

**LA SUSTITUCIÓN DE LOS TRABAJADORES HUELGUISTAS
COMO FORMA DE EVITAR LOS PERJUICIOS OCASIONADOS POR LA
HUELGA. UNA VISIÓN COMPARADA DEL ORDENAMIENTO
JURÍDICO ESPAÑOL E ITALIANO**

*[THE REPLACEMENT OF STRIKERS AS A WAY OF AVOIDING
DAMAGES CAUSED BY STRIKE. A COMPARATIVE VIEW ABOUT SPANISH
AND ITALIAN JURISPRUDENCE CODES]*

Jesús Antonio Bécares Guerra

Fecha de aceptación: 31 de enero de 2013

Fecha de aceptación: 10 de febrero de 2013

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN.- 2. LA SUSTITUCIÓN DE LOS TRABAJADORES HUELGUISTAS EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. EL ESQUIROLAJE.- 3. LA SUSTITUCIÓN DE LOS TRABAJADORES HUELGUISTAS EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO. *IL CRUMIRAGGIO*.

Contents: 1. INTRODUCTION.- 2. THE REPLACEMENT OF STRIKERS IN THE SPANISH LEGAL ORDER. THE STRIKEBREAKING.- 3 THE REPLACEMENT OF STRIKERS IN THE ITALIAN LEGAL ORDER. IL CRUMIRAGGIO.

Resumen: El derecho constitucional y fundamental de huelga impone al empresario la obligación inevitable de soportar los perjuicios que su ejercicio legítimo conlleva. Sin embargo, es posible que la parte patronal, en uso de otras facultades igualmente legítimas, active mecanismos destinados a reducir los efectos negativos provocados sobre su actividad productiva, sin que ello, necesariamente, suponga un atentado contra el derecho de huelga. En las páginas siguientes se estudian las posiciones legislativas, jurisprudenciales y doctrinales alcanzadas en el ordenamiento jurídico español e italiano sobre la figura del esquirolaje, sus posibles variantes y los criterios para su adecuada utilización por el empresario.

Abstract: The constitutional and basic right of strike imposes to the business owner the inevitable obligation of standing prejudices that its legitimate development entails. However, it's posible that the management, using any other legitime authority, stimulates mechanisms in order to reduce the negative effects prompted on its productive activity, and it doesn't necessarily mean to attempt against the right of strike. The following pages study legislative, jurisprudence

and doctrinal researches in spanish and italian law about the strikebreaking, its different kinds and the criteria for its right use by the business owner.

Palabras Clave: *huelga, esquirolaje, facultades empresariales, movilidad funcional*

Keywords: *strike, strikebreaking, business authority, functional mobility*

* * *

1. INTRODUCCIÓN

El derecho de huelga, en cuanto derecho fundamental, requiere de una protección que resulte lo más eficaz posible. En consecuencia con este objetivo primordial, no bastará con garantizar la abstención colectiva de los trabajadores, sino que será necesario proteger el ejercicio del derecho frente a cualquier injerencia encaminada a impedirlo, entre las cuales cabe destacar el uso torticero de ciertas facultades o poderes que el ordenamiento jurídico otorga al empresario.

No obstante, la colisión directa que encuentra este derecho con otras figuras claves dentro del ordenamiento jurídico-laboral, como el poder de dirección ordinario o *ius variandi* reconocido al empresario en el art. 20 Estatuto de los Trabajadores (ET) y las facultades inherentes a su ejercicio, así como el derecho a la libertad empresarial del art. 41 Constitución Italiana (CI), ha hecho que esta figura se enfrente a un intenso debate doctrinal y jurisprudencial, el cual, muy probablemente, no haya llegado a su fin.

2. LA SUSTITUCIÓN DE LOS TRABAJADORES HUELGUISTAS EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. EL ESQUIROLAJE

El esquirolaje, “expresión peyorativa nacida para aludir al obrero que se presta a realizar el trabajo abandonado por un huelguista”¹, es una medida vetada por el art. 6.5 Decreto Ley de Relaciones de Trabajo (DLRT) cuando dispone que “en tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma salvo en caso de incumplimiento de las obligaciones”. Tal prohibición ha existido desde los primeros tiempos de la libertad de huelga² y ha tenido como principal finalidad garantizar la eficacia del ejercicio del derecho, claramente menoscabada de permitir la libre contratación o reemplazo para neutralizar sus efectos³.

Sin embargo, y aun cuando el art. 6.5 DLRT establezca una evidente limitación a la facultad organizativa del titular de la unidad productiva, la doctrina,

¹ STCo 123/1992, de 28 de septiembre. Sobre el concepto, SANTANA GÓMEZ, A.: *El régimen jurídico de los trabajadores no-huelguistas*, Civitas (Madrid, 1993), pág. 30.

² BAYLOS GRAU, A.: “Continuidad de la producción o del servicio y facultades empresariales en casos de huelga”, en AA.VV. (BAYLOS GRAU, A., Coord.): *Estudios sobre la huelga*, Bomarzo (Albacete, 2005), pág. 92.

³ VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *Antisindicalidad y relaciones de trabajo (Un estudio de la conducta antisindical en la empresa)*, Civitas (Madrid, 1994), pág. 379.

desde su implantación, ha tenido disparidad de opiniones en cuanto a su alcance. Por un lado, ciertos sectores consideraron que la garantía del derecho de huelga limitaba fuertemente los poderes de actuación empresarial, quedando en un papel meramente pasivo y no beligerante ante el desarrollo de la huelga⁴ y susceptible de ser utilizada cuando resultara estrictamente indispensable para garantizar el derecho al trabajo de quienes optaran por no adherirse a la huelga⁵. Otros, por el contrario, apreciaban la necesidad de reconocer a la empresa cierta capacidad de reacción para no permanecer quieta ante una situación irregular y, con ello, adoptar cualquier diligencia dirigida a mantener un nivel de actividad lo más normal posible⁶, pues “no hay precepto alguno que prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa, para atenuar las consecuencias de la huelga”⁷.

Esta discusión fue resuelta --al menos en parte-- por el Tribunal Constitucional al afirmar que la preeminencia del derecho de huelga produce “el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial”. En consecuencia --y éste es el elemento relevante para el Alto Tribunal--, no podrán realizarse, por parte del empresario, actividades dirigidas a “intentar reducir o privar de efectividad el ejercicio de tal derecho fundamental”⁸.

Aunque una primera lectura del precepto parece ofrecer una regla imperativa y clara, sin más excepción que el incumplimiento de los servicios de

⁴ ALONSO OLEA, M.: “La regulación actual del derecho de huelga”, *REDT*, núm. 7, 1981, pág. 294; MOLERO MANGLANO, C.: *Derecho sindical*, Dykinson (Madrid, 1996), pág. 699; SALA FRANCO, T.: “Problemas jurídicos del trabajador no huelguista”, *AL*, núm. 1, 1984, pág. 108.

⁵ CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Derecho de huelga y sustitución de trabajadores huelguistas. Límites jurídicos al *ius variandi* del empresario”, *La Ley*, T. II, 1993, pág. 1025.

⁶ ALONSO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho del Trabajo*, Ariel (Barcelona, 1987), pág. 690.

⁷ STS 4 julio 2000 (RJ 6289). Siendo el cierre patronal el único instrumento reconocido a la empresa para frenar los perjuicios de la huelga, y tratándose de una medida mucho más gravosa que la sustitución de los huelguistas, cualquier otro arma de defensa no ilegítima puede ser empleada para atenuar los daños derivados del conflicto, GARCÍA NINET, J.I. y GARCÍA VIÑA, J.: “Algunas consideraciones acerca del esquirolaje interno y externo, así como ciertas medidas empresariales (algunas curiosas) para reducir los efectos de la huelga”, *AS*, núm. 5, 1997, págs. 645 a 674.

⁸ STCo 123/1992, de 28 de septiembre. En la doctrina, sobre la preeminencia del derecho de huelga, MARTÍNEZ SOSPEDRA, M.: “Posición preeminente de los derechos fundamentales. El caso del derecho de huelga (Nota a la STCo 123/1992, de 28 de septiembre)”, *TSo*, núm. 27, 1993, pág. 104; GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R.: “Algunas reflexiones sobre el ‘esquirolaje interno’ (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1992, de 28 de septiembre)”, *REDT*, núm. 62, 1993, pág. 977; LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: “La sustitución interna de los huelguistas: no huelguistas y esquirolas (A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de septiembre de 1992)”, *TL*, núm. 27, 1993, pág. 121.

seguridad y mantenimiento⁹, en la práctica su aplicación puede plantear numerosos problemas¹⁰. De hecho, la interpretación de la norma no ha tenido una única dirección. Para cierto sector doctrinal¹¹ y algunos pronunciamientos judiciales¹², atendiendo a la literalidad del precepto, el DLRT prohíbe expresa y únicamente las sustituciones externas de trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la huelga, debiendo quedar fuera del mandato aquellas realizadas con otros pertenecientes a la empresa a su inicio. Por el contrario, otra corriente considera inaceptable una visión restrictiva y apuesta por una interpretación sistemática y teleológica a fin de proteger y privilegiar el contenido esencial del derecho de huelga¹³ ante una valoración de los intereses contrapuestos¹⁴.

Aun cuando el DLRT rechace esa utilización del esquirolaje externo, ha llegado a ser admitida tal posibilidad si el propósito buscado no es el de sustituir a los trabajadores huelguistas y menoscabar la eficacia de la huelga¹⁵. Según la Jurisprudencia constitucional, “no se llega a ese resultado tras examinar las contrataciones indicadas en sí mismas consideradas, ni tampoco su regularidad causal en un plano de legalidad, sino analizándolas desde su eventual afección al derecho de huelga, esto es, atendiendo al menoscabo que podría, en su caso y a su través, haberse causado en aquel derecho. Es palmario que la realización de los nuevos contratos de trabajo no influyó ni en la celebración de las huelgas convocadas ni en sus efectos. En primer lugar, se observa que éstas se

⁹ GARCÍA NINET, J.I. y BALLESTER PASTOR, I.: “Los servicios de seguridad y mantenimiento en la empresa en los casos de huelga: regulación actual y proyectos de reforma (¿fallida?)”, *TSo*, núm. 31, 1993, pág. 34. Aunque podría incluirse también como excepción la ilegalidad de la huelga, pues según la Jurisprudencia en tal caso el empresario no quedará afectado por la prohibición de contratar esquiroleros externos, STS, Cont.-Adm. Tivo., 23 octubre 1987 (RJ 6908).

¹⁰ GARCÍA NINET, J.I. y GARCÍA VIÑA, J.: “Algunas consideraciones acerca del esquirolaje interno y externo, así como ciertas medidas empresariales (algunas curiosas) para reducir los efectos de la huelga”, cit., págs. 645 a 674.

¹¹ DIÉGUEZ CUERVO, G.: “Sustitución ‘interna’ de huelguistas”, *REDT*, núm. 58, 1993, págs. 211 y ss. o ALZAGA RUIZ, I.: “La sustitución interna de los trabajadores huelguistas: un supuesto de vulneración del derecho de huelga”, *AS*, T. II, 2002, pág. 213.

¹² STCT 13 diciembre 1988 (RTCT 1989/613).

¹³ LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: “La sustitución interna de los huelguistas: no huelguistas y esquiroleros”, cit., pág. 118 o VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *Antisindicalidad y relaciones de trabajo*, cit., pág. 383

¹⁴ LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: “La sustitución interna de los huelguistas: no huelguistas y esquiroleros”, cit., pág. 124; GARCÍA NINET, J.I. y GARCÍA VIÑA, J.: “Algunas consideraciones acerca del esquirolaje interno y externo...”, cit., págs. 645 a 674; FERRANDO GARCÍA, F. M^a: *Los efectos de la huelga en el contrato de trabajo*, Aranzadi (Pamplona, 1999), págs. 265 y ss.; GOERLICH PESET, J.M^a: *Los efectos de la huelga*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1994), pág. 96; TAPIA HERMIDA, A.: “Derecho de huelga y sustitución de trabajadores huelguistas”, *RTSS*, núms. 341-342, 2011, pág. 202.

¹⁵ BAYLOS GRAU, A.: “Continuidad de la producción o del servicio y facultades empresariales en casos de huelga”, cit., págs. 92 y 93. Significativa la STSJ Navarra 28 enero 1994 (AS 25).

desarrollaron con independencia de la práctica contractual llevada a término, pues la misma no impidió el mantenimiento a los llamamientos a la cesación del trabajo, y no tuvo repercusiones, ni relevancia alguna, en las negociaciones abiertas con ocasión de la medida de conflicto... Y, finalmente, en el plano que poseería mayor enjundia en el presente asunto, las contrataciones tampoco representaron una fórmula torticera empleada contra los efectos de la medida de autotutela, entorpecedora y tendente a dejarla sin efecto por medio de una técnica de sustitución externa de los trabajadores huelguistas”¹⁶.

Dejando constancia de tal salvedad, la general prohibición del esquirolaje externo no sólo alcanza a aquellos supuestos en que el empresario, dentro de su libertad de contratación, decide directa y personalmente emplear a nuevos trabajadores para sustituir a los huelguistas, sino, también, cuando acude como empresa usuaria al contrato de puesta a disposición, pues así lo prevé expresamente el art. 8.a) Ley 14/1994, de 1 de junio, por el que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal¹⁷, lo cual pone de manifiesto la intención del legislado de limitar igualmente la contratación mercantil y, con ello, cualquier vía de escape¹⁸.

Es más, el 8.10 RD-Leg. 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, tipifica como infracción muy grave, “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” y, para supuestos extremos, el art. 315 Código Penal (CP) castiga con penas de prisión y multa a quienes “mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impidieren o limitaren el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga”.

¹⁶ STCo 66/2002, de 21 de marzo.

¹⁷ Pero incluso si no existiera ese precepto que impide los contratos de puesta a disposición con el fin de sustituir a trabajadores en huelga, dicho comportamiento sería ilegítimo al tratarse de una medida dirigida a romper la eficacia de la huelga, VIVERO SERRANO, J.B.: “Huelga atípica en un escenario de regulación convencional flexible del tiempo de trabajo y cesión de trabajadores a través de una ETT (Comentario a la STSJ del País Vasco 15 mayo 2007)”, *AS*, Vol. I, núm. 2, 2008, págs. 73 a 79. Sobre el asunto, CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal”, *DL*, núm. 44, 1994, pág. 37; GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: “Posición del trabajador ante la empresa de trabajo temporal y ante la empresa cliente: puntos críticos”, *AL*, T. III, 1994, pág. 540; VALDÉS DE LA VEGA, B.: *Las empresas de trabajo temporal*, Comares (Granada, 2001), págs. 73 y 74.

¹⁸ “Situándose fuera de los poderes tradicionales de dirección, control y contratación del empresario en el marco de la relación de trabajo, para desplazarse a la esfera de la organización de la empresa y sus facultades anejas”, BAYLOS GRAU, A.: “Continuidad de la producción o del servicio y facultades empresariales en casos de huelga”, cit., pág. 94.

Esa excepción delimitada por la referencia a “los casos justificados por el ordenamiento”, y en sintonía con la interpretación constitucional antes señalada, a buen seguro atiende al supuesto de huelga en servicios esenciales, en cuyo caso el incumplimiento de los servicios mínimos por los trabajadores designados ampara la sustitución, ya sea interna o externa¹⁹, aun cuando esta última variante ha sido cuestionada por --a nivel teórico-- la habitual extralimitación y ampliación de funciones con el fin de generar una apariencia normal de funcionamiento y por --desde un punto de vista práctico-- la dificultad de reclutar para tan cortos períodos de tiempo a personas con la formación y cualificación exigida para el puesto a cubrir²⁰.

Sin duda, el mayor debate viene propiciado por la admisibilidad del esquirolaje interno, toda vez que la norma sólo alude a “trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma”, pudiendo entender aceptada la sustitución mediante empleados ya pertenecientes a la unidad productiva y que presten servicios en otros centros, departamentos o secciones. Ello supone reconducir el discurso hacia el poder de dirección ordinario o *ius variandi* (art. 20 ET) y hacia las facultades de movilidad funcional o geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo (arts. 39, 40 y 41 ET).

Más allá del debate doctrinal²¹, los primeros pronunciamientos judiciales la consideraron lícita, incluso mediante operarios de distinta categoría profesional,

¹⁹ Pues la medida pretende garantizar los servicios mínimos y no sabotear la efectividad de la huelga, dando así preeminencia a los derechos fundamentales, libertades públicas y bienes constitucionalmente protegidos de los usuarios tienen sobre el derecho de huelga, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: *Los servicios esenciales como límites al derecho de huelga. (Apuntes sobre las soluciones ofrecidas por los ordenamientos británico y español)*, Universidad (León, 2006), pág. 213. En igual sentido, PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: “Miscelánea jurisprudencial sobre el recurso al esquirolaje externo e interno por parte de la empresa durante la huelga”, *Boletín Laboral Abdón Pedrajas*, Madrid, Octubre 2008, pág. 5 o TAPIA HERMIDA, A.: “Derecho de huelga y sustitución de trabajadores huelguistas” cit., pág. 201.

²⁰ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: *Los servicios esenciales como límites al derecho de huelga*. cit., pág. 213.

²¹ Rechazando el esquirolaje interno, ALONSO OLEA, M.: “La regulación actual del derecho de huelga”, cit., 294; SALA FRANCO, T.: “Problemas jurídicos del trabajador no huelguista”, cit., pág. 108; CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Derecho de huelga y sustitución de trabajadores huelguistas. Límites jurídicos al *ius variandi* del empresario”, cit., pág. 1025. A favor de admitirlo bajo el poder de dirección empresarial y el derecho al trabajo de quienes deciden no secundar la huelga, salvo cuando su finalidad sea exclusivamente antisindical o restrictiva de la huelga, TAPIA HERMIDA, A.: “Derecho de huelga y sustitución de trabajadores huelguistas”, cit., pág. 214; DIÉGUEZ CUERVO, G.: “Sustitución ‘interna’ de huelguistas”, cit., págs. 112 y ss.; SAMPEDRO CORRAL, M.: “Las consecuencias jurídicas de la huelga sus efectos y la responsabilidad derivada del su ejercicio”, en AAVV.: *Estudios sobre la huelga*, ACARL (Madrid, ACDCT, VOL. V (2013), ISSN: 1889-4224, PÁGS. 29-52

argumentando que, de lo contrario, “los no huelguistas quedarían privados de la posibilidad de trabajar en sus puestos de trabajo si se circunscribe la actividad a las propias de su categoría profesional”, máxime si los elegidos “aceptan de buen grado el cambio de su puesto de trabajo”²².

Por su parte, y zanjando la cuestión, el Máximo Intérprete Constitucional estimó que “no puede calificarse como lícita la sustitución de los trabajadores en huelga por otros de superior nivel profesional que no la habían secundado... El ejercicio de tal facultad cuando se utiliza como instrumento para privar de efectividad a la huelga, mediante la colocación de personal cualificado (en algún caso, con título universitario) en puestos de trabajo con una calificación mínima, deja inermes a los trabajadores manuales, cuya sustitución es fácil y puede privarles materialmente de un derecho fundamental, vaciando su contenido esencial. Aquí entra en juego el concepto de lo ‘social’ que significa una acción tuitiva del más débil o desvalido cuando surge un conflicto en el cual la prepotencia del contrario le haría siempre ser el perdedor, para conseguir así la igualdad real y efectiva de individuos y grupos, a la cual encamina el art. 9 de la Constitución y, con ella, la justicia”. Concluye el pronunciamiento afirmando que la “sustitución interna constituye el ejercicio abusivo de un derecho que en principio corresponde al empresario, el *ius variandi*, desde el momento en que su potestad de dirección se maneja con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico y en una situación conflictiva, no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo”²³. A *sensu contrario*, no se ejercerá de forma abusiva el poder de dirección o *ius variandi* cuando recurso no haya tenido “por finalidad desactivar la presión producida por el paro en el trabajo ni

1992), pág. 120; FERRANDO GARCÍA, F. M^a: *Los efectos de la huelga en el contrato de trabajo*, cit., pág. 95.

²² Y siempre que no “se vieran obligados a prestar servicios en tiempo superior a la jornada normal”, STCT de 13 de diciembre de 1988 (RTCT 1989/613).

²³ STCo 123/1992, de 28 de septiembre, y, en términos similares, STCo 18/2007, de 28 de junio. Precedentemente, por su claridad, STSJ Galicia 14 julio 2002 (AS 3863): “la posibilidad de sustitución establecida no puede ser entendida en términos tan omnicomprendidos que atenten al recíproco deber de lealtad y buena fe que perdura durante la huelga, pues la libertad de trabajar de los que no se sumaron a la huelga así como las facultades de dirección y control del empresario para organizar y planificar el trabajo con la mano de obra a su disposición no les autoriza a excluir con ello el típico efecto limitador de la huelga en la esfera de la libertad del empresario, vaciando de contenido este derecho fundamental... Una interpretación del precepto en el sentido más favorable a la eficacia del derecho fundamental, como ordena el art. 5.1 Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), obliga a entender que la prohibición de sustitución se refiere no sólo a trabajadores extraños a la empresa sino también a los que perteneciendo a su plantilla no desempeñen habitualmente las tareas propias de los huelguistas”. Por extenso, en la doctrina, GOERLICH PESET, J.M^a: “Ejercicio del derecho de huelga y poder directivo empresarial”, en AA.VV.: *Homenaje al profesor Juan García Abellán*, Universidad (Murcia, 1994), págs. 157 a 174 o FERRANDO GARCÍA, F. M^a: *Los efectos de la huelga en el contrato de trabajo*, cit., págs. 257 y ss.

proseguir con su normal actividad productiva, sino que implicó una medida objetivamente necesaria para mantener sus necesidades mínimas e imperiosas”²⁴.

Cabe entender, por lo tanto, que estas facultades reconocidas estatutaria o convencionalmente tienen por objetivo “atender suplencias corrientes y excepcionales, pero siempre en el ámbito de la regularidad y no en supuestos conflictivos... no debiendo ser utilizados como mero instrumento para dejar sin efectos la medida de presión convocada”²⁵. En consecuencia, cualquier utilización torticera encaminada a privar a la huelga de sus efectivos resultados (paralizar la prestación de servicios)²⁶, tendrá la consideración de ilegal, con independencia de que afecten a personal interno o externo de la empresa²⁷.

Ese criterio ha sido mantenido hasta la actualidad sin fisuras, tanto por el Tribunal Constitucional, como por los Tribunales ordinarios²⁸, “recordando que no sólo es contrario a ese derecho fundamental el esquirolaje externo (contratación de trabajadores ajenos a la empresa para sustituir a los huelguistas), sino también el interno, esto es, aquel que utiliza la movilidad funcional dentro de la empresa para cercenar la eficacia de la huelga... En consecuencia, la sustitución interna de huelguistas durante la medida de conflicto constituye un ejercicio abusivo del *ius variandi* empresarial, derecho que, con los límites legalmente previstos, corresponde al empresario en otras situaciones. Pero en un contexto de huelga legítima el referido *ius variandi* no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones; ya que, en tal caso, quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo”²⁹.

En cualquier caso, la prohibición de contratar a trabajadores para suplantar la actividad productiva desempeñada por los huelguistas podría ser plenamente útil para lograr su propósito en aquellos sistemas, hoy quizás arcaicos,

²⁴ STSJ Galicia 29 septiembre 2003 (AS 2004/817).

²⁵ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: *Los servicios esenciales como límites al derecho de huelga*. cit., pág. 212.

²⁶ BAYLOS GRAU, A.: “Continuidad de la producción o del servicio y facultades empresariales en casos de huelga”, cit., pág. 97.

²⁷ GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R.: “Algunas reflexiones sobre el ‘esquirolaje interno’”, cit., pág. 980.

²⁸ Por todas, y entre muchas otras, STS 8 mayo 1995 (RJ 3752) o SSTSJ Andalucía/Sevilla 16 diciembre 1992 (AS 6605) y 2 julio 1996 (AS 2607); Baleares 8 abril 1999 (AS 1525); Madrid 22 mayo 2009 (AS 1708); Cataluña 10 mayo 1999 (AS 6062) y 9 julio 2007 (AS 2673); o Navarra 31 diciembre 2003 (AS 1056).

²⁹ STCo 33/2011, de 28 de marzo, ampliamente abordada en TAPIA HERMIDA, A.: “Derecho de huelga y sustitución de trabajadores huelguistas”, cit., págs. 199 a 216.

en donde la organización productiva no permitía otra manera de evitar la pérdida generada por el paro. Sin embargo, la aparición de nuevas estructuras organizativas y formas de producción y, sobre todo, la incorporación de la tecnología, ha hecho que los efectos negativos pretendidos por la medida conflictiva queden atenuados mediante el empleo de nuevas fórmulas de gestión de la actividad empresarial durante el desarrollo de la huelga.

Ante esta situación, los Tribunales han elaborado una doctrina judicial que define los límites dentro de los cuales han de ser ejercitadas esas posibilidades, conforme queda expuesto en los siguientes párrafos³⁰.

-- Subcontratación con autónomos o terceras empresas.

Aunque del tenor literal del art. 6.5 DLRT, referido expresamente a la contratación de trabajadores dependientes y por cuenta ajena, cabría concluir la potestad de acudir a contratos de arrendamiento de servicios o de ejecución de obras con otras empresas o autónomos, no parece una solución lógica por contradecir el espíritu y la finalidad de la norma³¹.

Para los Tribunales encuentra perfecto acomodo en el tipo del esquirolaje externo, pues “la sustitución de los trabajadores en huelga resulta indiscutible, y dicha situación no cuenta con amparo legal adecuado, porque ateniéndonos a las tareas que venían realizando los trabajadores sustituidos, es evidente que se vació el contenido del derecho de huelga”³². En este sentido, se ha de considerar que, “aunque a primera vista pueda parecer que las decisiones empresariales relativas a la gestión económico-productiva de la empresa no se vinculan con la administración de la fuerza del trabajo, lo cierto es que en la medida en que en muchos casos son capaces de afectar al ingreso y a la posición del conjunto de trabajadores de la empresa, son también utilizables al lado de las motivaciones técnico-productivas aducidas, como una forma de presión o reacción antisindical” y, en definitiva, “no se puede vaciar el derecho fundamental de huelga mediante el

³⁰ “Prácticas frente a las cuales los Tribunales deben estar siempre alerta para evitar que por vías colaterales se llegue a resultados vulneradores del derecho de huelga”, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: *Los servicios esenciales como límites al derecho de huelga*, cit., pág. 208.

³¹ PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: “Miscelánea jurisprudencial sobre el recurso al esquirolaje externo e interno por parte de la empresa durante la huelga”, cit., pág. 5. En esta cuestión, la doctrina también ha estado dividida, existiendo quienes niegan la licitud de dicha medida, como SALA FRANCO, T. “El esquirolaje externo”, *AL*, núm. 1, 1984, pág. 163; y, por el contrario quienes la defienden, como MOLERO MANGLANO, C.: *Derecho sindical*, cit. 699.

³² STSJ Navarra 28 abril 1995 (AS 1351), comentada en ALTÉS TÁRREGA, J. A.: “La utilización de los poderes empresariales durante la huelga. A propósito de la sentencia del TSJ de Navarra de 28 de abril de 1995”, *RL*, T. II, 1996, págs. 508 y ss.

uso de los poderes de dirección empresariales, y que si bien la huelga ha de ajustarse a las exigencias normativas que encauzan su correcto ejercicio, a la empresa le está vetado adoptar una actitud que directa o indirectamente neutralice o incluso aminore los efectos materialmente perjudiciales que la legítima paralización del trabajo repercute”³³.

Por el contrario, el hecho de que los trabajadores de una empresa contratista ejerzan su derecho de huelga, no impide que la contratante trate de sustituir los servicios ofrecidos por la contratista acudiendo a otras empresas, toda vez que “los sujetos directamente concernidos en el derecho de huelga son los trabajadores y la empresa a la que aquellos se encuentran vinculados por el contrato de trabajo”³⁴. Así pues, “el derecho fundamental de huelga no incluye en su contenido el poder exigir de un tercero ajeno a la relación laboral entre empresa y trabajadores huelguistas que sufra también una reducción en su proceso productivo o en los servicios que presta”³⁵.

-- Trabajos realizados por familiares o a título de amistad, benevolencia o buena vecindad.

Alude el presente supuesto a la nada extraña práctica de buscar el auxilio temporal de familiares o allegados, en tanto vínculo excluido por el art. 1.3.d) y e) ET. El Tribunal Supremo dictaminó que “las esporádicas actividades realizadas... no pueden ser encuadradas en el ámbito de relación laboral de clase alguna... no 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”³⁶. No obstante, cabe apreciar que el fallo deriva de una infracción laboral y emana de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de tal forma que si el litigio hubiera sido planteado en otros términos ante la Sala Social, muy probablemente hubiera primado una interpretación finalista para resolver en sentido favorable al derecho de huelga³⁷.

-- Incremento de la productividad.

³³ STSJ Baleares 12 diciembre 1996 (AS 4062), analizada en SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Comentarios a la STSJ Baleares de 12 de diciembre de 1996”, AS, T. IV, 1996, págs. 2862 a 2864.

³⁴ STS 11 mayo 2001 (RJ 5205).

³⁵ STSJ País Vasco 4 julio 2000 (AS 2989).

³⁶ STS, Cont.-Adm.ivo., 18 septiembre 1997 (RJ 6387).

³⁷ Ampliamente, ARUFE VARELA, A.: “Sobre la sustitución de trabajadores huelguistas. A propósito de una Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª), de 18 de septiembre de 1997”, *AFDUDC*, núm. 3, 1998, págs. 623 a 626.

Otra de las alternativas consiste en la realización de horas extras antes o durante la huelga para mitigar sus efectos, lo que ha sido considerado como un comportamiento ilegítimo porque “lo que el legislador quiere es la protección del derecho consagrado, y éste puede sentirse afectado cuando el cometido, aun realizado fuera del período señalado, repercute sobre los trabajos propios de él, con la consiguiente limitación de sus efectos ciertamente perjudiciales”³⁸. Cuestión distinta sería si la empresa prevé, con anterioridad al conflicto, la necesidad de ampliar la contratación en la medida que, aun coincidiendo con la abstención colectiva, responda a una necesidad objetiva conocida previamente y no persiga perturbar la huelga³⁹.

-- Desvío de clientes a otras empresas.

La Jurisprudencia no considera que trasladar las demandas de sus clientes a otras empresas pueda suponer un ataque ilegítimo al derecho de huelga, pues “ciertamente este derecho acarrea perjuicios a la empresa, pero este mal no es la finalidad y el objeto de ella”. Por su parte “los sujetos directamente concernidos por el derecho de huelga son los trabajadores y la empresa a la que aquéllos se hallan vinculados por el contrato de trabajo, pero los clientes o público en general que gozan o se sirven de las prestaciones realizadas por la empresa, están completamente desvinculados del derecho de huelga”; lo contrario supondría “una manifiesta perversidad del derecho a tratar de perjudicar a terceros”⁴⁰. Sin embargo, no tendrá la misma consideración el desvío de pedidos o de la actividad a otros centros de producción, en tanto tal práctica tiene como efecto anestesiar el daño que ha de producir la huelga⁴¹.

-- Utilización de medios técnicos.

³⁸ STSJ Madrid 19 noviembre 1992 (AS 5709). IGLESIAS CABERO, M.: “Efectos del ejercicio del derecho de huelga”, en AA.VV.: *El nuevo régimen jurídico de la huelga y de cierre patronal*, CGPJ (Madrid, 1993), págs. 215 y 216.

³⁹ “El dato objetivo e irrefutable de que en septiembre se produce una mayor ocupación en el hotel que exige un mayor número de empleados que atienda esta eventualidad cíclica y cierta, tiene relación o vínculo alguno con el día de huelga; necesariamente se iban a producir como se había previsto con una antelación temporal que despoja de cualquier sospecha de intencionalidad a dichas contrataciones”, STSJ Andalucía/Sevilla, Cont.-Admtivo., 29 febrero 2000 (RJCA 915).

⁴⁰ STS 11 mayo 2001 (RJ 5202), comentada por LAHERA FORTEZA, J.: “La admisión del desvío de clientes a otras empresas durante una huelga: un salto cualitativo en la valoración jurisprudencial negativa del conflicto laboral (Comentario a la STS de 11 de mayo de 2001)”, *RL*, núm. 1, 2002, págs. 871 a 876.

⁴¹ STSJ Navarra 28 abril 1995 (AS 1351).

Específicamente con ocasión de conflictos en el sector de las telecomunicaciones, el Tribunal Supremo ha entendido que los medios tecnológicos no aminoran los efectos de la huelga al no existir sustitución de los trabajadores que la secundan⁴². Así, “la huelga es un derecho fundamental de los trabajadores amparado y reconocido por el artículo 28.2 de nuestra Constitución, pero no se impone el deber o la obligación de colaboración con los huelguistas en el logro de sus propósitos. La Ley veta la sustitución de los trabajadores huelguistas por trabajadores externos..., pero no hay precepto alguno que prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa para atenuar las consecuencias de la huelga. Si, a pesar de haberse efectuado, con los paros de los trabajadores que participaron en ella, las emisiones no fueron interrumpidas, sin que los huelguistas fueran sustituidos por otros trabajadores, ni extraños a la empresa, ni de su propia plantilla, el derecho fundamental no se ha vulnerado. Este derecho garantiza el que los huelguistas puedan realizar los paros sin ser sancionados por ello”⁴³. A mayor abundamiento, “se considera necesario subrayar que la utilización de una programación previamente grabada dentro de los horarios habituales de difusión, como medida alternativa a la programación en directo el día previsto para la huelga, de una parte, garantiza el ejercicio del contenido constitucional de este derecho, al posibilitar la reducción de la plantilla y medios técnicos disponibles, y de otra, hace efectiva la garantía del mantenimiento de los servicios públicos de radiodifusión y televisión cuya destinataria es la comunidad, haciendo efectiva la armonización entre el respeto al interés general de ésta en el mantenimiento de los servicios esenciales y el derecho fundamental de huelga”⁴⁴.

3. LA SUSTITUCIÓN DE LOS TRABAJADORES HUELGUISTAS EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO. *IL CRUMIRAGGIO*

El ordenamiento jurídico italiano guarda, respecto a la sustitución de los trabajadores huelguistas, notables diferencias con nuestro ordenamiento, derivadas,

⁴² STS 27 septiembre 1999 (RJ 7304). MARTÍN JIMÉNEZ, R.: “Sustitución virtual de trabajadores en huelga”, *RL*, núm. 1, 2000, págs. 797 y ss. o MORALO GALLEGO, S.: “El ejercicio de la huelga y el impacto de las nuevas tecnologías y la descentralización productiva”, en AA.VV. (MORALO GALLEGO, S., Dir.): *Derechos Colectivos*, T. III, CGPJ (Madrid, 2003), págs. 222 y ss.

⁴³ STS 4 julio 2000 (RJ 6289), glosada en BAYLOS GRAU, A.: “Pérdida de la función y eficacia de la huelga, especialmente en los sectores de la información y telecomunicación. A propósito de la huelga general de 20 de junio de 2002”, *RGDTSS* núm. 5, 2004, *Revista electrónica de Iustel*, apartados III y IV. En este mismo sentido, prácticamente reproduciendo su contenido, STSJ Extremadura 15 julio 2004 (AS 1862).

⁴⁴ STS, Cont.-Admtivo., 17 enero 2003 (RJ 1717). Ver comentarios a esta sentencia y anteriores en, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Derecho de huelga y libertad de empresa”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 5, 2005, págs. 39 y ss. También, sobre esta cuestión, STS 15 de abril de 2005 (RJ 4513).

sobre todo, de la posición que los derechos enfrentados, huelga y libertad empresarial, ocupan en la Carta Magna.

La doctrina italiana, tanto jurídica como científica, ha desarrollado una estructura, en cierta medida distinta a la diseñada en nuestro país. Así, el *crumiraggio*⁴⁵ --equivalente al esquirolaje y, más ampliamente, a cualquier actividad que reduce los efectos de la huelga-- puede tener una primera división entre su versión directa, en alusión a quienes voluntariamente deciden no adherirse a la huelga y continuar con su prestación de servicios en virtud del derecho de libertad sindical negativo reconocido por el art. 39.1 CI y de las garantías de igualdad social y derecho al trabajo del art. 4 CI⁴⁶, lícita a juicio de la doctrina⁴⁷, y su modalidad indirecta, entendiéndose por tal la sustitución de los trabajadores huelguistas por otros, dando lugar a una nueva variante que distingue entre el *crumiraggio* interno si aquellos pertenecían a la empresa en el momento de iniciarse el conflicto, o externo cuando se trate de personal ajeno contratado puntualmente.

En el ordenamiento italiano, el debate sobre la configuración jurídica de la sustitución de los trabajadores huelguistas tiene sus raíces en la naturaleza de los dos intereses contrapuestos, el derecho de huelga del art. 40 CI y la libertad de empresa e iniciativa económica del art. 41 CI, del que a su vez deriva el poder organizativo del empresario del art. 13 Estatuto de los Trabajadores Italiano (ETI)⁴⁸. Sin duda, el primero de ellos condiciona la posición jurídica del titular de la unidad productiva, pero la doctrina mayoritaria no lo lleva al extremo de impedir

⁴⁵ Término que etimológicamente proviene de la tribu árabe *Khrumir*, GUIDOTTI, F.: “Crumiraggio”, *ED*, XI, 1962, págs. 436 y ss. o BRUNETTI, G.M.: “Appunti sulle nozioni giuridiche di ‘picchetaggio’, ‘crumiraggio’ e ‘boicottaggio’ con riferimento all’esercizio del diritto di sciopero”, *MGL*, 1968, págs. 10 y ss.

⁴⁶ Aunque algunos autores consideran que esta forma de esquirolaje directo no puede vincularse a las libertades del art. 4 CI, como BRATTOLI, B.: “La Suprema Corte e il c.d. *crumiraggio*”, *MGL*, 1986, pág. 338.

⁴⁷ Entre muchos otros, SCOTTO, I.: *Il diritto di sciopero*, Italemi, (Roma, 1968), pág. 150; GALANTINO, L.: *Diritto sindacale*, 5ª ed., Giappichelli (Turín, 1995), pág. 231; CAMPANELLA, B.: “Gli effetti dello sciopero”, en AA.VV. (CARINCI, F., Dir.): *Diritto del lavoro*, Utet, (Turín, 1998), pág. 582; BRATTOLI, B.: “La Suprema Corte e il c.d. *crumiraggio*”, cit., pág. 336; GHEZZI, G.: “Il dovere di pace sindacale”, *RTDPC*, 1961, pág. 493.

No obstante, algunos autores discuten su legitimidad respecto de los trabajadores afiliados a las organizaciones sindicales que promueven la huelga, sobre quienes pesaría una verdadera y propia obligación jurídica de participar en la huelga, MORTATI, C.: “Il lavoro della Costituzione”, *DLAV*, núm. 149, 1954, pág. 208.

⁴⁸ Ampliamente sobre el poder de gestión del empresario, PERULLI, A.: *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Giuffrè (Milán, 1992), págs. 143 y ss.; MARAZZA, M.: *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Cedam (Padua, 2002), págs. 179 y ss.; ALLEVA, P. G.: “L'esercizio del diritto di sciopero nelle aziende con impianti a ciclo continuo”, *RGL*, núm. 1, 1976, págs. 371 a 428.

actuaciones tendentes a reducir los efectos del conflicto colectivo⁴⁹, pues una vez ejercido el derecho se alcanzaría una situación de paridad que no le impone una colaboración con los objetivos del paro huelga⁵⁰; es más, no existe norma alguna que obligue a adoptar una actitud meramente pasiva⁵¹. Por otro lado, la posibilidad de ocupar los puestos de los huelguistas, en utilización del poder organizativo del empresario, es perfectamente compatible con las nuevas estructuras de producción, caracterizadas por una descentralización logística y funcional⁵².

Tras la aprobación del ETI, algunas voces plantearon la posibilidad de que la sustitución de los trabajadores huelguistas pudiera ser considerada como una conducta antisindical *ex art. 28*⁵³, en tanto podía suponer un atentado al derecho de huelga⁵⁴. Sin embargo, en opinión de la mayoría de los autores y de la Jurisprudencia⁵⁵, el art. 28 de la citada norma estatutaria prohíbe aquellos comportamientos destinados a impedir que un derecho garantizado constitucionalmente a los trabajadores pueda ser ejercitado en plena libertad y sin condicionantes; no prohíbe, por el contrario, que avalado por una posibilidad de *facto* y jurídica, trate de aminorar los perjuicios de la huelga⁵⁶. Tampoco exige necesariamente que cualquier actuación antagonista de las partes dentro del conflicto, por el mero hecho de representar un interés contradictorio, haya de suponer una conducta antisindical y, por consiguiente, atentatoria del derecho de huelga⁵⁷.

⁴⁹ BRATTOLI, B.: “La condotta antisindacale”, *NGL*, suplemento 1996, pág. 112 y DE FALCO, F.: “Sciopero e condotta antisindacale”, *RIDL*, 1992, pág. 350 o, del mismo autor, “Esercizio del diritto di sciopero, neutralizzazione degli effetti e condotta antisindacale”, *RIDL*, núm. 1, 1992, págs. 331 y ss.

⁵⁰ MAGNANI, M. y TOSI, P.: *Diritto sindacale. Casi e materiali*, Monduzzi (Bologna, 1994), pág. 319 o LUNARDON, F.: “Crumiraggio esterno e condotta antisindacale”, *GI*, 1997, pág. 927. Por el contrario, otra minoría considera que la afirmación de la libertad empresarial niega directamente el derecho de huelga, MISCIONE, M.: “I divieti di contratto a termine”, en AA.VV. (MENGHINI, L., Dir.): *La nuova disciplina del lavoro a termine*, Ipsoa (Milán, 2002), pág. 91.

⁵¹ Como afirma la Jurisprudencia, Cass. (Sentencia de la Corte Suprema de Casación) 13 marzo 1986, núm. 1701; 16 noviembre 1987, núm. 8401; o 4 julio 1984, núm. 3916.

⁵² DE FALCO, F.: *Diritto di sciopero e interesse dell'impresa*, Jovene (Nápoles, 2003), pág. 101.

⁵³ RIVA SANSEVERINO, L.: “Parere ‘pro veritate’ sull’art. 28 Statuto dei lavoratori”, *OGL*, 1970, pág. 371.

⁵⁴ Partidarios de esta posición, autores como, GAROFALO, M. G.: *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, Jovene (Nápoles, 1979), pág. 86.

⁵⁵ Corte Cost. 6 marzo 1974, núm. 54.

⁵⁶ PERA, G.: “Il diritto di Sciopero”, *RIDL*, núm. 1, 1986, pág. 474. Según estos autores, la norma no tutela al derecho de huelga contra todo tipo de reacción empresarial, VENTURA, L.: “Sciopero economico, sciopero sindacale e sciopero politico nella tutela dello Statuto dei lavoratori”, *RGL*, 1973, pág. 323. En opinión de algún autor, razones de pura necesidad, como evitar los daños ocasionados por la huelga, no pueden integrar una hipótesis de conducta antisindical, SCOGNAMIGLIO, R.: “Considerazioni sull’art. 28 dello Statuto dei lavoratori”, *RGL*, T. I, 1971, pág. 165.

⁵⁷ TREU, T.: “Libertà Sindacale e interesse dell'impresa”, *RGLPS*, T. I, núms. 5 y 6, 1973, pág. 481 o FLAMMIA, R.: “Osservazioni sul comportamento antisindacale ex art. 28, l. 20 maggio

No obstante, y aunque el derecho a la iniciativa económica del empresario y el de huelga tienen igual “dignidad” y “espesor” constitucional y representan una “legítima antítesis” --uno pretende la continuidad de la actividad económica y el otro tiene a impedirla --, ello no es óbice para que tal confrontación no deba desarrollarse en un espacio legalmente garantizado⁵⁸, por lo cual, las partes, “teniendo en cuenta el carácter fisiológicamente conflictivo de las relaciones colectivas, deben utilizar los instrumentos y las posibilidades previstas por el ordenamiento para la ordinaria y legítima gestión de la fuerza trabajo”⁵⁹.

Para algunos sectores, el núcleo en esta configuración teórica a efectos de verificar un posible comportamiento antisindical radica en individualizar aquellas actuaciones que, sin perjuicio de posibles distorsiones del derecho de huelga, no tiendan a menoscabar su libre ejercicio sino que sean promovidas hábilmente por el empresario, dentro de su libertad organizativa, para neutralizar los efectos perniciosos del conflicto⁶⁰. Esa casuística labor, necesariamente, vendrá desarrollada por los Tribunales con el análisis de cada caso concreto y singular⁶¹. Por lo tanto, el poder de dirección del empresario, dentro del desarrollo del conflicto, tendrá una doble consideración jurídica, así se defina como una mera acción de gestión o, por el contrario, constituya una violación del libre ejercicio del derecho de huelga⁶².

Así las cosas, en líneas generales el ordenamiento italiano permite que el empresario pueda recurrir a los trabajadores que no hayan secundado la huelga para sustituir a quienes sí lo han hecho, siempre y cuando sea para evitar las

1970, n. 300, dei datori di lavoro privati e pubblici con riferimento all’esercizio del diritto di sciopero”, *MGL*, 1994, pág. 452.

⁵⁸ En palabras de la doctrina “el interés de la empresa no alcanza el valor constitucional de absoluto”, DI MAJO, A.: “Tutela Civile e diritto di sciopero”, *RGL*, T. I, 1980, pág. 319.

⁵⁹ DI CARLUCCIO, C.: “La mobile frontiera tra crumiraggio interno ed esterno: breve storia di un caso limite”, *RIDL*, núm. 2, 2007, pág. 16, comentando el pronunciamiento contenido en Cass. 4 mayo 2006, núm. 10624.

⁶⁰ El análisis del comportamiento empresarial tendrá que basarse en elementos que objetivamente demuestren que se ha menoscabado el libre ejercicio del derecho de huelga, siendo irrelevante cualquier comportamiento subjetivo del empresario, como la intención de lesionar el derecho, Cass. 12 junio 1997, núm. 5295.

⁶¹ GHERA, E.: “Legittimità dello sciopero e Statuto dei lavoratori”, *MGL*, 1974, pág. 257 y ss. o DE FALCO, F.: *Diritto di sciopero e interesse dell’impresa*, cit., págs. 103 a 105.

⁶² Por todos, BALESTRIERI, F.: “Sostituzione dei lavoratori in sciopero e condotta antisindacale”, *ADL*, núm. 6, 1997, págs. 145 y ss.; BONARDI, O.: “La sostituzione dei lavoratori in sciopero tra violazione di norme inderogabili di legge e condotta antisindacale”, *RIDL*, II, 1993, págs. 99 y ss.; FOCARETA, F.: “Sostituzione di lavoratori in sciopero con adibizione a mansioni inferiori di lavoratori non aderenti allo sciopero”, *RIDL*, T. II, 2003, págs. 2 y ss.; DE FALCO, F.: “Esercizio del diritto di sciopero, neutralizzazione degli effetti e condotta antisindacale”, cit., pág. 331.

consecuencias negativas de la huelga, en la medida en que este comportamiento entra dentro de los poderes de gestión⁶³. Si bien es cierto que el derecho de huelga genera un legítimo daño a la producción empresarial, ello no implica necesariamente que éste no pueda, con el fin de limitar los efectos de la abstención colectiva sobre la productividad, emplear todos aquellos instrumentos que provengan de su libertad de dirección, entre los que se encuentra la sustitución de los trabajadores en huelga por otros de la misma empresa que no hayan optado por el paro⁶⁴.

El esquirolaje interno es permitido en la medida en que no es un instrumento destinado a provocar un daño en el ejercicio del derecho de huelga -- circunstancia que protege el ordenamiento-- sino a incidir sobre los efectos de su ejercicio⁶⁵. Por lo tanto, es preciso distinguir, con el propósito de identificar las conductas antisindicales, entre los permitidos actos neutralizadores de los efectos de la huelga y los vetados actos impeditivos del derecho⁶⁶. Mantenido en estos términos la figura examinada, tanto los trabajadores con la huelga, como los empresarios con el esquirolaje, obtienen igual cobertura constitucional de sus contrapuestos intereses⁶⁷.

La Corte Constitucional se ha decantado por admitir plenamente el *crumiraggio* interno, ya que “no contrastan con preceptos constitucionales aquellas medidas que, sin coartar en ninguna modo la libertad de los trabajadores que hayan querido sumarse a la huelga, tiendan a contener los efectos dañinos de la huelga, especialmente cuando la huelga se produzcan en los servicios esenciales”⁶⁸. En

⁶³ Cass. 16 noviembre 1987, núm. 8401; 29 noviembre 1991, núm. 12822; o 4 julio 2002, núm. 9709. Para una amplia recopilación de la Jurisprudencia en este sentido, POZZAGLIA, P.: “Diritto di sciopero e crumiraggio”, *DLAV*, T. II, núm. 6, 2006, pág. 591, nota 5; GALANTINO, L.: *Diritto sindacale*, cit., pág. 231; DEL PUNTA, R.: “Sciopero e reazioni del datore di lavoro”, *MGL, Il Sole 25 Hore*, núm. 10, 2006, págs. 731 y ss.; DELLA ROCCA, G.: “Crumiraggio e condotta antisindacale”, *MGL, Il Sole 24 Hore*, núms. 1 y 2, 2008, págs. 7 y ss.; SCIME, D.: “Crumiraggio indiretto/interno anche con assegnazione di mansioni inferiori di un non facile bilanciamento”, *MGL, Il Sole 24 Hore*, núms. 1 y 2, 2008, págs. 9 y ss.; RIGGI, P.: “A proposito della sostituzione dei lavoratori in sciopero”, *Note Informative*, núm. 26, 2003, págs. 73 y ss.

⁶⁴ Cass. 4 julio 2002, núm. 9709, comentada en LEOTTA, G.: “Crumiraggio e art. 2103 c.c.: l’incertezza del diritto”, *RGL*, T. II, 2003, págs. 383 y ss. y GALLO, F.M.: “L’utilizzazione del personale non scioperante: l’orientamento della Cassazione”, *LG*, 2003, págs. 138 y ss.

⁶⁵ PIETROPAOLI, A.: “Divieti di apposizione del termine al contratto di lavoro”, en AA.VV. (PERONE, G., Dir.): *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel d.lgs. 6 settembre 2001*, n. 368, Giappichelli (Turín, 2002), pág. 229.

⁶⁶ Sobre la distinción entre actos de neutralización y actos impeditivos, DE FALCO, F.: “Sciopero e condotta antisindacale”, cit., págs. 331 y ss.

⁶⁷ MARESCA, F.: “Sostituzione dei lavoratori scioperanti e condotta antisindacale”, *MGL, Il Sole 24 Hore*, núm. 7, 2010, pág. 493.

⁶⁸ Corte Cost. 23 julio 1980, núm. 125, declarando la constitucionalidad del art. 74 Ley 1196/1960, de 23 octubre, de ordenación del personal de las Cancillerías y Secretarías Judiciales, en *ACDCT*, VOL. V (2013), ISSN: 1889-4224, PÁGS. 29-52

consecuencia, el reconocimiento del derecho de huelga por la Constitución Italiana implica una obligación del empresario de abstenerse de realizar aquellas actuaciones que impidan o graven el ejercicio del derecho, pero no de aquellas que estén simplemente dirigidas a neutralizar o disminuir los efectos dañosos que la huelga acarrea a la actividad empresarial⁶⁹.

Esta interpretación amplia sigue vigente en la Jurisprudencia actual⁷⁰, pero igual a como ocurre en el ordenamiento jurídico español, encuentra excepciones y particularidades que, nacidas de una importante intervención de la Corte Suprema de Casación, ha ido perfilando la figura del esquirolaje indirecto interno.

-- Respecto a la sustitución de trabajadores huelguistas por otros en detrimento de su calificación profesional, la cuestión nuclear --y aún no resuelta definitivamente--, se encuentra en determinar si, en aplicación del art. 2103 Código Civil Italiano (CCI) --cuya redacción fue dada por el art. 13 de la norma estatutaria, que incorpora el *ius variandi* empresarial--, el reemplazo puede ser realizado con empleados de distinta categoría⁷¹.

La Jurisprudencia, en un criterio inicial, había considerado que sólo podría tener lugar “de manera supletoria y para la complementación y obligatoria definición del puesto principal y absorbente”, entendiéndose que “la actividad prevalente y absorbente desarrollada por el trabajador debe corresponder a aquella de la categoría a la que pertenece”, siendo “incidental y por razones de eficacia y economía laboral o, incluso, por razones de seguridad”⁷², quedando excluidas

el que se permitía, en caso de huelga, sustituir a los oficiales judiciales por otro personal interno de la oficina judicial; en el mismo sentido, Corte Cost. 3 de agosto de 1976, núm. 222.

⁶⁹ TARTAGLIONE, L.: “Il problema della sostituzione dei lavoratori assenti per sciopero”, *Contratti Collettivi e Tabelle*, 2009, pág. 50.

⁷⁰ “El empresario, con el objeto de reorganizar la actividad empresarial y la actividad laboral durante la huelga, puede temporalmente emplear al personal no adherido a la huelga en trabajos propios de los huelguistas, siendo, por el contrario, ilegítima tanto la contratación de otros trabajadores para sustituir a los huelguistas como el trato de mejor favor a los trabajadores que estén dispuestos a sustituir a aquellos huelguistas”, Cass. 29 noviembre 1991, núm. 12822. Con idéntico criterio a favor del esquirolaje interno, Cass. 16 noviembre 1987, núm. 8401, y 9 mayo 2006, núm. 1062.

⁷¹ Ver sobre el *ius variandi* del empresario en este sentido, IANNIRUVERTO, G.: “La flessibilità nello svolgimento del rapporto di lavoro”, *MGL, Il Sole 24 Hore*, núm. 6, 2009, págs. 7 a 9, BROLLO, M.: “La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento”, en AA.VV. (SCLHESINGER, P., Dir.): *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè (Milán, 1997), págs. 273 y ss., y más recientemente, STAIANO, R.: *Dequalificazione professionale e mobbling*, Halley (Milán, 2006).

⁷² Cass. 25 febrero 1998, núm. 2045. En esta sentido, la Sentencia Trib. de Venecia de 3 de julio de 2002 determina que “la realización de actividades inferiores a aquellas propias de la

aquellas labores que no estén “objetivamente conectadas” con la clasificación del trabajador⁷³.

No obstante, existían aislados pronunciamientos anteriores que consideraban que, al margen de la necesidad de cualquier elemento de complementación o conexión, el desvío de trabajadores a tareas de inferior categoría podría realizarse siempre que así lo exigiesen razones de extraordinaria emergencia para la actividad empresarial⁷⁴. En la doctrina, algunos autores, aunque escasos, también se postularon a favor de una libre utilización de los trabajadores no huelguistas, ya que la eficacia del art. 13 ETI quedaba circunscrita al ámbito privado de la relación laboral, de tal manera que un trabajador, en base a dicho artículo, podrá rechazar la asunción de tareas de menor calificación, pero si acepta realizarlas, ninguna consecuencia podrá derivarse sobre la legitimidad o no del esquirolaje⁷⁵.

Retomando la tarea hermenéutica de la Jurisprudencia, la Corte de Casación afirmaría con posterioridad que “la disposición del art. 2103 CCI, que tiende a proteger la profesionalidad del trabajador, no impide que éste pueda ser empleado en el desarrollo de actividades inferiores cuando así suceda excepcionalmente y accesoriamente, y para específicas y objetivas exigencias de la empresa. La mencionada posibilidad entra dentro del legítimo ejercicio del poder de gestión y organización de la empresa en situaciones de emergencia y al objeto de evitar la paralización de la producción”⁷⁶.

En conclusión, el ordenamiento italiano asume la legitimidad de la sustitución de trabajadores huelguistas por otros, aunque sea para ocupar labores de menor cualificación, cuando sea realizada de modo legítimo, lo cual acaecerá por respetar los criterios marcados por la Jurisprudencia en la interpretación del art. 2103 CCI, es decir, labores vinculadas a la actividad prevalente y absorbente desarrollada por el trabajador, que no estén fuera de la supletoriedad de las tareas principales atribuidas y que tal necesidad tenga su origen en causas de eficiencia y economía laboral y de seguridad⁷⁷. Con tal criterio, se consigue que el empresario

calificación del trabajador sólo podrá ser lícita en situaciones de todo excepcionales no asumibles en caso de huelga”.

⁷³ Cass. 10 junio 1993, núm. 6464.

⁷⁴ Cass. 8 julio 1987, núm. 5963.

⁷⁵ PERA, G.: “Il diritto di Sciopero”, cit., pág. 475.

⁷⁶ Cass. 4 julio 2002, núm. 9709, o 16 diciembre 2009, núm. 26368.

⁷⁷ Cass. 3 junio 2009, núm. 12811, comentada en TARTAGLIONE, L.: “Il problema della sostituzione dei lavoratori assenti per sciopero”, cit., pág. 53.

“Fuera de una situación de verdadera y propia emergencia para la actividad de la empresa, la sustitución de los huelguistas en contradicción con la norma legal (art. 2103 CCI) indudablemente

no cargue con las consecuencias de la huelga sobre los trabajadores que deciden no secundarla, enfrentándolos con cuantos así lo han decidido y con las organizaciones sindicales, además de impedir que los sujetos colectivos puedan llevar a cabo la actividad conflictiva de una manera más eficaz⁷⁸.

-- Por extensión, la sustitución deberá efectuarse respetando, no sólo las disposiciones legales internas y supranacionales, sino, también, los acuerdos colectivos⁷⁹.

-- Será necesario, a la hora de valorar su carácter antisindical, atender al momento en el cual la sustitución haya sido efectuada, así como a la programación de la actividad que la empresa tuviera prevista con anterioridad a tener conocimiento de la huelga⁸⁰.

-- Igual reproche merecerá el desvío de los trabajadores de una empresa hacia otra del mismo grupo para ocupar los puestos vacantes durante el conflicto, teniendo en cuenta que la simple unión societaria no justifica tal intervención, aun cuando sólo sea para intentar reducir los efectos de la huelga⁸¹. De modo similar, el traslado de personal entre empresas principales y contratistas será considerado ilegítimo⁸².

-- Por el contrario, no ha merecido crítica el recurso a la realización de horas extraordinarias por los trabajadores⁸³ o, con parecida finalidad, reconocer

constituye una conducta antisindical”, Cass. 19 julio 2011, núm. 15782 y, en el mismo sentido, Cass. 26 septiembre 2007, núm. 20164.

⁷⁸ ORLANDI, G.: “Crumiraggio interno, demansionamento e condotta anti-sindacale. A proposito di una recente sentenza della Cassazione”, *Diritti & Lavoro*, núm. 1, 2009, págs. 8 y 9.

⁷⁹ Por ejemplo, en un supuesto en el cual estaba estipulada la facultad para realizar contrataciones a tiempo determinado con estudiantes y con trabajadores dependientes de otras empresas a tiempo indeterminado y parcial para prestaciones *part time* los sábados y domingos, ante una huelga la empresa contrató a trabajadores de otras empresas mediante contratos *weekend* a tiempo determinado y para días distintos al sábado y domingo. La Corte de Casación consideró que la actuación empresarial constituía una violación del derecho de huelga, ya que la sustitución no sólo se había efectuado en violación del art. 3.13 Decreto Legislativo 61/2000, de 25 de febrero, de trasposición de la Directiva 97/81/CE relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial, en el que se obligaba a que dichos contratos fueran de tiempo indeterminado, sino, además, contraviniendo los acuerdos colectivos empresariales, Cass. 9 mayo 2006, núm. 10624, comentada por DI CARLUCCIO, C.: “La mobile frontiera tra crumiraggio interno ed esterno: breve storia di un caso limite”, cit.

⁸⁰ Sentencia Tribunal de Turín 1 junio 2010.

⁸¹ Sentencia Tribunal de Cassino, 25 mayo 2000.

⁸² Sentencia Tribunal de Milán, 16 febrero 2002.

⁸³ Cass. 13 marzo 1986, núm. 1701.

incentivos por objetivos, por mayor rendimiento en la jornada ordinaria o por acudir al trabajo, máxime si estaban ya reconocidos en convenio⁸⁴.

-- Finalmente, resulta crucial analizar el *crumiraggio* en los servicios esenciales, terreno altamente inestable, pues la Ley 146/1990, al procedimentalizar el ejercicio del derecho huelga y limitar las facultades inherentes a la libertad de actuación de las partes en conflicto, podría resultar poco idónea para legitimarlo; y, por otro lado, una situación en la que los poderes empresariales no se encontraran de algún modo delimitados, contrariaría el equilibrio contractual buscado por la norma⁸⁵.

La Jurisprudencia, habida cuenta la necesidad de acomodar la figura del esquirolaje en los servicios esenciales a la norma, vinculó su legitimidad a la propia Ley 146/1990, sustrayéndola de las reglas del art. 28 ETI. En consecuencia, afirmó que cuando las partes no alcancen un acuerdo sobre las prestaciones a cumplir dentro de los servicios esenciales, la Ley prevé, como única salida al cumplimiento de las prestaciones, el procedimiento de *precettazione* (figura asimilable a nuestro arbitraje obligatorio). Por lo tanto, cuando esta circunstancia concurra, el empresario sólo quedará habilitado para solicitar el procedimiento extraordinario, no pudiendo sustituir a los trabajadores huelguistas por otros --sobre todo externos--, salvo razones imprevisibles que así lo exijan para garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos⁸⁶, debiendo entender que dicha situación se produce cuando existe una verdadera y auténtica necesidad y urgencia y un peligro inminente para los mismos y siempre y cuando no sea posible o eficaz la *precettazione*⁸⁷.

Aunque el anterior pronunciamiento no era exactamente claro en cuanto a su alcance, permitiendo pensar que afectaba tanto al esquirolaje interno como externo, las interpretaciones mayoritarias consideraron que la prohibición quedaba referida a la segunda modalidad, quedando la primera expedita de observar, analógicamente, las reglas aportadas por la Jurisprudencia para su correcta implementación⁸⁸.

⁸⁴ Con ocasión de una huelga en el servicio de correos, Cass. 25 septiembre 2003, núm. 17995.

⁸⁵ Sobre estas cuestión, ampliamente, DE FALCO, F.: *Diritto di sciopero e interesse dell'impresa*, cit., págs. 118 a 125.

⁸⁶ Cass. 22 junio 1998, núm. 6193, comentada en DE FALCO, F.: "Sciopero nei servizi essenziali e sostituzione dei lavoratori scioperanti con personale esterno", *MGL*, 1998, pág. 570.

⁸⁷ MISCIONE, M.: "I divieti di contratto a termine", cit., pág. 90.

⁸⁸ GRAMICCIA, G.: "Il fenomeno del *crumiraggio* interno sembra applicabile anche ai servizi pubblici", *GD*, núm. 30, 2002, pág. 40.

La Corte Constitucional, por su parte, había dejado fijadas las bases de este planteamiento antes de la entrada en vigor de la Ley 146/1990, considerando que “no puede negarse la legitimidad de medidas... que, sin coartar en ninguna modo la libertad de los trabajadores que hayan querido sumarse a la huelga, tiendan a contener los efectos dañosos”⁸⁹. La Jurisprudencia posterior vino a corroborar esa licitud del esquirolaje interno en el ámbito de los servicios esenciales con rotundidad, al afirmar cómo “en el caso de la proclamación de una huelga por las organizaciones sindicales... no constituye comportamiento antisindical la conducta del *Ministero della Pubblica Istruzioni e del Provveditorato agli studi*, el cual, en el intento de limitar las consecuencias dañosas de la suspensión del servicio público de la enseñanza, en donde los exámenes de fin de año suponen un momento final de máxima responsabilidad, dispone la sustitución de los docentes huelguistas por otros docentes no huelguistas y con suplentes, entendiendo que tal conducta está dirigida, no a impedir el ejercicio de la libertad sindical y del derecho de huelga, sino a contener los efectos perjudiciales, en la inexistencia de una obligación de la Administración Pública de sufrir pasivamente la interrupción del propio servicio”⁹⁰.

Por su parte, distinta solución encontró el *crumiraggio* externo. En los primeros momentos, la doctrina, casi unánimemente, se mostraba partidaria de su legitimidad, pues en ausencia de una específica disposición legislativa que así lo prohibiese, el empresario podía colocar a otros trabajadores en sustitución de los huelguistas⁹¹. El art. 40 CI no impone al empresario la “obligación de aliviar activamente el ejercicio de su poder para contribuir a la mejor eficacia de la huelga”, pudiendo, por ende, realizar todas aquellas actuaciones que pudieran resultar válidas para neutralizar los efectos perjudiciales de la huelga⁹², sin perjuicio, no obstante, de que, aún siendo una figura legalmente permitida, en la práctica resultara poco factible, dada la dificultad de encontrar, fuera de la empresa y para un periodo de tiempo escaso, personal cualificado⁹³.

Puntualmente, algunos pocos autores, plantearon dudas sobre la licitud de estas sustituciones, argumentando que la organización del esquirolaje por parte del empresario era contraria a las normas del momento sobre la contratación (Ley 264/1949, de 29 de abril, sobre el procedimiento en materia y asistencia a los trabajadores involuntariamente desocupados) que exigía que éstas fueran realizadas

⁸⁹ Corte Cost. 23 julio 1980, núm. 125.

⁹⁰ Cass. 29 noviembre 1991, núm. 12822.

⁹¹ SCOTTO, I.: *Il diritto di sciopero*, cit., pág. 150.

⁹² ARDAU, G.: *Teoria giuridica dello sciopero*, Cedam (Padua, 1962), págs. 228 y 229.

⁹³ PERA, G.: “Il diritto di Sciopero”, cit., pág. 474 o, del mismo autor, “Sciopero (Diritto costituzionale e diritto del lavoro)”, *ED*, Vol. XXX, 1980, pág. 720.

mediante las oficinas públicas de empleo⁹⁴. Sin embargo, y como también apuntaba la doctrina, esta situación jurídica no habría de suponer un problema a la hora de contratar a trabajadores para ocupar los puestos abandonados por los huelguistas, ya que la norma, *ex art.* 19, preveía la posibilidad de que, en caso de urgencia -- como era el caso-- el empresario, prescindiendo de los servicios públicos pudiera directamente proceder a la contratación⁹⁵.

La Jurisprudencia, por su parte, ofrecía soluciones dispares⁹⁶, pero la controversia pareció quedar zanjada con la aprobación de la Ley 196/1997, de 24 de junio, sobre normas en materia de promoción de la ocupación⁹⁷, cuyo art. 1.4.b) prohíbe expresamente acudir a la contratación mediante Empresas de Trabajo Temporal para la sustitución de trabajadores que ejerzan el derecho de huelga⁹⁸. No obstante, y precisamente por su limitado ámbito, no faltó quien apuntara que el legislador implícitamente reconocía la legitimación del esquirolaje externo en cualquier otro supuesto, pues si fuera una figura no admitida por el ordenamiento no hubiera sido necesaria su expresa inclusión en esta sede⁹⁹.

⁹⁴ LEVI, A.: “Il diritto di sciopero”, en AA.VV. (CALAMANDREI, P. y LEVI, A., Dirs.): *Commentario sistematico alla Costituzione*, Vol. I, Barbèra (Florenca, 1950), pág. 470.

⁹⁵ Sobre esta cuestión, más extensamente, GHEZZI, G.: “Il dovere di pace sindacale”, cit., nota 115.

⁹⁶ Manteniendo su licitud, Cass. 13 marzo 1986, núm. 1701. En la doctrina, SCOGNAMIGLIO, R.: “Relazione al Convegno di L’Aquila, 12-13 novembre 1993”, en AA.VV.: “Conflitti sindacali e diritti dei cittadini: composizione degli interessi e regole giuridiche”, *GC*, 1994, págs. 56 y ss. En alguna sentencia de los Pretores, se consideró que el recurso al esquirolaje externo no constituía una conducta antisindical cuando fuera ésta la única alternativa al cierre patronal. Por el contrario, el cierre patronal sí sería un comportamiento antisindical cuando se llegara a él evitando contratar a trabajadores externos a la empresa; al respecto, DE FALCO, F.: *Diritto di sciopero e interesse dell’impresa*, cit., pág. 127, notas 62 y 63.

Defendiendo su ilegalidad, por suponer un perjuicio, aun temporal, de la posición laboral de los huelguistas y un desequilibrio de las posiciones de las partes en el conflicto, Cass. 16 noviembre 1987, núm. 8401, y 22 junio 1998, núm. 6133.

⁹⁷ Sobre esta Ley, que introdujo en el ordenamiento italiano la figura del trabajo temporal y las empresas que gestionan dicha contratación, AA.VV.: (GALANTINO, L., Dir.): *Il lavoro temporaneo e i nuovi strumenti di promozione dell’occupazione*, Giuffrè (Milán, 1997); PERA, G.: “Appunti sul contratto di fornitura di lavoro temporaneo”, *RIDL*, núm. 1, 1998, págs. 280 y ss.; ICHINO, P.: “Il lavoro interinale e gli altri varchi nel ‘muro’ del divieto di interposizione”, *DLRI*, 1997, págs. 503 y ss.; DEL PUNTA, R.: “La fornitura di lavoro temporaneo nella l. 196/1997”, *RIDL*, T. I, 1998, págs. 205 y ss.; ZOLI, C.: “Il lavoro temporaneo: Il contratto di fornitura”, *QDLRI*, núm. 22, 1999, págs. 137 y ss.; PANARIELLO, F.: *La fornitura delle prestazioni di lavoro temporaneo*, Liguori (Nápoles, 1999).

⁹⁸ DE FALCO, F.: *Diritto di sciopero e interesse dell’impresa*, cit., págs. 130 a 133.

⁹⁹ MARESCA, A.: “Il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo”, en AA.VV. (SANTORO-PASSARELLI, G., Dir.): *Flessibilità e diritto del lavoro*, Giappichelli (Turín, 1997), pág. 198. Otros autores, contestando esta tesis, consideraban que se trataba de una norma particular que incorporaba una limitación a una figura bien individualizada y circunscrita, y no de una disposición de carácter general, CARINCI, M^a.T.: “La fornitura di lavoro altrui”, en AA.VV. (SCHLESINGER, P., Dir.): *Commentario al Codice civile*, Giuffrè (Milán, 2000), pág. 154.

Para disipar la más mínima duda residual, el Decreto Legislativo 368/2001, de 6 de septiembre¹⁰⁰, de trasposición de la Directiva 1999/70/CE, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo determinado, estableció en su art. 3.1.a) que “la indicación de un termino en la duración de un contrato de trabajo subordinado no será admitida para la sustitución de los trabajadores que ejerzan el derecho de huelga”. En definitiva, la desaparición de estas “cláusulas predefinidas” sobre la duración de la relación laboral¹⁰¹ evita de una vez por todas el uso de una modalidad contractual con la manifiesta intención de vulnerar el ejercicio de un derecho fundamental¹⁰².

Para concluir, en tanto una y otra norma buscan la protección de quien hace uso del derecho a la huelga, cabría pensar en extender sus vetos a otras formas mercantiles de prestación de servicios y actividades productivas¹⁰³, pero el Decreto Legislativo 276/2003, de 10 de diciembre, de actuación en materia de ocupación y mercado de trabajo, dictado en desarrollo de la Ley 30/2003, 14 de febrero, aclaró que tanto el contrato de suministro como el intermitente quedaban prohibidos para la sustitución de trabajadores que ejerzan el derecho de huelga [arts. 20.5.a) y 34.3.a)].

¹⁰⁰ Esta ley venía a derogar la antigua Ley 230/1962, de 18 de abril, en materia de contrato de trabajo a tiempo determinado. Sobre la misma, la doctrina se mantenía dividida, pues para unos no excluía la sustitución de trabajadores huelguistas por otros trabajadores externos a la empresa [CECCHHELLA, C.: “Brevi considerazioni sulla sostituzione del personale in sciopero con crumiri interni ed esterni nel settore pubblico e in quello privato”, *GC*, T. I, 1984, págs. 2281 y ss.; MONTUSCHI, L.: “In merito alla nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato”, *RTDPC*, 1962, pág. 23; MENGONI, L.: *Il lavoro a termine*, Giuffrè (Milán, 1980), pág. 367] MATTARELLA, A.: *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, Giuffrè (Milán, 1970), pág. 93], mientras que para otros contravenía el contenido de la citada norma [MISCIONE, M.: “Valutazione giuridica del crumiraggio nello Statuto dei lavoratori”, *Boll. Scuola Perf. Univ. Trieste*, 1972, pág. 39].

¹⁰¹ POZZAGLIA, P.: “Diritto di sciopero e crumiraggio”, cit., pág. 598.

¹⁰² Sobre esta materia, MISCIONE, M.: “I divieti di contratto a termine”, cit., págs. 87 y ss.; SPEZIALE, V.: “La nuova legge sul lavoro a termine”, *DLRI*, 2001, págs. 391 y ss.; PAPALEONI, M.: “Luci e ombre nella riforma del contratto a termine”, *RIDL*, núm. 1, 2001, págs. 384 y ss.

¹⁰³ LUNARDON, F.: “Crumiraggio esterno e condotta antisindacale”, cit., pág. 928.