

De esquiroleros, crumiros y rompehuelgas

El esquirolaje interno en la doctrina del Tribunal Supremo de España. A propósito de la STS 3693/2021, de 6 de octubre



Juan Ángel Confalonieri (h)

Abogado egresado de la UBA (diploma de honor). Doctor en derecho (UBA), tesis sobresaliente). Profesor en la Maestría de Derecho del Trabajo (UCA). Integrante del Registro de Expertos de la CONEAU.

SUMARIO: I. Una visión (actual) sobre el futuro del derecho de huelga.— II. El esquirolaje. Tipos.— III. Las sentencias del Tribunal Constitucional anteriores a la STS 3693/2021, de 6 de octubre, y sus fundamentos.— IV. La STS 3693/2021, de 06/10/2021. Los hechos y el reclamo.— V. Mi punto de vista.

“Noviembre 3 de 1910. *Se declaran en huelga los peones de la Estación Bullrich (FCO). Solicitada nuestra intervención, se remiten 65 peones y varios inspectores a fin de mantener el orden y regularidad del trabajo, que no se interrumpe...*” (*).

I. Una visión (actual) sobre el futuro del derecho de huelga

Una vez más, se ha instalado un debate en torno al contenido del derecho del trabajo a partir de encendidos cuestionamientos de algunos sectores políticos que pregonan la defensa de la libertad. En la plataforma electoral 2021 del partido “Avanza Libertad” (1) se le atribuye al actual “régimen laboral” varios males: obsolescencia; un rol desincentivador del empleo “en blanco”; y ser causa de la “marginalidad”, del “desempleo” y de “nuestra decadencia por múltiples razones”. La propuesta de cambio, ambiciosa por cierto, “debe focalizarse principalmente (aunque no exclusivamente) en la modificación de cuatro leyes: Ley 14.250..., 18.610... (2), 20.744..., y 23.551...”.

No es esta la ocasión para un análisis exhaustivo de todos los cambios sugeridos (con matices, alguno compartido). Porque han sido los que me incentivaron a escribir

este comentario, identifico los atinentes al derecho fundamental de huelga (arts. 14 CN y 8.d. del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales). Son estos: a) “limitar a un mínimo excepcional las huelgas generales”; b) “limitar el derecho de huelga en cualquier actividad, previendo etapas previas de conciliación entre las partes” (3); c) “en cualquier caso, los días de huelga no serán pagos”; d) “los empleados estatales y de servicios esenciales privatizados no tendrán derecho a la huelga...” Como nada dice sobre el esquirolaje, no sería desatinado inferir que se mantienen las prohibiciones vigentes.

Comparto el interés de la plataforma por la “experiencia internacional”. Siempre debe ser bienvenida; más aún cuando se trata —como en este caso— de una sentencia dictada por el Tribunal Supremo de España, país en el cual nuestro legislador ha puesto su atención, desde tiempo atrás, para concretar cambios normativos.

II. El esquirolaje. Tipos

El reemplazo de los trabajadores huelguistas, mientras ejercen el derecho fundamental de huelga, ha sido una práctica constante de los empleadores destinada a mitigar o

neutralizar su eficacia y efectividad. Inicialmente estuvo sujeta a que una persona física no perteneciente a la empresa (esquirol, crumiro o rompehuelgas) realizara el trabajo del huelguista (4).

En la actualidad, dicha práctica admite otras formas de concreción, a saber: que el reemplazante (también persona física) integre el plantel de trabajadores de la empresa, desde antes de la declaración de la huelga, cumpliendo tareas en un puesto de trabajo diferente al que ocupa el reemplazado; que la empresa contratista sea sustituida por otra; o que para el reemplazo del trabajador no se recurra a una persona física ni jurídica, sino a las nuevas tecnologías de la información y comunicación.

Si el reemplazante se incorpora a la empresa —temporalmente— a fin de sustituir al trabajador que se adhirió a la huelga, el esquirolaje se denomina “externo”. Cuando el reemplazante es una persona física que integra el plantel de trabajadores de la empresa desde antes de concretarse la huelga, cumpliendo tareas en un puesto de trabajo diferente al que ocupa el reemplazado, el esquirolaje es “interno”. Y es “tecnológico” si, para reemplazar al trabajador huelguista, el empleador recurre a instrumentos propios

de las nuevas tecnologías de la información y comunicación. Los tres tipos son manifestaciones del esquirolaje directo o propio. Pero también podría ocurrir que en el marco de una contratación entre dos empresas, y en virtud de la cual una de ellas realiza trabajos o le presta servicios a la otra, se declare una huelga a la que adhieran los trabajadores de la empresa contratista y que, a raíz de ese hecho, la empresa principal acordara con otra empresa (contratista) que se encargue de los trabajos o servicios realizados o prestados, hasta ese momento, por la contratista de origen. En definitiva, los trabajadores de la contratista posterior vendrían a suplir o reemplazar a los trabajadores de la contratista de origen. Cuando esto ocurre, se alude al esquirolaje indirecto (5).

Nuestra legislación, solo veda uno de los tipos indicados: el esquirolaje externo. Por un lado, el art. 70 de la ley 24.013 le prohíbe al empleador recurrir al contrato de interinidad por sustitución para reemplazar “trabajadores que no prestan servicios normalmente en virtud del ejercicio de medidas legítimas de acción sindical”, pero sin establecer ninguna consecuencia, en el ámbito del contrato de trabajo, en caso de incumplimiento (6). Incumplimiento que, en la ley 25.212, integra el elenco de “infracciones

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Memoria correspondiente al sexto ejercicio, junio 1910 - junio 1911, de la Sociedad Unión del Trabajo Libre; transcripción de SPALDING, H., “La clase trabajadora argentina (Documentos para su historia - 1890/1912)”, Ed. Galerna, pág. 359, Buenos Aires, 1970.

(1) <https://avanzalibertad.com>

(2) Derogada, hace más de 30 años, por la ley 23.660 (B.O. 20-01-1989).

(3) Está vigente, desde hace más de sesenta años, la ley 14.786, destinada a ese fin (B.O., 09/01/1959).

(4) Sobre el esquirolaje (externo), en los primeros años del siglo veinte y, en especial, sobre la acción de la Asociación de Trabajo y su servicio de colocación, la tesis doctoral de RAPALO, M.E., “Patrones y obreros. La ofensiva de la clase propietaria, 1918-1930”, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2012. Agrego GODIO, Julio, “Historia del movimiento obrero argentino 1870 - 2000”, t. I, ps. 269, 278, 279 y 290.

(5) AGUILAR CASTILLO, M.C., “El uso de la tecnología y el derecho de huelga: realidades en conflicto”, *Labour*

& Law Issues, vol. 4, Nº 1, 2018, labourlaw.unibo.it, ISSN: 2421-2695; CORDERO GORDILLO, V., “La sustitución de los trabajadores huelguistas por medios tecnológicos”, *Lex Social*, vol. 9, Nº 1, 2019, p. 338; ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., “El esquirolaje interno como ataque al derecho fundamental de huelga”, Sentencia 33/11, de 28 de marzo, del Tribunal Constitucional, *Temas Laborales*, Nº 116/2012, p. 205, y “Derecho de huelga, *ius variandi* y esquirolaje tecnológico”, *Temas Laborales* Nº 130/2017, p. 13; FERRANDO GARCÍA, F.M. - RODRÍGUEZ EGÍO, M.M. - MEGÍAS BAS, A., “La sustitución de los huelguistas por empresas contratistas”; FERNÁNDEZ PROL, F., “Estrategias empresariales de subcontratación versus derecho de huelga: ¿un nuevo concepto de esquirolaje indirecto?”; GIMENO DÍAZ de ATAURI, P., “Delimitación conceptual y propuestas en la relación entre huelga y contratas empresariales. Un análisis de la jurisprudencia”; TASCÓN LÓPEZ, R., “El esquirolaje automático intercontratas a partir de algoritmos predeterminados (novísimas amenazas para el derecho de huelga)”; VALLE MUÑOZ, F.A., “La incidencia de la subcontratación em-

presarial en la sustitución de trabajadores huelguistas”, en *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Cinca, Madrid, 2018 (CD adjunto); MIÑARRO YANINI, M., “Según el Tribunal Constitucional ‘si es tecnológico, no es esquirolaje’: retos del derecho de huelga en la sociedad del trabajo digitalizado y externalizado”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, Nº 429, p. 211, 2018; ORTEGA LOZANO, P.G., “El esquirolaje en el derecho fundamental a la huelga”, <https://forelab.com>; PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T., “Miscelánea jurisprudencial sobre el recurso al esquirolaje externo e interno por parte de la empresa durante la huelga”, *Boletín Laboral*, www.abdonpedrajas.com; GOERLICH PESET, J.M., “Los efectos de la huelga”, *Tirant lo Blanch*, Valencia, 1994, p. 94; SÁNCHEZ-GIRÓN MARTÍNEZ, B., “El derecho de huelga en la era digital: el esquirolaje tecnológico”, *Estudios de Deusto*, Universidad de Deusto, Vol. 69/1, enero- junio 2021, p. 85, <http://revista-estudios.deusto.es>; VICENTE PALACIO, M.A., “Esquirolaje en supuestos de exter-

nalización en empresas pertenecientes al mismo grupo empresarial”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Núm. 2/2019, p. 1; VIVERO SERRANO, J.B., “El ejercicio del derecho de huelga en las redes de empresas: la prohibición del esquirolaje decidido por un tercero en la jurisprudencia española”, *Comunicación* presentada en el XXII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Turín, 4 al 6 de septiembre de 2018; y “Redes empresariales y derecho de huelga: nuevos escenarios para la tutela y la limitación”, *Impacto laboral de las redes empresariales*, Dirs. Sanguinetti Raymond, W. y Vivero Serrano, J.B., p. 277, COMARES, GRANADA, 2018; GRAU PINEDA, C., “Redes empresariales y derecho de huelga: nuevas manifestaciones del esquirolaje”, *Impacto laboral de las redes empresariales*, CD adjunto, Dirs. Sanguinetti Raymond, W. y Vivero Serrano, J.B.; TODOLÍ SIGNES, A., “Acerca del esquirolaje tecnológico”, *Jurisprudencia social a debate* (Sala Franco, T., López Terrada, E. y Todolí Signes, A.), *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2015, p. 103.

(6) La prohibición del esquirolaje externo, ya se había contemplado en el texto originario de la LCT (art. 244).

graves” (art. 3, inciso e) (7). La prohibición se repite, con algún matiz que no viene al caso, en el art. 6º del dec. 1694/2006, de 27 de noviembre, reglamentario del régimen legal de las empresas de servicios eventuales establecido en la LCT (arts. 29, *in fine*, y 29 bis) y en la ley 24.013 (arts.75 a 80).

El hecho de que el legislador haya omitido prohibir de modo expreso el esquirolaje interno habilita las siguientes preguntas: a) ¿puede el empleador reemplazar a un trabajador huelguista por otro trabajador que ya formaba parte de la empresa al momento de la declaración de la huelga, cumpliendo funciones diferentes a las del primero? (8) Pese a que no existe norma prohibitiva, ¿podría ese obrar del empleador implicar una antijuridicidad conforme al texto del art. 1717 del Cód. Civ. y Com., por afectar el derecho fundamental de huelga (art. 14 bis, CN)? Si fuera así, ¿podrían los trabajadores huelguistas reclamar una indemnización de daños y perjuicios con fundamento en el art. 1716 del Cód. Civ. y Com.? ¿Podría el empleador, a fin de justificar su comportamiento, ampararse en el derecho fundamental de ejercer toda industria lícita (art. 14 CN) y en los arts. 64 y 66 de la LCT? Al revés, ¿sería viable argumentar que, durante una huelga lícita, el *ius variandi* está suspendido? ¿Sería correcto responsabilizar a la empresa por la comisión de esquirolaje interno, si no ha participado en la decisión de quienes se abstuvieron de cumplir sus propias tareas con el fin de realizar la correspondiente a los huelguistas?

III. Las sentencias del Tribunal Constitucional anteriores a la STS 3693/2021, de 6 de octubre, y sus fundamentos

La doctrina del Tribunal Supremo de España, establecida a través de varias sentencias, nos permitirá reflexionar sobre un tipo de esquirolaje (el interno) respecto del cual no conozco pronunciamientos judiciales locales, ni tampoco un tratamiento ubérrimo por nuestra doctrina —todo lo contrario—.

Hasta ahora, la STS 3693/2021, de 6 de octubre (9), es la última de varias sentencias dictadas por la Sala de lo Social (entre el 5 y el 6 de mayo del año en curso) (10), que condenaron a la empresa B.S.H. Electrodomésticos España S.A., por considerar que había vulnerado el derecho de huelga de los reclamantes, mediante un esquirolaje interno. Pero no son las únicas (11). Incluso, se registran dos sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional (TC) con anterioridad a la que comento del Tribunal Supremo, una de las cuales fue considerada como sentencia de contraste (12) a los efectos previstos en el art. 219 de la LRJS (Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social).

Los hechos que dieron lugar a la STC 33/2011, de 28 de marzo, fueron los siguientes. A fin de contrarrestar las reformas previstas en el Real Decreto-Ley 5/02, UGT y CC.OO. convocaron a una huelga general a la que adhirieron varios trabajadores del periódico *ABC* (42), en el horario comprendido entre las 19.00 h del 19 de junio y las 07.00 h

del día siguiente de 2002. No participaron de la medida los jefes de sección de todos los turnos quienes, otros jefes de área (RR.HH., Producción y Sistemas, Informática, Logística, etc.) y varios directivos, quienes no solo alteraron sus horarios de trabajo limitándolos al tramo vespertino, sino que dejaron de realizar sus tareas habituales para concentrarse en la edición del periódico, aunque en un número sensiblemente menor al corriente; con exactitud, 29.800 ejemplares, contra 250.000 editados los jueves anterior y posterior al de la huelga (20-06-2002). Traducido en ingresos, los 29.800 ejemplares le significaron a la empresa 18.000 euros (por ventas) y 3.000 euros (por publicidad); mientras que los 250.000 ejemplares editados aquellos días, habían elevado la ganancia a 250.000 euros (por ventas) y 300.000 euros (por publicidad). A los adherentes, la empresa no les abonó el salario correspondiente al día de la huelga.

A esos hechos corresponde adicionar tres —de significativa relevancia—. Primero: para justificar la sustitución de los huelguistas, la empresa no adujo una falta de cobertura de los servicios de seguridad y mantenimiento, ni de los servicios mínimos (arts. 6.7 y 10 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo. Segundo: los diarios fueron distribuidos en diferentes puntos de venta y canales de televisión. Tercero: la difusión de la circulación del periódico, pese a la huelga, a través de noticieros de esos canales televisivos, acompañada, en uno de ellos (TVE), de la exhibición del ejemplar editado y de la lectura, parcial, del editorial. En definitiva, el trasfondo de la iniciativa del personal jerárquico y de los directivos que decidieron realizar las tareas propias de los trabajadores en ejercicio del derecho de huelga fue instalar no solamente en los lectores del periódico, sino en toda la sociedad, el naufragio de la medida. Vale decir, su carencia de efectividad; no de su eficacia entendida como morigeración del daño (13).

Con anterioridad, el Tribunal Constitucional español ya se había pronunciado en contra del esquirolaje interno en la STC 123/1992, de 28 de septiembre. En este caso, no se trató de una huelga de alcance general sino de una huelga —legal— limitada al ámbito de una empresa (Compañía Envasadora Loreto S.A.), a la que adhirieron solo los trabajadores fijos discontinuos, que eran los que tenían asignadas las tareas de producción. No así, los trabajadores fijos (administrativos y personal directivo), quienes, a instancia del empleador, sustituyeron voluntariamente a los primeros, pese a que sus puestos de trabajo eran de jerarquía superior a los de los huelguistas. No se trató, pues, de una iniciativa propia de los reemplazantes, como en el caso anterior, sino de una decisión del empleador —libremente aceptada por los trabajadores— que pretendió buscar cobijo en la facultad de movilidad funcional descendente prevista en el art. 23.4 del ET (redacción anterior a la ley 11/94) y que estuvo claramente destinada a neutralizar los efectos de la huelga.

Sintetizo la línea argumental del Tribunal Constitucional.

quirolaje interno en la norma de aplicación. STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 27 de abril de 2004, en la que se afirmó: “...Tal actitud no es la que contempla el art. 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, pues tal precepto lo que dispone es que en tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los trabajadores huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma...”. Anteriormente, la sentencia de la Magistratura de Trabajo Nº 8 de Sevilla, confirmada por la STCT, de 13 de diciembre de 1988. En la doctrina, Alonso Olea, M. y Casas Baamonde, M.E., han sugerido que “la sustitución voluntaria es la solución segura”, luego de mostrarse dubitativos frente el reemplazo impuesto por el empleador a los empleados no adherentes a la huelga (*Derecho del Tra-*

Primero. Frente a una situación de tensión entre derechos fundamentales debe recurrirse a la “ponderación de los intereses en pugna” (STC 123/1992, FJ3). No al argumento *a contrario sensu*, por su “esencial ambigüedad”. De ahí que quede descartada la idea de permiso implícita del esquirolaje interno, en razón de que la ley aplicable solo prohíbe el esquirolaje externo (STC 123/1992, FJ2; STC 33/2011, FJ5)

Segundo. La potestad de dirección del empresario y la facultad para proceder a la movilidad interna de los trabajadores cuentan con una regulación que presupone el “desarrollo pacífico de la relación laboral”. Durante una huelga legítima, esa regulación permanece anestesiada o “en una vida vegetativa”; por ende, no puede ser invocada cuando su finalidad sea denigrar la “eficacia” o “efectividad” del derecho fundamental de huelga (STC 123/1992, FJ4, y FJ5.; STC 33/2011, FJ4).

Tercero. La huelga ocupa un lugar preferente en el texto constitucional, ya que si bien les reconoce a los empresarios y a los trabajadores el derecho de adoptar medidas de conflicto colectivo, le otorga a aquella una “mayor consistencia” manifestada en el “mayor rango exigible para la ley que lo regule y en la más completa tutela jurisdiccional” (STC 33/2011, FJ4). Su carácter de derecho fundamental se compadece con el “Estado Social y Democrático de Derecho (SSTC 123/1992 y 33/2011, FJ4); “...un sindicato sin derecho al ejercicio de la huelga quedaría, en una sociedad democrática, vaciado prácticamente de contenido” (STC 33/2011, FJ4).

Cuarto. Como todos los derechos, el de huelga, puede ser delimitado por ley en la medida en que no afecte su “contenido esencial” (STC 123/1992, FJ4). Recurrir al personal calificado para que desarrolle, durante una huelga legítima, las tareas propias de los trabajadores de menor jerarquía, se traduce en un ejercicio abusivo del *ius variandi* STC 123/1992, FJ5, y STC 33/2011, FJ4), en tanto puede privarles (a los huelguistas) “de un derecho fundamental, vaciando su contenido esencial” (STC 123/92, FJ5; STC 33/2011, FJ4) por la anulación o minoración de la presión legítima sobre el empresario (STC 33/2011, FJ4. y FJ5). Por tanto, ni el empresario puede obligar a quienes no han adherido a la huelga a cumplir las tareas de los huelguistas ni los primeros pueden reemplazar a los segundos en sus tareas, salvo que la sustitución tenga como norte asegurar determinados servicios mínimos esenciales para la comunidad o la cobertura de servicios de seguridad y mantenimiento en la empresa (STC 33/2011, FJ4).

Quinto. No sería eficaz la tutela del derecho de huelga, si se admitiera que las prohibiciones o limitaciones dirigidas al empresario ceden cuando el comportamiento lesivo se deba a una iniciativa de sus mandos directivos (STC 33/2011, FJ6).

Sexto. Ni la empresa tiene impedimento alguno para adoptar una posición contraria a la huelga, ni los trabajadores decididos a no adherirse a ella estarían compe-

lidos a abstenerse de realizar sus tareas. De lo contrario, se produciría una afectación de la libertad de trabajo de ambos (STC 33/2011, FJ7).

Séptimo. El empleador es responsable frente a la violación de los derechos fundamentales del trabajador, no solo por su propio obrar sino también por hechos de terceros que de él dependan (STC 33/2011, FJ6).

IV. La STS 3693/2021, de 06/10/2021. Los hechos y el reclamo

Al igual que en la STC 123/1992, la huelga (legal) que dio lugar a varias sentencias del Tribunal Superior (entre ellas, la que comento) tuvo lugar en el ámbito de una empresa; en este caso, B.S.H. Electrodomésticos España S.A. Una huelga que comenzó el 2 de enero de 2017 y concluyó con un acuerdo el día 26 de dicho mes y año. Mediante una inspección de la autoridad competente realizada uno de los días de la huelga se comprobó que varios empleados —por propia iniciativa y con el propósito de morigerar sus efectos— decidieron sustituir a quienes estaban ejerciendo el derecho de huelga.

Uno de los trabajadores sustituidos inició una demanda contra su empleador por violación del derecho fundamental de huelga, la que fue desestimada mediante la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Nº 3 de Pamplona-Iruña (14), posteriormente confirmada por la Sala de lo Social del STSJ de Pamplona/Iruña, de 17 de octubre de 2018 (recurso 286/2018), por tres razones. *Primera:* no fue probado que el empleador ejerciera el *ius variandi*, sino que, al contrario, fueron los sustitutos los que obraron por propia iniciativa y sin recibir instrucción alguna de aquel. *Segunda:* no se puede aceptar que los reemplazantes, por ser jefes de área o responsables de un servicio, queden asimilados al empresario, cuando se trata de prácticas sustitutivas durante una huelga. *Tercera:* la conducta de los trabajadores sustitutos no afectó el derecho de huelga, no solo porque no la neutralizó, sino que tampoco la privó de efectividad. Contra la STSJ de Pamplona/Iruña el actor interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina invocando, como sentencia de contraste, la STC 33/2011, de 28 de marzo, dando lugar a la sentencia del Tribunal Superior que anoto.

El Tribunal Superior dejó en claro que la cuestión a unificar no fue la repercusión que el reemplazo de los huelguistas tuvo en la efectividad de la huelga (significativa, en el caso que dio lugar a la STC 33/2011; de poca repercusión, en el de la STSJ de Pamplona/Iruña, de 17 de octubre de 2018), sino si el empleador es responsable por la sustitución en sí misma, al margen de que la hubiera ordenado o conocido. Y concluyó en que la doctrina correcta era la expuesta en la STC 33/2011, de 28 de marzo, sintetizada precedentemente.

V. Mi punto de vista

A la postre, el esquirolaje externo e interno representan ofensas al derecho de huel-

(7) “Son infracciones graves...e) La violación de la normativa relativa a las modalidades contractuales”. A diferencia de esa disposición genérica, que se proyecta sobre el esquirolaje externo, en el derecho español constituyen una infracción muy grave “los actos del empresario lesivos del derecho de huelga de los trabajadores consistentes en la sustitución de los trabajadores por otros no vinculados al centro de trabajo al tiempo de su ejercicio...” (art. 8.10 de la LISOS (ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, BOE Nº 189, de 08 de agosto de 2000.

(8) Uno de los argumentos a los que recurrieron los tribunales españoles para validar el obrar del empleador fue, precisamente, la falta de prohibición expresa del es-

bajo, undécima edición, p. 848, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de publicaciones, Madrid. 1989. Para más detalle sobre las opiniones de los autores, GOERLICH PESET, J.M., ob. cit., p. 99.

(9) Rec. Nº 4983/2018; ponente: María Luisa Segoviano Astaburuaga.

(10) Por orden de numeración, STS 1761/2021, Rec. Nº 498472018, de 5 de mayo (ponente, María Luisa Segoviano Astaburuaga); STS 1768/2021, Rec. Nº 4969/2018, de 05 de mayo (ponente, Ángel Antonio Blasco Pellicier); STS 1868/2021, Rec. Nº 4975/2018, de 06 de mayo (ponente, Ignacio García Perrote-Escartín); STS 1869/2021, Rec. Nº 4978/2018, de 6 de mayo (ponente, Ignacio García Perrote-Escartín); STS 1870/2021, Rec. Nº 4981/2018, de 05 de mayo (ponente, Sebastián Moralo Gallego);

STS 1879/2021, Rec. Nº 4972/2018 de 05 de mayo (ponente, Sebastián Moralo Gallego); STS 1981/2021, Rec. Nº 4985/2018, de 5 de mayo (ponente, Ángel Antonio Blasco Pellicier); STS 1988/2021, Rec. Nº 4976/2018, de 5 de mayo (María Luisa Segoviano Astaburuaga).

(11) Entre otras, STS 1491/2021, de 27 de enero, Rec. Nº 140/2019; STS 333/2020, de 13 de enero, Rec. Nº 138/2018; STS 1775/2016, Rec. Nº 78/2015.

(12) STC 33/2011, de 28 de marzo (Sala Primera), BOE Nº 101, de 28 de abril de 2011, precedida por la STC 123/92, de 28 de septiembre (Sala Primera), BOE Nº 260, de 29 de octubre de 1992.

(13) ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., “El esquirolaje interno...”, ps. 207, 212 y 213.

(14) Nº 186/18, de 26 de junio de 2018.

ga —cuando esta es legítima—. Tanto uno como otro procuran neutralizar la eficacia y efectividad de la presión ejercida por los trabajadores sobre el empleador, en defensa de sus intereses colectivos. Mientras el primero se traduce en una limitación (*pro tempore*) de la libertad de contratar del empleador, debido a la imposibilidad de recurrir al contrato de interinidad por sustitución para reemplazar a los trabajadores huelguistas, el segundo limita (también transitoriamente) el ejercicio de su facultad de organización; más concretamente el *ius variandi*, en razón de que a los trabajadores que integran la plantilla de la empresa cumpliendo unas funciones determinadas no se les puede cambiar sus tareas para que asuman las que son propias de los que se han adherido a la huelga.

(15) Dice la sentencia: “Pues bien, sin desconocer que la sustitución interna... constituye el ejercicio abusivo de un derecho que en principio corresponde al

La prohibición del esquirolaje externo demanda un tratamiento idéntico del esquirolaje interno. Es que se diluiría por completo la clausura del primero, si se habilitara el segundo so pretexto de no interferir en la potestad de organización del empleador. En otros términos, si el empleador pudiera reemplazar a los huelguistas por trabajadores que, al momento de la huelga, tenían a su cargo tareas diferentes a las de aquellos, carecería de sentido inhabilitar la contratación de trabajadores temporales para mantener inalterada la actividad de la empresa, ya que, por una u otra vía, el derecho de huelga podría ser neutralizado. Esta idea comulga, incluso, con la STS de Pamplona/Iruña, de 17 de octubre de 2018, que rechazó la demanda por daños y perjuicios en razón de que

empresario, el *ius variandi*, y sin desconocer tampoco la singular preeminencia de la que goza el derecho de huelga...” (FJ3).

descartó la existencia de un esquirolaje interno (15).

La sustitución externa de los huelguistas no es viable sin que exista una decisión del empleador. No sería posible argumentar que la contratación de interinos fue resuelta por los mandos superiores de la empresa. En cambio, según algunas sentencias, sería posible que la sustitución interna haya sido decidida por los sustitutos *motu proprio* y, por ende, que no haya tenido ninguna participación el empleador, ni siquiera conocimiento. Un criterio que, a la postre, implicaría desactivar la ilicitud del esquirolaje interno, ya que el empleador contaría con un atajo para menguar o amortiguar los efectos de la huelga.

En síntesis:

El esquirolaje interno constituye un acto antijurídico imputable al empleador (art. 1717 del Cód. Civ. y Com.), siempre que la huelga que lo motive sea lícita.

Los trabajadores afectados por la medida antijurídica del empleador, o el sindicato que represente sus intereses colectivos, estarán legitimados para reclamarle una indemnización por daños y perjuicios, por ser el responsable directo (arts. 1716, 1737, 1738, 1739, 1740 y 1749 del Cód. Civ. y Com.).

Obviamente, la restricción de sustitución externa e interna no significa que el empleador tenga obligación de apoyar la huelga o que se vea impedido de adoptar medidas que no interfieran en el derecho de quienes la han secundado. Tampoco que los trabajadores no adherentes a la huelga se vean obstaculizados de cumplir con sus tareas propias. En definitiva, una solución que compatibiliza razonablemente el derecho de huelga y la libertad de trabajo, y que, por tanto, requiere un claro tratamiento de la ley para contrarrestar la inseguridad jurídica.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/741/2022

Texto completo de fallo de p. 4

Madrid, octubre 6 de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Ignacio Imaz García, en nombre y representación de D. Baldomero, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de fecha 17 de octubre de 2018, recaída en el recurso de suplicación núm. 286/2018, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Pamplona/ Iruña, dictada el 26 de junio de 2018, en los autos de juicio núm. 186/2018, iniciados en virtud de demanda presentada por D. Baldomero, contra la empresa B.S.H. Electrodomésticos España, SA y Ministerio Fiscal, sobre tutela de derechos fundamentales por vulneración del derecho de huelga e indemnización de daños y perjuicios..

Ha sido parte recurrida la empresa B.S.H. Electrodomésticos España, SA, representada por la letrada D.ª Miriam Larumbe Ferreres.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª María Luisa Segoviano Astaburuaga.

Antecedentes de hecho

Primero.- Con fecha 26 de junio de 2018, el Juzgado de lo Social Nº 3 de Pamplona/ Iruña, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: “Que desestimando la demanda sobre la vulneración del derecho de huelga y reclamación de cantidad deducida por D. Baldomero contra B.S.H. Electrodomésticos España, SA y Ministerio Fiscal, debo declarar y declaro que no existe vulneración del derecho de huelga por parte de la empresa demandada en relación a los hechos enjuiciados y, en consecuencia, debo absolver y absuelvo a dicha empresa demandada de las pretensiones frente a ella deducidas”.

Segundo.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes: “Primero.- El demandante D. Baldomero, viene prestando sus servicios profesionales por cuenta de la empresa B.S.H. Electrodomésticos España, SA con antigüedad, Grupo y Nivel, y salario mensual que se indica en el Hecho Segundo de la demanda, que se da aquí por reproducido a efectos de incorporarlo en el presente hecho probado al no haber sido objeto de discrepancia entre las partes litigantes, mostrándose conformes con el mismo.

Segundo.- En la empresa demandada se inició una huelga legal el 9 de enero de 2017, convocada el 2 de enero de 2017 por el sindicato LAB, y que duró hasta el 26 de enero de 2017, concluyendo con acuerdo con la representación de los trabajadores, que obra como documento número ocho del ramo de prueba de la empresa demandada, que se da aquí por reproducido. En virtud de denuncia recibida la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Navarra emite informe fechado el 23 de agosto de 2017, que obra unido a los autos y que se da aquí por reproducido, y referido a una posible sustitución de trabajadores en huelga en la mercantil B.S.H. Electrodomésticos España (el informe obra unido a los autos y se da aquí por reproducido). Dicho informe la señora inspectora de trabajo y seguridad social indica, en la parte referida al resultado final que “se concluye que los trabajadores Constancio, Cosme, Darío e Doroteo, han incurrido en conductas de sustitución interna de trabajadores huelguistas (un total de seis operarios), mientras los mismos se encontraban en el ejercicio de su derecho fundamental, según los hechos comprobados y anteriormente referenciados, conculcando el derecho de huelga de tales trabajadores”. Se añade que esa sustitución interna constituye un incumplimiento del art. 28.2 de la Constitución Española de 1978, en relación con el art. 4.1 e) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, y que el incumplimiento constituye una infracción administrativa en materia de relaciones laborales individuales y colectivas tipificada y calificada como grave por el art. 7.10 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Se propone para esa infracción una sanción en grado máximo, en la cuantía de 3.126 euros, valorando para ello el número de trabajadores afectados, que en este caso son trabajadores huelguistas que han visto conculcado de manera interna el ejercicio de su derecho a huelga en un total de seis operarios, así como la cifra de negocios de la empresa en el año 2016. Se extendió también Acta de Infracción con el número NUM000 con fecha 24 de agosto de 2017, que obra unido a los autos y que se da aquí por reproducida. La empresa demandada efectuó alegaciones en escrito de 18 de septiembre de 2017 frente al acta de infracción, dictándose resolución 1313/2017, con fecha 14 de diciembre, por la Directora General de Trabajo del Gobierno de Navarra en el que se confirma el acta de infracción y se impone a la empresa demandada

la sanción propuesta. La empresa interpone recurso de alzada ante la Consejería y Desarrollo Económico del Gobierno de Navarra, que es desestimado por la Orden Foral 29/2018, de 26 de marzo de 2018, y frente a la misma se ha interpuesto demanda judicial por la empresa demandada, sin que hasta la actualidad se haya celebrado el juicio (escritos y resoluciones que obran unidos a los autos y que se dan aquí por reproducidos).

Tercero.- Obrar unidos a los autos y se dan aquí por reproducidas la descripción del puesto de trabajo del Jefe de Fabricación que desempeñaba el Sr. Constancio y del Encargado de Lavavajillas Sr. Cosme; la descripción del puesto de trabajo y Técnico de Calidad de procesos o producto, puesto desempeñado por el Sr. Darío; la descripción del puesto de trabajo responsable de Laboratorio de Secadora que desempeñaba el Sr. Doroteo, y del puesto responsable del Departamento de Desarrollo de Bomba de Calor, que ocupaba el Sr. Daniel, así como el organigrama del área de fabricación de la empresa demandada, donde consta el Sr. Constancio como Jefe de Fabricación el Sr. Cosme como Encargado de Lavavajillas, y el organigrama del Área de Gestión de Calidad y de la Bomba de Calor, donde consta en relación a la gestión de calidad el Sr. Darío es el responsable de Auditoría de Lavavajillas en calidad de procesos y auditorías, y en el Departamento de Bomba de Calor consta el Sr. Daniel como responsable del departamento y el Sr. Doroteo como responsable del Laboratorio de Secadora, personal todos ellos que son a los que se refieren el informe y el acta de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social. Obrar unidos a los autos y se dan aquí por reproducidos los cursos de formación que han sido impartidos por el Sr. Constancio y el Sr. Cosme en los últimos nueve años.

Cuarto.- Obrar unidos a los autos y se dan aquí por reproducidos, al no ser objeto de controversia entre las partes litigantes, los cuadros que reflejan la producción de lavavajillas que la empresa demandada tuvo en el mes de enero de 2017, y la disminución en la producción real en el período de huelga, que alcanza el 33%, así como el gráfico sobre evolución de la cantidad de lavavajillas auditados en el mes de enero de 2017, que disminuyó durante el período de ejercicio del derecho de huelga, ya que la auditoría en términos de normalidad es en torno a un 5% y los días de huelga no llega al promedio de 1,5, con una pérdida promedio en enero de 2017 del 80%; así como tabla resumen de ensayo realizados en el Departamento de Bomba de Calor

(documentos números 10, 11 y 12 del ramo del prueba de la empresa demandada que se dan aquí expresamente por reproducidos ya que los datos que constan en los mismos, además de ratificarse en el acto del juicio, no han sido impugnados por la parte demandante).

Quinto.- El 11 de enero de 2017 la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Navarra efectuó visita la inspectora al centro de trabajo que tiene la empresa demandada en Esquíroz, desarrollando la visita desde las 12.34 horas a las 15,21 horas, y efectuándose comprobaciones sobre posibles sustitución ilegal de huelguistas en relación a dos turnos de trabajadores (mañana de 6 a 14 horas, y turno de tarde de 14 a 22 horas). La visita en las instalaciones se desarrolló en compañía de los denunciantes sobre sustitución de trabajadores en huelga, integrantes del Comité de Empresa, y la inspectora actuante efectuó comprobaciones en cuanto a las tareas realizadas por determinados trabajadores que en ese momento se encontraban en el centro de trabajo, con los que mantuvo la correspondiente entrevista, todo ello en relación a los que se concretan en el Acta de Infracción que se dan aquí por identificados. También se mantuvo reunión, con posterioridad, con el responsable de Recursos Humanos de la empresa. Queda acreditado que don Constancio, Jefe del Departamento de Fabricación de la empresa demandada, según la documentación que aporta esta a la Inspección de Trabajo, el 10 de enero de 2017, entre las 17 y las 20,30 horas, aproximadamente, estuvo realizando tareas que ordinariamente no tiene encomendadas y, en concreto, la reparación de lavavajillas junto con don Cosme —Encargado de Lavavajillas o responsable de producción de fabricación de frigoríficos y lavavajillas—, y junto a un trabajador de mano de obra directa —Víctor—, con el objeto de enseñar a este último a reparar, y efectuando la reparación entre 20 y 25 lavavajillas. Ese 10 de enero de 2017 faltaba personal de reparación porque estaban ejerciendo su derecho de huelga, y tampoco estaban los dos jefes de equipo, y en concreto en el turno de tarde y para la actividad que efectuaba el Sr. Constancio y el Sr. Cosme las tareas correspondientes correspondían haberlas realizado al Jefe de Equipo que tenía el turno de tarde, Sr. Pablo Jesús, que estaba secundando la huelga convocada. Tanto en el caso del Sr. Constancio como en el Sr. Cosme efectuaron estas tareas por su propia iniciativa, sin que se le diese ninguna instrucción ni orientación por parte de la dirección de la empresa para que realizasen tal activi-

dad o tareas a los efectos de aminorar los efectos de la huelga. También ha quedado acreditado que Darío, responsable de Auditoría de Lavavajillas, en la Sección de calidad de procesos y auditoría de producto de la empresa demandada, se encontraba junto con el trabajador Aureliano, Auditor de Calidad de Frigoríficos, realizando sobre una superficie tareas en un electrodoméstico y, en concreto, el propio Sr. Darío manifestó a la inspectora actuante que estaba “recuperando —reparando— un lavavajillas que ha salido malo”, con referencia a que estaba “cambiándole una pieza”, que era en concreto una envolvente deformada. Esta tarea de recuperación o reparación del lavavajillas el propio Sr. Darío indicó a la inspectora actuante que de ordinario lo realizan los auditores, pero en ese momento los dos auditores de calidad de lavavajillas se encontraban en la jornada del 11 de enero de 2017, fecha de la visita de la inspectora, en situación de huelga (son los analistas don Casiano y doña Milagrosa). Tampoco en el caso del Sr. Darío recibió ninguna instrucción ni indicación de la empresa para realizar esa actividad. La actividad que realizaba el Sr. Darío, con anterioridad a las 14 horas, es la que hubiera realizado ordinariamente el trabajador que secundaba la huelga don Casiano. Por último, se ha acreditado que don Doroteo, responsable del Laboratorio de Secadora el día de la visita de la inspectora se encontraba realizando ensayos utilizando tres de las cuatro cabinas que se encuentran en esta sección de laboratorio de secadora, y ejecutando a tal fin tareas que de ordinario realizan los técnicos de laboratorio, y que el día en cuestión no la estaban realizado por haber secundado la huelga, y decidiendo el Sr. Doroteo realizar estas actividades para sustituirles, si bien no consta que haya recibido ninguna indicación o instrucción u orientación por parte de la dirección de la empresa de realizar tales funciones o tareas con la finalidad de disminuir los efectos de la huelga.

Sexto.- La parte demandante no presta servicios en ninguna de las áreas a que se refiere la Inspección de Trabajo”.

Tercero.- Contra la anterior sentencia, la representación Letrada de D. Baldomero, formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, dictó sentencia en fecha 17 de octubre de 2018, recurso 286/2018, en la que consta el siguiente fallo: “Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D. Baldomero contra la Sentencia Nº 186/18 dictada por el Juzgado de lo Social Nº 3 de Navarra, de fecha 26 de junio de 2018, en autos promovidos por el recurrente frente a la empresa “BSH Electrodomésticos España, S.A.”, en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal, en materia de tutela de derechos fundamentales, confirmando dicha sentencia, sin expresa condena en costas”.

Cuarto.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, el letrado D. Ignacio Imaz García, en nombre y representación de D. Baldomero, interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por el Tribunal Constitucional el 28 de marzo de 2011, rec. de amparo 6171/2004.

Quinto.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, a empresa B.S.H. Electrodomésticos España, S.A., se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar el recurso presentado.

Sexto.- Se señaló para la votación y fallo el día 6 de octubre de 2021, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

Fundamentos de derecho

Primero.-1.- La cuestión que se plantea en este recurso de casación para la unificación de doctrina se ciñe a resolver si viola el derecho de huelga la empresa cuando determinados trabajadores, responsables de área, sustituyen a los huelguistas realizando sus funciones, sin haber recibido órdenes ni instrucciones de la empresa en tal sentido.

2.- El Juzgado de lo Social número 3 de los de Navarra dictó sentencia el 26 de junio de 2018, autos número 186/2018, desestimando la demanda formulada por D. Baldomero contra BSH Electrodomésticos España SA y Ministerio Fiscal, sobre tutela de derechos fundamentales, declarando que no existe vulneración del derecho de huelga por parte de la empresa demandada, absolviendo a dicha empresa de las pretensiones frente a ella deducidas.

Tal y como resulta de dicha sentencia, el demandante viene prestando sus servicios profesionales por cuenta de la empresa B.S.H. Electrodomésticos España, SA.

En la empresa demandada se inició una huelga legal el 9 de enero de 2017, convocada el 2 de enero de 2017 por el sindicato LAB, y que duró hasta el 26 de enero de 2017, concluyendo con acuerdo con la representación de los trabajadores.

En virtud de denuncia recibida, la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Navarra emite informe fechado el 23 de agosto de 2017, referido a una posible sustitución de trabajadores en huelga en la mercantil B.S.H. Electrodomésticos España. En el mismo se concluye que “los trabajadores D. Constancio —jefe de fabricación— D. Cosme —encargado de lavavajillas— D. Darío —responsable de auditoría de lavavajillas— y D. Doroteo —responsable de laboratorio de secadora—, han incurrido en conductas de sustitución interna de trabajadores huelguistas (un total de seis operarios), mientras los mismos se encontraban en el ejercicio de su derecho fundamental, según los hechos comprobados y anteriormente referenciados, conculcando el derecho de huelga de tales trabajadores”. Se añade que esa sustitución interna constituye un incumplimiento del art. 28.2 de la Constitución Española de 1978, en relación con el art. 4.1 e) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre por el que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores, y que el incumplimiento constituye una infracción administrativa en materia de relaciones laborales individuales y colectivas, tipificada y calificada como grave por el artículo 7.10 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, LISOS, proponiendo una sanción en grado máximo, en la cuantía de 3.126 euros.

D. Constancio, jefe del departamento de fabricación de la empresa demandada, el 10 de enero de 2017, entre las 17 y las 20,30 horas, aproximadamente, estuvo realizando tareas que ordinariamente no tiene encomendadas y, en concreto, la reparación de lavavajillas junto con D. Cosme —encargado de lavavajillas o responsable de producción de fabricación de frigoríficos y lavavajillas—, y junto a un trabajador de mano de obra directa —Víctor—, con el objeto de enseñar a este último a reparar, y efectuando la reparación entre 20 y 25 lavavajillas. Ese 10 de enero de 2017 faltaba personal de reparación porque estaban ejerciendo su derecho de huelga, y tampoco estaban los dos jefes de equipo, y, en concreto, en el turno de tarde y para la

actividad que efectuaba el Sr. Constancio y el Sr. Cosme, las tareas correspondía haberlas realizado al jefe de equipo que tenía el turno de tarde, Sr. Pablo Jesús, que estaba secundando la huelga convocada. Tanto en el caso del Sr. Constancio como en el Sr. Cosme efectuaron estas tareas por su propia iniciativa, sin que se les diese ninguna instrucción ni orientación por parte de la dirección de la empresa para que realizaran tal actividad o tareas, a los efectos de aminorar los efectos de la huelga.

D. Darío, responsable de auditoría de lavavajillas, en la sección de calidad de procesos y auditoría de producto de la empresa demandada, se encontraba junto con el trabajador Aureliano, auditor de calidad de frigoríficos, realizando sobre una superficie tareas en un electrodoméstico y, en concreto, el propio Sr. Darío manifestó a la inspectora actuante que estaba “recuperando —reparando— un lavavajillas que ha salido malo”, con referencia a que estaba “cambiándole una pieza”, que era en concreto una envolvente deformada. Esta tarea de recuperación o reparación del lavavajillas el propio Sr. Darío indicó a la inspectora actuante que de ordinario lo realizan los auditores, pero en ese momento los dos auditores de calidad de lavavajillas se encontraban en situación de huelga (son los analistas D. Casiano y Doña Milagrosa). Tampoco en el caso del Sr. Darío recibió ninguna instrucción ni indicación de la empresa para realizar esa actividad. La actividad que realizaba el Sr. Darío, con anterioridad a las 14 horas, es la que hubiera realizado ordinariamente el trabajador que secundaba la huelga, D. Casiano.

D. Doroteo, responsable del laboratorio de secadora, el día de la visita de la inspectora se encontraba realizando ensayos utilizando tres de las cuatro cabinas que se encuentran en esta sección de laboratorio de secadora, y ejecutando a tal fin tareas que de ordinario realizan los técnicos de laboratorio, y que el día en cuestión no la estaban realizado por haber secundado la huelga, y decidiendo el Sr. Doroteo realizar estas actividades para sustituirles, si bien no consta que haya recibido ninguna indicación o instrucción u orientación por parte de la dirección de la empresa de realizar tales funciones o tareas, con la finalidad de disminuir los efectos de la huelga.

La parte demandante no presta servicios en ninguna de las áreas a que se refiere la Inspección de Trabajo.

3.- Recurrida en suplicación por el Letrado D. Ignacio Imaz García, en representación de D. Baldomero, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra dictó sentencia el 17 de octubre de 2018, recurso número 286/2018, desestimando el recurso formulado.

La sentencia, invocando lo resuelto en las sentencias que cita de la propia Sala, así como las STC 33/2011 y 123/1992, afirma que la “sustitución interna” de huelguistas durante la medida de conflicto constituye un ejercicio abusivo del ius variandi empresarial, derecho que, con los límites legalmente previstos, corresponde al empresario en otras situaciones.

Señala que la ilicitud de la sustitución presupone un ejercicio indebido de la potestad directiva del empresario en una situación excepcional en que la misma ha de ceder ante la efectividad del prevalente derecho de huelga. Por eso mismo, allí donde ni siquiera de forma indiciaria se ha logrado probar que la empresa ejercitara efectivamente esta potestad de dirección, no podrá apreciarse la efectividad de una sustitución indebida y, por tanto, de una lesión al derecho fundamental de huelga.

Concluye que el mero hecho de que los sustitutos ostenten la cualidad de jefes de área o responsables de un servicio, no supone —a los efectos solicitados— una asimilación con el empresario. No hay prueba de que los citados sustitutos mantengan una relación de alta dirección con la empresa, ni que puedan actuar al margen de los criterios establecidos por la empresa, circunstancias que se confirman con el inatado dato fáctico de que tales trabajadores actuaron de manera autónoma, por propia iniciativa y al margen de indicación empresarial alguna.

Razona que la conducta autónoma mencionada resulta admisible por la propia naturaleza de los trabajos realizados y que la conducta llevada a cabo por los trabajadores no huelguistas careció de afectación relevante alguna sobre el derecho de huelga ejercitado, pues ni neutralizó el paro convocado, ni aminoró de manera apreciable o privó de efectividad al mismo, por lo que considera que no se ha acreditado la vulneración alegada en los términos pretendidos.

4.- Contra dicha sentencia se interpuso por el Letrado D. Ignacio Imaz García, en representación de D. Baldomero, recurso de casación para la unificación de doctrina aportando, como sentencia contradictoria, la dictada por el Tribunal Constitucional, el 28 de marzo de 2011, STC 33/2011, recurso de amparo 6171/2004.

La Letrada Doña Miriam Larumbe Ferreres, en representación de BSH Electrodomésticos España SA, ha impugnado el recurso.

Evacuando el trámite conferido por auto de 25 de junio de 2020, presentó escrito complementando la impugnación del recurso, habiendo dado traslado a la parte recurrente presentó escrito formulando alegaciones.

El Ministerio Fiscal informa que el recurso ha de ser declarado procedente.

Segundo.- 1.- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

2.- La sentencia de contraste, la dictada por el Tribunal Constitucional, el 28 de marzo de 2011, STC 33/201, recurso de amparo 6171/2004, estimó la demanda de amparo interpuesta por D. Cecilio y otros frente a la sentencia de fecha 27 de abril de 2004 y auto de 22 de julio de 2004, dictados por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recurso de suplicación 620/2004.

Consta en dicha sentencia que el Comité de empresa del diario ABC secundó la huelga general convocada por CCOO y UGT el 20 de junio de 2002, desde las 19 horas del día 19 a las 7 horas del 20 de junio. Hicieron huelga todos los trabajadores, excepto los jefes de sección de todos los turnos. Estos, acompañados de otros directivos y jefes de áreas, consiguieron editar una tirada del periódico de 29.800 ejemplares, que fueron distribuidos en tiendas, VIPs y cadenas de televisión. En los espacios informativos de las distintas televisiones se hizo referencia a que el Diario ABC había salido a la calle en edición reducida.

La sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 27 de abril de 2004, recurso de suplicación 620/2004, llegó a la conclusión de que fueron los jefes de sección quienes decidieron, en reunión mantenida

antes de la huelga general, que intentarían sacar una edición reducida del periódico, señalando que la empresa no adoptó resolución alguna relativa a la movilidad funcional de sus mandos.

La sentencia del TC señala que no concurren circunstancias que pudieran legitimar la sustitución enjuiciada ya que no hubo negativa de los trabajadores a llevar a cabo los servicios de seguridad y mantenimiento, señalando que debe admitirse que es inverosímil que una decisión de tal envergadura —asunción de las tareas propias de los huelguistas por los jefes y directivos de la empresa para llevar a cabo la edición del diario “ABC” durante la huelga general, y posterior distribución de los ejemplares editados en distintos puntos de venta y en cadenas de televisión—, se llevara a cabo con el desconocimiento o sin la aprobación de la empresa demandada.

En todo caso, la hipótesis alternativa, esa pretendida “no responsabilidad” de la empresa respecto de una actuación de sus mandos intermedios que socava el legítimo ejercicio del derecho de huelga, no es compatible con la dinámica real del ejercicio del derecho fundamental del art. 28.2 CE. En primer lugar, porque descontextualiza el derecho de huelga del marco propio de las relaciones laborales en las que tiene lugar su práctica, y, además, porque elude la realidad de los efectos ordinarios del ejercicio de tal derecho, que afectan directamente al empresario como parte contratante del trabajo.

La utilización de las estructuras de mando para sustituir a los trabajadores huelguistas de categorías inferiores con el fin de editar el periódico el día de la huelga —o, en su defecto, el consentimiento empresarial tácito o la omisión de toda reacción o prevención que impidiera que el acto de sustitución llegara a producirse—, vulneró el art. 28.2 CE, al privar a la huelga seguida por los recurrentes de su plena efectividad como medio de presión colectiva.

3.- Tal y como nos recuerda la sentencia de esta Sala de 20 de enero de 2015, recurso 740/2014:

“El artículo 219.2 de la LRJS exige, como es sabido, y cuando se trata de sentencia de contradicción dictadas por el Tribunal Constitucional, que la sentencia recurrida contenga una doctrina contradictoria con la establecida en ella, añadiéndose en el precepto que esa posible utilización a estos fines procesales de aquellas sentencias se podrá llevar a cabo “siempre que se cumplan los presupuestos del número anterior referidos a la pretensión de tutela de tales derechos y libertades”. Como hemos dicho en nuestra STS de 14/11/2014, dictada en el recurso 1839/2013, “...ese inciso puede interpretarse de dos formas. Una sería que se trata de una remisión simple y pura a la prescripción del art. 219.1 LRJS sobre la exigencia de “hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales”, igualdad sustancial en el substrato previo a los respectivos fallos (de la sentencia recurrida y de la de contraste) que, como se sabe, se exige con rigor por nuestra jurisprudencia. Pero tal interpretación debe ser rechazada pues conduciría a vaciar de contenido la apertura realizada por el art. 219.2 LRJS cuya evidente finalidad es la de facilitar y potenciar una adecuación de la doctrina jurisdiccional ordinaria a la doctrina constitucional, finalidad que difícilmente se alcanzaría si se exigiera esa igualdad sustancial en hechos, fundamentos y pretensiones entre las sentencias comparadas, la sentencia ordinaria y la sentencia constitucional; y más difícil aún sería si la sentencia que se aporta como contradictoria es una procedente de un órgano jurisdiccional internacional o comunitario. Por

eso la interpretación correcta es la que se desprende de la segunda parte del inciso que hemos subrayado: esa igualdad sustancial debe venir referida a la pretensión de tutela del derecho constitucional de que se trate derecho constitucional invocado y eventualmente vulnerado por la sentencia recurrida es el mismo sobre cuyo alcance establece doctrina diversa la sentencia del TC aportada como contradictoria”.

4.- Atendida tal interpretación, se ha de concluir que entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS. En efecto, en los dos asuntos durante el desarrollo de una huelga los responsables de área o de sección, que no secundaron la huelga, realizaron actos de sustitución interna de los huelguistas. Los actos de sustitución fueron realizados por los responsables de área o sección por propia iniciativa, sin conocimiento o aprobación de la empresa, llegando en los dos supuestos las Salas de suplicación a la conclusión de que la empresa no había ordenado dichos actos de sustitución interna.

Las sentencias comparadas han llegado a resultados contradictorios, en tanto la recurrida entiende que dichos actos de sustitución interna de los trabajadores huelguistas no han vulnerado el derecho de huelga, la sentencia de contraste razona que se ha producido dicha vulneración y, tras decretar la nulidad de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de abril de 2004, recurso 620/2994, declara la firmeza de la sentencia del Juzgado de lo Social número 33 de Madrid, de 10 de octubre de 2003, autos 633/03, en la que se declaró la vulneración del derecho de huelga por parte de la empresa Diario ABC SL y se la condenó a indemnizar a cada uno de los trabajadores en concepto de daño moral con la cantidad de 300 €.

Respecto de la cuestión de si la empresa tiene o no responsabilidad por los actos de sustitución interna de los huelguistas, aun cuando no los alentara o conociera, existen, así, dos doctrinas contrapuestas que es preciso unificar determinando cual es la correcta. Esta es la cuestión que se ha de resolver, sin que, respecto a la misma y a los efectos del recurso de unificación de doctrina, sean relevantes las diferencias que existen entre ambos supuestos, siendo la más señalada las mayores consecuencias que, para la efectividad de la huelga, tuvieron los actos de sustitución interna de los huelguistas en la sentencia de contraste —el diario se editó a pesar de la huelga realizada ese día y tuvo gran visibilidad ya que se hizo referencia a este hecho en numerosos espacios informativos— y en la sentencia recurrida, en la que los actos de sustitución interna tuvieron una muy reducida repercusión sobre la efectividad de la huelga. De todos modos, la STC 33/2011 no deja de señalar que la edición del diario fue “simbólica”, toda vez que el día de la huelga se consiguió una tirada de 29.800 ejemplares, cuando los días comparables la tirada fue de 250.000 ejemplares diarios. Es también irrelevante el tipo de tareas que llevaron a cabo los jefes o responsables de área o sección ya que lo trascendental es que realizaron funciones que no les correspondían, sustituyendo a los trabajadores en huelga, que eran los que debían realizar dichas tareas.

La cuestión a unificar no se refiere a la incidencia que la sustitución interna de los huelguistas haya podido tener en la efectividad de la huelga —de cierta importancia en la sentencia de contraste, de mínima relevancia en la sentencia recurrida— sino a si la empresa es o no responsable de los actos de sustitución interna de los huelguistas realizados por sus responsables de área

o sección, aun cuando no los conociera ni aprobara.

A la vista de tales datos forzoso es concluir que concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS por lo que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el artículo 224 de dicho texto legal, procede entrar a conocer del fondo del asunto.

Tercero.- 1.- El recurrente alega vulneración de los artículos 6.5 del RD 17/1977 de 4 de marzo, en relación con el artículo 28.2 de la Constitución Española, invocando asimismo los artículos 37, 28, 53, 81 y 161 de la Constitución.

En esencia alega que la potestad directiva del empresario regulada en el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores, cuando se utiliza como instrumento para privar de efectividad a la huelga, mediante la colocación de personal cualificado en puestos de trabajo con una calificación mínima, deja inermes a los trabajadores manuales, cuya sustitución es fácil y puede privarles materialmente de un derecho fundamental, vaciando su contenido esencial. Dicha potestad está supeditado al derecho de huelga.

2.- La primera cuestión que nos planteamos es si es posible la sustitución de los huelguistas por trabajadores de la propia empresa, el conocido como “esquirolaje interno”, ya que ni en el RD Ley 17/1977, de 4 de marzo, que regula la huelga —ni en ningún otro precepto— aparece limitación alguna a las facultades empresariales de movilidad funcional.

La STC 123/1992, de 28 de septiembre, seguida de la STC 33/2011, de 28 de marzo, abordó esta cuestión. En la primera de dichas sentencias se examinó el supuesto en que, ante la huelga convocada en la empresa, el empresario cubrió los puestos de los huelguistas con trabajadores de la propia empresa no huelguistas, algunos de ellos directivos, que aceptaron voluntariamente asumir dicho trabajo. Tanto la sentencia de instancia, como la recaída resolviendo el recurso de suplicación, entendieron que la conducta empresarial era lícita porque lo único que prohíbe el RD Ley 17/1977 es la sustitución de trabajadores no vinculados a la empresa y, por tanto, nadie puede prohibir otra cosa, porque lo que la Ley no prohíbe lo permite. La STC contiene el siguiente razonamiento:

“Se trata, en suma, de averiguar si la situación interna arriba descrita, que en apariencia es legal, pudiera haber devenido contraria a la Constitución, por quebrantar el derecho fundamental configurado en su art. 28. La tensión dialéctica se produce así en dos sectores. Por una parte entre una interpretación literal y otra finalista de las normas, que a su vez refleja algo más profundo, la distonía de la libertad de empresa y la protección del trabajador. Una y otra perspectivas están en el umbral de la Constitución, que califica como “social” al Estado de Derecho en ella diseñado y sitúa la libertad en el lugar preeminente de los principios que la conforman”. (FD Nº 1). A continuación (FD Nº 2) el TC afirma que “conviene saber como premisa mayor qué sea la huelga y cual su función social, aspectos ambos que constituyen con otros el sustrato y a la vez la justificación de su consideración como derecho fundamental” y, tras recordar la definición del Real Decreto-ley 17/1977, el TC añade: “Esa paralización parcial o total del proceso productivo se convierte así en un instrumento de presión respecto de la empresa, para equilibrar en situaciones límite las fuerzas en oposición, cuya desigualdad real es notoria. La finalidad última de tal arma que se pone en manos de la clase trabajadora

es el mejoramiento de la defensa de sus intereses./ En este diseño, el Real Decreto-ley mencionado más arriba recoge una vieja interdicción tradicional y repudia la figura del “esquirol”, expresión peyorativa nacida para aludir al obrero que se presta a realizar el trabajo abandonado por un huelguista, según enseña la Real Academia de la Lengua en su diccionario. La interpretación a contrario sensu de esta prohibición parece sugerir que, en cambio, se permite la sustitución interna por personal ya perteneciente a la empresa, conclusión que a su vez es reforzada si el problema se contempla desde la perspectiva de la libertad, uno de cuyos criterios rectores nos dice que lo no prohibido expresamente por la Ley ha de considerarse permitido. Esto es lo que en definitiva han dicho y hecho no solo la Administración. sino también, y sobre todo, el extinguido Tribunal Central de Trabajo en la Sentencia que es objeto de este proceso. Sin olvidar el riesgo que entraña en si misma cualquier argumentación a contrario por su esencial ambigüedad, conviene traer a colación que ha sido rechazada con entera convicción por el Tribunal Supremo en dos Sentencias (23 y 24 de octubre de 1989) a las cuales tendremos ocasión de aludir más adelante...

Estos aspectos de la potestad directiva del empresario están imaginados para situaciones corrientes o excepcionales, incluso como medidas de emergencia, pero siempre en un contexto de normalidad con un desarrollo pacífico de la relación laboral, al margen de cualquier conflicto. Por ello puede afirmarse que están en la fisiología de esa relación jurídica, no en su patología. La existencia de tales normas que, en principio, parecen configurar el reverso del rechazo de la sustitución externa en caso de huelga, ratificando positivamente el resultado de la interpretación a contrario sensu, tampoco ofrecen una solución inequívoca, para cuyo hallazgo se hace necesaria la ponderación de los intereses en pugna a la luz de los principios constitucionales respectivos”.

No admite el TC que se pueda concluir, a partir de una interpretación a contrario sensu del artículo 6.5 del RD Ley 17/1977, que no existe prohibición de esquirolaje externo. Señala a continuación la sentencia que tampoco cabe amparar esa sustitución de los huelguistas en la potestad directiva de movilidad funcional, teniendo en cuenta que se utilizaron trabajadores de otras categorías profesionales.

En el mismo sentido la STC 33/2011, de 28 de mayo establece: “Diremos, en consecuencia, en la línea que acogimos en aquel pronunciamiento constitucional (en un supuesto en el que también se denunciaba la sustitución de los trabajadores en huelga por otros de superior nivel profesional que no la habían secundado), que la “sustitución interna” de huelguistas durante la medida de conflicto constituye un ejercicio abusivo del *ius variandi* empresarial, derecho que, con los límites legalmente previstos, corresponde al empresario en otras situaciones. Pero en un contexto de huelga legítima el referido *ius variandi* no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones; ya que, en tal caso, quedaría anulada o aménorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo”.

3.- Sentada la premisa anterior nos planteamos si es responsable el empresario cuando la sustitución interna de los trabajadores huelguistas se realiza por los jefes de equipo, responsables de área o mandos, sin conocimiento ni consentimiento de la empresa.

La cuestión ha sido resuelta por la sentencia de esta Sala, deliberada el mismo día, recurso número 4975/2018, así como por las sentencias dictadas en los recursos 4969/2018, 4972/2018, 4976/2018, 4978/2018, 4981/2018, 4984/2018 y 4985/2018. La sentencia citada en primer lugar contiene el siguiente razonamiento:

“En relación con el argumento utilizado por la sentencia de suplicación recurrida en amparo para negar la lesión del derecho de huelga, referido a la supuesta desvinculación de la empresa respecto a la decisión de editar el periódico, decisión que habría tenido su origen en la iniciativa de los jefes de sección, SUPUESTAMENTE al margen de la empresa, la STC 33/2011 llega a la conclusión de que esa pretendida “no responsabilidad” de la empresa “no es compatible con la dinámica real del ejercicio del derecho fundamental del art. 28.2 CE.”

Y no es compatible con el derecho de huelga “en primer lugar, porque descontextualiza el derecho de huelga del marco propio de las relaciones laborales en las que tiene lugar su práctica, y, además, porque elude la realidad de los efectos ordinarios del ejercicio de tal derecho, que afectan directamente al empresario como parte contratante del trabajo”, recordando, en este sentido, que el contrato mismo queda en suspenso durante la huelga [artículo 45.1 l) ET, y artículo 6 RDLRT].

La STC 33/2011 prosigue su razonamiento en los siguientes términos:

“El empresario, titular de la organización productiva y del poder de dirección (que por supuesto ejerce también sobre directivos y mandos intermedios), es, además, como contratante de la prestación, quien ostenta la autoridad jerárquica en la empresa. Que el ejercicio del poder directivo se delegue a menudo, en particular cuando la organización empresarial crece en complejidad, y que esa delegación genere una suerte de mando indirecto, no implica una sustitución de la titularidad de la organización, ni determina, como es obvio, una transferencia de la responsabilidad del titular de la misma a los titulares de la gestión organizativa. No se puede desligar la responsabilidad del titular de la organización de las decisiones que adoptan los mandos intermedios, pues ello supondría, en casos como el que se enjuicia, favorecer prácticas que pueden limitar la eficacia de los derechos fundamentales. En definitiva, de poco servirían las prohibiciones, garantías y tutelas establecidas en la Constitución y en legislación laboral en relación con las actuaciones empresariales lesivas del derecho de huelga, si se admitiera que estas no alcanzan al empresario cuando la restricción del derecho nace de sus mandos directivos. El entendimiento sostenido por la resolución recurrida desenfoca, pues, la realidad del conflicto laboral, sus protagonistas y sus efectos, pues no son los mandos intermedios los sujetos comprometidos en el conflicto sino quienes son parte en la contratación laboral.

Por otro lado, la responsabilidad empresarial, en relación con el ejercicio de derechos fundamentales de los trabajadores no se limita a las consecuencias de la propia conducta, sino que puede abarcar las derivadas de actuaciones de terceros que de él dependan. Como es sabido, este Tribunal ha declarado que los derechos fundamentales de una persona trabajadora pueden ser igualmente vulnerados por quien no sea su empresario en la relación laboral, en tanto intervenga o interactúe con él “en conexión directa con la relación laboral” (STC 250/2007, de 17 de diciembre, FJ 5). El empresario no puede considerarse ajeno a las

vulneraciones del derecho de huelga que provengan de actuaciones de sus mandos o directivos en el marco de las actividades de su empresa, por lo que debe atribuirse al titular de la empresa la responsabilidad por las actuaciones antihuelga realizadas en dicho marco.”

3. La doctrina correcta es, obviamente, la establecida por la STC 33/2011, de 28 de marzo.

Debe recordarse, en este sentido, que el TS es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, “salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales” (artículo 123.1 CE), que el TC es el “intérprete supremo” de la CE (artículo 1.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) y, en fin, que “la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos” (artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Para la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Navarra recurrida en casación para la unificación de doctrina, la empresa no puede ser responsable de los actos de sustitución de los huelguistas adoptados por los responsables de sección “por iniciativa propia, sin que en ningún caso recibieran indicaciones, orientaciones o instrucción alguna por parte de la empresa”. Pero, para la STC 33/2011, esta pretendida “no responsabilidad” de la empresa “respecto de una actuación de sus mandos intermedios no es compatible con la dinámica real del ejercicio del derecho fundamental del art. 28.2 CE”.

Por el contrario, razona la STC 33/2011, “no se puede desligar la responsabilidad del titular de la organización de las decisiones que adoptan los mandos intermedios”, sin que pueda admitirse el entendimiento de que las prohibiciones, garantías y tutelas establecidas en la CE y en la legislación laboral en relación con las actuaciones empresariales lesivas del derecho de huelga, “no alcanzan al empresario cuando la restricción del derecho nace de sus mandos directivos”. También ya la citada STS 153/2021, 3 de febrero de 2021 (rec. 36/2019), advierte, respecto de actos de sustitución de los huelguistas, que la empresa es responsable de los medios sometidos a su dirección y control. Concluye la STC 33/2011 declarando que “el empresario no puede considerarse ajeno a las vulneraciones del derecho de huelga que provengan de actuaciones de sus mandos o directivos en el marco de las actividades de su empresa, por lo que debe atribuirse al titular de la empresa la responsabilidad por las actuaciones antihuelga realizadas en dicho marco”, advirtiendo que “la omisión de toda reacción o prevención que impidiera que el acto de sustitución llegara a producirse” vulnera el artículo 28.2 CE. Sobre esta exigible prevención que ha de llevar a cabo la empresa para impedir los actos de sustitución de los huelguistas, la sentencia recurrida en casación para unificación de doctrina afirma que “en otras ocasiones” los responsables de área ya habían “desarrollado” esos actos de sustitución, de donde cabe extraer la conclusión de que la empresa falló en adoptar medidas de prevención para que ello no volviera a suceder, como por el contrario ocurrió de nuevo en el presente supuesto.

En otro pasaje, la STC 33/2011 afirma que la sustitución de los huelguistas, sea de forma intencional o sea de forma “obje-

tiva”, produce una minoración de la presión asociada al ejercicio del derecho de huelga, mientras que la sentencia recurrida en casación unificadora parece descartar que pueda existir “una responsabilidad objetiva”. También parece algo contradictorio que la sentencia recurrida considere que los responsables de área actuaron por propia iniciativa y que afirme, a la vez, que no hay prueba de “puedan actuar al margen de los criterios establecidos por la empresa”. Y, en fin, ya se ha dicho que, desde la perspectiva de lo que requiere unificación doctrinal (si la empresa es responsable de los actos de sustitución de los huelguistas, aun cuando sean adoptados por los propios mandos intermedios incluso sin conocimiento o aprobación empresarial), no es relevante la escasa repercusión que los actos de sustitución de los huelguistas tuvieron en el presente supuesto. También la STS 153/2021, 3 de febrero de 2021 (rec. 36/2019), señala que, aunque sean meras reducidas o incluso insignificantes de la efectividad de la huelga, el caso es que se trata de actos de sustitución de los huelguistas”.

Cuarto.- 1.- En fecha 25 de junio de 2020 se dictó auto acordando admitir los documentos presentados por la parte recurrida, por la vía del artículo 233 de la Ley reguladora de la jurisdicción social, consistentes en la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de Pamplona, el 27 de marzo de 2019, autos 448/2018, y la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Navarra, el 5 de septiembre de 2019, recurso 255/2019.

2.- En su escrito de complemento del escrito de impugnación del recurso de casación para la unificación de doctrina, la parte recurrida alega que considera innecesario completar el escrito de impugnación del recurso porque en el citado escrito de impugnación, y en el de aportación de documentos, ya se razonaba que en las sentencias aportadas se revocaba la Orden Foral sancionadora, declarando la inexistencia de las infracciones normativas que fundamentan la demanda y, por lo tanto, que no se había producido lesión del derecho de huelga.

A la vista de las alegaciones de la recurrida y, dado que la Sala ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la existencia de cosa juzgada en sentido positivo, rechazamos la concurrencia de la misma reproduciendo, al efecto, los razonamientos de nuestra sentencia de 5 de mayo de 2021, recurso de casación para la unificación de doctrina 4984/2018.

“En su escrito de complemento del escrito de impugnación del recurso de casación para la unificación de doctrina, la parte recurrida alega que existe cosa juzgada en sentido positivo, toda vez que la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Pamplona, de 27 de marzo de 2019, autos 448/2018, que ya es firme, declara probado que la empresa no tuvo participación en los actos de sustitución interna de los huelguistas, por lo que no incurrió en infracción alguna. Asimismo, alega que los hechos y fundamentos de la demanda se sustentan en el acta de infracción levantada por la Inspección de Trabajo, que fue finalmente revocada y dejada sin efecto por la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Pamplona, el 27 de marzo de 2019, autos 448/2018, y la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Navarra, el 5 de septiembre de 2019, sentencia 260/2019, que declaró la firmeza de la anterior.

En cuanto a que en la sentencia del Juzgado de lo Social Nº 4, de Pamplona, autos 448/2018, se declara probado que la empresa no tuvo participación en los actos de sustitución interna de los huelguistas, es

irrelevante para la resolución del presente recurso ya que la sentencia recurrida parte de tal dato para la resolución del recurso —hecho probado quinto de la sentencia de instancia— y asimismo tal dato ha sido considerado en este recurso de casación para la unificación de doctrina.

Respecto a que los hechos y fundamentos de la demanda se sustentan en el acta de infracción levantada por la Inspección de Trabajo, hay que señalar que el recurso se interpone contra la sentencia y no contra los hechos y fundamentos de la demanda.

Finalmente, que la sentencia del Juzgado de lo Social Nº 4, de Pamplona, autos 448/2018, revoque la sanción administrativa impuesta por considerar que la empresa no incurrió en infracción alguna no determina el signo de esta sentencia. En efecto, “la ausencia de una infracción administrativa no es bastante como para decidir la suerte del presente procedimiento, forzosamente resuelto sobre otras bases y a partir de unos hechos probados, digámoslo también, que no son opuestos a los considerados por la sentencia del Juzgado lo que conjura el riesgo de que distintas sentencias afirmen a la vez la concurrencia y la ausencia de unos mismos hechos.”; ATS de 29 de mayo de 2020, rcud 4982/2018.

Pero, además en el procedimiento seguido ante el Juzgado de lo Social número 4 de Pamplona se impugnaba una infracción administrativa apreciada por la Inspección de Trabajo y en el presente supuesto lo que reclama el trabajador es una indemnización de daños y perjuicios por lesión del derecho de huelga, habiéndose razonado que la STC 33/2011, de 28 de marzo, rechaza de forma expresa que el desconocimiento o la no aprobación empresarial de los actos de sustitución de los huelguistas adoptados por los mandos intermedios pueda exonerar a la empresa de responsabilidad por dichos actos.

El asunto es diferente al examinado por la sentencia de esta Sala de 25 de abril de 2018, recurso 711/2016, en la que se resolvía sobre un recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad en un accidente de trabajo, en el que asimismo se daba la circunstancia de que en el proceso de impugnación de la sanción administrativa recayó sentencia con posterioridad a las dictadas en el litigio de recargo, tanto en instancia como en suplicación. Sin embargo, en el fundamento de derecho quinto de la sentencia anulatoria de la sanción se afirma con valor fáctico que “la empresa informó a sus trabajadores, incluido el accidentado, de que las tareas de desencofrado debían efectuarse desde la plataforma elevadora y no desde una escalera manual, y así figura en el Plan y en el Estudio de Seguridad y Salud, y por ese motivo había una plataforma elevadora en la zona donde se produjo el accidente”, y en los fundamentos de derecho cuarto y quinto indica con ese mismo valor que el trabajador lesionado reconoció en el acto de juicio que la empresa le informó de la necesidad de emplear la plataforma elevadora para realizar las labores de desencofrado y que fue él quien decidió no utilizarla por la escasa entidad de la tarea y para acabar antes, así como que cometió una imprudencia al sacar un pie de la escalera para trabajar con mayor comodidad, siendo esa la causa de que desequilibrara la escalera. Tales hechos no figuran en las sentencias que han resuelto sobre el recargo de prestaciones, resolviendo la Sala Cuarta que han de ser tomados en cuenta para resolver el recurso de casación para la unificación de doctrina”.

Hay que poner de relieve que en el asunto ahora examinado los hechos de

los que parte la Sala son los mismos que aparecen en la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de Pamplona, autos 448/2018, a saber, que la empresa no tuvo participación en los actos de sustitución interna de los huelguistas, por lo que dicha sentencia no tiene incidencia alguna en la resolución del presente recurso.

Quinto.- De acuerdo con lo razonado y oído el Ministerio Fiscal, procede estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Ignacio Imaz García, en representación de D. Baldomero, frente a la sentencia dictada el 17 de octubre de 2018 por la

Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el recurso de suplicación número 294/2018, interpuesto por el ahora recurrente frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de Pamplona/Iruña el 26 de junio, de 2018, autos número 186/2018. Casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar el recurso de tal clase interpuesto por el trabajador, revocar la sentencia del juzgado de lo Social y estimar la demanda.

No procede la condena en costas, en virtud de lo establecido en el artículo 235.1 LRJS.

Fallo

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Ignacio Imaz García, en representación de D. Baldomero, frente a la sentencia dictada el 17 de octubre de 2018 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el recurso de suplicación número 294/2018, interpuesto por el ahora recurrente frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de Pamplona/ Iruña el 26 de junio, de 2018, autos número 186/2018, seguidos a instancia de D. Baldomero contra

BSH Electrodomésticos España SA y Ministerio Fiscal, sobre tutela de derechos fundamentales. Casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar el recurso de tal clase interpuesto por el Letrado D. Ignacio Imaz García, en representación de D. Baldomero revocar la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Pamplona, de 26 de junio de 2018, autos 184/2018, y estimar la demanda. No procede la imposición de costas. Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa. Así se acuerda y firma. — *María Luisa Segoviano Astaburua-ga.* — *Antonio V. Sempere Navarro.* — *Sebastián Moralo Gallego.* — *Concepción Rosario Ureste García.* — *Ricardo Bodas Martín.*