

SOBRE EL IMPACTO DE LA HUELGA EN LAS CONTRATAS O DEL POR QUÉ LA REGULACIÓN ESPAÑOLA DEL DERECHO DE HUELGA NO RESPONDE A LAS NECESIDADES DE LAS RELACIONES LABORALES DEL SIGLO XXI

THE IMPACT OF THE STRIKE ON OUTSOURCING OR WHY THE SPANISH REGULATION OF THE RIGHT TO STRIKE DOES NOT RESPOND TO THE NEEDS OF THE 21ST CENTURY LABOR RELATIONS

Carmen Grau Pineda

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (ULPGC)

carmen.grau@ulpgc.es ORCID ID [0000-0003-0274-8875](https://orcid.org/0000-0003-0274-8875)

Recepción de trabajo: 03-01-2022 - Aceptación: 24-02-2022

Páginas: 208-230

■ 1. INTRODUCCIÓN. ■ 2. LA PROHIBICIÓN DE SUSTITUCIÓN DE TRABAJADORES HUELGUISTAS EN ESTRUCTURAS EMPRESARIALES COMPLEJAS COMO LAS CONTRATAS DE OBRA Y SERVICIOS: EL ESQUIROLAJE COMERCIAL U ORGANIZATIVO. 2.1. La falta de consenso sobre la denominación de este nuevo tipo de esquirolaje. 2.2. Los distintos supuestos incardinables en el esquirolaje comercial u organizativo en el marco de las contratas. ■ 3. JURISPRUDENCIA RELEVANTE SOBRE EL ESQUIROLAJE COMERCIAL U ORGANIZATIVO EN EL MARCO DE LAS CONTRATAS. 3.1. Los antecedentes de la cuestión: la doctrina Samoa. 3.2. La doctrina más reciente: los claros-oscuros del asunto Altrad. 3.3. El último, por el momento, pronunciamiento: el asunto Indra/Vodafone. ■ 4. A MODO DE CIERRE. ■ 5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

RESUMEN

La premisa básica según la cual pensar que las empresas conservan intactas sus facultades empresariales y que, por tanto, pueden reaccionar frente a la huelga como mejor consideren dentro de la libertad de empresa que les garantiza el art. 38 CE, tiene como límite constitucional la integridad del derecho fundamental de huelga que exige que las empresas afectadas, principales o no, soporten la inactividad que encuentra causa en el paro (ex art. 28.2 CE). En consecuencia, el respeto de este derecho fundamental se puede exigir frente a cualquier vulneración y ello no solo frente al empresario sino frente a cualquier otro sujeto que resulte responsable, con independencia del tipo de vínculo que le una al empresario (ex art. 177.4 LJS)-, admitiendo, de este modo, posibles lesiones procedentes de una “especial vinculación” interempresarial sea laboral como mercantil, como se tendrá ocasión de analizar en las sentencias que se comentan en la presente aportación.

PALABRAS CLAVE: Derecho de huelga, conflicto colectivo, contratas y subcontratas de obras y servicios, esquirolaje, jurisprudencia.

ABSTRACT

The basic premise according to which to think that companies retain their business powers intact and that, therefore, they can react to the strike as they deem best within the freedom of business guaranteed by art. 38 CE, has as constitutional limit the integrity of the fundamental right to strike, which requires that the affected companies, main or not, bear the inactivity that is caused by the strike (ex art. 28.2 CE). Consequently, respect for this fundamental right can be demanded against any violation and this not only against the employer but against any other subject who is responsible, regardless of the type of bond that binds the employer (ex art. 177.4 LJS) -, thus admitting possible injuries arising from a “special relationship” between companies, whether labor or commercial, as will be analyzed in the judgments discussed in this contribution.

KEYWORDS: Right to strike, collective conflict, outsourcing, strike-breaking, jurisprudence.

1. INTRODUCCIÓN

Si de algo hay que advertir a la persona que se inicia en el iuslaboralismo es del hecho cierto e incontestable de que el Derecho del Trabajo es una disciplina jurídica sometida a un proceso de cambio constante, subordinado a la existencia de factores económicos, políticos, sociológicos, etc., que tienen una relevancia inmediata en la adecuación de las instituciones que disciplinan las relaciones laborales objeto de aquéllas. No cabe la menor duda de que en tal hecho se reside su principal atractivo, que, a la par, es su principal hándicap o inconveniente. Y ello porque conviene advertir que con una regulación jurídica no todo lo dinámica que debiera/pudiera se ha de hacer frente a una ingente diversidad de factores condicionantes de las relaciones laborales en un contexto cambiante como el de la cuarta revolución industrial, disruptivo y veloz, en el que la irrupción de formas de organización empresarial en red o reticulares, en las que se interconectan las empresas, se ha generalizado en la práctica totalidad de sectores y actividades suponiendo todo un reto para el Derecho del Trabajo del Siglo XXI.

La legislación laboral española sigue anclada, esperemos que por poco tiempo,¹ en la misma forma de concebir el contrato de trabajo y sus instituciones basilares, poniendo de manifiesto una cierta “parálisis legislativa”² para afrontar las nuevas situaciones y problemáticas que se plantean. Y ello es fundamentalmente evidente en el marco de la descentralización productiva que ha experimentado en las dos últimas décadas, y con el advenimiento del Siglo XXI, de forma especialmente latente, una expansión tal que hoy por hoy puede decirse que “es una realidad completamente instalada en el modo de producción de la economía del siglo XXI (...) En la era de la globalización económica, los cánones dominantes han contribuido poderosamente a incentivar formaciones empresariales complejas que actúan tanto a escala nacional como internacional”.³ No obstante lo cual, interesa advertir que dicha expansión no ha tenido como compañera de viaje la adaptación legal oportuna, de tal suerte que “los conceptos manejados por el legislador resultan técnicamente obsoletos para enfrentar la problemática laboral asociada a este modelo de organización empresarial”.⁴

Todo ello ha tenido un substancial impacto en el ámbito específico de la autotutela colectiva y, a mayor abundamiento, en el derecho fundamental de huelga. La realidad evidencia no sólo que los conflictos colectivos presentan nuevas formas y manifiestan desconocidas consecuencias, sino la renovación de las medidas de conflicto a las que recurren los trabajadores para trasladar “toda la tensión hacia los poderes públicos, y hacia el resto de los ciudadanos revistiendo de un fuerte componente político un problema que en origen es de carácter económico y empresarial”.⁵

1 Y es que a fecha de cierre estas páginas es ya *vox populi* que la reforma laboral anunciada por el Gobierno de coalición presente parece estar en ciernes y se anuncia su comienzo del trámite parlamentario para finales de este mismo año y antes del parón navideño.

2 Cruz Villalón, J., “Poder de dirección y nuevas estructuras empresariales”, *Revista Relaciones Laborales*, nº 2, 2005, p. 323.

3 Ramos Quintana, M.I., *La responsabilidad laboral de los grupos de empresas*, Bomarzo, 2015, p. 9.

4 Illueca Ballester, H., *Descentralización productiva y prevención de riesgos laborales en las obras de construcción*, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 97-98.

5 Monereo Pérez, J.L. (coord.), *Derecho de huelga y conflictos colectivos. Estudio crítico de la doctrina jurídica*, Colección Trabajo y Seguridad Social, Editorial Comares, 2002, p. 3.

SOBRE EL IMPACTO DE LA HUELGA EN LAS CONTRATAS

Las empresas han reorientado sus tácticas empresariales hacia el mantenimiento a toda costa de su producción y cumplir con sus compromisos comerciales generando un renovado interés empresarial por el recurso a herramientas destinadas a impedir cualquier incidente que dé al traste con este objetivo. Y ello está legitimando la relectura o reinterpretación, en clave conflictiva, del poder de dirección de tal suerte que se pueda minimizar el impacto de las huelgas en el cada vez más recurrente recurso a las formas reticulares de colaboración entre empresas, que permite, por ejemplo, que los pedidos que dejarán de ser satisfechos puedan ser desviados hacia colaboradores externos para su atención. En suma, la posibilidad de proyectar el deber de soportar los efectos del ejercicio del derecho de huelga más allá de la esfera del empresario afectado y hacerla extensible a quienes mantienen con él relaciones comerciales y carecen de todo vínculo con los huelguistas, tiene por consecuencia que unos y otros pretendan procurarse las prestaciones de las que los priva el paro por otras vías.

Y es en esta sede en la que se acuña el término, todavía no unánime, de esquirolaje comercial u organizativo, caracterizado por la proyección del derecho de huelga en empresarios ajenos al conflicto (terceros empresarios distintos del principal pero relacionados con éste a través de compromisos comerciales) y, en el seno del cual, lo que se plantea es la licitud o no de las medidas que éstos pueden decidir para resistir a las consecuencias negativas que para ellos se derivan de la huelga en la empresa principal y a la inversa.

Esta forma de esquirolaje ha ido cobrando relevancia en nuestro país por el impacto reciente que han tenido algunos conflictos laborales en determinadas empresas y la repercusión en los medios de comunicación que algunos de estos conflictos han tenido. En un escenario de crisis —económica, sanitaria o del tipo que sea pero con repercusión en el empleo— la proliferación de los conflictos laborales y las huelgas realizadas han terminado por reclamar la intervención judicial y, a buen seguro, continuará haciéndolo.

Con todo, conviene insistir en la premisa básica según la cual pensar que las empresas conservan intactas sus facultades empresariales y que, por tanto, pueden reaccionar frente a la huelga como mejor consideren dentro de la libertad de empresa que les garantiza el art. 38 CE,⁶ tiene como límite constitucional la integridad del derecho fundamental de huelga que exige que las empresas afectadas, principales o no, soporten la inactividad que encuentra causa en el paro (ex art. 28.2 CE). En consecuencia, el respeto de este derecho fundamental se puede exigir frente a cualquier vulneración y ello no solo frente al empresario sino frente a cualquier otro sujeto que resulte responsable, con independencia del tipo de vínculo que le una al empresario (ex art. 177.4 LJS)-, admitiendo, de este modo, posibles lesiones procedentes de una “especial vinculación” interempresarial sea laboral como mercantil, como se tendrá ocasión de analizar en las sentencias que se exponen a continuación.

6 Como diría el Tribunal Constitucional en su emblemática sentencia 11/1981, siguiendo esa línea más tradicional que considera su consideración como terceros justificaría que no debieran “imponerse más gravámenes o molestias que aquellos que sean necesarios”.

2. LA PROHIBICIÓN DE SUSTITUCIÓN DE TRABAJADORES HUELGUISTAS EN ESTRUCTURAS EMPRESARIALES COMPLEJAS COMO LAS CONTRATAS DE OBRA O SERVICIOS: EL ESQUIROLAJE COMERCIAL U ORGANIZATIVO

2.1. La falta de consenso sobre la denominación de este nuevo tipo de esquirolaje

Lo primero que quiere advertirse es la falta de unanimidad o consenso sobre la denominación de esta nueva fórmula de esquirolaje que, junto a las ya clásicas del externo e interno y más modernas como el tecnológico,⁷ evidencian el uso torticero del fenómeno de la externalización o descentralización productiva para debilitar, incluso anular, la eficacia del derecho de huelga.

Se trata, en definitiva, de abordar una nueva y atípica manifestación de la prohibición de esquirolaje, esto es, de prohibición de la sustitución de huelguista como forma de desactivar/neutralizar/paralizar el ejercicio legítimo de este derecho fundamental, que la mayoría de la doctrina iuslaboralista denomina como el “esquirolaje comercial” (por las redes comerciales que se tejen entre las empresas) u “organizativo” (en referencia a la forma de organización triangular), incluso “mercantil” (en clara alusión a las relaciones mercantiles imperantes en estos casos). Se focaliza, de este modo, la atención en el hecho mismo de la existencia de un red empresarial que, adopte la forma societaria que adopte, pone de manifiesto una trilateralidad o triangularidad contractual que es la que le da cobertura al acontecimiento concreto del esquirolaje como representación de la vulneración del derecho fundamental de huelga.

Con todo, hay quienes⁸ prefieren denominarlo como “impropio” o “interno indirecto”, en tanto en cuanto, según el supuesto concreto en que haya de enmarcarse puede aproximarse a un caso equiparable de esquirolaje externo (contratas) o interno (grupos de empresa). Incluso hay quienes⁹ prefieren hablar del “esquirolaje decidido por un tercero” y que sirve para designar aquel esquirolaje

7 Todas ellas exhaustivamente analizadas en Grau Pineda, C., *Los difusos contornos de la prohibición de esquirolaje*, Tirant lo Blanch, 2021, con referencias a toda la bibliografía existente al respecto.

8 Es el caso de la STS de 20 de abril del mismo año que la anterior (Rec. 354/2014) conocida como el caso Coca Cola, comentada exhaustivamente por Molina Navarrete, C., “Despido colectivo y derecho de huelga: la invención judicial del “esquirolaje interno indirecto” (diálogo con la Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de abril de 2015, Rec. Núm. 354/2014 (Grupo Coca-Cola)”, *Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, CEF, nº 388, 2015.

9 Vivero Serrano, J.B., “Redes empresariales y Derecho de huelga: Nuevos escenarios para la tutela y la limitación”, en Sanguinetti Raymond, W. Y Vivero Serrano, J.B. (Dirs.), *Impacto laboral de las redes empresariales*, Comares, 2018, p. 283 que sostiene que se trata de “un tercero desde la perspectiva puramente formal del contrato de trabajo porque (...) el tercero en cuestión no es ni mucho menos alguien completamente ajeno a los trabajadores huelguistas. En definitiva, un tercero más formal que material”.

SOBRE EL IMPACTO DE LA HUELGA EN LAS CONTRATAS

que tiene lugar con ocasión de la huelga ejercida por los trabajadores de una o varias empresas integrantes de una red empresarial, en el cual, algún empresario formalmente ajeno a la convocatoria de huelga, pero con una posición de liderazgo jurídico y/o económico dentro de la red, se ve especialmente perjudicado por la misma y pretende ejercer sus poderes jurídico-mercantil para eludir o minimizar el perjuicio en cuestión.

Si bien pudiera parecer que se trata de supuestos fácilmente subsumibles, por tanto, en las formas típicas de esquirolaje, esto es, el externo¹⁰ (expresamente previsto en el art. 6.5 RDLRT) o el interno¹¹ (ampliación jurisprudencial), hay, sin embargo, elementos propios que aconsejan tal diferenciación clasificatoria. Y, precisamente por ello, prefiere esta aportación alejarse de esta propuesta terminológica germinal o inicial, en tanto en cuanto, la propia evolución de los hechos está favoreciendo una cierta multiplicación de las modalidades de sustitución de trabajadores huelguistas y se opta por evitar la confusión entre modalidades típicas y atípicas de esquirolaje en pro de resaltar las características que le son propias a cada modalidad.

Llegados a este punto, el punto de partida no puede ser otro que el reconocimiento de que el marco normativo vigente pone en evidencia una doble precariedad, esto es, no solo respecto del esquirolaje en sí mismo considerado, sino respecto del concreto fenómeno de la descentralización productiva en relación con el derecho de huelga, que sigue considerando al empresario titular de la relación laboral como el sujeto sobre el que se configura el deber de respetar el ejercicio de ese derecho por los trabajadores y, por tanto, el que debe abstenerse de realizar prácticas que lo limiten, restrinjan o, incluso, lo dejen sin efectos prácticos.¹²

En este sentido, de nuevo la falta de regulación —ni general ni específica— ha tenido por consecuencia que haya sido la doctrina judicial ordinaria y constitucional, la que haya puesto en evidencia que este modelo no puede discurrir de forma tan lineal, exclusivamente entre los trabajadores y la

10 El esquirolaje externo es el único que viene expresamente prohibido por la ley (art. 6.5 Real Decreto Ley de Relaciones de Trabajo 17/1977, de 4 de marzo) en los siguientes términos: "En tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número siete de este artículo". Es por ello por lo que se ha dicho que "la huelga supone así una clara limitación de la libertad empresarial de contratación toda vez que, para garantizar su efectividad, el empresario no podrá proceder a la contratación directa de trabajadores (temporales) con la finalidad de sustituir a los huelguistas", en Goerlich Peset, J.M., *Los efectos de la huelga*, Tirant lo Blanch, 1994, p. 96.

11 El segundo de los supuestos en los que se contemplan límites a los actos empresariales que están materialmente dirigidos a la neutralización de la eficacia del derecho de huelga, no proviene de una indicación legal, sino de una doctrina judicial tanto ordinaria como constitucional asentada y pacífica de la norma de referencia. Y ello porque "una interpretación literal (y simplista en exceso), podría llevar a pensar que, bajo el célebre principio general del derecho conforme al cual "todo lo que no está prohibido está permitido", a la empresa le era dable sustituir a los trabajadores huelguistas por otros integrantes de la plantilla de la empresa que hubieran decidido no secundar la huelga", en opinión de Tascón López, R., *El esquirolaje tecnológico*, Aranzadi, 2018, p. 53. Sin embargo, admitir esto sin más planteaba problemas interpretativos respecto del respeto de la finalidad perseguida por la prohibición expresa de esquirolaje externo, esto es, la eficacia del derecho de huelga como contenido esencial del mismo y la potestad empresarial para su desactivación ha de ser interpretada en el marco del modelo constitucional de huelga.

12 Gualda Alcalá, M., *Intervención legal ante la externalización de la actividad productiva*, Bomarzo y Gabinete de Estudios Jurídicos de CCOO, 2017, p. 225.

SOBRE EL IMPACTO DE LA HUELGA EN LAS CONTRATAS

empresa titular de la relación laboral, sino que, el fenómeno de descentralización productiva ha venido a propiciar prácticas lesivas del derecho fundamental por parte de otros sujetos que, aunque no tienen formalmente la condición de empleador, no son completamente ajenos al marco de obligaciones que derivan de la relación laboral y pueden desarrollar una conducta que, *de facto*, lesione o deje sin efecto el ejercicio del derecho de huelga. En otras palabras, la triangularidad en las relaciones contractuales termina generando otras triangularidades predicables, en este caso, respecto de los potenciales vulneradores —voluntarios o no— del derecho fundamental de huelga.

Quiere advertirse sobre la rabiosa actualidad de la cuestión litigiosa surgida al albur de las nuevas formas emanadas de la descentralización productiva, pero que ya han alcanzado el estatus de permanentes. Todo ello no hace sino evidenciar de forma meridiana la necesidad acuciante de exponer y analizar la doctrina judicial más relevante en esta temática concreta por ser ésta la que pone de manifiesto, primero, el aumento de la litigiosidad de un fenómeno que *va in crescendo* y, segundo, la falta de unanimidad en sede judicial de la solución a aplicar en estos casos y los giros interpretativos en torno a lo que ya se califica como “elasticidad de la prohibición del esquirolaje”¹³ generados por la situación de anomia vigente y que no hacen sino requerir con más fuerza, si cabe, la aprobación de una Ley Orgánica postconstitucional reguladora del derecho de huelga que acometa, de una vez por todas, los grandes retos reguladores de este derecho en el Siglo XXI.

2.2. Los distintos supuestos incardinables en el esquirolaje comercial u organizativo en el marco de las contratas

Dejando a un lado, por exceder de las coordenadas de esta aportación, la compleja realidad que los grupos empresariales plantean en este mismo sentido y que encuentran tantos puntos de conexión con el esquirolaje interno,¹⁴ interesa centrar el objeto de esta aportación en sede de contratas y subcontratas de obras y servicios (en adelante, contratas) cuya regulación gira alrededor del art. 42 ET y constituye, como se ha dicho, “uno de los pasajes más atractivos y al mismo tiempo más problemáticos de nuestro Derecho del Trabajo”.¹⁵ Ello explica la inusitada frecuencia con la que los jueces y tribunales se han pronunciado acerca de la misma desde alguna de sus múltiples perspectivas y el interés con que la doctrina laboralista parece haberse empleado en el análisis e investigación de la correspondiente normativa. En cualquier caso, se trata de una regulación que no deja de generar nuevos escenarios y problemas interpretativos a los que hacer frente.

13 Desdentado Bonete, A, “Reflexiones sobre el caso Coca Cola Iberian Partners. Un comentario a la Sentencia de 12 de junio de 2014 de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y a la Sentencia de 20 de abril de 2015 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo”, *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 4, 2015, p. 429.

14 Con jurisprudencia tan relevante al respecto como los asuntos Pressprint o Prisa, Coca Cola o Vocento y Zeta que en apenas un trienio (2015-2018), han conseguido sentar una doctrina más asentada y unánime sobre los grupos empresariales en el seno de los cuales la “especial vinculación” se ha consolidado como criterio interpretativo en este tipo de cuestiones litigiosas.

15 García Murcia, J., “Contratas y subcontratas”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 48, 2004, p. 13.

SOBRE EL IMPACTO DE LA HUELGA EN LAS CONTRATAS

Tan es así que en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) que se tendrá ocasión de analizar con ocasión del asunto Samoa, late un cierto “reproche a la normativa vigente en materia de contratas y subcontratas, fundamentalmente al art. 42 ET [dado que] no existe en la misma previsión alguna a cuyo amparo, ante vulneraciones imputables a la empresa principal, puedan garantizarse los derechos de los trabajadores de la contratista”.¹⁶ Su centro de imputación sigue situado en el art. 42 ET, pero hoy en día tal precepto no es más que uno entre los muchos que componen el régimen laboral de las contratas y subcontratas de obras y servicios junto al que deben incluirse otras numerosas previsiones de ese imprescindible soporte legal, pero que en muchos casos tratan de responder a problemas más específicos o sectoriales.

El régimen jurídico actual de las contratas se presenta, por tanto, de una manera un tanto dispersa y variada, con una notable dosis de complejidad, y con alguna deficiencia desde el punto de vista sistemático, con la consecuencia lógica de que no hayan desaparecido del todo, ni mucho menos, sus tradicionales dificultades interpretativas y de aplicación. Y es que, como acertadamente se ha dicho “es claro que no estamos ante un silencio inocente sino muy elocuente (...). Hoy en día, el legislador prefiere la desregulación, la ineficacia tutelar de la normativa laboral, pues aporta evidentes elementos de flexibilidad laboral, por tanto, de pretendida eficiencia en el plano económico (...). No se trata de un abstencionismo provocado por las dificultades típicas de una regulación compleja, sino que es un silencio elocuente, esto es, una opción deliberada de política jurídica: no fijar nuevas reglas legales (...)”.¹⁷ Concretamente, el citado precepto, ni atribuye responsabilidad alguna a la principal que incurre en incumplimientos graves ni establece mecanismos que permitan a los trabajadores de las contratistas actuar directamente contra la empresa cliente. Y ello habida cuenta de la óptica contractualista desde la que se elaboró y, por tanto, dada la consideración de la empresa principal como sujeto ajeno a la relación laboral, que, *a priori*, no va a ser considerado por el legislador como posible agente vulnerador de los derechos de unos trabajadores con los que jurídicamente no se halla vinculado.

En la actualidad, la acelerada transformación del sistema productivo y el cambio continuo en los modos de organización y articulación de la actividad empresarial, no han hecho más que reavivar e, incluso, acrecentar tales problemas. En lo que al interés de esta aportación se refiere, se levantan nuevas e impensables interrogantes sobre el ejercicio y las garantías del derecho de huelga en el marco de las contratas cuyas respuestas han de buscarse, más allá de en la deficitaria regulación legal específica, en la regulación constitucional de los derechos fundamentales en liza.

Pero conviene insistir en que la visión contractualista bilateral ha quedado del todo superada por los acontecimientos expuestos y el tránsito hacia un modelo contractualista triangular es ya una rea-

¹⁶ Fernández Prol, F., “Derecho de huelga en contextos de descentralización empresarial: jurisprudencia interna y perspectivas en los marcos internacional y europeo”, *Revista de Derecho Social*, n.º 69, 2015, p. 185.

¹⁷ Molina Navarrete, C., “La responsabilidad en la relación laboral: entre viejas y nuevas reglas”, en VVAA, *La imputación de responsabilidad en las relaciones laborales*, Bomarzo, 2008, p. 121.

SOBRE EL IMPACTO DE LA HUELGA EN LAS CONTRATAS

lidad incontestable que el ordenamiento jurídico tendrá que integrar so pena de no dar respuesta a los problemas que ya se están planteando. Como acertadamente se ha señalado, “la incorporación de la efectividad del paro al contenido esencial del derecho de huelga ha tenido como efecto entender que su ejercicio limita las posibilidades de la empresa afectada de externalizar la actividad desarrollada por los huelguistas mediante la subcontratación de obras y servicios. Aunque no encajan en la literalidad de las normas legales existentes y no existe posibilidad de analogía directa dada la diferente fisonomía de contrata y cesión, resulta razonable de la configuración última del derecho de huelga”.¹⁸ La externalización actúa entonces como “un arma arrojadiza” a disposición de la empresa afectada por la huelga, como “un arma antihuelga”.¹⁹

Se está en presencia de un situación compleja en la que es posible encuadrar varias realidades. Así:

- a. En primer lugar, conviene tener presente que hay casos en los que el recurso a la descentralización productiva durante la huelga no lo contraviene, discurre por cauces de legalidad, incluso los hay en lo que por vulnerarse “los servicios mínimos, relacionados con seguridad y mantenimiento o en garantía de los servicios esenciales para la comunidad”, se descarta la comisión de atentado alguno contra el citado derecho fundamental.²⁰
- b. En el lado opuesto, hay casos en los que la contrata se celebra con el único propósito de eludir los efectos de la huelga convocada en la empresa principal. Tanto el inicio del conflicto como la convocatoria de huelga coincidirían pues con la suscripción de la contrata. En estos casos, la consideración como esquirolaje externo es factible, máxime dadas las similitudes con la prohibición expresa de contratar trabajadores a través de las ETTs y el hecho cierto de que la sustitución de trabajadores huelguistas se lleve a cabo en el marco de una relación mercantil (y no laboral), en el marco de una relación de intermediación, cuyo propósito es eludir los efectos adversos de la huelga en los compromisos comerciales convenidos.
- c. En una zona gris, intermedia entre los dos supuestos extremos anteriores, es posible encontrar casos en que la contrata no se celebra con el propósito de eludir los efectos de la huelga convocada, pero se manifiesta *a posteriori* un conflicto colectivo que deriva en huelga en la empresa principal y ésta aprovecha para sustituir trabajadores huelguistas con personal de la contrata. Al igual que en el caso anterior, parece perfectamente aplicable el esquirolaje externo y por las mismas razones, si bien es preciso tener en cuenta la posibilidad de pactar cláusulas

18 Goerlich Peset, J. M^a, “Ejercicio del derecho de huelga en el contexto de la descentralización productiva”, XXVIII Congreso Nacional AEDTSS, 31 de mayo-01 de junio de 2018, disponible en www.aedtss.es, p. 12 de la versión electrónica.

19 *Ídem*, p. 9.

20 Es el caso planteado en sentencias como las SSTSJ de Comunidad Valenciana de 15 de diciembre de 2009 (Rec. 2756/2009), de Cataluña de 16 de noviembre de 2016 (Rec. 6189/2015), de Madrid de 1 de diciembre de 2016 (Rec. 608/2016), entre otras. Téngase en cuenta que de tratarse de una contrata de servicios que cubriera los servicios mínimos exigibles a una empresa principal que realiza servicios esenciales para la comunidad, en caso de huelga del personal de las empresas contratistas, la responsabilidad de garantizar los servicios mínimos corresponde a la principal y no a aquellas como plantea Sala Franco, T., *Derecho Sindical*, Tirant lo Blanch, 2017, p. 330.

contractuales que prevean las consecuencias del ejercicio del derecho de huelga del personal de la empresa principal sobre el personal de las empresa/s contratista/s. Con la incorporación de este tipo de pactos puede establecerse que, en caso de huelga, la empresa principal podrá suspender los servicios de las empresas contratistas, comprometiéndose a reembolsar el costo de la mano de obra de éste, que cobrará aún sin trabajar y, en su caso, las pérdidas de materias primas que pudieran eventualmente producirse con motivo de la huelga.²¹

d. Por último, y también en una zona de claros-oscuros, los casos en que la contrata no se celebra con el propósito de eludir los efectos de la huelga convocada, pero se manifiesta *a posteriori* un conflicto colectivo que deriva en huelga en la empresa contratista y que, ante la imposibilidad de poder cumplir con los compromisos pactados, comunica tal circunstancia a la principal que procede a la revocación de la contrata por incumplimiento contractual. En este grupo se concentran los principales problemas interpretativos porque no habiendo sustitución de trabajadores huelguistas, lo que se produce es la finalización de las relaciones comerciales por imposibilidad de cumplimiento consecuencia directa de la huelga y la correspondiente extinción de contratos laborales en la empresa contratista en la que se residencia el conflicto colectivo, seguida o no de la suscripción de otra/s contrata/s. En estos casos, lo que se aduce es la lesión directa del derecho fundamental de huelga que encuentra su justificación en la resolución del contrato mercantil (o civil) suscrito y que no puede cumplirse como consecuencia de la convocatoria de huelga que trasciende del marco contractual laboral bilateral para irradiar sus efectos en un marco contractual mercantil triangular mucho más amplio y extenso. Se trata de supuestos complejos, controvertidos y que ya han tenido ocasión de plantearse y resolverse en asuntos como Samoa (2010), Altrad (2016) e Indra (2017) a cuyo análisis se dedicarán las páginas siguientes.

3. JURISPRUDENCIA RELEVANTE SOBRE EL ESQUIROLAJE COMERCIAL U ORGANIZATIVO EN EL MARCO DE LAS CONTRATAS

3.1. Los antecedentes de la cuestión: la doctrina Samoa

En todos estos supuestos, se viene considerando que la empresa principal o contratante (en adelante, EP) carece de derecho alguno para condicionar, restringir, limitar o menoscabar de algún

²¹ Este tipo de cláusulas contractuales no ofrecen problema alguno de legalidad, encontrándose fundamentadas en la libertad de contratación, sin otro límite que el de respetar las normas legales imperativas por no existir norma legal alguna que prohíba trasladar a la contraparte contractual un eventual riesgo de la empresa principal. Más detalles en Sala Franco, T. y López García de la Riva, I., *Los mecanismos empresariales de defensa frente a la huelga*, Tirant lo Blanch, 2013, p. 563.

SOBRE EL IMPACTO DE LA HUELGA EN LAS CONTRATAS

modo el ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores de las empresas contratistas (en adelante, EC). Y ello no solo por el reconocimiento constitucional del derecho de huelga como derecho fundamental (ex art. 28.2 CE), sino por la ausencia de toda relación jurídica entre la EP y los trabajadores de las EC, tanto de los que realizan el trabajo en los centros de trabajo de aquélla como de los que trabajan fuera de ellos.

Ahora bien, lo que se viene planteando en todos estos pronunciamientos es, de un lado, qué pasa cuando con motivo de una huelga legal de los trabajadores de las EC, la EP rescinde la contrata con la primera y ésta última procede a extinguir objetivamente por la vía del art. 52 c) ET los contratos de sus trabajadores; y, de otro, hasta qué punto en los supuestos de subcontratación se les garantiza efectivamente a los trabajadores (los de las EC) el ejercicio de un derecho fundamental como es el de huelga afectado por quien no es su empleador directo (EP).

La construcción jurisprudencial clásica, que conduce a entender que la huelga producida en una empresa contratista constituye un hecho jurídico por completo ajeno a la principal, empezará a fracturarse a través de una saga de pronunciamientos iniciada por la STC 75/2010, la saga Samoa,²² todos ellos referidos a un singular supuesto de presunta vulneración del derecho de huelga que se habría producido mediante la extinción de los contratos de trabajo de varios trabajadores participantes en una huelga, realizada por el contratista al que prestaban servicios con base en la decisión previa de la principal de dar por terminada la contrata que los unía para evitar los efectos del conflicto, esto es, por rescindir la contrata mercantil.²³ Los pronunciamientos de esta saga han sido polémicos desde el principio, no solo porque fueron aprobados por una escueta mayoría (tres votos particulares) sino, sobre todo, porque la valoración doctrinal evidencia ciertas contrariedades y, en definitiva, no se acaba de entender el alcance de un fallo que considera nulos los despidos cuando parece más oportuna una declaración de procedencia/improcedencia dada la pérdida del encargo por parte de la contratista.²⁴

El Alto Tribunal comienza por plantearse que si el supuesto se hubiera planteado en una relación ordinaria, habría sido evidente que los despidos se habrían producido como “represalia” por el ejercicio de sus derechos fundamentales y habrían sido declarados nulos. Advierte así que si ello no se ha producido, ha sido “exclusivamente, por la peculiar relación triangular entre empresa principal, empresa contratista y trabajadores que caracteriza la técnica de la subcontratación”, lo que implica que “quien reacciona frente a los trabajadores entendiéndose dañado por sus acciones no sea el

22 Compuesta por una docena de sentencias: SSTC 75 y 76, de 19 de octubre y 98 a 112, de 10 de noviembre de 2010.

23 Los votos particulares de la Sentencia, especialmente el pronunciado por el Magistrado Conde Martín de Hijas, ponen de manifiesto lo que, en su parecer, constituyen debilidades del novedoso razonamiento llevado a cabo y que, en lo que aquí importa, básicamente se concentrarían en que no puede ignorarse apriorísticamente la dualidad de planos de los empresarios principal y contratista respecto de los trabajadores de éste, sin que pueda darse una respuesta unívoca al alcance limitativo de las garantías de indemnidad protagonizado por una u otra empresa y, por tanto, la extensión del elemento subjetivo de la relación laboral, a estos efectos, a quien ostenta la condición de empresario principal, no encuentra amparo normativo y la Sentencia no hace declaración de inconstitucionalidad por omisión.

24 Goerlich Peset, J. M^a, “Ejercicio del derecho de huelga en el contexto de la descentralización productiva”, *op. cit.*, 2018, p. 15 de la versión electrónica.

SOBRE EL IMPACTO DE LA HUELGA EN LAS CONTRATAS

empresario que les despide, sino el titular de la actividad contratada, destinatario último de los servicios prestados por aquéllos”. En definitiva, el efecto “se produce por una decisión empresarial en el marco de su contrato de trabajo pero determinada por la confluencia de dos voluntades en el marco de un contrato mercantil” (F.J. 6).

Resumidamente, y solo para contextualizar, los hechos referidos en la causa fueron los siguientes: en la empresa Unigel S.L, contratista de la empresa Samoa S.L. dedicada a la fabricación de equipos de lubricación para automoción y agricultura, se produjo una huelga en demanda de mejores condiciones de empleo que llevó a que la contratista comunicara a la principal un incremento del 1,62% del precio de los servicios contratados. Como consecuencia de ello, la principal rescindió el contrato de arrendamiento de servicios con la contratista y esta terminó por rescindir los contratos laborales de veinticuatro de sus trabajadores con base en el art. 52.c ET. Estos despidos dieron lugar, en último término, a los correspondientes recursos de amparo, en cuya resolución el TC declaró la nulidad de éstos.

Se afronta en este conflicto esta espinosa cuestión, resolviendo que los derechos fundamentales —y, en concreto, el derecho de huelga y también el derecho a la tutela judicial efectiva en su faceta de garantía de indemnidad— de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas deben ser garantizados en todo caso, pues no sería admisible que, en los procesos de descentralización productiva, los trabajadores carecieran de los instrumentos de garantía y tutela de sus derechos fundamentales con que cuentan en los supuestos de actividad centralizada ante actuaciones empresariales lesivas de los mismos.

Esta serie de sentencias contienen consideraciones relativas a la determinación de la vigencia y contenido de los derechos fundamentales de los trabajadores en el marco de las relaciones externalizadas y, en particular, respecto de aquellos supuestos en que la vulneración no es directamente imputable a la empresa titular de la relación laboral sino a la EP, que resultarán de decisiva importancia para la posterior proyección de la garantía de efectividad del ejercicio del derecho de huelga. La respuesta del TC a la pregunta de si es posible que un sujeto que, como la EP, ocupa la posición de tercero ajeno a las relaciones laborales (que no a las mercantiles) suscritas respecto de los directamente concernidos por el ejercicio derecho de huelga, pueda llevar a cabo una vulneración de éste, va a ser positiva.

Para ello va a recurrir a la esencia misma de los procesos de subcontratación, esto es, a lo que se ha denominado “la fragmentación de la posición empresarial” en dos sujetos, el que asume la posición de empresario directo del trabajador y el que efectivamente recibe sus servicios de una manera mediata y merced al contrato mercantil al que esta técnica da lugar. Esta peculiar situación determina que el ejercicio del derecho de huelga se proyecte de manera principal sobre la actividad de la EP, a la que la contrata sirve, y ello porque puede estar igual o más interesado que la EC en combatirla. Pese a que las empresas clientes no tienen relación laboral con los huelguistas, al contratar con terceros comprometen los efectos y repercusión de la huelga, ocasionando un vaciamiento del contenido del derecho de huelga o, cuanto menos, una minoración de la presión asociada a su ejercicio y limitando, de esa forma, la visibilidad de la perturbación creada por el conflicto. Y, precisamente por ello, va a ser posible responsabilizarles de los actos del tercero cuando es éste el que reacciona frente a los trabajadores por considerarse dañado por sus acciones y adoptar una decisión de terminación de la contrata

SOBRE EL IMPACTO DE LA HUELGA EN LAS CONTRATAS

que es la que realmente origina los despidos acordados. La lesión no puede separarse de esa compleja relación causal y, por ello, se estima que esa cadena causal tiene su causa primera y principal en el titular de la actividad contratada, pues es él quien despide a los trabajadores, porque es el único que puede hacerlo obviamente, y lo hace por la previa decisión de la EP de rescindir la contrata mercantil que en las condiciones de conflictividad laboral existentes ha dejado de resultarle útil.

La conclusión que de todo ello puede extraerse es que, si a través de la subcontratación se posibilita que trabajadores externos contratados por una EC se vinculen directamente a la actividad productiva de una EP, es claro que la efectividad de los derechos de esos trabajadores puede verse afectada no sólo por la actuación del contratista, como ocurre de ordinario, sino también por la de la EP. El respeto de dichos derechos debe, por ello, salvaguardarse en el ámbito de estas actuaciones también frente al mismo. Lo contrario supondría la práctica eliminación del derecho de huelga dentro de aquéllas o, en palabras de la propia sentencia, "(...) no sería admisible que, en los procesos de descentralización productiva, los trabajadores carecieran de los instrumentos de garantía y de tutela de sus derechos fundamentales con que cuentan en los supuestos de actividad no descentralizada ante actuaciones empresariales lesivas de los mismos (...)". Y, no cabe la menor duda que, entre esos instrumentos de garantía y tutela se encuentra, desde luego, la prohibición del esquirolaje o de sustitución de huelguistas, por lo que cabría plantear que la misma debería operar también en supuestos de descentralización, afectando no solamente al empresario contratista sino al principal.

3.2. La doctrina más reciente: los claros-oscuros del asunto Altrad

El caso Altrad nos coloca en una perspectiva privilegiada²⁵ para seguir examinando los variados y diferentes problemas que el derecho de huelga plantea y, en concreto, la extensión de la protección de ese derecho fuera del marco del contrato de trabajo.

En apretada síntesis, lo sucedido fue que la empresa Altrad, con centros de trabajo en varias Comunidades Autónomas y dedicada al montaje, desmontaje y alquiler de andamios metálicos, aislamiento térmico, protección contra la corrosión, así como a la construcción de mediana envergadura, actividades orientadas al sector químico, petroquímico y nuclear, instó el 13 de julio de 2015, la iniciación de un periodo de consultas para la modificación de condiciones de trabajo del 13 al 26 de agosto. La modificación consistía en una reducción de varios conceptos salariales, que se fundaba en una caída de las ventas y en unos resultados económicos negativos. Ante la propuesta empresarial se declaró una huelga en el centro de Tarragona el 14 de agosto. Cuatro días después, la empresa comunicó a la representación de los trabajadores que estaba obligada a informar a sus clientes (contratistas) de la huelga ante la posibilidad de intervenciones de seguridad o urgencias en los servicios contratados, dado que la parte social no había adquirido ningún compromiso sobre los servicios por estas posibles intervenciones, al entender esta última que no existía obligación de

25 Desdentado Bonete, A., "Ecos de Samoa: sobre la expansión del derecho de huelga fuera del contrato de trabajo. El caso Altrad", *Revista de Información Laboral*, nº 2, febrero/2017, p. 2 de la versión electrónica.

SOBRE EL IMPACTO DE LA HUELGA EN LAS CONTRATAS

prestar servicios mínimos, ya que la empresa no realizaba ni servicios públicos, ni esenciales para la comunidad. El día 26 de ese mismo mes terminó el periodo de consultas sin acuerdo, el 31 de agosto fue desconvocada la huelga y, finalmente, la empresa decidió modificar las condiciones de trabajo a fecha de 1 de septiembre.

Altrad es un caso que tiene la ventaja de poder confrontar dos soluciones:²⁶ una más radical que contiene la sentencia de la Sala de lo Social de la AN de 30 de noviembre de 2015²⁷ y otra más moderada que se ha impuesto en lo que, por el momento, aparece como la solución final del litigio en la sentencia de la Sala de lo Social del TS de 16 de noviembre de 2016 (Rec. 59/2016).²⁸ La primera, la de la Audiencia Nacional (en adelante, AN), ha estimado la pretensión principal, esto es, anulando la modificación de condiciones de trabajo pretendida al estimarse que durante el desarrollo de la huelga habían tenido lugar actos de esquirolaje para sustituir a los trabajadores, quebrando así la fuerza de los trabajadores en la comisión negociadora. Sin embargo, y como ya se ha advertido, el fallo de la AN ha sido revocado por el TS a partir de referencias constantes a la doctrina del TC en asuntos como el Samoa abordado líneas atrás.

La sentencia de la AN —reproduciendo la doctrina Samoa— considera que la protección de los derechos fundamentales debe ser objeto de una garantía efectiva incluso en aquellos casos en que la prestación de servicios se realiza a través de una contrata, pues no sería admisible que en los procesos de descentralización productiva los trabajadores carecieran de los instrumentos de garantía y tutela de sus derechos fundamentales con que cuentan en los supuestos de actividad no descentralizada, ante actuaciones empresariales lesivas de los mismos. Y ello porque al existir una “especial vinculación” entre los trabajadores huelguistas que prestan sus servicios en la EC y la EP, tal vinculación determina que el derecho de huelga pueda verse afectado o lesionado por la actuación del empresario principal. La sentencia dictada en la instancia por la Sala de lo Social de la AN declaró la nulidad de la modificación sustancial colectiva de las condiciones de trabajo adoptada por la Altrad, ordenando la reposición de los trabajadores en las condiciones anteriores a su adopción por entender que la contratación por los clientes de la empleadora de terceras empresas para realizar el trabajo que deberían desempeñar los huelguistas vulnera el derecho a la huelga de éstos.

No obstante lo cual, recurrida en casación, el TS comienza por admitir que la empresa demandada (Altrad) no subcontrató con otras empresas los servicios que debía prestar a sus clientes, sino que fue su cliente, la EP, la que contrató esos servicios. Esta precisión es fundamental, dado que de existir subcontratación, se estaría ante un supuesto claro de extensión del esquirolaje, en la medida en que sería la propia empresa afectada por la huelga la que habría recurrido a la subcontrata para sustituir a sus trabajadores. El TS, en definitiva, se ocupa de discernir si el recurso por la EP o empresa cliente a contratar con otras empresas contratistas la prestación de los servicios de instalación o montaje

26 *Ídem.*

27 AS 2016/298.

28 RJ 2016/6285.

SOBRE EL IMPACTO DE LA HUELGA EN LAS CONTRATAS

atenta o no el derecho de huelga de los trabajadores de Altrad. Y para darle respuesta a la anterior cuestión tiene en cuenta, primero, que no se produce ni la rescisión de la contrata ni despido alguno, sino que concluye sin acuerdo el preceptivo periodo de consultas para la modificación sustancial de condiciones de trabajo colectiva que suponía una reducción en los complementos salariales y se desconvoca la huelga asumiéndose por la plantilla tales modificaciones; y, segundo, que la presunta lesión del derecho de huelga generada como consecuencia de que los clientes de Altrad, en lugar de soportar las consecuencias negativas de la falta de los servicios de Altrad, optaron por contratar esos servicios con otros contratistas, no es tal lesión, a juicio del TS. Lo que, *sensu contrario*, hace pensar que la situación hubiera podido ser bien distinta de haberse producido la rescisión de la contrata o despidos conforme al art. 52.c) ET, como ocurrió en el asunto Samoa.

En este caso, entiende el TS, que para considerar lesivo del derecho de huelga el prohibir a su cliente que recurriera a otras contrataciones para mitigar las perturbaciones que en su actividad productiva produce una huelga que no les afecta, habría sido preciso que ese tercero, con su comportamiento, hubiera intentado potenciar el perjuicio sobre los usuarios para presionar sobre el EC, aumentando así el daño producido por la huelga y proyectándolo fuera del vínculo contractual. En otras palabras, el TS, a diferencia de la solución adoptada por la AN, no ve factible emitir una solución equiparable a la dispensada por el TC con motivo del asunto Samoa.

Y ello porque mientras en aquella ocasión se estimó que la decisión de la EP de dar por terminada la contrata se debía a “las movilizaciones iniciadas por los trabajadores despedidos, conflicto laboral en el que Samoa Industrial, SA, no quería verse involucrada y que propicia su decisión de poner fin a la contrata”;²⁹ en el asunto Altrad, los clientes, que ni siquiera han sido demandados, se han limitado a cubrir la falta de prestación del servicio prestado por Altrad mediante el recurso a otros contratistas sin por ello rescindir la contrata. De nuevo surge la interrogante de qué hubiera pasado de haber sido codemandados los clientes en un supuesto como éste en el que en la medida la EP afectada recurre a suscribir una nueva contrata ante el incumplimiento del contrato mercantil con la EC que tiene a sus trabajadores en huelga. Una oportunidad desperdiciada y que hubiera permitido seguir hilando la construcción jurisprudencial alrededor de esta cuestión litigiosa.

No cabe la menor duda de que “la solución de la Audiencia Nacional resulta más interesante por su carácter radical”,³⁰ pero el TS, de forma extremadamente conservadora, opta por mantener una línea de continuidad y no romper, por el momento, la asentada doctrina jurisprudencial según la cual:

- Los actos vulneradores del derecho de huelga pueden ser realizados por empresarios distintos del titular de la empresa o centro de trabajo en cuyo ámbito se produce la huelga, si tales empresarios tienen una “especial vinculación” con ese titular.

29 Lo que llevó al TC a concluir que “ha quedado plenamente acreditado” que los trabajadores perdieron su empleo “como consecuencia del ejercicio de sus derechos fundamentales y, por tanto, con vulneración de los mismos”, es decir, que el despido fue una medida de represión de la huelga.

30 Desdentado Bonete, A. (2017), “Ecos de Samoa: sobre la expansión del derecho de huelga fuera del contrato de trabajo. El caso Altrad”, *op. cit.*, p. 2 de la versión electrónica.

SOBRE EL IMPACTO DE LA HUELGA EN LAS CONTRATAS

- La vulneración puede, por tanto, producirse mediante los actos de esos empresarios clientes cuando contratan los servicios de otros contratistas para realizar los trabajos que debían ser desarrollados por los trabajadores que ejercen su derecho a la huelga.
- Si la vulneración indicada tiene como efecto, intencionado o no, neutralizar el legítimo ejercicio del derecho a la huelga como medio de presión en la negociación propia de un periodo de consultas, queda viciada de nulidad la medida que se adopte por la empresa de ese periodo. Por el contrario, de no quedar probado tal efecto, no habrá vulneración.

Y estos son los argumentos que, prudentemente y sin ir más allá por el momento, utiliza el TS en el caso Altrad, en el que la modificación de condiciones de trabajo colectivas (por causas económicas) se declara ajustada a derecho al quedar acreditadas las pérdidas y la disminución del volumen de ventas, y no constituir lesión del derecho de huelga la contratación por empresas clientes de trabajos con otras empresas de la competencia durante la huelga, sin que exista una “especial vinculación” entre la empleadora y las empresas clientes que le permita codecidir con ellas la realización de esos trabajos por terceras empresas, ni podía impedirlo ni se benefició de ello, ni quede acreditado un efecto neutralizador, ni intencionado ni no intencionado, por la falta de “repercusión directa” en la contrata a la que el EP no intenta producir un perjuicio directo como consecuencia de la huelga de su personal informada y comunicada con carácter previo.

Se concluye, pues, que la EP se limita a —informada de la misma— contratar con terceros los servicios urgentes y perentorios —que no esenciales y necesitados de servicios mínimos— en tanto en cuanto dure la misma y la EC no toma ningún tipo de “represalia” contra los huelguistas que ponen fin al preceptivo periodo de consultas en el caso de modificación sustancial de condiciones colectivas de trabajo sin avenencia y dan por zanjado el conflicto colectivo. La “supuesta” merma de la capacidad negociadora, como consecuencia de la decisión de la EP de contratar con otros tales servicios sin rescindir por ello la contrata con Altrad, no queda acreditada a lo largo del proceso, siendo un elemento crucial y determinante, sin el cual, resulta complicado alcanzar soluciones como la del asunto Samoa.³¹

En definitiva, el TS declaraba la inexistencia de un supuesto de esquirolaje debido a que “Altrad no tiene vinculación con sus clientes que le permita codecidir con ellas la realización de esos trabajos por terceras empresas de la competencia, ni estaba en condiciones de impedir que sus clien-

31 Algunos titulares daban a entender que el TS cambiaba de criterio sobre la vulneración del derecho de huelga al sustituir la actividad de una empresa cuyos trabajadores están en huelga por otra empresa, pero esta interpretación no se corresponde con la realidad ya que el tribunal analiza la actuación de una sola empresa y un caso muy particular. El sindicato UGT recuerda, en una nota de prensa, que existen otros pronunciamientos, tanto del TS como del TC, en los que se determina que la sustitución de los trabajadores huelguistas y la sustitución de la actividad de una empresa cuyos trabajadores están en huelga por otra empresa con la que existe una “especial vinculación” vulneran el derecho de huelga. En este caso concreto, el TS analiza la actuación de la empresa Altrad y dice que no vulnera el derecho de huelga porque se limitó a informar de la situación de huelga. Procesalmente no puede entrar a valorar la actuación de las empresas subcontratistas al no haber sido demandadas. De hecho, los propios demandantes dicen que las otras empresas no vulneran el derecho de huelga.

SOBRE EL IMPACTO DE LA HUELGA EN LAS CONTRATAS

tes las contratasen con terceros, ni tampoco se benefició de ello, porque no realizó ni cobró tales trabajos, y sin que tampoco conste que hubiese colaborado en su realización, por lo que no puede imputarse a la demandada *Altrad* una conducta que haya impedido o disminuido los efectos de la huelga, o menoscabado la posición negociadora de los RLT". Es más, en esta misma línea argumental hay quienes apuntan que "la apreciación que hace la sentencia recurrida sobre la supuesta vinculación de *Altrad* con sus empresas clientes es tan amplia que conduciría a consecuencias totalmente exorbitantes respecto de una adecuada protección del derecho de huelga, pues si se impidiese a los destinatarios de los trabajos, que no lo tengan prohibido por contrato, contratar con otras, llegaríamos a sostener, como señala en su informe el Fiscal de la Audiencia Nacional, que los consumidores habituales de un comercio no pudieran comprar en otro, en caso de huelga en el primero, o que, la empresa que tenga que realizar determinados trabajos no pudiera recurrir a otra empresa de servicios".³²

Sea como fuere, la cuestión no está zanjada, ni mucho menos, antes al contrario. Hay voces, tanto doctrinales como jurisprudenciales, más próximas a la opinión de la AN y que ven factible en virtud de la "especial vinculación" el aplicar soluciones implementadas en el ámbito de los grupos de empresas a la compleja realidad que suponen las contratatas y que se enmarcan en la construcción de ese nuevo modelo contractual mercantil triangular al que se ha hecho referencia en las líneas anteriores. Pero parece que el momento propicio para ello no ha llegado aún y que habrá que esperar a que soplen vientos favorables.

3.3. El último, por el momento, pronunciamiento: el asunto *Indra/Vodafone*

Y llegamos así a la última de las sentencias habidas, por el momento, sobre la cuestión litigiosa que se aborda y que resuelve sendos asuntos que interesa conocer al propósito de esta aportación.³³

32 García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J.R., "Los límites de la sustitución virtual de trabajadores y del recurso a procesos de descentralización durante la huelga en la doctrina reciente del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo", *Revista Información Laboral*, nº 6, 2017, p. 6 de la versión electrónica (BIB 2017/12414).

33 Quiere destacarse, siquiera a pie de página, que hay un auto y una sentencia del TS que conviene traer a colación. El primero, es el auto 7 febrero 2017 (Rec. 412/2016) en el que se inadmite la unificación de doctrina contra STSJ Andalucía (Sevilla) de 14 enero 2016, (Rec. 2662/2015), que había desestimado la existencia de vulneración del derecho de huelga en un supuesto en el que ésta se había declarado en MercaSevilla y las empresas que habitualmente utilizaban sus servicios procedieron a asumirlos directamente. Formulada la unificación por la eventual contradicción con la sentencia *Pressprint*, el ATS inadmite el recurso por no existir contradicción, insistiendo en que en este último caso existía un grupo de sociedades, dato de hecho que no concurre en el primero. Podemos pensar que el TS está valorando únicamente la dimensión de hecho de la contradicción. Pero tengamos también en cuenta que, desde la reforma procesal de 2011, en los casos de vulneración de derechos fundamentales los requisitos fácticos de la contradicción parecen menores (*ex art. 219.2 LRJS*). Dicho de otro modo, el ATS de 7 febrero 2017 permite llegar a la conclusión de que el criterio establecido en *Pressprint* únicamente resulta aplicable en el ámbito del grupo y no en las restantes relaciones de externalización.

La segunda, la STS de 23 de enero de 2017 (Rec. 60/2016), conocida como el asunto subcontratistas de Telefónica, se contempla otro supuesto en el marco limitado de la pretensión de tutela del derecho de huelga y de libertad sindical. Se cuestiona si, convocada una huelga en varias empresas subcontratistas de Telefónica, operan para ésta los deberes de negociación que impone en situaciones de huelga el artículo 8.2 RDL 17/1977. La respuesta es negativa porque los

SOBRE EL IMPACTO DE LA HUELGA EN LAS CONTRATAS

La STS 624/2017, de 13 de julio, (Rec. 25/2017), aunque en el ámbito de una impugnación de despido colectivo, aborda la reclamación sobre esquirolaje tecnológico en el que lo que en realidad subyace es un problema incardinable en el esquirolaje comercial. Se trata de un asunto complejo, con cuestiones diversas que entremezclan esquirolaje tecnológico y comercial.

Grosso modo, los hechos probados sobre lo que se sustenta este asunto evidenciaron que la empresa Indra (que presta servicios de diverso tipo) suscribió con ONO (actual Vodafone) un contrato de prestación de servicios telefónicos para atención a clientes y resolución de averías —que también tiene suscritos con otras empresas auxiliares, distribuyendo entre ellas las necesidades mediante una aplicación informática—. Desde enero de 2016 Vodafone disminuyó el caudal de servicios requeridos a Indra, basándose en la escasa calidad de los prestados y, sin solución de continuidad, se suceden los siguientes hechos: el 12 de febrero de 2016 Indra extingue 34 contratos de trabajo de la modalidad de obra o servicio; entre 21 de abril y 18 de mayo de 2016 Vodafone comunica a Indra la extinción de tres contratos mercantiles de prestación de servicios; en mayo y junio de 2016 Indra acuerda la extinción de otros dos bloques de contratos de trabajo para obra o servicio determinados (38 y 72 personas, respectivamente). Finalmente, el 31 de mayo de 2016 CCOO convoca una huelga tendente a evitar el despido colectivo, extendiéndose durante numerosos días de junio y julio, tanto en el centro de trabajo de Madrid cuanto en los otros afectados por el despido colectivo y el 9 de junio de 2016 Indra notifica su decisión de iniciar un procedimiento de despido colectivo como consecuencia de haber perdido los reseñados contratos de prestación de servicios (con acuerdo).

La sentencia recurrida (sentencia 157/2016 de 24 octubre, la Sala de lo Social de la AN) va a declarar ajustado a Derecho el despido y a desestimar su nulidad por vulneración del derecho de huelga porque las empresas clientes venían reduciendo progresivamente los servicios de la empresa desde el mes de enero con base en la pérdida de calidad del servicio y porque la reducción producida no fue relevante. Luego el TS señala que, respecto de la concreta vulneración del derecho de huelga denunciada, ni queda acreditado que las empresas activasen estrategia o

trabajadores en huelga no pertenecen a la plantilla de Telefónica, sino a la de diferentes empresas que subcontratan con ella la actividad de provisión de servicios finales de telecomunicaciones. Según la argumentación de la Sala IV "toda la regulación del derecho de huelga parte de la necesaria existencia de trabajadores que ejercitan ese derecho subjetivo aunque de manera colectiva frente a un empresario, tal y como se desprende con claridad de los artículos 3, 5, 7 y 8 del RDL 17/1977, de manera que si, como ocurre en el presente caso, esa vinculación entre la huelga convocada y llevada a cabo por los trabajadores de las empresas contratadas y subcontratadas por Telefónica en virtud de la ejecución de los denominados "contratos bucle" para la ejecución de servicios finales de telecomunicaciones, no existió, no cabe que se le exija que adopte una posición que resultaría ilegítima en la estructura del desarrollo del derecho de huelga, y particularmente en el artículo 8.2 del RDL 17/1977 que el recurrente denuncia como infringido por la sentencia recurrida". En consecuencia, a falta de vinculación directa entre aquellos y la empresa principal, "no cabe que se le exija que adopte una posición que resultaría ilegítima en la estructura del desarrollo del derecho de huelga".

SOBRE EL IMPACTO DE LA HUELGA EN LAS CONTRATAS

tecnología específica para boicotear la huelga,³⁴ ni resulta viable la comparación con supuestos de esquirolaje comercial pero en los grupos empresariales.³⁵

Se descarta, en definitiva, que haya vulneración del derecho de huelga, cuando en un supuesto de subcontratación, la empresa principal, contratante del servicio de telefonía (atención de llamadas telefónicas y resolución de averías), utiliza, como es habitual, un dispositivo automático para redistribuir entre los demás contratistas del servicio los requerimientos de llamadas cuando se producen picos de demanda. Con fundamento en la STC 17/2017 (sobre esquirolaje tecnológico)³⁶, se argumenta que “ni la Constitución ni la jurisprudencia constitucional obligan a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la reivindicación, pues debe respetarse la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quisieran sumarse a la huelga; ni obligan al empresario a reducir la actividad empresarial más allá de lo que sea una consecuencia lógica del seguimiento de la huelga por los trabajadores afectados. El uso por los trabajadores que no secundan el paro de los medios técnicos de los que dispone la empresa no vulnera el citado derecho siempre que aquéllos no realicen funciones que son ajenas a su cargo para sustituir a los huelguistas. La protección constitucional del derecho a la huelga impone limitaciones al empresario, pero no le obliga —ni a él ni a los empleados que deciden ejercer su derecho a trabajar— a contribuir al éxito de la protesta. No puede exigirse al empresario “que no utilice medios técnicos con los que cuenta en la empresa”, pues ello supone imponerle “una conducta de colaboración en la huelga no prevista legalmente”.

En ninguno de los dos asuntos (AN y TS) se reconoce la existencia de esquirolaje, si bien se describen sendos supuestos de hecho en los que concurren elementos singulares que no permiten la generalización de una interpretación jurisprudencial como en el caso Altrad. Y ello porque, al margen de que la cuestión debatida gira en torno a la vulneración o no del derecho de huelga y de que los dos pronunciamientos la descarten, hay una nota común. Los dos supuestos afrontan la subcontratación de bienes o servicios que (pertenecientes o no a la propia actividad de la EP) se producen entre empresas independientes entre sí que carecen de otro vínculo previo —salvo el contrato mercantil de subcontratación—. Son casos en los que el fenómeno de la descentralización productiva se produce libremente en el mercado y no en el seno de un grupo empresariales. Esta característica es clave para que las resoluciones examinadas entiendan que las relaciones interempresariales se limitan a la vertiente estrictamente mercantil, y no están condicionadas, en modo

34 En referencia al esquirolaje tecnológico de la STC 17/2017_(Telemadrid) donde se dice que 1º El dispositivo automático al que se achaca la vulneración del derecho de huelga estaba creado por la empresa principal, no por Indra, para distribuir los requerimientos entre los subcontratistas. 2º Dicho dispositivo estaba establecido de manera general en respuesta a los picos de demanda. 3º Se trata de un sistema de reparto de llamadas (entre las contratistas), que viene operando con carácter previo a la huelga de la contratista Indra.

35 En referencia a supuesto de esquirolaje comercial pero en grupos empresariales como el asunto abordado en la STS 20 abril 2015_(Coca-Cola). A diferencia de lo que acaece en el caso de la STS 20 abril 2015, el sindicato convocante de la huelga (CCOO) no considera que se haya vulnerado ese derecho, como tampoco lo entienden así los otros dos con mayor presencia (UGT y USO). En fin, ahora se está ante una negociación que acaba en un acuerdo masivamente respaldado por los trabajadores y por sus representantes.

36 Al respecto, *vid.* grau Pineda, C., “El impacto de las nuevas tecnologías en el derecho de huelga: a propósito de la sustitución de huelguistas por medios tecnológicos”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 206, 2018 y todas las referencias bibliográficas allí hechas.

SOBRE EL IMPACTO DE LA HUELGA EN LAS CONTRATAS

alguno, por estrategias conjuntas de producción, comerciales o de otro tipo. En esas condiciones, no existiendo ninguna “especial vinculación”, ni ningún otro tipo de circunstancia que a la empresa principal le obligara a respetar la huelga y, consecuentemente, a no contratar con otros las obras que ya tenía contratadas, su actuación encargando las tareas a un tercero, se rechaza la vulneración del derecho de huelga.

Como se ha señalado, “en estos casos, prevalece el modelo bilateral contractual laboral frente a otro posible triangular contractual mercantil, no quedando vulnerado el derecho de huelga pese al mantenimiento de la actividad en la empresa principal, que estaba prestando la empresa contratista en conflicto”.³⁷ En definitiva, con ocasión de esta nueva oportunidad, el TS llega a una solución diferente que se fundamenta, en dos circunstancias a considerar: de un lado, el sistema venía operando con carácter previo a la huelga de la contratista; de otro, dicho sistema estaba creado por la EP, lo que supone reconocer la libertad de esta última para actuar en relación con la huelga en sus EC.

4. A MODO DE CIERRE

La fortuna ha querido que, durante el proceso de gestación de esta aportación, haya visto la luz una nueva sentencia, del Juzgado de lo Social N° 1 de Toledo,³⁸ a la que todavía le queda un largo recorrido, en la que se asegura que “la garantía extracontractual del derecho de huelga” asegura que este derecho se pueda ejercer frente a terceras empresas ajenas a la relación laboral, aunque siempre que exista cierta vinculación, confirmando la sanción impuesta a una empresa que decidió rescindir su contrato con otra externa cuando sus empleados ejercieron su derecho a la huelga.

En este nuevo asunto, la compañía principal decidió rescindir su contrato con la empresa a la que subcontractaba determinados servicios cuando se enteró de que sus empleados estaban en huelga. Como se relata en la resolución, la empresa principal en lugar de destinar a sus propios trabajadores para cubrir los trabajos de los empleados declarados en huelga, acudió a otras subcontratas vinculadas a ella para que realizaran dichas tareas.³⁹

37 Lahera Forteza, J., “Hacia un nuevo modelo de huelga triangular mercantil (SSTS 3 de Octubre, Rec. 1147/2017 y Rec. 3365/2016)”, *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, Jurisprudencia en detalle, marzo, n° 3, 2019, p. 311.

38 Juzgado de lo Social N° 1 de Toledo, Sentencia 515/2021 de 4 Oct. 2021, Proc. 69/2021, Ponente: Sevilleja Luengo, Pilar Elena, N° de Sentencia: 515/2021, N° de Recurso: 69/2021.

39 Resumidamente aconteció que tras la visita de la ITSS se concluyó que existía un conflicto laboral en la sede de la mercantil Airbus Operations, S.L. en Illescas cuyo origen se hallaba en la no asunción de trabajadores por la nueva empresa (ISS) tras cambio por Airbus de contrata de obra o servicios correspondientes a la propia actividad después de un largo proceso de licitación. Tras la convocatoria de la huelga y ante la falta de prestación del servicio por el hecho de ser secundada por la totalidad de los trabajadores de la contrata ISS Facility Services la empresa Airbus procedió a suspender el contrato de la empresa en huelga (ISS) y contratar con tres empresas los trabajos que se tendrían que haber desarrollado si no se hubiera producido la huelga. Conviene

SOBRE EL IMPACTO DE LA HUELGA EN LAS CONTRATAS

Para la juez de lo social encargada de justiciar este asunto, obligar a las otras empresas subcontratadas a realizar trabajos diferentes a los inicialmente pactados excede de los términos propios de las contratas de servicios y supone una suerte de “esquirolaje interno” —lo que evidencia lo poca asentada que esta la categoría de “esquirolaje comercial u organizativo”— dentro del conglomerado de empresas contratistas de la principal y concluye que la empresa principal articuló mecanismos para privar a la huelga de su plena efectividad como medio de presión colectiva, vulnerando así este derecho fundamental, aunque no tuviera relación laboral con los trabajadores que la secundaron.

No cabe la menor duda para la jueza competente que la situación de hegemonía de hecho sobre las EC, que les impone actuar fuera del ejercicio regular de los términos de las contratas, es un indicio reforzado en los casos en los que la actividad de la EC directamente afectada por la huelga, está integrada en el ciclo productivo de la EP, sin la cual este ciclo no podría funcionar. Por ello, si la EP articula mecanismos para privar a la huelga de su plena efectividad como medio de presión colectiva, vulnera el derecho fundamental a la huelga. Y ello aunque no sea directamente la empleadora de los trabajadores subcontratados, porque se incurre en una radical alteración de las dinámicas de funcionamiento coordinado de las empresas vinculadas, motivada en una convocatoria de huelga, y, con ello, no solo se demuestra esa “vinculación especial” a la que se hizo referencia líneas atrás, sino que se vacía de contenido el derecho fundamental al excederse de los términos propios de las contratas de servicios.

Sea como fuere y hasta el momento en que se cierra este relato todo indica que se ha ido abriendo la necesidad de una nueva tutela del derecho de huelga que comprenda atentados y lesiones que provienen, cada vez más, de frentes variados y diversos, no siempre conocidos. Que se esté aprovechando la descentralización productiva como arma antihuelga que posibilita huir, vadear la protección constitucional de derechos fundamentales como el concernido es no solo preocupante sino buena muestra de las constantes amenazas que se ciernen sobre el derecho fundamental de huelga consagrado en nuestro texto constitucional, pero sin desarrollo normativo más de cuarenta años después. La perentoriedad de la actuación del legislador referida al derecho de huelga, pero también a la externalización productiva, es ya incuestionable y urgente, aunque nada augure ser optimistas en el medio plazo al respecto.

el organismo inspector que tal actuación tuvo por finalidad eliminar las consecuencias directas de la falta de prestación del trabajo de los trabajadores en huelga, perdiendo esta toda virtualidad y concluyó que la mercantil demandante vulneró el derecho de huelga porque siendo secundada la huelga por la totalidad de los trabajadores suspendió durante su celebración el contrato con la mercantil ISS Facility Services, S.A. y contrató los trabajos en huelga con Duralcor, S.L., De la Fuente International Movers, S.L. y Aeronáutica Gestión, S.L. Y concluyó que los hechos descritos constituyen infracción del art. 28.2 CE, derecho fundamental del derecho a la huelga, en relación con art. 4.1.e) ET y art. 6.5 RDL 17/1977 de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo. Siendo tal infracción tipificada como muy grave en el art. 8.10 LISOS y atendiendo a la intencionalidad en la conducta de la empresa titular del centro de trabajo y al número de trabajadores afectados (55) se gradúa en el grado medio proponiendo sanción en cuantía de 25.001 euros.

5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Cruz Villalón, J., "Poder de dirección y nuevas estructuras empresariales", *Revista Relaciones Laborales*, nº 2, 2005.

Desdentado Bonete, A., "Reflexiones sobre el caso Coca Cola Iberian Partners. Un comentario a la Sentencia de 12 de junio de 2014 de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y a la Sentencia de 20 de abril de 2015 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo", *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 4, 2015.

Desdentado Bonete, A., "Ecos de Samoa: sobre la expansión del derecho de huelga fuera del contrato de trabajo. El caso Altrad", *Revista de Información Laboral*, nº 2, febrero/2017.

Fernández Prol, F., "Derecho de huelga en contextos de descentralización empresarial: jurisprudencia interna y perspectivas en los marcos internacional y europeo", *Revista de Derecho Social*, nº 69, 2015.

García Murcia, J., "Contratas y subcontratas", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 48, 2004.

García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J.R., "Los límites de la sustitución virtual de trabajadores y del recurso a procesos de descentralización durante la huelga en la doctrina reciente del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo", *Revista Información Laboral*, nº 6, 2017.

Goerlich Peset, J. M^a., "Ejercicio del derecho de huelga en el contexto de la descentralización productiva", XXVIII Congreso Nacional AEDTSS, 31 de mayo-01 de junio de 2018, disponible en www.aedtss.es.

Goerlich Peset, J.M^a., *Los efectos de la huelga*, Tirant lo Blanch 1994.

Grau Pineda, C., "El impacto de las nuevas tecnologías en el derecho de huelga: a propósito de la sustitución de huelguistas por medios tecnológicos", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 206, 2018.

Grau Pineda, C., *Los difusos contornos de la prohibición de esquirolaje*, Tirant lo Blanch, 2021.

Gualda Alcalá, M., *Intervención legal ante la externalización de la actividad productiva*, Bomarzo y Gabinete de Estudios Jurídicos de CCOO, 2017.

Illueca Ballester, H., *Descentralización productiva y prevención de riesgos laborales en las obras de construcción*, Tirant lo Blanch, 2015.

Lahera Forteza, J., "Hacia un nuevo modelo de huelga triangular mercantil (SSTS 3 de Octubre, Rec. 1147/2017 y Rec. 3365/2016)", *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, Jurisprudencia en detalle, marzo, nº 3., 2019.

Molina Navarrete, C., "Despido colectivo y derecho de huelga: la invención judicial del "esquirolaje interno indirecto" (diálogo con la Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de abril de 2015, Rec. Núm. 354/2014 (Grupo Coca-Cola))", *Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, CEF, nº 388, 2015.

Molina Navarrete, C., "La responsabilidad en la relación laboral: entre viejas y nuevas reglas", en AA.VV., *La imputación de responsabilidad en las relaciones laborales*, Bomarzo, 2008.

Monereo Pérez, J.L. (coord.), *Derecho de huelga y conflictos colectivos. Estudio crítico de la doctrina jurídica*, Colección Trabajo y Seguridad Social, Editorial Comares, 2002.

SOBRE EL IMPACTO DE LA HUELGA EN LAS CONTRATAS

Ramos Quintana, M.I., *La responsabilidad laboral de los grupos de empresas*, Bomarzo, 2015.

Sala Franco, T. y López García de la Riva, I., *Los mecanismos empresariales de defensa frente a la huelga*, Tirant lo Blanch, 2013, p. 563.

Sala Franco, T., *Derecho Sindical*, Tirant lo Blanch, 2017.

Tascón López, R., *El esquirolaje tecnológico*, Aranzadi, 2018.

Vivero Serrano, J.B., "Redes empresariales y Derecho de huelga: Nuevos escenarios para la tutela y la limitación", en Sanguinetti Raymond, W. y Vivero Serrano, J.B. (Dirs.), *Impacto laboral de las redes empresariales*, Comares, 2018.