, afirmando que cualquier otra interpretación ampliadora del texto supondría una prestación básica del contrato en peores condiciones que las recogidas con la ley y, por tanto, sería ineficaz la norma convencional por contradecir el Estatuto de los Trabajadores (art. 3 y 85, Ley 8/1980).

Igualmente, como bien reafirma De la Riva y Franco (2013), se considera como un ejercicio abusivo del derecho cuando este mismo sea realizado *“no como medida objetiva necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo, atentando en tal sentido al recíproco deber de lealtad y buena fe que perdura durante la huelga”*.

Tomando esto en consideración, el Tribunal Constitucional no admite que se pueda resolver este conflicto partiendo de una interpretación a contrario sensu del artículo 6.5 del RD Ley 17/1977, puesto que, si bien el mencionado artículo no contempla la prohibición explícita del esquirolaje interno, la utilización del mismo como medida de defensa frente a la huelga por parte del empresario *atenta al recíproco deber de lealtad y buena fe que perdura durante la huelga*, como dijo el Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 de octubre de 1989 (Sala de lo Social).

En la STS del 24 de octubre de 1989, citada para la resolución de la STC 123/1992, fue considerada ilícita la sustitución de marineros huelguistas. En este caso, los trabajadores fueron sustituidos por otros trabajadores vinculados a la naviera mediante contratos anteriores al conflicto, pero de otros buques.

Tomando la normativa descrita como referencia, e interpretando las mismas desde una modalidad finalista, la sentencia estudiada concluye en su fundamento jurídico quinto que: *“no puede calificarse como lícita la sustitución de los trabajadores en huelga por otros de superior nivel profesional que no la habían secundado, sin que pueda ser incluida esta conducta entre las medidas empresariales de conflicto colectivo que legitima el art. 37 de la Constitución.”*

1.4. Reflexión crítica

La SENTENCIA 123/1992, de 28 de septiembre aborda un aspecto importante de las relaciones laborales y de la protección de los derechos de los trabajadores. La cuestión central se refiere al derecho de huelga y a las restricciones que impone a las facultades del empresario.

Tanto en esta sentencia como en las siguientes que serán objeto de análisis en este trabajo encontraremos los siguientes aspectos como: el derecho de huelga como derecho fundamental, la limitación de las facultades del empresario durante la huelga, la prohibición de las medidas rompeshuelgas, el deber recíproco de lealtad y buena fe, y la interpretación de leyes y derechos.

Uno de los puntos críticos a destacar en esta sentencia es el de la interpretación del artículo 6.5 del RD Ley 17/1977. Como bien se ha denotado en el apartado anterior, en este artículo se establece como ilícita la sustitución de trabajadores huelguistas mediante la contratación de otros trabajadores externos al tejido productivo empresarial. Pero, no queda explícitamente prohibida la sustitución interna de trabajadores.

En la sentencia 123/1992, resalta la interpretación de la normativa desde una perspectiva finalista y no a contrario sensu. Es esta interpretación la que ha permitido a grandes rasgos poder determinar la vulneración del derecho de huelga al calificar las acciones de los empresarios como intencionadas para aminorar el efecto de la misma, vulnerando así el derecho de los trabajadores.

Por otro lado, resulta relevante la consideración que ostenta el derecho de huelga como un derecho fundamental contemplado en la Constitución Española, lo cual lo dota de especial protección y preeminencia. Es precisamente esta protección la que permite que, incluso siendo contrarias las sentencias dictadas con anterioridad por los Tribunales inferiores ante este conflicto, se interpusiera el recurso de amparo recurrente ante el Tribunal Constitucional, y desencadenar no solo el fallo de esta sentencia, sino el

inicio de una doctrina jurisprudencial con respecto al esquirolaje interno que continúa siendo referente en España.

Igualmente, con respecto al carácter preeminente que le es otorgado al derecho de huelga como derecho fundamental, la STC 123/1992 establece la capacidad que tiene el mismo de disminuir, anestesiar o limitar otros derechos que ostenten los sujetos relevantes que, en defecto de huelga, pueden ejercerse libremente.

Esto incluye los poderes directivos del empresario, que se ven significativamente limitados durante una huelga. Concretamente, en la STC 123/1992 se aborda el ius variandi empresarial y los límites del mismo ante la existencia de la huelga.

Concluimos que el empresario, en caso de huelga, se ve limitado a ejercer su poder de dirección y organización en caso de que este mismo cumpla la función de aminorar los efectos de la huelga. Esta observación resulta crucial, puesto que pretende crear un equilibrio entre los poderes de los empresarios y los derechos de los trabajadores, especialmente durante una huelga.

Finalmente, aunque no menos importante, el Tribunal menciona en su fundamento jurídico quinto, así como citando al Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 de octubre de 1989, el deber que tienen tanto el empresario como los trabajadores de lealtad y buena fe. Estos deberes perduran incluso durante la huelga y protege el hecho de que las partes actúen sin vulnerar la integridad de la relación laboral ni los derechos de la otra parte.

2. Sentencia Constitucional N° 33/2011, Tribunal Constitucional, Sala Primera, Recurso de amparo 6171-2004, de 28 de marzo de 2011.

2.1. Descripción objetiva de los hechos e itinerario procesal

El conflicto abordado por esta sentencia es desencadenado por la vulneración del derecho de huelga en el año 2002, en el cual los trabajadores del Diario ABC, S.L. secundaron la huelga general convocada por los sindicatos mayoritarios, y a lo que los directivos del Diario ABC, S.L. respondieron al asumir tareas de los trabajadores huelguistas y emitir una tirada de periódicos durante el desenvolvimiento de la huelga.

La mencionada huelga general fue convocada para el día 20 de junio de 2002 por los sindicatos CC.OO y UGT. El motivo detrás de la convocatoria fue el de mostrar el descontento, así como detener o ralentizar las reformas en materia de empleo que se estaban estructurando desde el Gobierno de la Nación. Concretamente, los sindicatos convocan huelga como respuesta a las reformas al Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad.

Los trabajadores de la empresa Diario ABC, S.L., apoyados por el comité de empresa, secundan de manera mayoritaria la convocatoria a la huelga, y desde las 19:00 h. del día 19 de junio hasta las 7:00 h. del día siguiente deciden no acudir al trabajo, lo que ocasionaría la no producción ni distribución del periódico del día 20 de junio 2002.

Como respuesta a ello, personal del equipo directivo y jefes de áreas, entre otros perfiles, se dedicaron a editar y distribuir una tirada de 29.800 ejemplares del periódico pese a la existencia de la huelga mediante la asunción de tareas de inferior categoría a la que ostentaban estos perfiles.

Con respecto a los beneficios económicos que esta sustitución de trabajadores resulta, la empresa facturó un total de 21.000 € frente a los 550.000 €. Es por ello que, si bien hubo una pérdida cuantiosa de dinero como efecto de la huelga, el periódico fue emitido a pesar de la voluntad de los trabajadores asignados para ello.

En virtud de estos hechos, en el año 2003, un grupo de cuarenta y dos trabajadores presentó una demanda por vulneración del derecho a la huelga contra Diario ABC, S.L. Esta demanda fue presentada ante el Juzgado de lo Social núm 33 de Madrid, y fue estimada parcialmente en la Sentencia del 10 de octubre de 2003. En ella se declara la vulneración del derecho de huelga por parte del Diario ABC, S.L, a quienes se les condenó a indemnizar por daños morales a las personas afectadas con trescientos euros.

En vista del fallo del Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, la parte demandada interpone un recurso de suplicación frente a la Sentencia del 10 de octubre de 2003. El recurso fue interpuesto ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual estimó el recurso con la Sentencia de 27 de abril de 2004. En ella, el Tribunal niega la vulneración del derecho de huelga, en la cual adjudica a la empresa el derecho a tomar medidas de defensa ante la huelga y absuelve a la misma de

las obligaciones dictadas en la Sentencia del Juzgado de lo Social núm 33 de Madrid, del 10 de octubre de 2003.

Ante la nueva realidad a la que se enfrentaban los trabajadores y el itinerario procesal acaecido, los mismos presentaron un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, el cual dictaminó finalmente reconociendo la vulneración del derecho de huelga con la Sentencia 33/2011.

Esta sentencia será objeto de estudio en este trabajo debido a su determinación de vulneración del derecho de huelga mediante la ejecución de tareas de inferior categoría por personal directivo. Así mismo, resulta característica la determinación de la obligación del empresario a impedir que los trabajadores no huelguistas incurran en conductas o comportamientos que limiten el derecho de huelga de otros trabajadores.

2.2. Pretensiones de las partes y problema jurídico principal

Con respecto a los trabajadores, tomando en consideración los antecedentes de hecho, podemos afirmar que su pretensión principal era la de la declaración de vulneración del derecho de huelga por parte del Diario ABC, S.L., así como la indemnización por daños morales establecida en la demanda inicial.

Los trabajadores sostienen, según lo extraído del antecedente de hecho segundo, que la empresa había llevado a cabo prácticas contrarias al ejercicio del derecho fundamental a la huelga, mientras que el Diario ABC, S.L. argumentaba que no había vulnerado el derecho a la huelga y que las prácticas llevadas a cabo durante la huelga eran legales dentro del ius variandi empresarial y que corresponde esta libertad a un derecho de los mismos.

Es por ello que, de igual manera que en la sentencia estudiada anteriormente, la controversia yace en determinar si las prácticas tomadas por la empresa Diario ABC, S.L. durante la huelga general convocada por los trabajadores constituían una vulneración del derecho fundamental a la huelga o no, así como establecer los límites del ius variandi empresarial.

2.3. Normativa aplicable y Doctrina aplicable

En concordancia con la sentencia analizada anteriormente, y en vista de tratarse de otro asunto de vulneración del derecho de huelga mediante la sustitución de trabajadores huelguistas, el Tribunal Constitucional acude a los artículos 24.1, 24.2, y

28.2 de la Constitución Española de manera de contextualizar los derechos que en este caso alegan ser vulnerados, como el derecho a la tutela judicial efectiva y a manifestar en forma de huelga como un derecho fundamental.

A diferencia de la sentencia previa, en la 33/2011 nos encontramos con la particularidad de que al momento de interponer el recurso de amparo, los trabajadores alegaron aunado a lo establecido anteriormente que, el artículo 24.1 y 24.2 de la Constitución Española habrían sido violentados igualmente. Esta alegación fue basada en dos motivos principales.

La primera, la indefensión de los trabajadores al ser incorporado por oficio un hecho probado que sustentaría la decisión del Tribunal Superior (24.1 CE). En este caso, se trataba del hecho probado en el que la empresa no tuvo intervención en la decisión autónoma de los jefes de sección al voluntariamente editar el periodico durante los días de huelga.

La segunda, sobre la vulneración al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). En este caso, la parte recurrente expuso que, al existir indicios de vulneración del derecho fundamental de la huelga, la carga de la prueba correspondía a la empresa, lo cual no se llevó a cabo de esa manera.

En base a las alegaciones presentadas por la parte demandante, el Tribunal Constitucional ha expuesto en su Fundamento Jurídico tercero que la vulneración del derecho contemplado en el artículo 24 CE viene condicionada por la efectiva o no declaración de vulneración del derecho de huelga contemplado en el artículo 28 CE. Ante esto, el TC acude a la STC 17/2003, de 30 de enero (FJ 4), en donde se establece la responsabilidad del trabajador de proveer algún indicio o prueba plausible que pudiese evidenciar la vulneración del derecho fundamental (STC 207/2001, de 22 de octubre).

Aunado a esto, el TC establece que la parte demandante en estos casos no debe limitarse a alegar sobre la vulneración constitucional del derecho, sino que, debe aportar pruebas que permitan inferir o deducir la posibilidad de que sus alegaciones sean efectivamente válidas (SSTC 87/1998, de 21 de abril; 293/1993, de 18 de octubre; 140/1999, de 22 de julio; 29/2000, de 31 de enero; 207/2001, de 22 de octubre; 214/2001, de 29 de octubre; 14/2002, de 28 de enero; 29/2002, de 11 de febrero, y 30/2002, de 11 de febrero).

En caso de que la acreditación de indicios de vulneración del derecho sea llevado a cabo efectivamente, se podrá proceder con la inversión de la carga probatoria sobre el empresario, quien deberá probar la existencia o no de la vulneración del derecho. Dada la posibilidad de que la parte demandada no suministre las pruebas empresariales, el TC establece que se entenderán los indicios como efectivos y desplegarán toda su operatividad sobre el litigio, declarando la lesión del artículo 28 CE.

Por otro lado, resulta inviable analizar este conflicto sin hacer alusión al artículo 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo. Como bien hemos determinado en el estudio de la sentencia 123/1992, este artículo contempla la ilicitud de la sustitución de trabajadores huelguistas por otros trabajadores externos al tejido productivo empresarial existente al momento de comunicar la huelga.

En este caso, el TC hace referencia en su sentencia 33/2011 a sentencias relevantes previas en el tema como lo son la STC 123/1992, de 28 de septiembre y la STC 11/1981, de 8 de abril.

Como hemos podido analizar en el apartado anterior del trabajo con la STC 123/1992, en ella y en la STC 11/1981, de 8 de abril se destaca la protección intensa y la mayor consistencia que se otorga al derecho de huelga en comparación con otros derechos de conflicto colectivo. Así como la declaración de ejercicio abusivo del ius variandi empresarial el hecho de incurrir en la sustitución interna de trabajadores huelguistas.

Esta sentencia 33/2011 tiene la particularidad de que, como así lo expone su Fundamento Jurídico cuarto, y según lo posteriormente estudiado por los autores De La Riva y Franco (2013), el TC admite dos excepciones a la anterior afirmación sobre el ejercicio abusivo del ius variandi empresarial con respecto a la sustitución de trabajadores. Estas excepciones vendrían siendo:

- “a) el incumplimiento de los servicios mínimos por parte de los trabajadores designados para su cobertura y*
- b) la no atención de los servicios de seguridad y mantenimiento, igualmente, por los trabajadores designados para su atención.”*

El Tribunal concluye estableciendo que, como establecido en la jurisprudencia española en anteriores ocasiones, si resulta probado que las funciones correspondientes a los trabajadores huelguistas fuesen desarrolladas por otras personas que tuviesen

asignadas otras funciones en la empresa, se debe concluir como lesionado el derecho fundamental de la huelga contemplado en el artículo 28 CE.

Esta última afirmación, como lo expone el TC en su STC 33/2011, ha sido reforzada a lo largo de la jurisprudencia en sentencias como la STC 18/2007, de 12 de febrero.

2.4. Reflexión crítica

La Sentencia en cuestión, de la Sala Primera Sentencia 33/2011, de 28 de marzo de 2011, versa sobre un supuesto de vulneración del derecho de huelga por parte de un medio de comunicación, Diario ABC, S.L., mediante la utilización de personal directivo para la edición y distribución del periódico durante una huelga.

El motivo principal del litigio en esta sentencia corresponde con la anteriormente analizada, la La Sentencia 123/1992, de 28 de septiembre. No obstante, existen particularidades a destacar en la Sentencia 33/2011 que no fueron destacadas en la anterior.

En la Sala Primera Sentencia 33/2011, la vulneración del derecho de huelga es producida en una empresa de comunicación de alto alcance como lo es el Diario ABC, S.L. Esto es significativo debido al papel importante que ocupan las organizaciones de medios de comunicación en la sociedad en términos de difusión de información y formación de la opinión pública.

Cualquier manipulación o influencia indebida durante una huelga en este sector puede tener implicaciones sociales más amplias que como pudiese ser en otros sectores menos mediáticos o influyentes.

Por otro lado, resulta destacable el hecho de que en el conflicto resuelto por la Sala Primera Sentencia 33/2011, se lleva a cabo la utilización de personal directivo para realizar tareas que típicamente realizaban los trabajadores en huelga. Ello plantea dudas sobre los límites de la actuación del empresario durante una huelga, en particular sobre si el personal directivo puede ser utilizado de esta forma.

En concreto, al analizar los antecedentes de hecho y los hechos probados de la sentencia, podemos evidenciar ciertos aspectos que fueron resaltados por el Catedrático Don Juan Escribano Gutiérrez, Profesor T.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Almería en su análisis de “El Esquirolaje Interno como Ataque al Derecho Fundamental a la Huelga” (2012).

En el análisis previamente mencionado se trae a colación que los directivos del Diario ABC, S.L. No impidieron con su poder de dirección y organización de ninguna manera la participación de los trabajadores en la huelga, ni hubo intentos de coerción para evitar la suma unánime de los trabajadores a la misma.

No obstante, la huelga en cuestión se trataba de una huelga general convocada por los sindicatos mayoritarios, los cuales formaban parte de un movimiento laboral más amplio que el de meramente la empresa Diario ABC, S.L. Igualmente, le añade un nivel de complejidad a la sentencia el hecho de que la línea editorial bajo la cual este medio de comunicación se regía no comulgaba en lo absoluto con los motivos por los que se llevaba a cabo la huelga general.

Es por ello que, tratándose de un medio de comunicación conocido, los esfuerzos de los directivos fueron más allá de evitar una pérdida económica, de hecho, se trató de lograr producir y comercializar un periódico con carácter simbólico con el cual no quedase en evidencia el apoyo unánime que había tenido la huelga convocada en la empresa, sino por el contrario, el fracaso de la misma.

En virtud de lo expuesto anteriormente, cabe destacar la diferencia en la pretensión de la parte demandante con respecto a la sentencia previamente analizada. En la Sala Primera Sentencia 33/2011, el sindicato no sólo solicita la declaración de vulneración del derecho de huelga, sino que apunta además por una indemnización por daños morales que refleja el impacto moral y simbólico que fue vulnerado en la huelga, más que el efecto material de la minoración del efecto de la misma.

Por último, llama la atención del caso en mano el hecho de que, durante el itinerario procesal, las pretensiones iniciales de los trabajadores en sus demandas a los tribunales inferiores fueron desestimadas por el Tribunal de Justicia de Madrid, en donde se estimaron como legítimas las medidas tomadas por el empresario para la defensa ante la huelga.

Por otro lado, con esta Sentencia 33/2011, de la Sala Primera, se establece que no este derecho del empresario a contrarrestar los efectos de la huelga mediante el *ius variandi* no solo no se considera legítimo, sino que también, como bien comenta Don Juan Escribano Gutiérrez en su estudio, resulta de obligación al empresario el impedir que cualquiera de sus trabajadores incurran en conductas contrarias a los derechos fundamentales.

Esta sentencia es reflejo de la importancia del papel del itinerario procesal y de los tribunales superiores con respecto a casos como este, donde se trata de la defensa de los derechos constitucionales.

3. Sentencia N° 6064/2011 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sección 1ª, de 28 septiembre de 2011.

3.1. Descripción objetiva de los hechos e itinerario procesal

En el caso de la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 6064/2011 de 28 septiembre nos encontramos, como con el resto de las sentencias analizadas, versa sobre un conflicto ocasionado por la vulneración del derecho de huelga. En este caso, las partes involucradas son la empresa Saint Gobain Cristalería S.A. y el sindicato Confederación General del Trabajo de Cataluña (CGT).

El litigio inicia con la demanda presentada por el CGT de Cataluña el día 23 de diciembre de 2009, ante el Juzgado de lo Social, en la cual, se alega la vulneración del derecho fundamental de la huelga.

Ante esta demanda, el Juzgado de lo Social emite la sentencia del 4 de febrero de 2011 en la que estima parcialmente la demanda contra la Empresa Saint Gobain Cristalería S.A. El fallo de esta sentencia afirma la lesión de los derechos fundamentales de huelga y despliega la obligación de la empresa a abonar a la parte demandante un total de 36.000 euros por indemnización de daño moral.

Ante esta sentencia del 4 de febrero de 2011 por el Juzgado de lo Social, la parte demandada interpuso un recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el cual dictó la sentencia motivo de estudio en este trabajo, la TSJ de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1a) Sentencia núm. 6064/2011 de 28 septiembre.

En el estudio de esta sentencia resulta importante mencionar que existe la particularidad de que, antes de iniciar el itinerario procesal, la Inspección de Trabajo emitió un acta de advertencia sobre la sustitución de los trabajadores huelguistas en base a lo dispuesto en el art. 6.5 del RD-Ley 17/1977, de 4 de marzo sobre Relaciones de Trabajo, tras la comprobación de la sustitución, especificando cada una de las mismas detalladamente con respecto a la huelga del día 07- 10-2008.

En la sentencia a estudiar, la TSJ de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 6064/2011 de 28 septiembre, se rectifica la sentencia citada anteriormente, afirmando la vulneración del derecho fundamental de huelga y desestimando el recurso de suplicación.

3.2. Pretensiones de las partes y problema jurídico principal

En este caso, tratamos nuevamente con el reconocimiento de la lesión del derecho fundamental de la huelga, esta vez, tratándose de la parte demandante, la Confederación General del Trabajo de Catalunya (CGT), y la demandada, la empresa Saint Gobain Cristalería S.A.

La posición de la CGT es que la empresa realizó sustituciones de trabajadores durante una huelga, lo cual fundamentan con el acta de advertencia levantada por la Inspección de Trabajo.

Como en el resto de las sentencias objeto de estudio en este trabajo, el conflicto en este litigio versa sobre la determinación de la sustitución de los trabajadores como una vulneración o no del derecho de huelga, así como la existencia o no de daños morales debido a la contraposición del derecho de huelga y la potestad empresarial.

En vista de ello, la solicitud presentada por la CGT en su demanda trata sobre el reconocimiento de la vulneración del derecho de huelga, una indemnización por los daños morales ocasionados, y el establecimiento de medidas empresariales para evitar la sustitución de trabajadores en futuras huelgas.

Por otro lado, la posición de la parte demandada, como en las anteriores sentencias estudiadas, alega que las sustituciones de trabajadores realizadas durante la huelga fueron legítimas y no vulneraron el derecho de huelga. Afirman que las sustituciones afectaron a trabajadores ya empleados por la empresa, incluso dentro de los mismos turnos, y que no existen disposiciones legales explícitas que prohíban tales sustituciones durante una huelga.

Con respecto a la argumentación presentada por la empresa Saint Gobain Cristalería S.A. a la hora de interponer el recurso de suplicación, observamos que alegan tres motivos conforme a lo dispuesto en el artículo 191.b. del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral

En primer lugar, se plantea la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas.

Concretamente, solicita la modificación del hecho probado tercero, por un error al exponer la sustitución de un trabajador que no se acogió al derecho de huelga.

En segundo lugar, la empresa plantea examinar la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia por parte de la sentencia de instancia. Como en las sentencias anteriores, se alega la interpretación a contrario sensu de lo dispuesto en los artículos 6.4, 6.5, 6.7 del Real Decreto 17/1977 de 4 de marzo. Igualmente, sobre los artículos 28.2 y 35 de la CE, la parte recurrente alega que las sustituciones realizadas no se pueden considerar como una práctica abusiva en vista de que los trabajadores ya estaban vinculados a la empresa al momento de comunicar la huelga e incluso trabajaban dentro de los mismos turnos que los trabajadores huelguistas.

Finalmente, en tercer lugar, como lo expone el Tribunal en su Fundamento de Derecho Tercero, la empresa alega como tercer motivo del recurso de suplicación la infracción de lo dispuesto en el artículo 1902 del Código Civil, al sostener que la indemnización fijada en la sentencia de instancia por daño moral sobre un total de 36.000 euros sería improcedente al no probar la parte demandante el daño moral realmente causado por las acciones de la empresa, lo cual no ha permitido, según lo alegado, el establecer un juicio de valor para fijar la cuantía de la indemnización.

3.3. Normativa aplicable y Doctrina aplicable

De cara a la normativa, la sentencia hace referencia al artículo 28.2 CE, sobre el derecho de huelga. Sobre la regulación del esquirolaje o sustitución de los trabajadores, acude al artículo 6.5 RDLRT 17/1977 de 4 de marzo. Asimismo, la Ley 14/1994 sobre Empresas de Trabajo Temporal prohíbe la contratación de trabajadores sustitutos de la empresa usuaria durante una huelga.

Con respecto a los motivos previamente explicados presentados por la empresa Saint Gobain Cristalería S.A., en su recurso de suplicación, el Tribunal emite su fallo, en el cual expone que ninguno de los tres motivos puede prosperar, desestimando el recurso y declarando la vulneración del derecho de huelga y la obligación de indemnización por daños morales.

Ante el primer motivo, sobre la fiabilidad de los documentos presentados por el sindicato, la sentencia, en su fundamento de derecho primero establece que no se aprecia error en la valoración de los hechos presentados por el Inspector de Trabajo en su informe. Igualmente, conforme a lo dispuesto en los artículos 97.2 y siguientes de la

LPL y en relación con el artículo 348 de la supletoria LEC, no se justifica hacer la modificación que la parte recurrente solicita.

Por otro lado, el Tribunal consideraría el derecho a huelga como lesionado incluso si, como alega la parte recurrente, uno de los trabajadores sustituidos no hubiese secundado la huelga efectivamente. Esto se debe a que este hecho afectará solo a un trabajador, frente a las sustituciones de seis trabajadores que efectivamente secundaron la huelga y de los cuales su derecho fue vulnerado.

Sobre el motivo segundo, si bien la empresa alegaba que los trabajadores con los que fueron sustituidos los huelguistas formaban parte ya del tejido productivo de la empresa, incluso siendo parte del mismo turno, el Tribunal establece en su fundamento de derecho segundo que, como bien hemos observado en las sentencias precedentes, el derecho de huelga goza de un carácter preeminente frente a otros derechos. Para ello, el Tribunal acude a lo establecido en la STC 11/1981 de 8 de abril), resolvió el recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto Ley 17/1977 de 4 de marzo, en donde resalta las limitaciones que acaecen en los derechos y libertades del empresario cuando se trata de un conflicto de vulneración del derecho de huelga, el cual goza preeminencia y protección especial.

Adicionalmente, el Tribunal basa su decisión en la doctrina jurisprudencial fijada por la STC 123/1992 de 28 de septiembre previamente estudiada.

Por último, ante el tercer motivo sobre la indemnización por daño moral, la sentencia hace referencia al artículo 180 de la Ley de Procedimiento Laboral, el cual establece la reparación de las consecuencias derivadas del comportamiento antisindical, incluyendo la indemnización correspondiente.

En el fundamento de derecho tercero observamos que: *“A falta de previsión legal sobre la determinación de la cuantía de la indemnización correspondiente, ... el órgano jurisdiccional posee mayor discrecionalidad y margen de apreciación, siendo tres los criterios a tener en cuenta, y en concreto: las circunstancias concurrentes del caso; la naturaleza de la lesión; y el período de duración del comportamiento antisindical.”*

Para esta fijación de cuantía de indemnización, el Tribunal basa su fundamento de derecho tercero en la sentencia del Tribunal Supremo dictada en unificación de doctrina el 22 de julio de 1996, así como la STS de 2 de Febrero de 1998 y la STS de 28 de Febrero de 2000.

3.4. Reflexión crítica

La STSJ 6064/2011 del 28 de septiembre plantea varias particularidades. Principalmente, destaca la interpretación hecha por el Tribunal de que el empleador no puede realizar sustituciones directas de trabajadores en huelga por otros contratados expresamente por la empresa, conforme a lo estudiado en otras sentencias.

Sin embargo, en este caso se reconoce la facultad del empleador para utilizar los medios técnicos del proceso de producción sin afectar la eficacia del derecho de huelga. Esta interpretación refleja la ponderación entre el ejercicio legítimo del derecho de huelga y la preservación de otros derechos y servicios esenciales para la comunidad, así como los poderes potestativos del empresario.

Por otro lado, resulta relevante destacar que, en el caso de esta sentencia, el Tribunal establece que, sobre la delimitación de la cuantía a indemnizar en casos de vulneración del derecho fundamental de la huelga, es necesario que el demandante fundamenta su reclamación al alegar las bases y elementos clave de la indemnización.

Acompañado a ello, es necesaria la acreditación de indicios o hechos que apoyen la alegación de mera de respaldar una condena de este tipo. En base a la información aportada, el Tribunal establece que la cuantía de la indemnización se determina de manera discrecional, considerando las circunstancias del caso, la naturaleza de la lesión y la duración del comportamiento antisindical.

4. Sentencia N° 102/2012 del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Social, Sección 1ª, de 23 de febrero de 2012.

4.1. Descripción objetiva de los hechos e itinerario procesal

El litigio se ha desencadenado debido a una demanda presentada por la Dirección General de Trabajo en reclamación de Actividad administrativa y sanciones contra la Compañía Cervecera de Canarias S.A. El motivo de la demanda es la presunta vulneración del ejercicio del derecho de huelga por parte de la empresa.

En este caso, observamos que el día 20 de noviembre de 2006 fue convocada una huelga en la empresa Compañía Cervecera de Canarias, SA de desenvolverse desde el día 27 del mismo mes hasta el 1 de diciembre de 2006. A la huelga fueron

convocados todos los trabajadores de la empresa en distintos horarios dependiendo de los turnos a los que correspondiesen.

Ante ello, el Presidente del Comité de Empresa de la compañía en cuestión presentó un escrito de denuncia ante la Inspección Provincial de Trabajo, en el que alegaba la vulneración del derecho de huelga. Como respuesta, el Inspector de Trabajo asistió el 28 de noviembre del mismo año a las dependencias del centro de trabajo.

En virtud de los hechos constatados y de las declaraciones hechas por los trabajadores y representantes de la empresa se realizaron dos informes con fecha del 14 de diciembre de 2006 y 5 de abril de 2007.

En el último informe, según comprobamos en el antecedente de hecho segundo de esta sentencia, se estima que los hechos acreditados constituyen una infracción laboral grave según lo establecido en el art. 7.10 Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (TRLISOS)³⁰. Es por ello que, se propone en el informe la sanción a la empresa por el importe de tres mil cinco euros con siete céntimos. No obstante, se dicta el 14 de mayo de 2007 la sanción ref. T-43/2007 mediante la cual se suspende el procedimiento administrativo sancionador mientras no se dicte una sentencia firme del hecho de vulneración del derecho de huelga por el Juzgado de lo Social.

Referente a los hechos probados a tomar en consideración en esta sentencia, resulta relevante resaltar que previo al inicio de la huelga, la dirección del personal y de fabrica distribuyó y organizó el trabajo a desarrollar en el departamento de producción de manera que el horario de la huelga coincidiese con el momento del día en el que se llevasen a cabo las tareas con menor necesidad de personal, aminorando así el impacto de la misma.

Para ello, dos perfiles directivos en el área de producción se encargaron de automatizar procesos mediante la programación de ordenadores y maquinaria en las horas de la huelga. Así como la sustitución de trabajadores huelguistas por otros de superior categoría o de dedicación a otros departamentos y funciones como se especifica en el antecedente de hecho tercero de la sentencia STSJ de Canarias de 23 de febrero de 2012.

³⁰ «BOE» núm. 189, de 08/08/2000

Tomando todo esto en consideración, el Jefe de servicio de Promoción Laboral en la Dirección General de Trabajo presenta de oficio una demanda ante el Juzgado de lo Social No. 2 de Santa Cruz de Tenerife contra la Compañía Cervecera de Canarias, SA. En ella, la parte demandante alega que la empresa ha empleado medios personales y técnicos de forma no habitual durante el periodo de huelga convocado por los trabajadores.

La parte demandante, junto con la demandada, presentó pruebas, como el informe de la Inspección Provincial de Trabajo, que respaldan sus argumentos sobre la supuesta vulneración del derecho de huelga por parte de la empresa.

El Juzgado de lo Social No. 2 de Santa Cruz de Tenerife, emitió una sentencia estimatoria el 19 de octubre de 2010. Posteriormente, la parte demandada interpuso un Recurso de Suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Social, Sección 1ª, la cual emitió sentencia desestimatoria ante el recurso, confirmando la sentencia de instancia, por tanto estimando la vulneración de derecho de huelga.

4.2. Pretensiones de las partes y problema jurídico principal

Al comprender la descripción de los hechos podemos resaltar que la parte demandante, en el caso de esta sentencia no se trata de un sindicato, ni de los trabajadores afectados por la vulneración del derecho, sino de la Dirección General de Trabajo. La pretensión de esta parte es la de declarar la vulneración del ejercicio del derecho de huelga por parte de la Compañía Cervecera de Canarias S.A. y se impongan las sanciones correspondientes por esta conducta.

Como se evidencia en los informes presentados por la Inspección de Trabajo, los cuales sirvieron de fundamento a la demanda, la posición de la Dirección General de Trabajo es que la empresa ha empleado medios personales y técnicos de forma no habitual durante el periodo de huelga, vulnerando así el derecho de huelga de los trabajadores.

Contrariamente, como observamos es de esperar en sentencias de este tipo, la parte demandada niega la vulneración del derecho, puesto que argumenta que se tomaron medidas contempladas en el *ius variandi* empresarial para minimizar los efectos de la huelga sobre la producción, como la organización del trabajo en el Departamento de Producción y la programación de maquinaria en modo automático.

Además, la parte demandada sostiene que no se sustituyó a los trabajadores en huelga por otros que ejercieran funciones diferentes, sino que se asignaron tareas adicionales a otros empleados del departamento de envasado.

La controversia, nuevamente, radica en determinar si la empresa ha vulnerado o no el ejercicio del derecho de huelga de los trabajadores al sustituir a los huelguistas con trabajadores que no secundaron la huelga para el desarrollo de ciertas funciones.

4.3. Normativa aplicable y Doctrina aplicable

A esta altura del trabajo hemos reafirmado la normativa aplicable en los conflictos en donde se dispute la vulneración del derecho de huelga por sustitución de trabajadores huelguistas. La doctrina reafirma en cada una de sus sentencias que debemos acudir a los artículos 28 y 37 CE y al 6.5 RDLRT.

No obstante, en el caso en concreto a analizar, existen diversas normativas aplicables de cara al procedimiento llevado a cabo.

En lo que concierne a la suspensión del procedimiento administrativo sancionador mientras no exista una sentencia firme dictada por parte del juzgado de lo Social, en esta sentencia se hace referencia al artículo 149.2 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (TRLPL).

Por otro lado, observamos la alusión al artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), la cual establece la acción de oficio del Jefe de Servicio de Promoción Laboral en relación con el procedimiento sancionador.

Habiendo dicho esto, con respecto a la vulneración o no del derecho de huelga, el tribunal Canario hace referencia a un grupo de normas que no formaron parte de las citadas por las sentencias citadas anteriormente en este trabajo.

En el momento de desenvolvimiento de los hechos, la parte demanda acude al artículo 191.c de la Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral³¹ actualmente derogado por la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social³². Este artículo contempla el poder examinar las infracciones de las normas sustantivas y de la jurisprudencia como motivo de interposición del recurso de amparo.

³¹ «BOE» núm. 86, de 11/04/1995.

³² «BOE» núm. 245, de 11/10/2011.

Específicamente, el estudio de la infracción del ya conocido artículo 6 del RDLRT 17/1977 sobre la sustitución de trabajadores en un contexto de huelga.

Para el fundamento jurídico del recurso basado en dichos artículos, la parte demandada hace referencia a las sentencias de 15 de abril de 2005 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura y 4 de julio de 2000, en las cuales se hace referencia en el fundamento jurídico tercero de la sentencia del 4 de julio lo siguiente:

«... no hay precepto alguno que prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa, para atenuar las consecuencias de la huelga. Si, a pesar de haberse efectuado, con los paros de los trabajadores que participaron en ella, las emisiones no fueron interrumpidas, sin que los huelguistas fueran sustituidos por otros trabajadores, ni extraños a la empresa, ni de su propia plantilla, el derecho fundamental no se ha vulnerado. Este derecho garantiza el que los huelguistas puedan realizar los paros sin ser sancionados por ello. No asegura su éxito, ni en el logro de los objetivos pretendidos, ni en el de conseguir el cese total de la actividad empresarial».

En base a lo contenido en este precepto, la parte demandada señala que en el conflicto en cuestión resulta aplicable el mencionado precepto jurisprudencial. Es decir, no se entiende en este caso la sustitución de los trabajadores huelguistas por otros que no estaban en esa posición. Sino, lo contrario, puesto que alegan que, de manera de ejemplificar, el Sr. Bartolomé, al ejercer su derecho a huelga se abstuvo de asistir al trabajo, pero fueron sus compañeros del mismo departamento de envasado quienes realizaron las funciones del Sr. Bartolomé de manera adicional.

No obstante en el fundamento jurídico segundo, el Tribunal desestima tanto el argumento como el recurso presentado por la parte demandada al establecer que las medidas tomadas por la empresa al adjudicar tareas del proceso de filtrado a personal cualificado de grupos profesionales superiores resultaba un esfuerzo de minimizar los efectos de la huelga, siendo este acto lesivo para el derecho de huelga de los trabajadores. Para desestimar el motivo, el Tribunal hace referencia a lo señalado en la STC 123/1992, de 28 de septiembre, así como a la STS del 8 de mayo de 1995 y la STS 8 de junio de 2011.

Igualmente, a lo largo de la sentencia se hace referencia al artículo 7.10 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (TRLISOS), sobre los actos u omisiones que fueren contrarios a los derechos de los

trabajadores al establecer la utilización de medios personales y técnicos de forma no habitual, ya que puede constituir una infracción laboral.

4.4. Reflexión crítica

La STSJ de Canarias de 23 de febrero de 2012 acerca la problemática en mano a el contexto jurisprudencial del esquirolaje interno en Canarias en una empresa tan emblemática como la Compañía Cervecera Canarias.

Además del factor geográfico que permite dilucidar la gestión de los litigios de este tipo en nuestras islas, debemos destacar la particularidad de esta sentencia al tratar la utilización de medios técnicos para atenuar y minimizar los efectos de la huelga y mantener la producción esperada.

Ante esto, vemos en 2006 como el avance de la tecnología plantea ciertos desafíos a los tribunales por cuanto no está explícitamente regulado este uso de tecnologías para minimizar la huelga.

No obstante, la sentencia refuerza y confirma la doctrina estudiada por cuanto se protege el derecho a la huelga como un derecho preeminente que limita y minorra la extensión del derecho de organización y potestad del empresario. Es por ello que, atendiendo a la interpretación finalista de las normas, se declara vulnerado el derecho a la huelga mediante el uso de medios técnicos y personales para organizar el sistema productivo distintos a los habituales.

5. Sentencia N° 111/2021, 102/2012 del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1ª, de 27 de enero de 2021.

5.1. Descripción objetiva de los hechos e itinerario procesal

La sentencia a estudiar viene dictada por el Tribunal Supremo. Concretamente, por la Sala de lo Social, Sección 1ª (ECLI:ES:TS:2021:1491).

Como ponente figura la Excm. Sra. Mª Luisa Segoviano Astaburuaga, junto con Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez como Letrado de la Administración de Justicia.

El conflicto en cuestión se ha desencadenado por la emisión del programa «O Tempo» en la «Corporación Radio-Televisión de Galicia, SA» durante el ejercicio de una huelga convocada por el Comité Intercentros CRTVG en el año 2018.

En cuanto a los hechos objetivos, conforme a lo presentado en la sentencia estudiada, tras el Telexornal Mediodía no incluido en los servicios mínimos, se emitió el programa «O Tempo», el cual pudo salir al aire como consecuencia de las medidas de interno tomadas, al ser sustituida su presentadora por la coordinadora del programa que, si bien se encontraba en su jornada de trabajo usual, no tenía asignada esa función.

Teniendo en cuenta estos hechos, podemos afirmar que el litigio es desencadenado, como con sus homólogas sentencias analizadas previamente en este trabajo, por una demanda de vulneración del derecho fundamental a la huelga, con la añadidura de la solicitud de indemnización por daños y perjuicios. En este caso, la demanda es presentada por la representación del Comité Intercentros Da Corporación de Radio e Televisión de Galicia SA ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Tras un amplio repaso por parte de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia sobre la doctrina y jurisprudencia existente sobre la vulneración del derecho de huelga, concretamente en casos de esquirolaje interno, se emite la STSJ 7/2019, de 28 de junio de 2019, mediante la cual se estima parcialmente la demanda, correspondiendo una indemnización por daños morales debido al descrédito y pérdida de confianza que dicha emisión produjo en el Comité de empresa convocante de la huelga.

La Corporación Radio e Televisión de Galicia SA, representada por el letrado D. Jorge Varela Fernández, interpone un recurso de casación³³ contra la STSJ 7/2019, de 28 de junio de 2019 ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Lo cual resulta en la Sentencia núm. 111/2021 dictada por el Tribunal Supremo, de la cual es objeto este análisis.

En esta sentencia, se desestima el recurso de casación³⁴ y se refuta la pretensión empresarial, en la cual se buscaba justificar la sustitución de la trabajadora bajo el

³³ Consultar *Manual de derecho procesal laboral: teoría y práctica* (2020) de Monereo Pérez, J. L. páginas 490 - 523.

³⁴ El recurso de casación se encuentra regulado en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS). En el artículo 207 de mencionada Ley se contemplan los motivos por los cuales el recurso puede ser interpuesto.

argumento de que la trabajadora sustituta, Dña. Antonia, era miembro del Departamento y se encontraba en su turno de trabajo, entre otros argumentos.

La decisión del Tribunal estimó que la presentación del programa O Tempo correspondía al personal del turno de mañana independientemente del cargo que ostentaba la trabajadora Dña. Antonia y del horario que tuviese asignado en su turno de trabajo.

Igualmente, es de importancia mencionar, como se establece en el hecho probado segundo de la STSJ 7/2019, de 28 de junio de 2019, en la fijación de los servicios mínimos publicados en el D.O.G. 247 del 13 de diciembre de 2018, no se incluía a personal que prestara sus servicios en el departamento del Tiempo.

La sentencia establece en el penúltimo párrafo del fundamento de derecho tercero que, entre otras cosas, el que se emitiese el programa O Tempo, incluso al no estar contemplado como un servicio mínimo e incumpliendo con la distribución de tareas establecida para cada turno de trabajo, representa una vulneración del derecho fundamental de huelga tras el interés de la parte demandada en continuar con la emisión quasi regular del programa aun estando sus responsables en huelga, desacreditando así la misma.

5.2. Pretensiones de las partes y problema jurídico principal

En este caso jurídico, se enfrentan dos partes con visiones contrapuestas sobre el mismo conjunto de hechos. Por un lado, el Comité Intercentros Da Corporación de Radio e Televisión de Galicia SA, que considera que el derecho fundamental a huelga ha sido violado y reclama el reconocimiento y la indemnización correspondiente. Este comité interpreta que la emisión del programa "O Tempo" durante la huelga, mediante la sustitución de la presentadora habitual por la coordinadora del programa, ha constituido una infracción de este derecho fundamental.

En el extremo opuesto, la Corporación Radio e Televisión de Galicia SA, representada por el letrado D. Jorge Varela Fernández, defiende su postura alegando que no ha habido esquirolaje interno, sino una movilidad funcional³⁵ de los trabajadores disponibles en el centro. La empresa argumenta que la sustitución de la trabajadora Doña Azucena por la coordinadora del programa, quien se encontraba en su jornada de trabajo habitual, no constituye una violación al derecho a huelga.

³⁵ La movilidad funcional está contemplada en el artículo 39 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

El punto de desacuerdo se encuentra en la interpretación de la emisión del programa durante la huelga. La controversia se concentra en determinar si la acción de la empresa de sustituir a la presentadora por la coordinadora del programa, pese a no estar clasificado el programa como un servicio mínimo esencial, constituye una vulneración del derecho a huelga.

El litigio radica en la intersección de estos argumentos y el Tribunal Supremo debe decidir si la sustitución de la presentadora, en el contexto de una huelga, infringe el derecho fundamental a la huelga. Este conflicto se agudiza dado que el programa "O Tempo" no fue considerado un servicio mínimo, es decir, un servicio que debía mantenerse durante la huelga.

5.3. Normativa aplicable y Doctrina aplicable

La STS 111/2021 guarda concordancia con las sentencias analizadas anteriormente, puesto que al ser posterior a todas las anteriores, basa su fundamentación jurídica en lo previamente establecido por los Tribunales.

Además de los artículos previamente señalados en las sentencias anteriores sobre el derecho a huelga y la prohibición de la sustitución de trabajadores huelguistas, en esta Sentencia podemos resaltar de igual manera la normativa aplicable con respecto al recurso de casación regulado en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS). Específicamente el artículo 207 establece los motivos por los cuales es válido interponer un recurso de este tipo.

En vista de esta normativa, observamos que la parte recurrente denuncia en su recurso el motivo 207.e LRJS, la infracción de las normas del ordenamiento jurídico aplicables y de la jurisprudencia. Concretamente, la infracción del mencionado recurrentemente en el estudio de este trabajo, el artículo 6.4 y 6.5 del RD Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo. Aunado a esto, la parte recurrente denuncia la infracción también del artículo 20 del RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y de los artículos 28.2, 37.2 y 38 de la Constitución Española.

Es por ello que, para la resolución de este conflicto, y ante la naturaleza del mismo con respecto a los derechos alegados como vulnerados, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional citada a lo largo de esta sentencia hace referencia a la STC 123/1992, STC 184/2006, y STC 33/2011. Estas sentencias, dos de las cuales fueron

analizadas a lo largo de este trabajo, proporcionan el marco legal para el derecho de huelga, sus límites, y las restricciones en la sustitución de trabajadores en huelga, también conocido como esquirolaje.

En su fundamento jurídico quinto, la sentencia resalta varios aspectos importantes con respecto a la doctrina jurisprudencial aplicada en virtud de las sentencias igualmente analizadas en este trabajo.

La STS 111/2021 cita la STC 123/1992 en tanto debe explicar y denotar el carácter de preeminencia del derecho a huelga por su clasificación como derecho fundamental contemplado en el art. 28.2 CE, frente a los demás derechos de adopción de medidas colectivas contemplados en el art 37.2 CE. Es precisamente este carácter de preeminencia el que en caso de vulneración de este derecho, aminora el derecho a potestad que tienen los empresarios sobre el tejido productivo, resultando en la lesión del derecho de huelga.

Con respecto al derecho de huelga, la STC 33/2011 conjunto con la STC 11/1981 confirma el hecho de la huelga como un derecho constitucional que al mismo tiempo resulta coherente y congruente con la determinación del Estado Español como un Estado social y democrático de Derecho establecido por el art. 1.1 de la Constitución. Bajo esta determinación, la STS 111/2021 apunta a confirmar el carácter indispensable de la huelga como medio para asegurar que las medidas de promoción de la igualdad y libertad sean reales y efectivas de acuerdo a lo contenido en el artículo 9.2 CE.

Por otro lado, de manera sumamente relevante a este litigio en particular, la STS 111/2021, con respecto a los límites al derecho de huelga, cita a la STC 184/2006, de junio, la cual establece que el derecho a la huelga, incluso con su carácter preeminente, puede experimentar limitaciones en su ejercicio en caso de limitación de otros derechos en el desenvolvimiento de la mismas. Es por ello que se establece la necesidad de fijar los servicios esenciales de la comunidad.

Con respecto a la sustitución de los trabajadores, la sentencia en estudio confirma lo analizado previamente por la STC 33/2011, en la cual se establece la obligación del empresario la no adopción de conductas o comportamientos que vulneren el correcto ejercicio del derecho a la huelga. E igualmente, como estudiamos

anteriormente, se confirma el deber del empresario de proteger el derecho de huelga de sus trabajadores.

Por todo lo expuesto anteriormente, podemos concluir que al año 2021, en el cual es dictado el fallo de esta sentencia, existe un consenso jurisprudencial con respecto a la preeminencia del derecho de huelga como derecho fundamental, en donde, durante una huelga, este derecho prevalece y el derecho de *ius variandi* empresarial queda limitado al no poder imponer a los trabajadores no huelguistas la realización de las tareas que corresponden a los que secundaron la convocatoria, salvo en circunstancias muy excepcionales relacionadas con servicios mínimos esenciales para la comunidad y servicios de seguridad y de mantenimiento.

5.4. Reflexión crítica

En el estudio de esta sentencia podemos observar los diferentes resultados de los fallos precedentes en conflictos del ámbito como hemos podido evidenciar a lo largo de este trabajo.

Se ha confirmado la doctrina fijada con respecto a la inadmisibilidad del esquirolaje interno como medida de conflicto colectivo ante la huelga. Ante esto, el Catedrático Eduardo Rojo Torrecilla comenta, entre otras cosas, en una de sus entradas a su blog jurídico llamado “El Nuevo y Cambiante Mundo del Trabajo. Una Mirada Abierta y Crítica a las Nuevas Realidades Laborales”³⁶ que: *“una decisión motivada por la conveniencia empresarial no puede llevar a vulnerar el ejercicio de un derecho constitucional fundamental, por lo que la Sala declarará existente tal vulneración y la nulidad radical de dicha conducta.”*

Igualmente, esta sentencia presenta la particularidad de destacar la importancia de la regulación adecuada de los servicios mínimos durante una huelga. Observamos que el hecho de que el programa "O Tempo" no se incluyera en la lista de servicios mínimos esenciales es un factor crítico que subyace en la decisión del tribunal. El tribunal reafirmó que los servicios mínimos deben ser esenciales y proporcionales, y

³⁶ *El Nuevo y Cambiante Mundo del Trabajo. Una Mirada Abierta y Crítica a las Nuevas Realidades Laborales* [en línea]. Barcelona, España: Eduardo Rojo Torrecilla, 5 de noviembre de 2021. [Consulta 2023-05-15]. Disponible en internet: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/11/el-ts-confirma-el-esquirolaje-interno.html#:~:text=noviembre%20de%202021-.El%20TS%20confirma%3A%20el%20esquirolaje%20interno%2C%20aunque%20sea%20por%20breve.6%20de%20octubre%20de%202021>

que cualquier actividad que vaya más allá de estos servicios puede considerarse una violación del derecho a huelga.

Finalmente, llama la atención el hecho de que, en comparación con las otras sentencias analizadas, la STS 11/2021 plantea la legitimidad de la sustitución de los trabajadores huelguistas no sólo por otros trabajadores, sino por medios mecánicos automáticos, introduciendo en este Trabajo de Fin de Grado el término de “Esquirolaje Tecnológico”, ante lo cual se cita la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2012, casación 265/2011.

De manera referencial, debido a que no ha sido el objeto de estudio de este trabajo, resulta interesante consultar el fallo de la sentencia mencionada previamente sobre el esquirolaje tecnológico, puesto que en ella se establece que el derecho de huelga no es vulnerado únicamente mediante la asignación de otros trabajadores para la realización de las tareas de las personas huelguistas, sino que igualmente se lesiona este derecho en caso de que se utilicen medios tecnológicos para aminorar el efecto de la huelga o para neutralizar sus resultados.

Es por ello que, en vista de los rápidos cambios e innovaciones tecnológicas, sobre todo con el desarrollo vertiginoso de herramientas como la automatización de procesos y la inteligencia artificial, resulta pertinente la constante adaptación de los tribunales y legisladores para garantizar la protección efectiva de los derechos de las personas.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- En el apartado de marco normativo al iniciar este Trabajo de Fin de Grado enunciamos las diferentes corrientes jurisprudenciales con respecto a la determinación del esquirolaje interno como una vulneración o no del derecho fundamental de la huelga. Se mencionó la interpretación a contrario sensu que se le pudiese dar al artículo 6.5 RDLRT, bajo el cual entenderíamos la sustitución de trabajadores huelguistas como una medida válida y contemplada dentro del ius variandi empresarial cuando fuesen sustituidos por personal incorporado en la plantilla a la hora de comunicar la huelga.

No obstante, a lo largo de este trabajo hemos podido contrastar esta interpretación del precepto normativo con la interpretación finalista que le han dado los tribunales a cada una de las sentencias estudiadas en este aspecto. Resulta que, al ser el derecho a la huelga un derecho fundamental, la STC 33/2011, así como la STC 11/1981 reafirman la necesidad de proteger el mismo con miras a preservar la determinación del Estado Español como un Estado Social y democrático de Derecho, por lo que, para asegurar la efectividad y la congruencia de las medidas de igualdad y libertad contempladas en el art. 9.2 CE, se debe apuntar a la interpretación finalista del artículo 6.5 RDLRT, al proteger el derecho de huelga como un derecho constitucional de carácter fundamental.

SEGUNDA.- La Carta Magna Española otorga a sus ciudadanos el derecho de crear y organizar empresas con respecto a los artículos 33 y 38 CE referentes al derecho de propiedad y al de libertad de empresa. Respecto al conflicto que genera la contraposición de estos derechos frente a la posible vulneración del derecho de huelga (28 CE) presentado en este trabajo de Fin de Grado, observamos que los Tribunales en cada una de las sentencias dictadas expuso el carácter de preeminencia y la especial protección que ostenta el derecho de huelga por su carácter fundamental.

Es por ello que, según lo expuesto en la STC 123/1992, y lo confirmado continuamente por la doctrina jurisprudencial que el derecho de huelga cuenta con el poder de limitar el ius variandi empresarial con el objeto de salvaguardar el derecho fundamental de los ciudadanos y de servir de herramienta valiosa para los trabajadores a la hora de defender sus derechos frente a la figura del empresario en un entorno con igualdad de condiciones.

TERCERA.- Si bien afirmamos la preeminencia y especial protección que ostenta el derecho fundamental de la huelga, resulta relevante remarcar que en situación de conflicto, tanto los trabajadores como los empresarios tienen el deber y la obligación de obrar con buena fe y la lealtad, lo cual nos indica que ningún derecho, sin excepción del derecho de huelga, es absoluto, ya que todos deben ser ejercidos con responsabilidad y en pro de los valores democráticos en las relaciones laborales y el mantenimiento del sentido del orden y la responsabilidad.

CUARTA.- La doctrina establecida sobre la determinación del esquirolaje interno como lesivo ante el derecho fundamental de la huelga cuenta con dos excepciones que vale la pena recuperar. El Tribunal Constitucional, con su sentencia 33/2011 admite que el ejercicio del ius variandi empresarial en la sustitución de trabajadores huelguistas resultaría válido y lícito en caso de que se diese un caso de incumplimiento de los servicios mínimos por parte de los trabajadores designados para su cobertura, y en caso de no atención de los servicios de seguridad y mantenimiento, igualmente, por los trabajadores designados para su atención.

En virtud de ello, la STS 111/2011 destaca la importancia del establecimiento de los servicios mínimos esenciales durante una huelga, puesto que, una regulación clara y adecuada puede facilitar el ejercicio del derecho a huelga de los trabajadores de una manera legítima, así como la prevalencia de estos servicios primordiales y la organización y planificación del empresario en torno a asegurar los mismos sin incurrir en vulneración de derechos.

QUINTA.- Finalmente, observamos en las sentencias estudiadas que se hace referencia únicamente a la sustitución de los trabajadores huelguistas por medios personales en la empresa. No obstante, como respuesta a los avances tecnológicos acaecidos a lo largo de la historia hemos podido ver como esta digitalización de sistemas afecta al desenvolvimiento de tareas en el tejido productivo, y por ende, a la doctrina y los tribunales que deben adaptarse e interpretar las normas de cara a dar respuesta a conflictos actuales y basados en la tecnología.

Resulta relevante destacar que, de las sentencias analizadas, en la STSJ de Cataluña del 28 de septiembre de 2011 se reconoce la facultad del empleador para

utilizar los medios técnicos del proceso de producción sin afectar la eficacia del derecho de huelga. Por el contrario, tan solo unos meses después, con la STSJ de Canarias, de 23 de febrero de 2012, fueron considerados lesivos del derecho de huelga las medidas tomadas por los empresarios al reorganizar los recursos presentes en la empresa, incluyendo medios técnicos para sustituir a los trabajadores huelguistas.

Ante esta disyuntiva, la STS 11/2021 no contempla la lesión del derecho de huelga al sustituir a los trabajadores huelguistas por medios mecánicos automáticos. El denominado “Esquirolaje Tecnológico” tiene un papel cada vez más relevante en los conflictos colectivos, por lo que resulta en la necesidad de los Tribunales de adaptar su doctrina para regular los litigios con medios técnicos y resulta de gran interés para nosotros los Graduados Sociales de cara a formarnos con respecto al tema y hacer frente de manera responsable y acertada al crecimiento tecnológico que se lleva a cabo en estos momentos.

REFERENCIAS

- AYALA SÁNCHEZ, A.: “Comentario a la STC 130/2021, de 21 de junio. El derecho de huelga: derecho subjetivo fundamental y algunos de sus límites”, *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm 162, 2022, pp. 255-279.
- CUETO PÉREZ, M.: “Los principios de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas. Tipicidad y responsabilidad.” *Revista de Documentación Administrativa*, núm 280-281, 2008.
- CRUZ VILLALÓN J., *Compendio de Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, 2017.
- DE LA RIVA, I.L.G., & FRANCO, T.S.: *Los mecanismos empresariales de defensa frente a la huelga*, Ed. Tirant lo Blanch, 2013.
- ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J.: “El esquirolaje interno como ataque al derecho fundamental a la huelga”, *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm 116, 2012, pp. 205-214.
- FREIJEDO, F. J. B.: *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Ed. Tecnos Editorial S A, 2004.
- GARCÍA SALAS, A. I., *El ejercicio abusivo de la huelga*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M.N., PÁEZ ESCÁMEZ, R., OLARTE ENCABO, S., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., VILA TIERNO, F., FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M., MOYA AMADOR, R., & SERRANO FALCÓN, C.: *Manual de Derecho Procesal Laboral: Teoría y práctica*. Ed. Tecnos, Grupo ANAYA, S.A, 2020.

PALOMEQUE LÓPEZ, M, C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del trabajo*,
Ed. Universitaria Ramón Areces S.A., Madrid, 2022.

VILLANUEVA, J. E. M., ALARCÓN, K. B., GAMBOA, L. L. C., OROZCO, C. A., &
PINTO, M. A. G., *Ius variandi, ejercicio, y límites en los sectores público y
privado. Serie de investigaciones en derecho laboral n.º 21 (1st ed.)*,
Universidad del Externado, 2018, pp. 11-12.