

# La controvertida aplicación del régimen sancionador sobre el denominado esquirolaje organizativo o comercial

## The controversial application of the sanctioning regime on the so-called organizational or commercial scab

Francisco Agustín Rodrigo Sanbartolomé

*Profesor ayudante doctor*

*Universitat de València*

ORCID ID: 0000-0001-6936-9525

Recibido: 13/6/2024

Aceptado: 9/9/2024

doi: 10.20318/labos.2024.9121

*Resumen:* Pese a que la labor del legislador y la aplicación de las normas sancionadoras por parte de la Administración pública está limitada constitucionalmente, en favor de la seguridad jurídica de los ciudadanos (art. 9.3 CE), por los principios jurídicos de legalidad y tipicidad (art. 25.1 CE), en la actualidad, es posible encontrar distintos ejemplos de supuestos de hecho en los que por la Administración se sancionan (y por el poder judicial se confirman) actuaciones empresariales consistentes en el recurso a la subcontratación de las tareas afectadas por la huelga. Con independencia de que exista jurisprudencia favorable al reconocimiento, para ciertos aspectos o manifestaciones, del denominado esquirolaje organizativo o comercial, lo cierto es que estas conductas no se contemplan expresamente en la literalidad del precepto sancionador aplicable al esquirolaje (art. 8.10 LISOS) generándose, por tanto, fundadas dudas sobre la admisibilidad jurídica de las aquellas sanciones.

Con base en este planteamiento, en el presente trabajo se parte del análisis conceptual de los distintos tipos de esquirolaje y de la exégesis jurídica de los preceptos sancionadores que les son aplicables y, tras un detenido estudio de los principales principios que delimitan la actividad sancionadora de la Administración Pública y el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, se finaliza con una revisión crítica de las sentencias más significativas que inciden sobre estas cuestiones.

*Palabras clave:* Sanciones por sustitución huelguistas, contrata y huelga, infracciones administrativas huelga.

*Abstract:* Although the work of the legislator and the application of sanctioning norms by the Public Administrations is constitutionally limited, in favor of the legal security of citizens (art. 9.3 CE), by the principles of legality and typicality (art. 25.1 CE), currently, it is possible to find different examples of cases in

---

\*francisco.rodrido@uv.es

which the Administration sanctions (and the judges confirms) actions in order to subcontracting the tasks affected by the strike. Regardless of whether there is jurisprudence favorable to the recognition, for certain aspects or manifestations, of the so-called organizational or commercial scab, the truth is that these behaviors are not expressly contemplated in the literal wording of the sanctioning provision applicable to scab (art. 8.10 LISOS) generating, therefore, well-founded doubts about the legal admissibility of those sanctions.

Based on this approach, this work begins with the conceptual analysis of the different types of scabs and the sanctioning precepts that are applicable to them and, after a careful study of the main principles that delimit the sanctioning activity of Public Administration, ends with a critical review of the most significant judicial decisions.

*Keywords:*

Sanctions, substitution of strikers, contracts and strike, administrative infractions strike.

## 1. Planteamiento general y principales cuestiones problemáticas

Como ha sido reiteradamente reprochado por la doctrina<sup>1</sup>, la regulación del derecho fundamental de huelga en nuestro país, transcurridos más de 45 años desde la aprobación de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 (CE), sigue en manos de una norma preconstitucional (el Real Decreto Ley de Relaciones de Trabajo 17/1977, de 4 marzo: RDLRT), sin el debido rango de Ley Orgánica, si bien depurado en cuanto a su constitucionalidad, en un ejercicio interpretativo y didáctico ejemplar, por la STC 11/1981, de 8 de abril. Pero, no sólo la ausencia de una regulación legal adaptada a la realidad moderna de la sociedad, de la economía y de las relaciones laborales actuales que, de paso, cumpla con los requisitos formales que, a nivel constitucional, derivan de los arts. 81 y 53 CE, plantea problemas aplicativos sobre las materias relacionadas con el ejercicio del derecho de huelga. Así, en el caso de las cuestiones que serán objeto de este estudio, con relación a la aplicabilidad del régimen sancionador de la LISOS (Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto) sobre supuestas modalidades de esquirolaje que escapan a su noción tradicional, también la existencia de cierta contradicción interna entre las normas que inciden sobre esta materia, habida cuenta de la importancia en sede sancionadora del principio de seguridad jurídica, introduce problemas interpretativos que requieren de criterios jurídicos claros y definidos como los que en este trabajo se tratarán de proporcionar.

Así, de entrada, atendiendo a la literalidad de los preceptos en liza, el hecho de que el art. 6.5 del RDLRT se refiera exclusivamente como modalidad de esquirolaje

---

<sup>1</sup> Con relación al tema de las relaciones entre huelga y contratos conectado con la materia objeto de este estudio, la doctrina más especializada en esta materia expresa elocuentemente en tal sentido que “la regulación española del derecho de huelga no responde a las necesidades de las relaciones laborales del siglo XXI” (Grau Pineda, 2022, Título).

prohibida a la sustitución de los huelguistas por trabajadores no vinculados a la empresa en el momento de iniciarse la huelga (esquirolaje externo), aun cuando la jurisprudencia haya ampliado –o, más bien, *estirado*– este mandato para dar cabida también a supuestos de esquirolaje interno, no casa bien con que en el art. 8.10 de la LISOS, se tipifiquen directamente, como susceptibles de sanción administrativa, tanto supuestos de hecho de esquirolaje externo como interno (si bien circunscritos a sustituciones de los huelguistas por trabajadores de otros centros de trabajo). La situación regulatoria resultante plantea así, *prima facie*, algunos interrogantes: ¿Cómo es posible que el legislador prohíba, en primera instancia, una conducta más concreta y, ello no obstante, a continuación, a efectos sancionadores, se penalicen conductas más amplias que las prohibidas previamente? ¿Hay que entenderlo como una recepción legal tácita de la jurisprudencia sobre esquirolaje interno? Y, si así fuera, ¿por qué no se sancionan entonces otros supuestos de esquirolaje interno (intra-centro de trabajo) que también la jurisprudencia ha considerado lesivos del derecho de huelga?

Lo cierto es que la redacción actual del art. 8.10 de la LISOS se contenía ya en el texto del mismo artículo de la homónima Ley 8/1988, de 7 abril que es muy anterior en el tiempo a las principales sentencias sobre esquirolaje interno del TS (SSTS de 6 de junio de 2014, Recs. 191/2013, de 18 de marzo de 2016 y de 20 de julio de 2016, Recs. 78/2015 y 22/2016, de 8 de mayo de 1995, Rec. 1319/1994; de 11 de febrero de 2015, Rec. 95/2014 y de 30 de abril de 2014, Rec. 213/2013) y también del TC (SSTC 123/1992, de 28 de septiembre y 33/2011, de 28 de marzo).

¿Hay que entender pues que, por virtud del principio de sucesión u orden normativo la posterior LISOS modificó –ampliándolo–, tácita e indirectamente (al ocuparse de regular el aspecto sancionador), el mandato del art. 6.5 del RDLRT? A este respecto, no pueden obviarse las dificultades que se derivan del principio de especialidad, por cuanto tal modificación tácita de la prohibición general del esquirolaje del RDLRT se vislumbra complicada a la vista del específico objeto (sancionador) de la LISOS.

En cualquier caso, lo cierto es que existe un gran consenso jurídico generalizado sobre la inadmisibilidad de las sustituciones internas durante la huelga, pero sigue sin quedar claro por qué, con cierta falta de coherencia y cohesión interna del ordenamiento jurídico sobre este aspecto, no se sancionan expresamente, entonces, en el art. 8.10 LISOS los supuestos de esquirolaje intra-centro de trabajo.

Si, pese a no venir previstas expresamente en el tipo legal sancionador, de hecho, estas otras conductas de esquirolaje interno se sancionan, todavía resulta más inexplicable –con mayor razón si cabe a la vista de la confluencia de los principios de tipicidad y culpabilidad/responsabilidad que serán objeto de estudio específico en este trabajo– el fundamento jurídico de las sanciones y de sus sentencias confirmatorias sobre supuestos de hecho del denominado esquirolaje organizativo o comercial, sobre los que –ni lejanamente– se atisba rastro alguno en la literalidad del precepto sancionador contenido en el art. 8.10 LISOS.

Este último planteamiento constituirá la base principal sobre la que articularé la investigación y el desarrollo del presente análisis, sin perjuicio de la necesidad de aten-

der y referirme, cuando proceda, a otras cuestiones conexas –como algunas de las ya avanzadas– de indudable interés jurídico. Para ello, partiré del análisis conceptual de los elementos pertinentes dentro del esquirolaje y de la exégesis jurídica de los preceptos que lo regulan, pasando por una referencia necesaria a los principales principios que delimitan la actividad sancionadora de la Administración Pública y el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, para finalizar con un juicio crítico de las sentencias más significativas que inciden sobre estas cuestiones. Todo ello con el objetivo de arrojar criterios jurídicos precisos (y constitucionales) que permitan ofrecer un marco ordenado y coherente, *de lege ferenda*, para un tratamiento normativo más adecuado de estas materias, con miras en la redacción de una eventual Ley Orgánica de Huelga que, por fin, el legislador tuviera a bien abordar en el futuro.

## 2. Marco normativo aplicable

### 2.1. Regulación legal vigente

El 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, en su artículo 8.10 tipifica como infracciones muy graves: “Los actos del empresario lesivos del derecho de huelga de los trabajadores consistentes en la sustitución de los trabajadores en huelga por otros no vinculados al centro de trabajo al tiempo de su ejercicio, salvo en los casos justificados por el ordenamiento”.

Por su parte, el art. 19.3.a) de la misma norma considera, en el ámbito de los contratos de puesta a disposición celebrados con empresas de trabajo temporal (ETT), constitutivos de infracciones muy graves de las empresas usuarias: “Los actos del empresario lesivos del derecho de huelga, consistentes en la sustitución de trabajadores en huelga por otros puestos a su disposición por una empresa de trabajo temporal”<sup>2</sup>.

Si bien las ETT no quedan directamente sujetas a responsabilidad administrativa como consecuencia de hechos constitutivos de esquirolaje, pues –como vemos– la LI-SOS sólo se refiere expresamente a las empresas usuarias, tradicionalmente la doctrina ha considerado subsumible el supuesto en art. 18.2 (infracciones graves de las ETT), cuyo apartado c) se refiere genéricamente a “formalizar contratos de puesta a disposición para supuestos distintos de los previstos en el artículo 6.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal” (Grau Pineda, 2021, p. 83). A mi juicio, esta expansión del alcance del precepto citado no tiene cabida porque, tratándose

---

<sup>2</sup> La doctrina (Göerlich Peset, 2018, pp.10 y 16; Ramírez Martínez, 2014, pp. 3-4) se ha ocupado no sólo de la prohibición de sustitución de los trabajadores de la empresa usuaria en huelga mediante contratos de puesta a disposición, sino que la ha entendido también aplicable a la sustitución de los propios trabajadores cedidos por la ETT que ejerciten el derecho de huelga en solidaridad con los de la usuaria. En el caso de que los trabajadores cedidos por la ETT ejerciten el derecho de huelga por reivindicaciones propias frente a esta y no frente a la empresa usuaria, se admite que esta última pueda recurrir a otras ETT.

de una conducta atentatoria de un derecho fundamental, como es el de huelga, debería ser tipificada como infracción muy grave como ocurre en los casos de los preceptos antes comentados referidos a la empresa usuaria. Asimismo, por virtud de los principios de tipicidad y prohibición de extensión analógica (art. 27.4 de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público) –a los que me referiré específicamente más adelante–, este tipo de subsunciones extensivas no son admisibles respecto de supuestos de hecho que son objeto de normas sancionadoras. Por último, tampoco cabe tal ampliación porque en el art. 18.2.c) LISOS parece que la intención del legislador es responsabilizar a la ETT de verificar, en el momento de su formalización, que el contrato de puesta a disposición se ajusta a una de las modalidades de contratación temporal permitidas en el art. 6 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las ETT, pero no parece plausible que pueda exigirse que la diligencia debida de la ETT alcance hasta el punto de vigilar la no utilización por la empresa usuaria de los trabajadores, una vez cedidos, para finalidades prohibidas por el art. 8 de la misma norma.

Por último, en el ámbito penal, el art. 315 del Código Penal (CP), desde antiguo, ha tipificado como delito la conducta de los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impidieren o limitaren el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga, con previsión de un tipo penal cualificado, con penas superiores, cuando las conductas reseñadas se llevaran a cabo con coacciones.

## *2.2. Los principios constitucionales limitadores de la actividad administrativa sancionadora*

Como es bien sabido, del art. 25.1 CE se derivan simultáneamente tres principios limitadores de la actividad administrativa sancionadora: legalidad, tipicidad e irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 CE), los cuales confluyen con otros inspirados también en el orden penal: culpabilidad, proporcionalidad y *non bis in idem* (Pons Carmena, 2022, pp. 132-133).

El principio de legalidad exige que la relación de las infracciones y sanciones, incluidos los criterios para su graduación, y la determinación de quiénes y conforme a qué procedimientos pueden sancionar, se contenga en normas con rango de Ley. De este modo, conforme al principio de legalidad reconocido en el art. 9.3 CE, el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora ha de ajustarse a lo establecido en una norma legal (SSTC 77/1983 y 25/1984). En aras a la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), se requiere que sea previsible, con suficiente grado de certeza, la consecuencia punitiva derivada del incumplimiento de una norma (STS de 25 de mayo de 1997, Rec. 10413/1991), lo cual se obtiene, entre otras garantías que implica la reserva de Ley, a través del principio de publicidad de las normas que aquella lleva aparejado y de la concreción en la identificación de las conductas constitutivas de infracción y en la determinación de sanciones aplicables que el principio de tipicidad impone.

Así, el principio de tipicidad implica que se definan (“otorgando en su descripción la suficiente certeza sobre el ámbito del ilícito sancionable y sobre la sanción imponible”:

STS de 6 de junio de 1997, Rec. 9318/1990) las acciones u omisiones constitutivas de infracción, así como las sanciones que corresponden a cada una de ellas, sin que sea posible en este caso la aplicación analógica de las normas (Vid. arts. 25 y 27 de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público).

Asimismo, adquiere gran relevancia, a estos efectos, el denominado principio de culpabilidad (o responsabilidad en terminología del art. 28 de la Ley 40/2015). Este principio actúa de manera muy diferente en el ámbito penal y en el sancionador administrativo, pues para el primero son delitos o faltas, las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley, de forma tal que no hay pena sin dolo o culpa, puesto que la culpabilidad se integra en la misma configuración del delito o falta en virtud del conocido aforismo *nulla poena sine culpa*. Como es sabido, la culpabilidad puede entenderse en forma dolosa: conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito o en forma culposa: como imprudencia o negligencia (Pons Carmena, 2022, pp. 136-137).

Por el contrario, en materia de infracciones administrativas laborales, la culpabilidad se interpreta de manera flexible en su vertiente subjetiva. Pese a que el TC (SSTC 55/1982 y 76/1990) ha entendido que la conducta culpable debe concurrir en el sujeto infractor, lo cierto es que la culpabilidad a estos efectos –especialmente, en materia de prevención de riesgos laborales– prácticamente se objetiviza y los elementos volitivos y cognoscitivos se entienden, implícitamente, incluidos en la conducta típica (STS 23 de enero de 1998, Rec. 5397/1992 y 26 de enero de 2002, Rec. 6087/1996).

Pero, el aspecto de este principio que más interesa a este estudio es el relativo a que, desde el punto de vista subjetivo, la imposición de sanciones administrativas exige el respeto al principio de imputabilidad y de personalidad de la pena o sanción que se traduce en que *nadie puede ser responder por infracciones ajenas*.

Adicionalmente, un nuevo problema se deriva de la admisión de las personas jurídicas o de las comunidades de bienes como sujetos responsables de las infracciones administrativas, pues plantean la difícil cuestión de la imputación subjetiva o intencional, al no coincidir el sujeto autor material del ilícito con el responsable legal. Conforme a la doctrina del TC, el principio de personalidad de la sanción no impide que el Derecho administrativo sancionador admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas, sin que ello implique, al tiempo, la supresión del elemento subjetivo de culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas (Rodríguez Escanciano, 2009, p. 211).

Finalmente, –como veremos en su momento– la existencia de organizaciones empresariales reticulares, grupos de empresas y, en general, la presencia de vinculaciones especiales entre determinadas empresas implicadas en fórmulas descentralizadas de desarrollo de la actividad empresarial, plantean dificultades en cuanto a la comunicabilidad/imputabilidad de las conductas infractoras, salvo en los supuestos de grupos de empresas en que, por aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre esta materia, pueda considerarse la existencia de un *grupo laboral* o empleador único en el sentido del art. 1.1. del Estatuto de los Trabajadores (ET).

### 3. La infracción administrativa tipificada en el art. 8.10 LISOS

#### 3.1. Variantes de esquirolaje subsumibles en el supuesto de hecho tipificado (no extensible analógicamente)

Como punto de partida, cabe afirmar que en la medida en que el art. 8.10 LISOS se refiere literalmente a la sustitución de los trabajadores en huelga por otros no vinculados al centro de trabajo al tiempo de su ejercicio, resulta claro que es sancionable administrativamente la sustitución de trabajadores no vinculados a la empresa al tiempo de convocarse la huelga (art. 6.5 RDLRT), en cuanto resulta evidente que estos trabajadores no estando vinculados a la empresa, tampoco podrían estarlo, obviamente, a ninguno de sus centros de trabajo.

Del mismo modo, parece evidente que legalmente también se autoriza por este precepto la imposición de sanciones sobre los supuestos conocidos como esquirolaje interno en los que los trabajadores huelguistas son sustituidos durante la huelga por otros que, aunque vinculados a la empresa, estaban adscritos a centros de trabajo distintos al tiempo de convocarse aquella. Si bien este supuesto de sustitución de trabajadores huelguistas no está prohibido expresamente por el art. 6.5 del RDLRT, lo cierto es que la jurisprudencia (SSTS de 18 de marzo de 2016 y de 20 de julio de 2016, Recs. 78/2015 y 22/2016) ha entendido que subyace en ellos la misma *ratio legis* que fundamenta la prohibición en tal norma y, con aplicación de cierto criterio analógico, ha extendido su aplicación a estos otros supuestos. No tratándose en este caso de una norma sancionadora (art. 6.5 RDLRT) y a la vista de que la norma sancionadora aplicable (8.10 LISOS) sí que prevé este supuesto expresamente, la *analogía legis* comentada no merece ningún reproche jurídico, sin perjuicio de la procedencia de cierta crítica –ya comentada más arriba– en cuanto a la incoherencia entre estas normas que evidencia la falta de cohesión interna del ordenamiento jurídico en este aspecto.

Sin embargo, no ocurre lo mismo con otros supuestos que han sido considerados también por la jurisprudencia como esquirolaje interno por interpretación analógica del art. 6.5 RDLRT, pero a los que no se refiere expresamente la norma sancionadora. Se trataría de casos en los que la sustitución del trabajador huelguista se efectúa por otros trabajadores del mismo centro de trabajo, de distinta categoría profesional (SSTS de 8 de mayo de 1995, Rec. 1319/1994; de 11 de febrero de 2015, Rec. 95/2014) e, incluso, de la misma categoría profesional y funciones, pero de distinto turno y programas (STS de 30 de abril de 2014, Rec. 213/2013).

A mi modo de ver, sin perjuicio de que la jurisprudencia precitada pueda tener virtualidad a otros efectos (v. gr.: indemnizaciones por lesión del derecho de huelga), con la redacción vigente del art. 8.10 LISOS, estos supuestos en que los trabajadores sustitutos están vinculados al mismo centro de trabajo que los huelguistas no pueden ser sancionables con fundamento en el mismo, dado que escapan claramente de la literalidad del precepto sancionador (“sustitución de los trabajadores en huelga por otros no

vinculados al centro de trabajo”) y, por virtud del art. 27.4 de la Ley 40/2015, su contenido no es susceptible de extensión analógica.

Con relación a los supuestos del denominado esquirolaje tecnológico se pueden apuntar impedimentos similares derivados de la literalidad de la norma sancionadora, puesto que en ella no se contempla como infracción administrativa el esquirolaje por medios técnicos o digitales, sino únicamente la sustitución de los trabajadores en huelga por otros (trabajadores) no vinculados a su mismo centro de trabajo.

Pero, adicionalmente, es posible aportar razones que permiten dudar de la admisibilidad misma de la categoría del llamado esquirolaje tecnológico<sup>3</sup>.

### *3.2. Aplicabilidad a los distintos supuestos relacionados con la subcontratación durante la huelga*

De cualquier modo, el objeto principal de este estudio tiene por fin dilucidar la aplicabilidad del precepto sancionador analizado (art. 8.10 LISOS) a los supuestos en que la actividad afectada por la huelga se encarga, durante la misma, a terceras empresas mediante la formalización de contrata o subcontratas.

Excepción hecha de que la contratación mercantil en cuestión se efectúe por medio de ETTs para la obtención de mano de obra sustituyente, que –como se anticipó al principio de este trabajo– es un supuesto que viene expresamente contemplado como infracción administrativa muy grave de la empresa usuaria en el art. 19.3.a) LISOS, la posibilidad de sanción de las demás variantes de contratación mercantil durante la huelga presenta serias dificultades, a la vez que complejas e interesantes cuestiones jurídicas controvertidas, por cuanto además del problema de la falta de tipificación expresa de estas conductas, intervienen otras circunstancias que complican la resolución jurídica del asunto. Así, v. gr., el concurso en el ámbito de la libertad de contratación mercantil empresarial (extraña al ámbito laboral/mano de obra propio de la huelga) de otro derecho constitucional (libertad de empresa: art. 38 CE) o, por ejemplo, la posibilidad de que la empresa que encargue a terceros contratistas la actividad empresarial afectada por la huelga no sea la empresa que la sufre directamente, sino un eventual empresario

---

<sup>3</sup> La jurisprudencia del TS desde sus primeros pronunciamientos rechazó la idea del esquirolaje tecnológico. Así, (salvando la excepción de la STS de 16 de marzo de 1998, Rec. 1884/1997) cabe citar las SSTS de 27 de septiembre de 1999 (Rec. 1825/1998), 4 de julio de 2000 (Rec. 75/2000), 9 de diciembre de 2003 (Rec. 41/2003), 15 de abril de 2005 (Rec. 133/2004) y 9 de diciembre de 2003 (Rec. 41/2003). La irrupción posterior de un grupo de sentencias del TC (183/2006, 184/2006, 191/2006 y 193/2006, de 19 de junio) –cuyo contenido incide tangencialmente en esta materia– parece que influyó decisivamente para un cambio de criterio. Si bien el primer pronunciamiento posterior del TS (STS de 11 de junio de 2012, Rec. 110/2011) todavía se ajustaba al criterio precedente, contenía un voto particular que sirvió de referencia para una nueva perspectiva sobre esta cuestión en la siguiente STS de 5 de diciembre de 2012 (Rec. 265/2011). Finalmente, la STC 17/2017, de 2 de febrero, constituye un hito fundamental en este debate sobre el esquirolaje tecnológico, por tratarse del único pronunciamiento con que contamos hasta la fecha en que el TC aborda frontalmente esta cuestión, En ella se consideró que no concurría esquirolaje tecnológico por la utilización de medios técnicos preexistentes, aunque de uso no habitual.

comitente o principal (con las dificultades de imputabilidad de la conducta que derivan del principio de culpabilidad o responsabilidad arriba estudiado).

De estas y otras cuestiones me ocuparé en lo que sigue, distinguiendo entre los diferentes supuestos fácticos que la realidad empresarial y laboral actual plantea:

### 3.2.1. La empresa en huelga (en su caso, contratista) subcontrata con otros

Desde mi perspectiva, ya se trate de una empresa que sufre una huelga que no forma parte de una organización productiva descentralizada, como de una contratista en huelga, si decide subcontratar con terceras empresas o autónomos la prestación de los servicios o la producción de bienes afectadas por la huelga, no es esquirolaje sustitutorio sancionable. Pues hubiera podido concurrir en estos casos, eventualmente, el principio de culpabilidad en cuanto a que la actuación, en su caso, podría ser imputable a la empresa que sufre la huelga y que realiza el encargo, pero no el de tipicidad en la medida en que el art. 8.10 de la LISOS prohíbe el esquirolaje externo e interno (entre centros de trabajo distintos), pero no la contratación mercantil con terceras empresas y aunque la jurisprudencia (STS de 25 de enero de 2010, Rec. 40/2009)<sup>4</sup> lo considere igualmente esquirolaje, este tipo en concreto no está en el precepto sancionador estudiado y –como sabemos– su contenido no puede extenderse analógicamente a otros supuestos no previstos en la norma.

Cuestión distinta sería que, aunque formalmente el encargo se realice en favor de una empresa subcontratista diferenciada, en la realidad, el control de la actividad desarrollada permanezca en manos de la empresa en huelga que realiza el encargo, quedando los trabajadores sujetos al poder directivo y organizativo de ésta. No estaríamos en estos casos ante auténticas contrataciones reales y legales, sino ante el recurso a empresarios aparentes o interpuestos (cesión ilegal de trabajadores prohibida por el art. 43 ET) y, por añadidura, con que la utilización mediante cesión directa ilegal de estos trabajadores se realizaría con el fin de sustituir, de facto, el trabajo de los huelguistas. Evidentemente, si de acuerdo con el art.19.3.a) de la LISOS, la formalización de contratos de puesta a disposición con ETTs para sustituir a los trabajadores huelguistas ha de reputarse como infracción administrativa muy grave de la empresa usuaria, con mayor motivo lo será obtener la cesión directa de trabajadores con idéntico fin si para ello no se recurre si quiera a tales entidades institucionalizadas para estos fines y dotadas de las garantías necesarias por la Ley 14/1994, de 1 de junio, sino que se contrata directamente para la sustitución prohibida de la actividad de los huelguistas con terceros que ni siquiera reúnen tales garantías mediante un pura cesión ilegal de trabajadores.

En este caso, el principio de tipicidad no será obstáculo jurídico para la imposición de la sanción a la empresa afectada por la huelga que realiza un encargo que reúna los perfiles de una cesión ilegal de trabajadores, puesto que ninguna extensión analógica

---

<sup>4</sup> La STS de 25 de enero de 2010, Rec. 40/2009, entendió que “no es lícito emplear en los servicios mínimos a los huelguistas y a otras personas en atender el resto de los servicios, ni, menos aún, contratar con otras empresas que presten servicios de refuerzo para cubrir aquellos que no se pueden atender”.

del supuesto tipificado legalmente se produce sino mera aplicación directa del contenido del art. 19.3.a) de la LISOS. Pues, en efecto, hay que reparar aquí en que no estamos ante un supuesto no previsto en la Ley, pero similar, para el que se pretenda una aplicación de la técnica de la *analogía legis* por subyacer una ratio semejante, lo cual –como ya se ha expuesto– no es posible con relación a los tipos legales sancionadores. En realidad, se trata aquí del mismo supuesto de hecho contemplado en el art. 19.3.a) de la LISOS (cesión directa de trabajadores para sustituir a trabajadores huelguistas) pero que, mediante un argumento *a fortiori, a minori ad maius*, lleva a concluir que si esta misma conducta (no otra no tipificada como infracción) es sancionable cuando se recurre con tal finalidad a una ETT (que si no se pretendiera sustituir a huelguistas y cumplidos los demás requisitos hubiera sido una fórmula admitida legalmente de cesión directa de trabajadores, ex art. 43.1 ET) con mayor razón se estará incurriendo en esta misma infracción tipificada cuando para ese mismo fin ilícito se hace uso de contratistas simuladas o aparentes que, constituyendo por sí mismas una cesión ilegal de trabajadores, ponen en riesgo, adicionalmente, otros intereses y derechos asociados de los trabajadores, al no contar con las garantías previstas en la Ley 14/1994, de 1 de junio.

De cualquier modo, todo ello sin perjuicio de que, constatada la existencia de cesión ilegal de trabajadores, adicionalmente se apliquen además de los efectos generales del art. 43 ET, las responsabilidades administrativas específicas previstas también como infracción muy grave en el art. 8.2 de la LISOS.

### 3.2.2. La empresa principal no está vinculada a la contratista en huelga de ningún modo y recurre a otras contratistas

El caso en que la actividad empresarial se encuentre externalizada y, ante la huelga en la contratista, el comitente (con o sin resolución previa de la contrata con aquélla) recontrate el desarrollo de la actividad con nuevas contratistas o, incluso, la asuma directamente (reversión) si adquiere o ya cuenta con los medios (técnicos y humanos) necesarios para ello, ni está contemplado expresamente por el art. 8.10 de la LISOS ni, por virtud del principio de culpabilidad/responsabilidad hubiera podido imputarse –en caso de apreciarse– la conducta de esquirolaje sobre un tercero (el comitente) que ninguna vinculación guarda con los trabajadores en huelga, ni tiene capacidad de negociación y decisión sobre los intereses en juego en el conflicto colectivo.

De hecho, incluso más allá de los efectos sancionadores que aquí se estudian, estos casos –a diferencia de los que he contemplado en el subapartado anterior– ni siquiera se han considerado incluibles en la prohibición de esquirolaje del art. 6.5 RDLRT por nuestra jurisprudencia. Así, como regla general, se considera que la prohibición legal de esquirolaje no impide que los clientes de empresas contratistas en huelga puedan utilizar los servicios de otras (STS de 16 de noviembre de 2016, Rec. 59/2016, *Altrad Rodisola*), salvo existencia de las vinculaciones especiales entre comitente y contratista a que me

referiré en el siguiente subapartado<sup>5</sup>; siendo admisible, asimismo, el redireccionamiento de los usuarios de la empresa en huelga a otras que se encuentren en plena actividad (STS de 11 de mayo de 2001, Rec. 3609/2000). En este sentido, la STS de 13 de julio de 2017 (Rec. 25/2017, *Indra*) consideró que no existe este tipo de esquirolaje (ni tampoco tecnológico) cuando 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.

Ello no obstante cabe excepcionar de la anterior regla general la doctrina contenida en las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre (así como la serie de sentencias de 98/2010 a 112/2010, de 16 de noviembre, *Samoa*) que consideraron inaceptable la irresponsabilidad de la empresa principal (*Samoa Industrial, S.A.*) por actuaciones contrarias al derecho de huelga (incluidas las resoluciones de las contratas correspondientes que pudieran implicar la extinción de los contratos de trabajo de los trabajadores afectados por la empresa contratista), so pretexto de una pretendida ajenez respecto a la relación laboral que sólo une a la persona trabajadora y la empresa contratista. En efecto, se entendió lógico que difícilmente se pueda considerar la huelga de los trabajadores de la empresa contratista como una situación ajena al empresario principal pues “es sobre quien habrán de recaer en última instancia los efectos económicos lesivos de la huelga y quien, por tanto, podrá estar igual o más interesado que el contratista en combatirla”.

Ello no obstante esta última doctrina no debe confundir en absoluto con relación a los efectos sancionadores que en este estudio se analizan, puesto que en la serie de sentencias citadas en ningún caso se apreció la comisión de esquirolaje en sentido estricto ni por la empresa comitente ni por parte de la contratista en huelga sino que la valoración jurídica –por otro lado, muy discutible y enrevesada– del TC tuvo por objeto extender la *ratio legis* contenida en los arts. 42 ET, 168 LGSS y 24 LPRL con el fin de corresponsabilizar al propio empresario contratista que despidió a sus huelguistas de los actos (resolución de la contrata) considerados lesivos del derecho fundamental de huelga imputables a la empresa comitente.

### 3.2.3. La empresa principal y contratista forman parte de un mismo grupo empresarial, red o mantienen vinculaciones especiales

En este ámbito es preciso distinguir entre aquellas situaciones en que la relación entre la distintas empresas implicadas supone la existencia de ciertos vínculos especiales entre

---

<sup>5</sup> La admisión jurisprudencial comentada del recurso a nuevas contratas por parte de las empresas comitentes para suplir las carencias de actividad de las contratistas afectadas por la huelga (salvo en supuestos de especial vinculación, como cuando la empresa principal y la contratista que sufre la huelga pertenecen a un mismo grupo de empresas) ha llevado a la doctrina a plantearse si, de este modo, a la vista de la generalizada expansión del fenómeno de la descentralización productiva, podría llegar a anularse *de facto* la efectividad y, por ende, a medio plazo, la existencia misma de las huelgas (Escribano Gutiérrez, 2011, p. 197) o ser utilizada como arma anti-huelga (Göerlich Peset, 2018, p. 9).

ellas, pero sin llegar a reunirse las características especiales que la jurisprudencia exige para la consideración de la existencia de un empleador único en el sentido del art. 1.1 ET y aquellas otras en que, por aplicación de dicha doctrina, particularmente en los casos de grupos empresariales, el grupo mercantil en cuestión deba ser considerado, a su vez, como *grupo laboral*. Al respecto, es tradicional distinguir distintas tipologías de entramados empresariales que pueden dar lugar a la existencia de “especial vinculación” entre las empresas implicadas: a) La empresa-red que se basa en la existencia de una empresa grande y principal con la que colaboran distintas empresas pequeñas jurídicamente independientes y especializadas en determinadas fases de su ciclo productivo; b) El distrito industrial o conglomerado regional, que es un modelo muy similar al anterior en cuanto supone la subdivisión del ciclo productivo y la colaboración de diversas empresas para la consecución del producto final, pero –a diferencia de aquél– el distrito industrial siempre está localizado y ligado a un territorio determinado, no existe una empresa dominante y puede estar basado en lazos sociales y culturales; c) Otra forma muy parecida a las anteriores es la constituida por la colaboración entre las llamadas empresa cabeza y empresas mano en las que la primera realiza la parte principal y de diseño del ciclo productivo, mientras que las segundas desarrollan las tareas más intensivas en mano de obra; d) El trabajo a distancia (el teletrabajo y el trabajo a domicilio) constituyen variantes de gran expansión y actualidad que pueden formar parte, o no, de los entramados empresariales descritos; y, por último, muy especialmente, e): los grupos de empresas.

Desde el punto de vista jurídico-laboral los elementos a considerar para entender que hay vinculación o control sobre las empresas implicadas que llevaría a la asimilación de la situación a la de la existencia de un único empleador, son:

1. Confusión de patrimonio entre las distintas empresas del grupo (*caja única*). Se comparten beneficios y pérdidas a través de una contabilidad única, o plural pero comunicada o comunicable.
2. Prestación de servicios por los trabajadores de manera indiferenciada para distintas empresas del grupo (*confusión de plantillas o plantilla única*).
3. Las distintas empresas se someten a una *dirección única*. Junto con el anterior, en lo laboral, determina que, aunque los trabajadores de las distintas empresas del grupo o red hayan concertado sus contratos de trabajo con entidades o empresas con personalidad jurídica diferenciada desde el punto de vista formal y mercantil, de facto, quedan sujetos al poder de organización y dirección de todo el grupo o de la empresa matriz. Es por ello que, a efectos de este estudio, el grupo o red recibiría el tratamiento de una sola empresa o empleador único.
4. *Apariencia externa unitaria*: cuando todas las empresas implicadas operan, contratan en el tráfico jurídico o intervienen en el mercado bajo una misma o similar denominación o imagen de marca, etc.

Las SSTs de 3 de octubre de 2018 (Rec. 1147/2017, *Grupo Vocento*, y Rec. 3365/2016, *Grupo Zeta*), partiendo de la fundamentación de la STS de 11 de febrero de

2015, Rec. 95/2014, *Grupo Prisa*, contienen una síntesis muy didáctica del tratamiento que la jurisprudencia (en ausencia de reglas legales específicas en el ámbito laboral sobre esta materia) ha otorgado a estas estructuras empresariales. Así, por principio, el hecho de que varias empresas tengan vínculos entre sí, no determina directamente ningún efecto laboral. Es decir, hay que considerar que cada una de las empresas que integran el grupo responde de forma independiente de las obligaciones que contraiga con sus propios trabajadores. “No es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores” (SSTS 21 diciembre 2000, Rec. 1870/1999; 26 de septiembre de 2001, Rec. 558/2001; 27 de mayo de 2013, Rec. 78/2012; 12 de julio de 2017, Rec. 278/2016). En el mismo sentido, las SSTS de 26 de diciembre de 2001 (Rec.139/2001) y 23 de enero de 2002 (Rec. 1759/2001), entendieron que, desde la perspectiva jurídico laboral, la libertad de empresa consagrada en el art. 38 CE ampara la creación de organizaciones empresariales en forma grupal y el hecho de la existencia de un grupo de empresas organizado como tal en nada afecta a las relaciones laborales, conservando cada empresa las suyas propias y las responsabilidades que de ellas deriven, sin que se produzca comunicación de responsabilidades ni de obligaciones laborales. Por tanto, el concepto de grupo de empresas para el ordenamiento laboral es coincidente con el del resto del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, al igual que sucede en otras ramas del Derecho, la presencia de determinadas características (confusión de plantillas, intercomunicación de patrimonios...) puede llevar a los órganos judiciales a entender que el grupo puede ser considerado como el verdadero empresario y, en consecuencia, procede comunicar las responsabilidades entre sus integrantes (SSTS de 22 de septiembre de 2014, Rec. 314/2013; 7 de junio de 2016, Rec. 124/2015 y 24 de septiembre de 2015, Rec. 309/2014).

Una vez asentados los criterios anteriores, a su vez, es necesario diferenciar, a los concretos efectos de este estudio, en función de si la subcontratación durante la huelga por tales empresas vinculadas con mayor o menor intensidad por virtud de tales criterios, se realiza en favor de nuevas empresas subcontratistas no controladas por aquéllas o en favor de empresas que sí lo pueden estar porque, a su vez, mantienen vinculaciones especiales con las mimas:

#### a) Subcontrataciones en favor de nuevas empresas contratistas no vinculadas a ellas

Si bien, para los casos que se acaban de describir en el subapartado anterior, generalmente, se ha admitido el recurso por la empresa principal a nuevas contratistas para suplir los déficits de actividad de la contratista en huelga, la jurisprudencia ha excepcionado los supuestos en que exista especial vinculación entre ésta y aquélla, como ocurre en los casos de grupos de empresas (SSTS de 11 de febrero de 2015, Rec. 95/2014, *Grupo Prisa*; de 20 de abril de 2015, Rec. 354/2014, *Coca Cola*; de 3 de octubre de 2018, Rec. 1147/2017,

*Grupo Vocento* y Rec. 3365/2016, *Grupo Zeta*<sup>6</sup>). Esta solución jurisprudencial ha sido de aplicación unívoca, incluyendo también en el ámbito del art. 6.5 RDLRT –a mi modo de ver erróneamente– los supuestos de contrataciones durante la huelga en que la nueva contratista no pertenece al mismo grupo empresarial que la empresa en huelga.

Pero, en cualquier caso, por lo que se refiere a los efectos sancionadores que a este estudio interesan, lo cierto es que la solución aplicable, por virtud del principio de tipicidad debe ser la misma que resultaba para los casos anteriormente analizados. Puesto que, aunque exista vinculación especial entre la comitente inicial y la contratista en huelga, no existe sustitución por trabajadores nuevos sino recurso a contrataciones mercantiles con empresas no controladas, que no constituye esquirolaje en sentido estricto tipificado como infracción en el art. 8.10 LISOS, salvo que también en estos casos no se tratase de una verdadera contrata sino de una cesión ilegal de trabajadores perpetrada con el objetivo adicional de sustituir a los huelguistas.

#### b) Subcontrataciones en favor de nuevas empresas contratistas vinculadas o pertenecientes a un mismo grupo empresarial

- En estos casos, si existen vinculaciones especiales que puedan llegar a determinar, incluso, la existencia de un grupo societario mercantil, aunque no un *grupo laboral*, en la medida en que la empresa contratista nueva pueda estar controlada por la empresa en huelga (o su grupo), se trataría de un supuesto similar al que he ido advirtiendo sobre el sometimiento de los trabajadores de la nueva contratista al poder de organización y dirección de la empresa en huelga que subcontrata la actividad afectada por la misma y, por ello, considero que debería ser aplicable también aquí –*a fortiori* o mayor abundamiento por sí mismo, sin necesidad de extensión analógica– el art. 19.3.a) de la LISOS.
- Cuando existan vinculaciones especiales que puedan determinar la existencia de un grupo societario mercantil que, simultáneamente, pueda ser considerado como *grupo laboral* (por la concurrencia de los criterios jurisprudenciales que llevan a consideración del grupo como un solo empleador único en el sentido del art. 1.1 ET) resultará directamente aplicable el art. 8.10 de la LISOS, puesto que al considerarse todo el grupo como un único empresario laboral, las subcontrataciones de tareas de empresas afectadas por la huelga en favor de subcontratistas pertenecientes al mismo grupo empresarial, han de ser consideradas sustitución de la actividad laboral de los trabajadores huelguistas por medio de trabajadores adscritos a otros centros de trabajo (empresas integrantes) de una misma empresa (grupo empresarial).

En estos supuestos se cumple con el principio de responsabilidad por cuanto por virtud de la jurisprudencia sobre grupos de empresas y empresario laboral único en el sentido del art. 1.1 ET, estamos en presencia de una misma

<sup>6</sup> Véanse comentarios a estas sentencias en Vicente Palacio (2019).

empresa y también se incurre en el supuesto tipificado en el art. 8.10 LISOS (principio de tipicidad) por tratarse de un esquirolaje interno por medio de trabajadores de otros centros de trabajo de la que puede considerarse una misma empresa constituida por todo el grupo empresarial.

Finalmente, cabe plantear en estos casos también la posibilidad de imputar responsabilidad administrativa al grupo empresarial como tal cuando, por virtud del artículo 28.1 de la Ley 40/2015 (si se les reconoce “capacidad de obrar a los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa”) o, en su caso, responsabilidad en cuanto al pago de las sanciones impuestas por esquirolaje a las empresas controladas: “podrán prever supuestos en que determinadas personas responderán del pago de las sanciones pecuniarias impuestas a quienes de ellas dependan o estén vinculadas” (art. 28.4).

#### **4. Algunos pronunciamientos judiciales relevantes sobre estas materias**

En el capítulo que ahora se inicia trataré de ofrecer una visión cenital del tratamiento jurídico que la realidad judicial y administrativa-sancionadora de estos supuestos de responsabilidades administrativas con relación a las subcontrataciones durante las huelgas ha proporcionado en las sentencias relacionadas con actas de infracción de la ITSS. La referida revisión incidirá en los casos que me han parecido más significativos para las cuestiones aquí analizadas, conectadas con la exigencia de responsabilidades sancionadoras por parte de la Administración Laboral, pero sin ánimo de exhaustividad pues, si bien existen numerosas sentencias (incluso del TS) sobre el tema general del esquirolaje en contratas, lo cierto es que el bagaje jurisprudencial sobre el aspecto sancionador, hasta la fecha, es todavía muy limitado y, en su mayor parte, no ha constituido doctrina casacional del TS (salvo en el primero de los casos que serán analizados), apareciendo disperso en diversos pronunciamientos judiciales de instancia o dictados en suplicación.

##### *4.1. La STS de 20 de abril de 2015 (Rec. 354/2014, Coca Cola Iberian Partners)*

En primer lugar, merece atención específica, por su adecuado encaje en el último tipo de situaciones analizadas, el supuesto de hecho contemplado en la STS de 20 de abril de 2015 (Rec. 354/2014, *Coca Cola Iberian Partners*). En este caso, las distintas empresas embotelladoras de la marca *Coca Cola* en España, Portugal y Andorra decidieron la formación de un grupo embotellador ibérico único, mediante su integración en una sociedad de nueva creación (*Coca Cola Iberian Partners S.A., CCIP*) que se ocuparía, de manera única y exclusiva, de la fabricación, embotellado, distribución y comercialización de los productos de las marcas propiedad de *The Coca-Cola Company*. El nuevo grupo empre-

sarial resultante presentaba algunas de las características que pueden dar lugar, según la jurisprudencia, a su caracterización como *grupo laboral*, pues supuso la unificación de la tesorería, la imagen de marca (embotellado, etiquetado) y, entre otros, la contratación externa unificada de algunos aspectos de la gestión de recursos humanos. El proceso de integración implicó, asimismo, el cierre de una de las plantas sita en Fuenlabrada, que motivó un expediente de regulación de empleo (*ERE*), frente al cual se convocó una huelga cuyo amplio seguimiento produjo la paralización de la actividad de la fábrica. En previsión de que las existencias de la factoría en huelga fueran insuficientes para atender la demanda, se hizo acopio de parte del *stock* de otras factorías del grupo que fue suministrado a la misma mediante su transporte por camiones.

En efecto, dada la efectividad de la huelga, la producción dejó de desarrollarse en la fábrica de Fuenlabrada y el producto que ésta suministraba fue sustituido por el fabricado en otras embotelladoras de *CCIP* que no abastecían nunca hasta entonces la zona centro. Durante el período de consultas asociado al referido *ERE* se presentaron diversas denuncias ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (*ITSS*), la cual inició las actuaciones administrativas oportunas, investigó los hechos y, considerándolos contrarios al derecho fundamental de huelga y constitutivos de infracción administrativa por tal causa, desembocaron en el levantamiento de acta de infracción por vulneración del derecho de huelga durante la tramitación del periodo de consultas que habría de conducir al despido colectivo.

La STS de 20 de abril de 2015 (Rec. 354/2014) descartó que la medida de despido colectivo, al estar programada y ser previa a la huelga, constituyese una reacción empresarial o represalia frente la huelga. Pero esta STS sí que valora como lesión sobre derecho de huelga la “que se produce a través de la indirecta modalidad de utilización del trabajo de otros empleados para suplir la ausencia de producción en la embotelladora en huelga”. Considera, pues, asimilable a un esquirolaje interno que, ante el paro completo de la embotelladora de Fuenlabrada (cuando cada una de las embotelladoras tenía asignado su propio territorio de fabricación, distribución y ventas) que significaba que en Madrid se produciría un desabastecimiento (un agotamiento de existencias previsto por la propia empresa para el día 20 de febrero), el grupo empresarial reaccionara surtiendo de productos elaborados en otras plantas embotelladoras a la plataforma logística del grupo en Madrid (*Ecoplataform S.L.*) para su distribución en esta Comunidad Autónoma, en plena huelga y durante el desarrollo del complejo periodo de negociación del despido colectivo. Se concluye, así, que con esta conducta se intentó eliminar, minimizar o paliar el efecto de la huelga, lo que constituye una vulneración de ese derecho constitucional que incidió de manera directa y frontal en el proceso de negociación del despido colectivo, hasta el punto de que la minimización o eliminación de los efectos nocivos que el desabastecimiento de productos había de producir con ocasión de esa huelga privó a su vez de cualquier eficacia o fuerza a la posición que en la mesa pudieran tener los representantes de los trabajadores durante el periodo de consultas del *ERE*.

Sin embargo, la sentencia ahora comentada cuenta con un interesante voto particular que formularon los Excmos. magistrados Sres. D. José Manuel López García de la Serrana y D. José Luis Gilolmo López. Junto con otras consideraciones de menor

interés para el objeto de este análisis, el voto particular destaca que la reorganización comercial, la centralización de las ventas y la forma de distribución ya estaba implantada previamente y cada embotelladora servía a la plataforma logística que decidía la empresa matriz. No existía obligación para la plataforma logística *Ecoplataform S.L.* de comprar a la embotelladora de Fuenlabrada, sino que, más bien, el conflicto se originó por lo contrario, por estar implantándose ya un plan de cierre de dicha factoría y la supresión de su producción por la de otras distintas. El voto particular concluye, así, que en la creación jurisprudencial –que no legal– de lo que es esquirolaje se va más lejos de lo que la norma permite y el término indica. Si existe una sola organización productiva con varios centros de trabajo (una única empresa, según el artículo 1.1 ET), la dirección, al estar centralizada la comercialización, puede organizar el reparto de su producción en la forma que estime más conveniente, sin que sea acogible el razonamiento de que *Ecoplataform S.L.*, sociedad independiente, sólo podía servirse de la producción de Fuenlabrada, pues es un argumento voluntarista desprovisto del necesario apoyo fáctico. Por ello, era lícito que el grupo almacenara en *Ecoplataform S.L.* productos producidos en diferentes embotelladoras, dado que el almacenaje era una de las actividades de su filial, sin que con ello se violara ningún derecho fundamental<sup>7</sup>.

En mi opinión, cuando al grupo empresarial debamos dotarlo de un tratamiento de empleador único (en el sentido del art. 1.1 ET) no se podrá sustituir la plantilla del ámbito en huelga (en este caso, el centro de trabajo de Fuenlabrada) con nuevas contrataciones de trabajadores para dicho centro o el incremento de la fuerza de trabajo disponible en el mismo mediante la movilidad de trabajadores desde otros centros o aumentos del tiempo de trabajo (arts. 6.5 RDLRT y 8.10 LISOS). Ahora bien, incluso como en este caso ocurre, tratándose de una huelga de centro de trabajo, la empresa (grupo empresarial) podría tratar de desviar la producción a otros centros distintos que tengan capacidad productiva plena e independiente del centro en huelga e, incluso, acometer la contratación de trabajadores nuevos para la atención de incremento de producción en los mismos. Esto, evidentemente, constituiría una conducta fraudulenta que trataría de eludir la aplicación de la prohibición de esquirolaje que no habría de impedir la aplicación de las normas correspondientes, en el bien entendido que otorgando al grupo empresarial el tratamiento de empleador único la utilización de trabajadores de otros centros de trabajo (aun sin movilidad de los mismos) para hacerse cargo de la producción paralizada por los huelguistas equivale al esquirolaje interno que el art. 8.10 de la LISOS comprende en su tipo legal.

---

<sup>7</sup> El citado voto particular expresa, así, literalmente: “La interpretación que hace la mayoría lleva al absurdo de imponer a la empresa única el deber no sólo de no interferir en la huelga del personal de un centro de trabajo, sino, también, el de asegurar el éxito total de la huelga: la aceptación de las propuestas de los huelguistas, o la paralización total de su actividad, para que a ella no se le impute una conducta ilícita porque el 90 por 100 de su plantilla siga trabajando y cubriendo la mayoría de las necesidades del mercado”. “En nuestra opinión en una empresa de este tipo con muchas factorías, el esquirolaje se produciría, si se aumentara la producción de las factorías que no están en huelga acudiendo a nuevas contrataciones o prolongado la jornada laboral del personal que no secunda la huelga, pero no cuando se redistribuyen los stocks existentes”.

Sin embargo, como recuerda el voto particular, –contrariamente al criterio mayoritario de esta sentencia– nada de esto sucedió en el caso *Coca Cola Iberian Partners*, pues no consta que se incrementara la producción en otros centros, sino que, simplemente, el *stock* ya existente se redistribuyó y comercializó de la forma que la empresa estimó más conveniente.

#### 4.2. La STSJ (Comunidad Valenciana) de 12 diciembre de 2017 (Rec. 618/2017)

La sentencia que ahora es objeto de comentario viene referida también a otra empresa afectada por una huelga perteneciente al Grupo empresarial *Coca Cola Iberian Partners* que recurrió al trabajo desarrollado en otras empresas del grupo para suplir la ausencia de producción de los trabajadores en huelga durante la negociación de un despido colectivo, lo cual se consideró que tuvo una incidencia directa en la negociación del período de consultas. Dicha conducta fue sancionada por considerarse constitutiva de infracción administrativa muy grave y la sentencia recurrida, desestimando la demanda interpuesta por la *Compañía Levantina de Bebidas Gaseosas, S.A. (COLEBEGA)*, confirmó la sanción que le había sido impuesta como consecuencia del acta de infracción extendida por la ITSS, en materia de relaciones laborales, por importe de 72.000€, al entenderse que los hechos infringían los art 6.5 del RDLRT, en relación con el art. 28.2 CE y el art. 4.1.e) ET<sup>8</sup>.

La recurrente argumentó que no se puede exigir a ninguna empresa que anticipe un nuevo criterio doctrinal y jurisprudencial sobre el esquirolaje interno en el ejercicio del derecho de huelga, que no hubo sustitución física de trabajadores en *COLEBEGA*, como tampoco hubo alteración de los procedimientos de trabajo en las empresas del grupo, si bien se admitió que se suministró producto de otras embotelladoras.

Obviamente, la sentencia de suplicación ahora comentada se remite a la previa STS de 20 de abril de 2015 (Rec. 354/2014), considerando lógico aplicar ahora al centro de Alicante la misma solución que el Tribunal Supremo consideró procedente para el centro de trabajo de Fuenlabrada, dado que el proceder de la empresa fue muy semejante. Pero, en el caso de esta sentencia, se estimó adicionalmente la concurrencia de esquirolaje interno en sentido estricto al constar como hechos probados que durante los días de huelga la dirección de la empresa ordenó que los *promotores* realizaran el trabajo de los *preventivistas* en huelga. Según la sentencia, el trabajo de estos últimos consiste, fundamentalmente, en visitar a los clientes de la zona que tienen asignada. De tal manera que se recogieron los terminales y los móviles de los *preventivistas* en huelga para que pudieran ser utilizados por los *promotores* cuya tarea consiste en supervisar y controlar la política comercial en su zona. El TSJ de la Comunidad Valenciana fundamentó su decisión respecto a esta segunda conducta en la jurisprudencia sobre el esquirolaje en sentido estricto contenida en la STC 33/2011, de 28 marzo y en las SSTS de 8 de junio

---

<sup>8</sup> Repárese en que ninguno de estos tres preceptos tiene carácter sancionador específicamente y que no existe referencia a la LISOS que es la norma que habría de fundamentar la imposición de sanciones.

de 2011 (Rec. 144/2010), 5 de diciembre de 2012 (Rec. 265/2011) y 11 de febrero de 2015 (Rec. 95/2014), entre otras. De este modo, la sentencia desarticuló el argumento de la recurrente sobre la imprevisibilidad de las nuevas doctrinas sobre esquirolaje interno, aludiendo expresamente a las fechas de las sentencias citadas y concluyendo que la doctrina del esquirolaje interno ni era nueva en el año 2014 (año de los hechos sancionados) ni supuso ningún cambio doctrinal o jurisprudencial.

No obstante, en mi opinión, si bien esta última afirmación es válida para la sustitución interna de los *preventivistas* en huelga por los promotores (esquirolaje en sentido estricto), no lo es tanto respecto de la asimilación a estos supuestos –y la consiguiente consideración como esquirolaje– del recurso a la producción de otras empresas del mismo grupo empresarial durante la huelga.

Pues, en efecto, aunque de acuerdo con el planteamiento general que he realizado en este estudio, me parece correcta la asimilación al supuesto contemplado en el art. 8.10 LISOS, cuando por aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre esta materia proceda la consideración del grupo como un empleador laboral único, lo cierto es que en los casos ahora analizados la sentencias en cuestión no especifican que la operatividad de dicho precepto sancionador deriva, simple y directamente, de dicho tratamiento de empleador único en el sentido del art. 1.1 ET (excluyendo los grupos de empresas o empresas vinculadas en que dicho tratamiento no proceda).

Pero, sobre todo, tampoco concurrió en ellos sustitución física de trabajadores, sino que se asimiló a ella al recurso a la producción por otros centros de trabajo (e, incluso esto parece discutible pues –como ya se anticipó– parece que más bien se produjo una redistribución del stock de productos ya fabricados). Como ya ha sido explicado más arriba, a mi parecer, es adecuado considerar fraudulento el encargo en favor de otro centro de trabajo del mismo grupo empresarial-empleador único, en la medida que, aunque no sean movilizados los trabajadores de otros centros de trabajo, el resultado es el mismo si se aumenta la producción de dichos centros incrementando el tiempo de trabajo de sus trabajadores o se pretende la contratación de nuevos efectivos para los mismos so pretexto de que, tratándose de una empresa formalmente distinta a la afectada por la huelga, no estaría sujeta a la prohibición del art. 6.5 RDLRT.

Sin embargo, aun siendo, en mi opinión, el descrito el planteamiento correcto y la solución propuesta la más adecuada, lo cierto es que debo otorgar la razón en este aspecto a la recurrente, pues la verdad es que, a día de hoy, esta extensión (o especificación) no se contempla expresamente en dicho precepto sancionador (art. 8.10 LISOS) y no fue abordada por la jurisprudencia del TS (en lo que a desviaciones de producción intragrupo se refiere) hasta la sentencia de 20 de abril de 2015 (Rec. 354/2014) antes comentada. Con posterioridad, pues, a los hechos enjuiciados.

En efecto, siendo así, –como argumentó la recurrente– no se puede exigir a ninguna empresa –o ciudadano– que anticipe un nuevo criterio doctrinal y jurisprudencial sobre el esquirolaje interno en el ejercicio del derecho de huelga. A lo cual yo añadiría que los principios de legalidad, tipicidad y seguridad jurídica implican que, precisamente, no sean las sentencias –sino las leyes previamente publicadas– las que innoven sobre los

tipos jurídicos sancionadores. En este sentido, debe exigirse al legislador un esfuerzo de actualización de los preceptos sancionadores y de delimitación precisa de los supuestos constitutivos de infracción para dar cabida a las nuevas realidades concretas que se consideren sancionables en cada momento, evitando interpretaciones y aplicaciones extensivas forzadas de los preceptos vigentes que no pueden admitirse por virtud del principio de prohibición de la *analogía legis* respecto de las normas sancionadoras. En esta tesitura es cuando más se evidencian las carencias de la obsoleta regulación legal vigente sobre la huelga, cuya actualización y acomodación al mandato del constituyente acumula ya más de 45 años de retraso.

#### 4.3. La sentencia del Juzgado de lo Social N.º 1 de Toledo, de 4 de octubre de 2021 (Sentencia 515/2021)

Más recientemente, cabe destacar el supuesto de hecho de esta sentencia de instancia que, además de por su relativa actualidad, resulta muy sugestiva porque ofrece múltiples elementos de interés jurídico con aptitud para poner en práctica gran parte de los criterios desarrollados en los capítulos anteriores.

Aconteció aquí que la ITSS concluyó que la conducta de *Airbus Operations, S.L.* (empresa principal o comitente) de suspender la contrata con la empresa contratista en huelga *ISS Facility Services, S.A.* (ISS) y contratar con tres empresas (*Duralcor, S.L.*, *De la Fuente International Movers, S.L.* y *Aeronáutica Gestión, S.L.*) los trabajos que se tendrían que haber desarrollado por ISS si no se hubiera producido la falta de prestación de sus servicios por el hecho de ser secundada la huelga por la totalidad de sus trabajadores, constituía infracción del art. 28.2 CE, en relación con art. 4.1.e) ET y art. 6.5 RDL 17/1977 de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo. Considerando, asimismo, que dicha conducta era subsumible en el supuesto de hecho tipificado como infracción 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 graduó en el grado medio proponiendo sanción en cuantía de 25.001 €, si bien, tras el correspondiente recurso de alzada, se dictó resolución estimándolo parcialmente en lo relativo a la aplicación de los criterios de graduación y rebajando la sanción al importe de 6.251 €.

La sentencia comentada, en sus fundamentos jurídicos, describe cómo por parte de la Administración demandada se fundamentó la imposición de la sanción a la empresa *Airbus Operations S.L.* (la empresa principal o comitente que suspende la contrata con la contratista cuyos trabajadores son los que están en huelga) en una pretendida vulneración, con dichos actos, del derecho de huelga de tales trabajadores, en tanto que, con posterioridad a la suspensión de la contrata, procedió a recontratar los trabajos afectados por la huelga con otras tres empresas vinculadas a *Airbus*, (...) “señalando la ITSS que tales hechos constituyen la infracción tipificada en el art. 8.10 LISOS, siendo indiferente que no se trate de la empresa empleadora, tratándose de la sustitución interna de una contrata que debe tener el mismo tratamiento que el esquirolaje interno”.

Creo que el contenido del texto entrecomillado, extraído de la sentencia en su literalidad, merece detenerse para analizarlo con atención. Si bien –como veremos después– existe jurisprudencia que podría llegar a fundamentar, en su caso, la vulneración del derecho de huelga de estos trabajadores (que no el esquirolaje) por la comitente (particularmente, la denominada doctrina *Samoa*), lo cierto es que afirmar –pese a que, como veremos, quedó acreditado que no estábamos ante un grupo empresarial, ni siquiera sin tratamiento de empleador único, sino que lo único que se pretendió fue derivar de la existencia de contratistas de otro tipo con las nuevas contratistas la existencia de vinculaciones con la comitente– que constituye una sustitución *interna* asimilable al esquirolaje *interno* el recurso por la comitente a otras contratistas para suplir los déficits de actividad de la contratista en huelga, cuando esta (y sus trabajadores en huelga) constituyen una empresa diferente y las nuevas contratistas ninguna relación guardan tampoco la contratista anterior, resulta cuanto menos exorbitado, si no descabellado. Tildar como sustitución interna digna del tratamiento propio del esquirolaje interno a una situación en la que no nos encontramos ante una sustitución de los huelguistas (incluso contemplando también el desvío de la producción) dentro de la misma empresa o grupo empresarial conduce, por sí mismo, al absurdo y evidencia el voluntarismo de pretender forzar la aplicación del art. 8.10 LISOS a sabiendas de que este tipo de esquirolaje (el interno) es el único al que se refiere expresamente dicho precepto como susceptible de sanción. Pues, aunque a mi juicio, en este caso no concurre ningún tipo de esquirolaje, de ser algo relacionado con el mismo, necesariamente habría de ser externo, dado que en el interior de la empresa afectada por la huelga no se hace absolutamente nada más que padecerla y soportar sus consecuencias negativas sobre el negocio de la misma, al ver cómo se suspende su contrata por la empresa cliente.

A continuación, la sentencia procede a desarrollar los fundamentos de Derecho de su decisión cuyo objetivo explícito, tal y como se expresa literalmente en ella, habla ya, por sí mismo, de lo desacertado del planteamiento mismo: “Siendo estas las indiscutidas circunstancias del caso, se trata de establecer si se ha producido vulneración del derecho de huelga a raíz de la actuación empresarial descrita. Concretamente si la empresa sancionada llevó a cabo acción u omisión que promoviese el esquirolaje interno, sustituyendo sin habilitación y de forma ilícita a los trabajadores en huelga por terceros trabajadores de tercera empresa ya contratada, en intolerable movilidad funcional”. Parece, pues, que llega a admitirse en este planteamiento la posibilidad de que no sólo sea sancionable la comisión del esquirolaje mismo (que ya por sí mismo tiene sus dificultades con base en la dicción literal del art. 8.10 LISOS para estos supuestos en el ámbito de las contratistas) sino que, incluso más allá de ello, se acepta como posibilidad sancionable con base al mismo su mera promoción. En efecto, da la sensación de que, al estar latente la dificultad de imputar la sustitución “sin habilitación y de forma ilícita” de los trabajadores en huelga, así como el ejercicio de una “intolerable movilidad funcional” a quien no es empleador de los mismos, sino un tercero, parece sugerirse que el fundamento de la sanción podría encontrarse en que “promoviese” el esquirolaje (¿interno?), cuando en la tipificación operada por el precepto sancionador, evidentemente, no hay referencia alguna, ni distalmente, a tales actitudes de promoción del esquirolaje.

En cuanto a la consideración del esquirolaje como interno, parece que el único atisbo de explicación puede tratar de encontrarse en que pese a concretarse la presunta sustitución a través “*terceros* trabajadores de *tercera* empresa” distinta de la contratista en huelga y de la propia comitente, tales trabajadores supuestamente sustitutos estaban vinculados a una empresa “ya contratada” por la comitente para otras tareas. Entonces, ¿el mero hecho de que una contratista mantenga ya una contrata con una empresa comitente convierte a aquélla en parte de ésta y a ésta en empleadora de los trabajadores de aquélla? Pero, además, ¿constituye esquirolaje interno –como si de una misma empresa se tratase– formalizar una nueva contrata con la misma, cuando son los trabajadores de otra contratista distinta los que están en huelga? Sinceramente, creo que un salto en el razonamiento lógico-jurídico de tal envergadura, sin mayores explicaciones o un hilo argumental adicional, es demasiado aventurado si no se fundamenta en la existencia de un grupo empresarial que haya de ser considerado como empleador único en el sentido del art. 1.1 ET y en el que haya participación, directa o indirecta, de la propia empresa contratista en huelga que pertenezca a dicho grupo empresarial en el encargo a otras empresas del mismo grupo durante la misma.

Por lo demás, entrando ya en la fundamentación jurídica que sustenta el fallo desestimatorio de la demanda interpuesta por la mercantil sancionada y la consiguiente confirmación de las resoluciones sancionadoras impugnadas, la sentencia procede a reproducir la práctica totalidad de la doctrina del TC y del TS sobre esquirolaje (no sólo interno). No termino de entender –aunque, lamentablemente, se haya convertido en costumbre– la necesidad de estas reproducciones cronológicas, extensas y cuasi literales de la jurisprudencia precedente, pero en este caso, a mi modo de ver, todavía está, si cabe, más fuera de lugar. En primer lugar, porque carece de sentido –si lo que se pretende es dilucidar un asunto que, por el propio juzgador, se considera relacionado con el esquirolaje interno– referirse a sentencias que vienen relacionadas con otros tipos de esquirolaje distinto, pero, adicionalmente, incluso respecto del interno, porque de lo que se trataba en este supuesto no era determinar o justificar la existencia misma de la noción de esquirolaje interno, ni si quiera su dificultosa concurrencia o imputabilidad en estos casos en que media la intervención de una tercera empresa comitente en los hechos, sino de fundamentar en el art. 8.10 de la LISOS (u otro precepto sancionador) la pertinencia de la sanción impuesta por unos hechos que no aparecen tipificados específicamente en tal norma.

En este caso, en mi opinión, se acumulan diversas circunstancias de gran trascendencia con relación a la materia objeto de este estudio:

- a) En primer lugar, se imputa a un tercero (a la empresa principal o comitente *Airbus Operations S.L.*) la lesión del derecho de huelga de unos trabajadores (los de la contratista *ISS*) que no están contratados directamente a su servicio. Como ya se ha comentado más arriba, el principio de responsabilidad e imputabilidad de las sanciones implica que nadie deba ser sancionado por actos ajenos. Dificilmente, se puede considerar que el comitente comete esquirolaje de unos trabajadores que no están a su servicio. En este sentido, la empresa de-

mandante alegó la vulneración de los principios de tipicidad y culpabilidad en tanto que la empresa sancionada no tiene una relación de carácter laboral con los trabajadores en huelga, no siendo la empleadora de los mismos, ni siendo en su empresa donde la huelga había sido convocada.

Cuestión distinta es que lo que se impute a la comitente no sea el esquirolaje en sentido estricto sino la vulneración indirecta, minando su efectividad, del derecho de huelga de los trabajadores de la contratista, que es lo que las sentencias del llamado caso *Samoa* (SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, así como la serie de sentencias de 98/2010 a 112/2010, de 16 de noviembre) de una forma un tanto enrevesada y forzada trató de establecer. Pero la doctrina *Samoa*, realmente, no trató sobre esquirolaje directamente, ni de sancionar a la comitente sino de repercutir en la empleadora contratista las consecuencias de los actos de comitente. Estas SSTC –en contra de lo que pudiera intuirse de antemano– no es ya que se planteasen la admisibilidad de que pueda apreciarse corresponsabilidad por vulneración de derechos fundamentales de los trabajadores (indirecta de la empresa principal motivada por su decisión de rescindir la contrata y directa por la decisión empresarial de extinción de sus contratos de trabajo adoptada por la empresa para la que prestan servicios), sin que para ello sea obstáculo el hecho de que ningún vínculo contractual ligue a dicha empresa principal con los trabajadores despedidos, sino que, yendo más allá de ello, articularon un complicado mecanismo para hacer responsable indirecto a la contratista (que es quien despidió a sus propios trabajadores) de una lesión directa del derecho de huelga de los trabajadores de aquella que se entendió imputable a la empresa comitente al rescindir la contrata. Para ello, el TC se apoyó en una interpretación extensiva de las normas legales vigentes, superando el juicio sobre su constitucionalidad que le compete. En definitiva, se consideró extensible la misma *ratio* subyacente en el régimen jurídico previsto legalmente en los arts. 42 ET, 168 LGSS y 24 LPRL para la protección de los derechos e intereses de los trabajadores de las empresas contratistas que se vean afectados por las decisiones y actuaciones cuya responsabilidad no corresponda a su empresario directo sino al empresario al empresario principal.

- b) En la sentencia ahora analizada se reconoce expresamente que ninguna de las empresas implicadas forma parte de un grupo empresarial común. Pero, ello no obstante, como fundamento final de su decisión se acude a las SSTS de 3 de octubre de 2018 (Rec. 1147/2017, *Grupo Vocento*, y Rec. 3365/2016, *Grupo Zeta*) que, como su predecesora de 11 de febrero de 2015 (Rec. 95/2014, *Grupo Prisa*), se referían a recontractaciones realizadas por la comitente perteneciente al mismo grupo que sus contratistas habituales en huelga en favor de nuevas contratistas ajenas al mismo. Sin embargo, en el supuesto examinado por estas SSTS de 3 de octubre de 2018 (Rec. 1147/2017, *Grupo Vocento*, y Rec. 3365/2016, *Grupo Zeta*), en que se fundamenta la decisión final de la sentencia

ahora estudiada, tuvo lugar “un desvío del auxilio productivo habitualmente prestado por empresa del mismo grupo” pero aunque, en tal grupo –a diferencia de la sentencia del caso *PRISA*– se reconoció expresamente que no están presentes los elementos adicionales a las relaciones societarias y mercantiles que permiten la comunicación de responsabilidades, se atribuyó al fenómeno de descentralización productiva (que produce cierta fragmentación de la actividad empresarial e impone una actuación coordinada que puede repercutir sobre algunos derechos de los trabajadores de cualquiera de las empresas del grupo) la consecuencia de que, aunque no haya comunicación de responsabilidades, sí existe una obligación conjunta de respeto de los derechos de los trabajadores, singularmente de los colectivos.

A mi juicio, si no estamos ante un Grupo empresarial que presente las características especiales que permitan su consideración como grupo laboral o empleador único, estos argumentos adolecen de demasiada vaguedad e inconcreción como para fundamentar las importantes consecuencias que se les pretende asociar. Pero con independencia de mi disconformidad general con esta doctrina del TS, la aplicación que de ella se pretende en la sentencia que es aquí objeto de análisis, a mi juicio, es de todo punto desacertada, pues en ella trata de residenciarse la existencia de vinculaciones especiales y la caracterización como empresas controladas de las contratistas por la empresa principal por el mero de hecho de que esta última esté facultada para decidir la suspensión de la contrata con la empresa en huelga y para encargarles las tareas a otras contratistas con las que ya mantenía otras contratas para otras tareas, en el seno de una estructura organizativa descentralizada.

Se dice así que “(...) la subcontrata *ISS Facility* a la que pertenecían los trabajadores en huelga como los otras tres subcontratas cuyos trabajadores fueron utilizados para realizar los servicios que se habían dejado de prestar por los huelguistas, aunque no conforman un grupo de empresas, actúan coordinadamente bajo la dirección de una empresa principal, *Airbus Operations, S.L.* en unos términos que demuestran una vinculación especial, como lo demuestran las comunicaciones que la principal dirige a las subcontratas en las fechas coetáneas con el ejercicio del derecho a la huelga, imponiendo por un lado la suspensión de la contrata cuyos trabajadores estaban en huelga y a las demás unos trabajos o pedidos extraordinarios fueran del ámbito de sus contratas (...)”. “Con ello se demuestra, siquiera indiciariamente, una situación de hegemonía de hecho sobre las empresas contratistas que nos aleja del marco habitual de libre competencia, propiciando una sumisión de las contratistas a la principal aún cuando les impone actuar fuera del ejercicio regular de los términos de las contratas. Un indicio reforzado si tomamos en consideración que la actividad de la empresa contratista directamente afectada por la huelga está integrada en el ciclo productivo de la empresa principal, sin la cual este ciclo no podría funcionar”.

De ser así, el mero ejercicio de la libertad de contratación mercantil empresarial (derivada de la libertad de empresa reconocida en el art. 38 CE) que permite a una empresa tanto suspender o resolver, conforme a lo pactado y a las reglas generales del Derecho civil por incumplimiento de contratos, como realizar nuevas contrataciones mercantiles lícita y libremente (o modificar el objeto de las preexistentes), por el mero hecho de tener lugar en el seno de una estructura productiva externalizada, pasaría a convertirse, automáticamente, en una actuación que se “impone” (término introducido sin justificaciones adicionales por la sentencia comentada<sup>9</sup>) sobre sus contratistas que, por ello, se considerarían como empresas controladas. Y, aun cuando lo anterior se reconozca que, a lo sumo, puede constituir un mero indicio –que no prueba– de la hegemonía de la principal sobre las contratistas implicadas, este indicio sería suficiente –parece ser– no sólo para considerar la existencia entre las empresas implicadas de vinculaciones especiales a los efectos de la vulneración del derecho de huelga que se resolvía también en las SSTS invocadas de 3 de octubre de 2018 (Rec. 1147/2017, *Grupo Vocento*, y Rec. 3365/2016, *Grupo Zeta*), sino, incluso, para merecer una especie de tratamiento de empresa única (aun –como en este caso ocurre– sin estar en presencia siquiera de un grupo empresarial) sobre el que fundamentar la aplicación la figura del esquirolaje interno que se sanciona en el art. 8.10 de la LISOS. Debiendo advertirse, además, por cierto, que de la aplicación de este precepto sancionador, que es sobre cuya adecuación jurídica debía resolver la sentencia, sin embargo, no se encuentra referencia expresa en ninguna en las argumentaciones finales que parecen fundamentar el sentido del fallo.

Como ya he referido antes, cada vez más se echa en falta en los razonamientos jurídicos de las sentencias un mayor esfuerzo argumentativo con relación a la *ratio deducendi* que anude adecuadamente a los fundamentos de Derecho (preceptos normativos a aplicar) las consecuencias jurídicas que determinan el sentido del fallo, en lugar de amplias reproducciones de los pronunciamientos judiciales precedentes, en muchos casos muy dispares en fundamentos fácticos y contenido de la pretensión, que por la mera razón de su enorme extensión no justifican en mayor medida decisiones que sólo pueden quedar fundamentadas suficientemente en la aplicación de las normas correspondientes, en las pruebas pertinentes y en el razonamiento lógico-jurídico aplicable al supuesto de hecho concreto de cada caso a enjuiciar.

A mi modo de ver, –como ya fue desarrollado más arriba– si no existe tratamiento de empleador único (en caso de grupos de empresas que reúnan las características exigidas), no es posible considerar que el recurso al trabajo de los

---

<sup>9</sup> A fin de cuentas, como argumentó la demandante, la suspensión del contrato mercantil con ISS derivó de las propias cláusulas contractuales que permitían tal suspensión en caso de retraso justificado, y la contratación con terceras empresas en caso de huelga está admitida por la jurisprudencia y depende de estas contratistas el modo de gestionar sus servicios sin injerencia alguna por parte de la comitente.

trabajadores de otras contratistas es equivalente a la sustitución de los huelguistas por trabajadores de otros centros de trabajo de la empresa a que se refiere el art. 8.10 de la LISOS. Y, si de lo que se trata es de dilucidar la licitud de una actuación administrativa sancionadora, es este tipo de enjuiciamiento (verificar la existencia de una norma sancionadora que la justifique) el que procede por virtud del principio de tipicidad, sin entrar en justificaciones exorbitantes referidas más a eventuales vulneraciones del derecho de huelga relacionadas, *in extenso*, con la posible anulación o minoración de la efectividad<sup>10</sup> de la misma que con la regularidad de la sanción administrativa impuesta.

Pero es que, incluso si nos adentramos en este otro tipo de consideraciones, no hay que obviar que en las propias SSTS de 3 de octubre de 2018 (Rec. 1147/2017, *Grupo Vocento*, y Rec. 3365/2016, *Grupo Zeta*) aducidas por la sentencia aquí analizada, el TS reconoce expresamente que la regla general para este tipo de supuestos debe ser entender que las relaciones interempresariales se limitan a un aspecto estrictamente mercantil y cuando no exista especial vinculación, ni otro tipo de circunstancia que obligue a la empresa principal o comitente, no puede entenderse como una vulneración de derecho de huelga si recontrata con otros la producción o la prestación de los bienes o servicios que ya tenía contratadas con la contratista que sufre la huelga. En este mismo sentido, cabría mencionar la STS de 16 de noviembre de 2016 (Rec. 59/2016, *Altrad Rodisola*) –a la que no se prestó atención en la sentencia comentada– en la que el TS entendió que la decisión de una empresa cliente (empresario principal o comitente de la contratista en huelga *Altrad*) de recontratar con otras contratistas el servicio no prestado por ésta por causa de la huelga no vulnera el derecho de huelga de los trabajadores de *Altrad*.

- c) Por último, llama la atención la tendencia general –no sólo en este caso– por parte de la ITSS en sus actas de infracción, así como en las correspondientes resoluciones administrativas sancionadoras de la autoridad laboral competente, ante las carencias generales de la regulación del art. 8.10 LISOS y, en particular, su insuficiencia para abarcar estos otros supuestos relacionados con el recurso a contratas, a recurrir como fundamento de sus sanciones a la constatación de la vulneración del art. 28.2 CE, del art. 4.1. e) ET (derecho a la huelga entre los derechos básicos de los trabajadores) y del art. 6.5 del RDL-RT. Obviamente, no puede desconocerse que, incluso en el caso de que tales conductas pudieran subsumirse como incumplimiento de los mandatos de estos preceptos (lo cual –como ya ha sido desarrollado– tampoco en este caso de las contratas se deriva directamente del tenor de estas normas), si no se trata de normas sancionadoras, tales incumplimientos podrán tener otras consecuencias jurídicas (indemnizaciones por lesión del derecho de huelga, nulidad de

---

<sup>10</sup> Con relación a la diferenciación entre eficacia y efectividad de la huelga, véase Escribano Gutiérrez, 2017, pp. 196-198.

eventuales despidos, etc.) pero, si no se han tipificado y calificado previamente por el legislador (principio de legalidad y tipicidad) como infracciones administrativas específicas, acompañando la fijación de los criterios concretos para determinar la sanción asociada y su graduación, la autoridad laboral no puede fundamentar su actividad sancionadora, sin más, en la pretendida vulneración del derecho de huelga con base en preceptos tan genéricos como el art. 28.2 CE, el art. 4.1. e) ET o similares.

Desafortunadamente, nuestra –ya no tan corta– historia democrática da la impresión que no ha sido suficiente para que los principios constitucionales que limitan las actuaciones de los poderes públicos en garantía de los derechos de los ciudadanos estudiados en este trabajo (amén de otros menos directamente relacionados con esta materia pero igualmente relevantes) se hayan aprehendido o asimilado profundamente en el seno de nuestras instituciones públicas, manteniéndose cierta tendencia al cumplimiento prioritario de los objetivos fijados para los organismos correspondientes, bajo criterios de justicia material y/o con simple ánimo recaudatorio, en muchos casos, posiblemente, prescindiéndose del fundamento jurídico formal adecuado (y necesario), con el consiguiente riesgo de arbitrariedad y abuso de derecho (o de poder, más bien en estos casos), que sería inaceptable en el marco de un Estado de Derecho.

Si bien lo cierto es que, en los casos aquí analizados, no es posible afirmar rotundamente ni atribuir a la presencia de este ánimo o finalidades espurias como fundamento de la falta de rigor jurídico en el tratamiento de estas situaciones, puesto que la causa principal muy probablemente sea la indolencia del legislador para acometer una regulación del fenómeno huelguístico completa, moderna y formalmente ajustada a la CE. De modo que, mientras no se disponga de este tipo de normativa, lo justo es reconocer que no podrá determinarse certeramente si este recurso a preceptos no sancionadores (a la extensión analógica del contenido de los sancionadores) por parte de la autoridad laboral (y sus confirmaciones por el poder judicial) es la causa o la consecuencia.

#### *4.4. La STSJ (Comunidad Valenciana) de 23 de mayo de 2023 (Rec. 330/2023)*

Al hilo de las últimas reflexiones realizadas al finalizar el subapartado anterior sobre la falta de rigurosidad jurídica en este tipo de actuaciones administrativas sancionadoras (y, en determinados casos, en las subsiguientes en sede judicial), resulta muy oportuna esta reciente sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 23 de mayo de 2023. Pues, en ella, se resuelve sobre un supuesto esquirolaje estimado por la sentencia de instancia sin que, pese a derivarse de hechos reflejados en acta de la ITSS, la empresa en cuestión hubiera sido sancionada por virtud de la misma, y pese a que, adicionalmente, por la

STSJ termina por establecerse que, ni en el acta de la ITSS, ni en los hechos probados de la sentencia impugnada, consta un solo caso de sustitución de un trabajador huelguista (que debe ser de la propia empresa<sup>11</sup>) por una empresa externa o un autónomo.

De esta sentencia de suplicación se deriva que lo único que parecía desprenderse del acta es que la empresa demandada *Transportes Alonso Salcedo S.A. (TAS)* siguió subcontratando viajes durante la huelga (que no fue por jornadas completas, sino que consistió en paros parciales de unas horas durante dos días a la semana), pero no con nuevos autónomos o empresas externas que no colaborasen con ella de forma habitual antes de la huelga, sino que, simplemente, siguió contratando en un “promedio similar”.

Esta STSJ acepta las argumentaciones de la empresa al entender que esto, por sí solo, no implica que realizase actos de esquirolaje, pues no quedó acreditado que los huelguistas fueran sustituidos por otros trabajadores, ni extraños a la empresa ni de su propia plantilla. Y, por ello, no se demostró que el derecho fundamental de huelga se vulnerase, porque este derecho garantiza que los huelguistas puedan realizar los paros sin ser sancionados por ello (lo que así fue), pero “no asegura su éxito, ni en el logro de los objetivos pretendidos, ni en el de conseguir el cese total de la actividad empresarial” (STS de 4 de julio de 2000, Rec. 75/2000).

En línea con esto último, se puso de relieve la petición de la empresa apoyando una ponderación del contenido y los límites de dos derechos constitucionales en presencia, como son el derecho fundamental de huelga, consagrado en el artículo 28.2 CE, pero también el de libertad de empresa, que se reconoce en el artículo 38 del mismo texto legal, y que se consideró vulnerado por el fallo de la sentencia impugnada al pretender que, fuera de los días de paros, la empresa *TAS* no pudiera seguir con su actividad normal y ordinaria, incluso incrementarla, si así se lo pedían sus clientes y tenía capacidad productiva para hacerlo, lo que incluía, no solo la realización de transportes con su propio personal, sino también con las empresas externas y trabajadores autónomos habituales con los que venía colaborando desde hace años.

#### *4.5. Otras sentencias de interés tangencial*

##### *4.5.1. La STSJ Andalucía (Contencioso-administrativo) de 29 de febrero de 2000 (Rec. 2762/1997)*

En este supuesto, el TSJ estima el recurso interpuesto y anula la resolución impugnada por ser contraria a Derecho, recordando –en coherencia con los criterios defendidos en este trabajo– la importancia que, en el orden administrativo sancionador, presenta el

---

<sup>11</sup> Por otro lado, llama poderosamente la atención que la sentencia se refiera con tal contundencia a la necesidad de que la sustitución afecte a trabajadores de la propia empresa, cuando –como hemos comprobado en diversos pronunciamientos judiciales anteriores estudiados– ni siquiera este dato parece ya importar demasiado, puesto que, a través de distintas posibilidades, sin demasiados ambages, se imputa responsabilidad en cuanto al esquirolaje a terceras empresas que no son las empleadoras de los huelguistas.

principio de tipicidad, de modo que, como puso de relieve la STC 127/1990, la descripción del hecho o conductas constitutivas de infracciones administrativas debe ser lo suficientemente precisa como para que quede asegurada la función de garantía del tipo, esto es, de ellos se debe desprender con la máxima claridad posible cuál es la conducta prohibida (STC 159/1986).

Asimismo, la sentencia contiene una referencia al principio de culpabilidad –también abordado en este estudio– como otro elemento esencial del Derecho administrativo sancionador, que ha de considerarse como elemento estructural básico de la infracción administrativa. No puede, pues, existir reproche sancionador sin un previo reproche de culpabilidad, al estar desterrada la responsabilidad objetiva del «ius puniendi» estatal, sin que el Derecho administrativo sancionador sea más que una manifestación de aquél. No bastaría, pues, con la constatación de que el día de la huelga fueron o estaban contratados un importante número de trabajadores, sino que hubiera resultado preciso acreditar que dichas contrataciones se hicieron con el propósito buscado de sustituir a los trabajadores en huelga; lo que –según la sentencia– de modo alguno se desprende de la conducta empresarial, lo que en todo caso hace surgir la duda que dado el ámbito en el que nos movemos (sancionador) ha de resolverse a favor del imputado.

El valor de esta sentencia a efectos del presente estudio, si bien sólo está marginalmente relacionada con el objeto del mismo pues no se refiere a contratación mercantil con otras empresas durante la huelga, reside en la importancia de clarificar que el esquirolaje como tal no sólo se define por las características del procedimiento de sustitución empleado (externo, interno, etc.) sino que, resulta fundamental –y condición *sine qua non*– la verificación de la finalidad o propósito de sustitución de los trabajadores huelguistas quedando fuera de la noción esquirolaje y, por tanto, del tipo jurídico sancionable aquellas otras manifestaciones que no compartan estas finalidades de sustitución.

En un sentido parecido, la doctrina (García-Perrote Escartín, 2005, p. 37; García Murcia, 2014, p. 109) ha acudido a la STC 66/2002, la cual admite la contratación de ocho nuevos trabajadores durante la huelga, estableciendo una doctrina favorable a la continuidad de la gestión empresarial durante la misma, que incluiría la contratación de estos nuevos trabajadores, si se acredita que obedece a causas extrañas al ejercicio del derecho fundamental, como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa y no para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo.

Si esto es admisible respecto de la contratación directa de trabajadores por la empresa en huelga, con mayor razón debería aceptarse como principio general (por virtud de la libertad de empresa reconocida en el art. 38 CE) la posibilidad de contratar con empresas ajenas, tanto por la empresa en huelga como, en su caso, por sus clientes o comitentes, sin ser sancionados por ello, cuando de lo que se trata es de dar continuidad al negocio empresarial y siempre que tal contratación mercantil no tenga por objeto la cesión directa de trabajadores (ya sea mediante ETs o, si se prescinde de ellas, por cesión ilegal de trabajadores).

#### 4.5.2. La STS (Sala 3ª) de 18 de septiembre de 1997 (Rec. 12078/1991)

La sala de lo contencioso-administrativo del TS en sentencia de 18 de septiembre de 1997 (Rec. 12078/1991) entendió que no concurría la infracción laboral muy grave actualmente tipificada en el art. 8.10 de la LISOS, en los casos de asunción de tareas por el propio empresario, por otros socios de la empresa o por personas de su entorno familiar (Pedrajas Moreno y Sala Franco, 2008, p.6).

El asunto dilucidado en esta sentencia tuvo por objeto una resolución administrativa sancionadora por virtud de acta de infracción contra la estación de servicio de gasolinera *Vista Nevada, S.A.*, un día de huelga a nivel nacional en el sector de gasolineras, por encontrarse en el centro de trabajo un hijo de un socio y un socio de la sociedad, expendiendo gasolina.

La sentencia resuelve, resumidamente, que es indudable que el artículo 6.5 del RDLRT prohíbe al empresario sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a su organización a lo largo de la duración de la huelga (salvo que se desatendiese el cumplimiento de los servicios a que ese refiere el apartado 7 del mismo artículo) y que, con esa prohibición, se persigue evitar el fracaso práctico de una huelga legal. Pero eso no quiere decir, sin embargo, que cualquier tipo de actividad laboral desempeñada por persona ajena a la plantilla signifique incurrir en la prohibición aludida.

Pues, además, hay que valorar que art. 6.4 RDLRT ordena respetar la libertad de trabajo de aquellos operarios que, formando parte del personal de la empresa, no quisieron sumarse a la huelga; y, en segundo término, concede la razón a la sentencia apelada en cuanto a que cabe extender esa misma facultad a la persona misma del empresario, puesto que ningún precepto le prohíbe asumir voluntariamente el desempeño de la tarea laboral respectiva, siempre y cuando se respete la prohibición de sustituir a los trabajadores de plantilla por otros que no estuviesen vinculados a la empresa: “Sostener lo contrario implicaría tanto como respetar la libertad laboral de cualesquiera trabajadores asalariados, mientras se negaba el derecho del empresario a asumir por sí mismo la tarea propia de la empresa que regenta”. Y, asimismo, la sentencia concluye que cabe extender esta misma consideración cuando la facultad que se acaba de mencionar se ejerce —en caso de persona jurídica titular de la empresa— a través de los socios miembros de la misma, o de sus familiares de grado más próximo. En este último sentido, se considera que las esporádicas actividades realizadas por las dos personas cuya presencia motivó el levantamiento del acta, no pueden ser encuadradas en el ámbito de relación laboral de clase alguna. Incluso en el caso del socio de *Vista Nevada, S.A.* quedó acreditado que se trata de un trabajador con industria propia, afiliado como autónomo a la Seguridad Social, con lo que toda posible relación laboral con la empresa de la que resulta condueño —siquiera fuese esporádica— no resulta verosímil, y sí resulta, por el contrario, innegable su derecho como copropietario de la gasolinera de asumir por libre decisión la realización de las tareas propias del servicio propio de la misma.

La conclusión, pues, para esta sentencia es clara: “La prohibición que el último de los preceptos indicados consagra ha de ser interpretada dentro de su recto sentido: no

cabe sustituir por otros a los trabajadores en huelga; pero, de la misma manera que no se puede privar a aquellos trabajadores que decidan no sumarse a ella de su derecho a continuar trabajando (artículo 6.4 de la misma disposición), tampoco se puede considerar como infractor al empresario individual o colectivo que suple con su actividad, desinteresada económicamente, la labor de los huelguistas, o que apela a los servicios benévolos de sus familiares inmediatos”.

Bajo mi punto de vista, de esta sentencia del TS cabe destacar el hecho de que el dato clave que sobresale en su fundamentación jurídica como relevante, a efectos de integrar la definición de lo que por esquirolaje sancionable deba entenderse, es que las personas sustituyentes han de poder ser encuadradas en el ámbito de una relación laboral que las una a la empresa en huelga. De hecho en el caso del socio de *Vista Nevada, S.A.* el hecho de que quedara acreditado que se trataba de un trabajador con industria propia, afiliado como autónomo a la Seguridad Social, excluyendo “toda posible relación laboral con la empresa de la que resulta condueño –siquiera fuese esporádica–”, determinó la imposibilidad de aplicar la prohibición de esquirolaje a este supuesto. A mi juicio, por esta misma *ratio decidendi*, a mayor abundamiento, si la consideración de un socio de la propia empresa afectada por la huelga como autónomo con industria propia, excluye que su actividad pueda considerarse constitutiva de esquirolaje, con mayor razón habría que considerar que no puede admitirse la figura del esquirolaje, ni –por ende– su sanción, cuando de lo que se trata es de contrataciones mercantiles con personas jurídicas o físicas (autónomos) que no forman parte de la empresa en huelga.

Sin duda podrá aducirse en contra que la sentencia comentada es ya antigua y que podría entenderse superada por la evolución jurisprudencial de la que a lo largo de este estudio se ha ido dando cuenta, pero lo cierto es que el contenido normativo de los preceptos sancionadores que regulan esta materia –como tantas veces ha sido denunciado– no ha sido todavía actualizado y, siendo –en lo fundamental– los mismos mandatos legales los vigentes, sin perjuicio de los ajustes o adaptaciones necesarios (por ejemplo, la existencia de las ETT desde 1994), quizás sería conveniente –a la vista del desbarajuste jurisprudencial expuesto– no distanciarse demasiado de los criterios originales básicos que sirvieron para resolver estos casos.

## 5. Reflexiones finales

Como hemos visto, de los arts. 9.3, 24 y 25 de la CE se desprenden una serie de principios formales y materiales que han de guiar la labor del legislador en general y, en particular, en el ámbito administrativo-sancionador y penal, delimitan el alcance de las actuaciones de las Administraciones públicas y las de los jueces y tribunales en su tarea aplicativa del Derecho.

Concretamente, los principios de legalidad, culpabilidad/responsabilidad y, en especial, el de tipicidad están al servicio de la seguridad jurídica en una materia tan sensible

para los derechos de los ciudadanos e inciden y determinan los criterios a implementar a través de las técnicas legislativas a emplear en la redacción de las normas.

Pese a la radical importancia de estas cuestiones en el marco de un Estado democrático de Derecho, en el que ha de primar el imperio de la Ley y la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a todo género de eventuales actuaciones arbitrarias por parte de los poderes públicos, llama poderosamente la atención que la propia Ley, y en concreto la norma más paradigmática y ejemplificativa a estos efectos como es nuestro Código Penal, en su art. 315, con potencialidad, incluso, para limitar la libertad misma del individuo (penas de prisión de hasta dos años –o tres años, si media coacción–), limite su esfuerzo de concreción y tipificación del supuesto de hecho punible a una redacción tan genérica como: “Serán castigados (...) los que mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impidieren o limitaren el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga”.

Como consecuencia de una redacción tan amplia se abren dos posibilidades principales: O bien, en caso de aplicación del precepto, queda en manos de los criterios de equidad del juez o tribunal la ponderación de las concretas conductas a enjuiciar, emergiendo seriamente el riesgo de arbitrariedad, o bien, ante semejante reto para la interpretación, concreción y aplicación de un mandato legal tan genérico, con tan trascendentes consecuencias potenciales, se termina por rehusar su aplicación convirtiéndose, de facto, en una norma meramente declarativa o enunciativa, pero de nula o escasa relevancia práctica. Es, más bien, esto último lo que está ocurriendo, en el ámbito penal, con el precepto comentado.

Sin embargo, en el ámbito administrativo sancionador, el resultado de estas mismas deficiencias en cuanto a la técnica legislativa empleada en concurrencia con la falta de rigor en la aplicación del principio de tipicidad en el desarrollo de sus actuaciones sancionadoras por parte de la Administración Laboral es justo el contrario, pues deriva en una amplificación inaceptable de las posibilidades sancionadoras del texto de los preceptos legales que sustentan estas actividades. Esto ha llevado a que sean objeto de sanción tanto conductas que, aun tipificadas legalmente en art. 8.10 LISOS, no coinciden con las prohibidas por la literalidad del art. 6.5 RDLRT, como otros supuestos de hecho (como el denominado esquirolaje organizativo o comercial) a los que no se refieren expresamente ni uno ni otro precepto, con la aquiescencia de nuestros jueces y tribunales.

Así, como se deriva de lo expuesto en este estudio, la insuficiente e imprecisa regulación del régimen legal vigente de infracciones y sanciones en materia de esquirolaje (art. 8.10 y 19.3.a LISOS) y las incoherencias con el precepto de la norma preconstitucional (6.5 RDLRT) que regula su régimen sustantivo, tiene como consecuencia no sólo deficiencias en cuanto al tutela del derecho fundamental de huelga, sino, lo que es peor, provoca, además, que la actuación administrativa sancionadora, con el beneplácito del poder judicial, trate de compensar tales carencias penalizando supuestos de hecho que se sitúan más allá de los límites que se derivan del tipo legal descrito en tal norma sancionadora, obviando los condicionantes que la CE impone en este ámbito en garantía del respeto de los derechos de los ciudadanos y, en particular, el principio de tipicidad.

La situación actual descrita, tal vez, se hubiera podido evitar, en junio de 1992, en el *Proyecto de Ley Orgánica de Huelga y de Medidas de Conflicto Colectivo* (BOCG, Congreso de los Diputados, nº 87-1, de 1 de junio de 1992) o, posteriormente, en noviembre del mismo año, cuando se pactó con las organizaciones sindicales más representativas, UGT y CC.OO., un nuevo texto con importantes modificaciones, el cual no contó con el beneplácito de CEOE. Pero, finalmente, tras haber sido aprobado ya por el pleno del Senado, también este nuevo intento quedó frustrado, por la disolución anticipada de las Cortes Generales en 1993, pocos días antes de la fecha en que estaba prevista la votación definitiva en el Congreso de los Diputados<sup>12</sup>.

Transcurridas más de tres décadas desde los proyectos frustrados mencionados, seguimos teniendo ante nosotros una oportunidad para tratar de alcanzar soluciones –a ser posible, más adecuadas y profusas que las que se proponían en aquéllos sobre este particular– que puedan remediar de manera óptima los problemas planteados en este trabajo, en el caso de que se abordara la necesaria aprobación de una futura Ley Orgánica de Huelga. Cabe esperar que dicha norma, algún día, albergue una regulación que delimite con precisión –en palabras de Grau Pineda, 2021– los difusos contornos de la prohibición de esquirolaje y, en su caso, incorpore un contenido nuevo acorde en su régimen sancionador, o bien, inste la modificación del actualmente vigente en la LISOS, pero conduciendo, en cualquier caso, a una tipificación más concreta, coherente y actualizada de los supuestos sancionables.

Por estos y otros problemas jurídicos perentorios, relacionados no sólo con el ejercicio del derecho fundamental de huelga sino –como hemos visto– también con la garantía de los derechos de los ciudadanos en el marco de un Estado democrático de Derecho, sería deseable que el legislador acometa, por fin, con responsabilidad y determinación, la tarea que, en 1978, le encomendó el art. 28.2 de nuestra Constitución.

## 6. Bibliografía

- ESCRIBANO GUTIÉRREZ, Juan. El derecho de huelga en el marco de la descentralización empresarial. *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 110, 2011, 195-206.
- ESCRIBANO GUTIÉRREZ, Juan. Derecho de huelga, ius variandi y esquirolaje tecnológico. *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 139, 2017, 217-228.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio. Derecho de huelga y libertad de empresa. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 5, 2005, 13-54.
- GARCÍA MURCIA, Joaquín. Huelga y conflicto colectivo de trabajo. En AA.VV., García Murcia, J. (coord.), *El sistema español de relaciones laborales a la altura del siglo*

---

<sup>12</sup> Vid. los interesantes comentarios al régimen sancionador de estos Proyectos en Rivero Lamas (1993, pp. 146-147).

- XXI: Representación en la empresa, negociación colectiva, huelga y conflicto colectivo de trabajo: Jornadas*. Ed. Gobierno del Principado de Asturias, 2014, 71-122.
- GÖERLICH PESET, José María. Ejercicio del derecho de huelga en el contexto de la descentralización productiva. *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial. XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018 / coord. por Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 1, 2018, 175-201.
- GRAU PINEDA, Carmen. *Los difusos contornos de la prohibición de esquirolaje*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.
- GRAU PINEDA, Carmen. Sobre el impacto de la huelga en las contrataciones o del por qué la regulación española del derecho de huelga no responde a las necesidades de las relaciones laborales del siglo XXI. *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de seguridad social (REJLSS)*, 4, 2022, 208-230.
- PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás. Miscelánea jurisprudencial sobre el recurso al esquirolaje externo e interno por parte de la empresa durante la huelga. *Boletín Laboral Abdón Pedrajas*, 2008.
- PONS CARMENA, María. *Manual de Derecho Administrativo Laboral*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2022.
- RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan Manuel. Sustitución de huelguistas en supuestos de contrataciones y de empresas de trabajo temporal. *Actualidad laboral*, 6, 2014, 3.
- RIVERO LAMAS, Juan (1993). Infracciones y sanciones laborales y regulación de derecho de huelga: criterios jurisprudenciales y proyectos de reforma. *Proyecto Social: Revista de relaciones laborales*, 1, 1993, 143-188.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana. La potestad sancionadora de la Administración en el ámbito laboral. *Documentación Administrativa*. (282-283: Ejemplar dedicado a: La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas II), 2009, 199-239.
- VICENTE PALACIO, María Arántzazu. Esquirolaje en supuestos de externalización empresas pertenecientes al mismo grupo empresarial (STS, Sala Social, de 3 de octubre de 2018 (Rcud. núm. 1147/2017)). *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, 2, 2019, 1-10.