

**«ESQUIROLAJE» INTERNO Y OTRAS CUESTIONES
(COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA CASSAZIONE
ITALIANA n. 20164, DE 26 SEPTIEMBRE 2007)**

*[INTERNAL STRIKEBREAKING AND ANOTHER QUESTIONS
(COMMENTARY ABOUT THE ITALIAN CASSAZIONE
DECISION NO. 20164, OF SEPTEMBER 26th, 2007]*

Gonzalo Diéguez

Sumario: I. ANTECEDENTES. II. LA CUESTIÓN CENTRAL. III. EL CONTRASTE DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA. IV. CUESTIONES ADYACENTES. APÉNDICE DOCUMENTAL.

Contents: I. BACKGROUND. II. THE CENTRAL QUESTION. III. THE CONTRAST OF THE SPANISH CONSTITUTIONAL DOCTRINE. IV. ADJACENT QUESTIONS. DOCUMENTARY APPENDIX.

Resumen: Este trabajo analiza la doctrina de la Corte Suprema italiana sobre esquirolaje interno, comparándola con la doctrina sobre el tema establecida por el Tribunal Constitucional español.

Abstract: This study analyzes the doctrine of the Italian Supreme Court about internal strikebreaking, comparing it to the doctrine established by the Spanish Constitutional Court on the subject.

Palabras clave: Derecho comparado – Italia – Esquirolaje interno.

Keywords: Comparative law – Italy – Internal strikebreaking.

* * *

I. ANTECEDENTES

Con fecha de 13 mayo 2001, el juez del trabajo del tribunal de la ciudad italiana de Vicenza declaraba por un decreto de los previstos en el art. 28 de la ley n. 300/1970 (*Statuto dei Lavoratori*: SL) la “antisindicalidad” de la conducta de SMAFIN (“sociedad de responsabilidad limitada”) de *sostituire* a trabajadores en huelga por otros provenientes de otras “unidades productivas” de la empresa. Impugnada la resolución por SMAFIN, el tribunal de apelación la confirma, declarando que la conducta de la empresa resultaba lesiva de la libertad sindical, dados, sobre todo, el número de los sustitutos y la adscripción de dos de ellos a tareas inferiores “con significativa modificación de la organización de trabajo”; pero también por: 1) el “sondeo preventivo” efectuado por la empresa sobre los trabajadores en relación con su adhesión o no a la huelga, 2) la omisión de advertencia a los sustitutos sobre el motivo de la sustitución, y 3) el preaviso dado por la empresa a la “fuerza pública”(“de indudable carácter intimidatorio”) requiriendo su presencia en el lugar y tiempo de la huelga. La empresa recurre en casación contra la sentencia, y la Corte Suprema estima el recurso anulando la sentencia impugnada y reenviando la causa a “otro juez”.

II. LA CUESTIÓN CENTRAL

Entre las varias cuestiones suscitadas por la sentencia de la apelación, no cabe duda de que la central es con mucho la de la legitimidad o no de la sustitución de los huelguistas por otros compañeros de trabajo: la propia sentencia de la *Cassazione* la menciona en el mismo apartado (el 5) y a renglón seguido de la anulación que dispone de la de apelación: el juez de reenvío deberá atenerse “en cuanto a la cuestión de la legitimidad de la sustitución de los trabajadores en huelga al principio enunciado *supra*, 4.2.2.”. En efecto, es este subapartado que, al examinar los “motivos de la decisión”, declara: “se debe afirmar —siguiendo el criterio expuesto en *Cass.* 10624/2006— que en la lógica del equilibrio del derecho de huelga y el derecho de libre iniciativa económica del empresario —ambos garantizados por normas constitucionales—, el primero no puede considerarse lesionado cuando el segundo se ejercite para limitar los efectos negativos de la abstención del trabajo sobre la actividad económica de la empresa, asignando a otros las tareas de los adheridos a la agitación, y sin que resulten violadas normas dispuestas para la protección de situaciones subjetivas de trabajadores”. Se acoge así uno de los “motivos” del recurrente que la sentencia expone en 1.1: la “conducta empresarial no ha incidido directamente sobre el derecho de huelga que ha sido ejercitado por los trabajadores; la inexistencia de una intención lesiva (pues la empresa solo pretendía posibilitar la apertura al público del servicio [*esercizio*] durante el puente pascual) representa un elemento que confirma la no-antisindicalidad del comportamiento”.

Para fundamentar la conclusión se invoca, además de la cit. *Cass.* n.10624, jurisprudencia reiterada (8401/1987, 12822/1991, 9709/2002) que resume declarando a propósito del “esquirolaje interno” (*crumiragio o krumiragio interno*) la “legitimidad del uso por el empresario de cualquier medio legal que, sin impedir u obstaculizar el ejercicio del derecho de huelga, se dirija a moderar los efectos negativos de la suspensión de la actividad”. Más adelante, la sentencia explicita su homóloga, ya cit., 10624/2006, quizá porque ofrece un argumento en la misma dirección pero *a contrario*, y según cuyo tenor el empresario tiene el derecho de desarrollar la propia actividad con ocasión de la

huelga dentro de los límites previstos normativamente, de modo que la asignación de las tareas confiadas a los huelguistas, a otros trabajadores, sería ilegítima allí donde se viole una norma de ley o una colectiva (en la especie de autos se trataba de una asignación de trabajadores contratados por el tiempo parcial y determinado de los sábados y domingos [o simplemente determinado] para trabajar en otros días de la semana [para efectuar trabajos suplementarios]). Justamente es aquí donde cuadra con más exactitud el anunciado argumento *a contrario*, pues es precisamente una disposición legal (dec. 1 276/2003) la que prohíbe de modo expreso el llamado “esquirolaje externo” (*crumiragio esterno*), donde los ya propiamente esquiroleros se contrataban *ex novo et profeso* para sustituir a los huelguistas. Es decir: que falta para el esquirolaje interno una disposición equivalente a la que prohíbe el externo; de donde su legitimidad salvo que, al tiempo, implique una vulneración normativa, legal o de convenio. Pues bien, esto último es lo que las sentencias de instancia pretendieron ver en relación con el art. 2103, *Codice civile*.

La “visión” se refería al empleo en la sustitución de dos *tecnici di prodotto* con funciones inspectoras y de control, que de ese modo pasaron a ocuparse en tareas de cualificación inferior. El *codice*, en el antedicho artículo, exige la adscripción del trabajador a las tareas para las que ha sido contratado, pero admitiendo la asignación por exigencias de la empresa, de cometidos *diversos*, siempre que no suponga una disminución de la retribución o un cambio sustancial en su posición. Los jueces de instancia entendieron que estos requisitos legales no se cumplimentaban en las sustitución asumida por los técnicos, con la cual se violaba una suerte de derecho “a su profesionalidad”. La Corte Suprema, inspirándose en las alegaciones del recurrente (“el eventual y esporádico desarrollo de cometidos propios de diversas posiciones de trabajo no comportaba ninguna violación del art. 2103, pues correspondía a la particular naturaleza del rol ocupado por esas figuras profesionales”) entendió que tal no era el caso, citando jurisprudencia reiterada (años 1998-2001-2003-2004), y conforme a la cual el bien tutelado por el art. 2103, cit., no puede considerársele lesionado cuando al trabajador “que continúa a desarrollar de modo prevalente (...) las tareas correspondientes a su cualificación, le sean asignadas otras marginales y accesorias” en relación con aquella. En fin —concluye la Corte—, nada de todo ello tiene que ver con las “modificaciones de la organización de trabajo” que se imputan a la empresa a propósito de la sustitución.

Y ésta es la argumentación de la sentencia sobre el “esquirolaje” interno, y en consecuencia, su exclusión como conducta antisindical de la empresa en relación con la huelga de sus trabajadores, ya que, efectivamente, el art. 28, SL, incluye expresamente en la libertad sindical que puede ser afectada por el comportamiento del empresario, *el derecho de huelga*: una argumentación cuyo núcleo residía en la invocación del art. 41 sobre el derecho constitucional de libre iniciativa económica, y que, como no podía ser menos, incluye la posibilidad de limitar los “efectos negativos” de la huelga, por más que ésta se ampare en el derecho de su nombre, reconocido en el artículo anterior. Solución correcta, porque, además, es de sentido común, ya que a nadie se le ocurre concluir que ante una huelga el empresario debe permanecer indiferente y ocioso como si aquella no existiese; y no pudiese en consecuencia reajustar convenientemente la organización del trabajo en su empresa para paliar el desorden y los perjuicios que de ese

modo le sobrevienen. A nadie se le ocurre —decía— salvo al Tribunal Constitucional de España. Por eso, antes de considerar otras cuestiones adyacentes a esta central que se acaba de comentar, de la sentencia de la *Cassazione*, vale la pena contrastar su solución con la claramente contraria de la jurisprudencia española en este tema de la sustitución “interna” de huelguistas, para ver de extraer alguna secuencia útil cara al futuro.

III. EL CONTRASTE DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA

Se trata de la sentencia 123/1992, de 28 septiembre (del Tribunal Constitucional, como he dicho), que comenté *in extenso* en la Revista Española de Derecho del Trabajo (n. 58, marzo-abril, 1993). Por esta razón no me extenderé sobre ella, y me limitaré a destacar dos datos, por lo demás interrelacionados, para su presentación: la *exaltación* que profesa del derecho de huelga, y el *vulgarismo* de su vocabulario que revela una penuria técnica de primer grado.

Respecto al *primero*, se parte del consabido postulado de la “desigualdad” entre los interlocutores —que ahora habría que llamar “contendientes”— sociales: la empresa y los trabajadores (en huelga). La idea —y de ahí la correspondiente cita— proviene de la sentencia-madre en punto a derecho de huelga, que fue la que lo teorizó absolutamente casi tres años después (8 abril 1981) de que fuese proclamado por la Constitución). Desde esta perspectiva, la huelga tendría como función —incluso “función social”, dice literalmente— corregir esa desigualdad mediante la oportuna protección al “más débil o desvalido”, y de ahí la invocación del programático precepto de la constitución española (art. 9,2) sobre la “igualdad del individuo y de los grupos”, la promoción de cuyas condiciones se asigna sin embargo al Estado (*ibid.*). Con todo, parece claro que en la mente de la sentencia, nuestro “derecho” tiene por delante una tarea muy ambiciosa que exige dotarle del máximo ámbito de actuación y, lógicamente, los mayores atributos. Esto explica que, pese a referirse a la “libertad de empresa”, y aun comentarla (art. 38, CE), la sentencia no enfoque radicalmente el caso ante sí como un crudo conflicto entre aquel derecho y el de huelga, lo que hemos visto hacía de algún modo la *Cassazione* (y que en todo caso no hubiera impedido al tribunal salirse con la suya, dado el carácter “fundamental” del derecho de huelga: secc.1ª, cap.II, tít.I, frente al innominado del de “libertad de empresa”: secc.2ª, *ibid.*); y es que bastaba el conjuro de su invocación en solitario para que los demás derechos *cediesen*. No se explica sino su alegato de la “singular preeminencia” de este derecho, punto donde, por lo demás, comienza a evidenciarse *aquel dato* de la vulgaridad de léxico que se denunciaba como muestra del nulo rigor del razonamiento de la sentencia. Esa preeminencia, que también derivaba de la privilegiada colocación de que se habló de la huelga entre los “derechos fundamentales”, tiene la virtud nada menos que de “anestesiarse, paralizar o mantener en una vida *vegetativa, latente*” durante su ejercicio “*otros derechos*” (f.j. 5). La afirmación resultaría temible sino fuese por su insensatez, pues, de aceptarla, se justificaría, por un lado, la invalidación de cualquier derecho que se interfiriese con el de huelga, pero, por otro, es claro que ni siquiera por metáfora pueden aplicarse a los derechos de las personas ideas que proceden de las ciencias biológicas —el Derecho es una ciencia humana—, e incluso de las médicas. Todo ello provoca una falta de credibilidad en el discurso judicial. Por lo demás, este modo de expresarse del magistrado-ponente

se reproduce cuando el mismo intenta convencernos de otra cualidad del derecho de huelga que también deriva de aquella preeminencia: la intangibilidad. Y es que aquí la sentencia desciende en su estilo de argumentación, de las disciplinas científicas antes mencionadas a la técnica artificiera, cuando afirma que la sustitución de los huelguistas fue una medida tomada para “*desactivar* la presión producida por el paro en el trabajo”: una idea de la huelga próxima, como se ve, a la de explosión. Pero es en ella precisamente donde la sentencia se fija para tachar la decisión patronal de “desleal y de mala fe”, pues obedece —dice— a la intención de disminuir el derecho de huelga. Es decir, que esta última, una vez declarada, debe quedar inmune frente a cualquier decisión del empresario, pues, de otro modo, conductas de éste inspiradas incluso por la intención de asegurar una cierta organización del trabajo que paliase de algún modo el desorden propio de una interrupción prolongada de aquel, deben reputarse *iuris et de iure* dolosas, o cuanto menos, negligentes graves: algo así a como si, por la otra parte, es decir, los trabajadores, se predicase otro tanto de los huelguistas que recabasen fondos o subsidios para, en ese caso, *reactivar* la presión que la huelga comporta.

Ante semejante situación, es difícil no concluir que la sentencia tenía el propósito previo de mantener a toda costa la indemnidad del derecho de huelga, lo cual enlaza con aquel apriorismo de la “exaltación”, de que hablábamos al comienzo. El derecho de huelga es por definición preeminente e intangible, y de ahí que no pueda tan siquiera soportar la licitud de la conducta empresarial de suplir los huelguistas con otros trabajadores propios. Ya se entiende, sin embargo, que esta actitud del Tribunal Constitucional no podía ser aislada, pues es lo cierto que se reproduce en otras de sus decisiones que tuvieron como fondo esa tensión de ampliar lo más y limitar lo menos el derecho de huelga. A ello respondió sobre todo la sentencia-marco sobre nuestro derecho antes cit., de 1981, y que, entre otras cosas, proscribía el lock-out de respuesta contra toda lógica interna de las normas constitucionales al respecto —y cuya licitud vino a sancionarse curiosamente en el proyecto, hoy frustrado, de constitución europea—. En fin, la misma inspiración registra la legitimación de las huelgas intermitentes, las de solidaridad —concepto que incluso se ligó al de “clase obrera”— y las denominadas político-económicas —que tienen por destinatario al Estado, como su mismo nombre indica—. Ignoro si y en qué medida esta tendencia se mantiene; pero, de continuar, no parece que pueda durar mucho, porque, en último término, trae su origen del prolongado ayuno que el Franquismo impuso en la materia, con el subsiguiente empacho que le procuró después el régimen democrático vigente. Pero son ya más de treinta los años transcurridos desde entonces, y de ahí que no parezca aventurado columbrar una evolución aunque sólo sea producida por el agotamiento.

En un climax semejante, la reciente sentencia de la *Cassazione* supone un motivo de esperanza y optimismo, y en este sentido resulta, precisamente por aquel contraste de que se habló, ejemplar para nuestra jurisprudencia. Es cierto que la huelga deviene inevitable en las economías capitalistas, pero eso no conlleva que éstas vayan a neutralizarse de algún modo con una desmesurada ampliación del derecho que ampara a aquella —menos todavía, con un mayor engorde del exhausto Estado de bienestar—. Y es que la rectificación a que nos estamos refiriendo sólo puede provenir de medidas intrínsecas a las mismas economías y su ordenamiento: así, desde el control estatal del crédito y la consecuente represión de la usura, hasta la disolución de la idea misma de las sociedades de capital, y pasando por los pertinentes recortes a la explotación de patentes

de invención de los países más industrializados y ricos, precisamente por solidaridad con los menos. Pero es hora ya de ocuparse, como por lo demás se anunció en su momento, de aquellas otras cuestiones que, junto a la central considerada hasta ahora, se plantearon en el presente caso a la Corte, y que ella misma resolvió consecuentemente.

IV. CUESTIONES ADYACENTES

Todas ellas —referidas ya en los Antecedentes 1), 2), 3)— fueron planteadas del mismo modo que el “esquirolaje” interno, es decir, como conductas (del empresario) “dirigidas a impedir o limitar el ejercicio de la libertad y actividad sindical” *ex* art. 28 SL (que, por cierto, tiene la misma portada que los arts. 175-78-80 de nuestra ley de Procedimiento laboral, lo que indica ha servido a ésta como fuente para su “tutela de los derechos de libertad sindical”).

Respecto a 1), la Corte rechaza que pueda interpretarse como “antisindical” el “sondeo” efectuado por la empresa a los trabajadores sobre su adhesión o no a la huelga convocada, toda vez que se trataba de una simple pregunta potestativa que cada trabajador era muy libre de contestar.

Sobre 2), se concluye otro tanto en relación con la comunicación o no a los sustitutos de que las tareas a efectuar eran precisamente las abandonadas por los huelguistas, pues: a) no se prueba que haya faltado comunicación, ni, de haberse probado, b) grave el hecho como “antisindical”.

Por último, 3), lo mismo puede decirse acerca del “carácter intimidatorio” de la presencia de las fuerzas de orden público avisadas por la dirección de la empresa.

* * *

APÉNDICE DOCUMENTAL*

CORTE SUPREMA DE CASACIÓN

SECCIÓN TRABAJO

Sentencia de 26 septiembre 2007, núm. 20164

DESARROLLO DEL PROCESO

Por decreto de fecha 23 mayo 2001, emitido en el sentido del art. 28 de la Ley de 20 mayo 1970, núm. 300, el Juez de trabajo del Tribunal de Vicenza declaraba la anti-sindicalidad de la conducta llevada a cabo por la S.r.l. X. con la sustitución de personal del punto de venta de W., en huelga, con trabajadores procedentes de otras unidades productivas, y ordenaba a la sociedad que se abstuviese de efectuar tales sustituciones.

El Tribunal de Vicenza rechazaba la oposición propuesta contra tal decreto; sobre la impugnación de la sociedad X., la Corte de Apelación de Venecia ha confirmado tal decisión con la Sentencia hoy impugnada, afirmando que el comportamiento llevado a cabo por la sociedad era lesivo de la libertad sindical tutelada por el art. 28 del Estatuto de los Trabajadores, no sólo por la sustitución de huelguistas, «por el número de los sustitutos y por la adscripción de dos de ellos a tareas inferiores, con significativa modificación de la organización de trabajo, sondeo preventivo de los trabajadores individuales en relación con la adhesión o no a la huelga, omisión de advertencia a los sustitutos del motivo de la sustitución», también por la ulterior circunstancia relativa al preaviso que el director de la filial había dado a la fuerza pública el día antes de la huelga programada, pidiendo su intervención para el día siguiente; a propósito, el Juez de la apelación ha puesto de relieve «el indudable carácter intimidatorio de tal presencia».

Contra esta Sentencia, la Z. S.p.a. (antes X. S.r.l.) interpone recurso de casación con tres motivos, al que la organización sindical FILCAMS CGIL de Vicenza responde con impugnación. Ambas partes han depositado memorias.

MOTIVOS DE LA DECISIÓN

1.1. Con el primer motivo, denunciando los vicios de violación y error en la aplicación del art. 28 de la Ley núm. 300/1970 y de los arts. 115 y 116 del Código de Procedimiento Civil, así como defecto de motivación, la sociedad recurrente contesta a la subsistencia del presupuesto para la represión de la actividad sindical, constituido por la permanencia de los efectos lesivos de la conducta ilícita, a verificar en relación con la posibilidad de que ésta venga reiterada en lo sucesivo. Se afirma que la conducta denunciada estaba incontestablemente agotada, sin que permaneciese ningún efecto concreto; la Sentencia impugnada se limita a afirmar el mantenimiento de los efectos intimidatorios aún en la actualidad, pero en concreto no indica ningún elemento de hecho que sostenga tal aserto.

* Traducción al castellano, desde el italiano original de la Sentencia (localizada a través de www.cortedicassazione.it), realizada por Alberto Arufe Varela.

No subsistiendo efectos a remover, la Sentencia contiene una inadmisibile condena de futuro.

1.2. Bajo otro perfil, se pone de relieve que la conducta empresarial no ha incidido directamente sobre el derecho de huelga que ha sido ejercitado por los trabajadores; la inexistencia de una intención lesiva (pues la empresa sólo pretendía posibilitar la apertura al público del servicio durante el puente pascual) representa un elemento que confirma la no antisindicalidad del comportamiento.

2.1. Con el segundo motivo, mediante la denuncia de violación y error en la aplicación de los arts. 115 y 116 del Código de Procedimiento Civil, así como defecto de motivación, se censura la afirmación contenida en la Sentencia impugnada, que ha atribuido objetivo «valor antisindical» a la comprobación preventiva por parte de la sociedad en orden a la adhesión de los dependientes a la huelga, considerando que el trabajador debe permanecer libre de autodeterminarse sobre la participación en la abstención del trabajo hasta el último momento posible, y que ninguna norma impone una comunicación preventiva a nivel individual.

Se observa que la Corte territorial hace notar, sin ningún elemento de apoyo, que la empresa ha obligado a los trabajadores a suministrar una respuesta a la pregunta sobre la participación en la huelga.

2.2. Se afirma después, bajo otro perfil, que contrariamente a lo mantenido por el Juez de apelación, los trabajadores procedentes de otros puntos de venta han prestado su actividad conscientes de sustituir a los trabajadores en huelga.

3.1. Con el tercer motivo se denuncian los vicios de violación y error en la aplicación de los arts. 115 y 116 del Código de Procedimiento Civil, del art. 28 de la Ley núm. 300/1970, del art. 2103 del Código Civil y de los arts. 40 y 41 de la Constitución, así como defecto de motivación. Se censura así la decisión, que ha reconocido una lesión de las situaciones subjetivas protegidas por el art. 28 del Estatuto en la sustitución de los trabajadores adherentes a la huelga con dependientes pertenecientes a otras unidades productivas, atribuyendo particular relieve a las modalidades de tal sustitución, ocurrida con «desplazamiento» de dos técnicos.

Sobre este aspecto, la sociedad rechaza que en el caso sea reconocible una violación del derecho atribuido a dichos trabajadores por el art. 2103 del Código Civil; sostiene, por tanto, la legitimidad de la sustitución de los trabajadores en huelga con otros dependientes de la empresa, correspondiente a un comportamiento puramente defensivo con la finalidad de limitar los efectos perjudiciales de la huelga.

3.2. Una crítica ulterior se refiere a la valoración expresada en la Sentencia en orden al carácter intimidatorio atribuido a la presencia de la fuerza pública avisada por el director del establecimiento.

4. Los motivos, que pueden examinarse conjuntamente por su conexión lógica, merecen acogida sobre la base de las siguientes consideraciones.

4.1. En cuanto al perfil mencionado en 1.1., se evoca la orientación de la jurisprudencia de esta Corte, según la cual es requisito esencial de la acción de represión de la conducta antisindical, referida en el art. 28 de la Ley núm. 300 de 1970, la actualidad de tal conducta o el perdurar de sus efectos. Con la finalidad de comprobar tal presupuesto, el mero agotamiento de la acción lesiva singular del empresario no puede constituir

la preclusión de la orden del Juez de cesar el comportamiento ilegítimo cuando esto, en comparación con una valoración global no limitada a episodios singulares, resulte todavía persistente e idóneo para producir efectos duraderos en el tiempo, sea por su alcance intimidatorio, sea por la situación de incertidumbre que consigue con ello, susceptible de determinar en alguna medida una restricción o un obstáculo al libre ejercicio de la actividad sindical (véase por todas *Cass.* de 2 septiembre 1996, núm. 8032; 2 junio 1998, núm. 5422; 5 febrero 2003, núm. 1684; 6 junio 2005, núm. 11741).

Por tanto, el requisito en cuestión puede ser reconocido, sobre la base de la apreciación de hecho que queda reservada al Juez de instancia, cuando la lesión de la libertad sindical parezca idónea para determinar (incluso sobre la base de un juicio de presunción) efectos intimidatorios permanentes, a pesar del cese del comportamiento que la ha causado.

4.2.1. La cuestión central que se pone a examen en el caso, se refiere a la configuración de la conducta antisindical prohibida por el art. 28 de la Ley núm. 300/1970, en la hipótesis en que el empresario, con ocasión de una huelga, adscribe otro personal dependiente de la empresa a las tareas propias de los trabajadores huelguistas. La jurisprudencia de esta Corte ha reconocido más veces, en relación con diversos supuestos del llamado «esquirolaje interno», la legitimidad del uso por el empresario de cualquier medio legal que, sin impedir u obstaculizar el ejercicio del derecho de huelga, se dirija a moderar los efectos negativos de la suspensión de la actividad (véase, en este sentido, *Cass.* de 16 noviembre 1987, núm. 8401; 29 noviembre 1991, núm. 12822; 4 julio 2002, núm. 9709). La primera Sentencia citada también ha destacado la ilegitimidad del recurso a la contratación a término para sustituir a los trabajadores huelguistas; en la decisión núm. 9709/2002 se ha afirmado, por otra parte, que el empleo de personal que permanece en servicio también puede ocurrir con la asignación de estos dependientes a tareas inferiores.

En esta línea, más recientemente, *Cass.* de 9 mayo 2006, núm. 10624, ha afirmado el derecho del empresario a continuar desarrollando la actividad propia con ocasión de la huelga, a condición de que esto ocurra dentro de los límites normativamente previstos; la asignación de las tareas desarrolladas por trabajadores en huelga a otros dependientes se convierte, así, en ilegítimo cuando ocurra en violación de una norma legal o de una norma colectiva (en el caso examinado, con la asignación de trabajadores empleados con contratos por tiempo determinado y parcial para prestar servicios en los días de sábado y domingo, a actividades en otros días de la semana para sustituir a los dependientes en huelga, o con la realización, con la misma finalidad, de trabajo suplementario por parte de los dependientes con contrato por tiempo determinado, en oposición a norma legal). La opinión prevalente, sin embargo, que niega la legitimidad del recurso a nuevas contrataciones para suplir la abstención al trabajo de los adherentes a la huelga (esto es, esquirolaje externo), encuentra hoy referencias normativas precisas en diversas disposiciones especiales relativas al contrato a término (art. 20, apartado 5, letra a; art. 34, apartado 3, letra a, del Decreto Legislativo de 10 septiembre 2003, núm. 276).

4.2.2. Con esta perspectiva, se debe afirmar —siguiendo el criterio expuesto en *Cass.* 10624/2006— que en la lógica del equilibrio del derecho de huelga y el derecho de libre iniciativa económica del empresario —ambos garantizados por normas constitucionales—, el primero no puede considerarse lesionado cuando el segundo se ejercite para

limitar los efectos negativos de la abstención del trabajo sobre la actividad económica de la empresa, asignando a otros las tareas de los adheridos a la agitación, y sin que resulten violadas normas dispuestas para la protección de situaciones subjetivas de trabajadores.

4.3. La Sentencia impugnada ha reconocido los extremos del supuesto prohibido por el art. 28 del Estatuto de los Trabajadores, considerando ilegítima la sustitución de los trabajadores en huelga «por el número de los sustitutos y por la adscripción de dos de ellos tareas inferiores».

La decisión merece una viva crítica. La Corte territorial omite, por un lado, indicar las razones por las cuales ha atribuido relevancia al número de trabajadores empleados en sustitución, circunstancia que no parece por sí misma decisiva para valorar la legitimidad de la elección de la sociedad; por otro lado, considera comprobada la violación de la tutela asegurada por el art. 2103 del Código Civil por dos «técnicos de producción» (empleados para sustituir al personal adscrito a la caja, de cualificación inferior), afirmando que la sociedad no contesta el «desplazamiento» ocurrido.

En efecto, la sociedad recurrente ha contestado en el juicio de instancia la lesión expuesta de derechos subjetivos de los mencionados técnicos, sosteniendo que el eventual y esporádico desarrollo de cometidos propios de diversas posiciones de trabajo no comportaba ninguna violación del art. 2103 del Código Civil, pues correspondía a la particular naturaleza del rol ocupado por esas figuras profesionales, que rotan normalmente en varios puntos de venta para verificar la gestión en las secciones que se les asignan.

Tal planteamiento defensivo no ha sido examinado en la Sentencia impugnada, mediante un análisis del contenido profesional de las tareas de los trabajadores considerados: en la motivación sobre el particular, la Corte territorial se limita a compartir —aunque certificando «resultados contrastantes de la prueba instruida»— la afirmación del primer Juez en orden a «probables sustituciones» (de otros adscritos por parte de los técnicos de producción) «sólo en casos excepcionales, siendo el cometido de la sociedad apelante incompatible con el ejercicio de funciones de control e inspectoras referidas a más puntos de venta».

La refutación de las alegaciones de la sociedad resulta ligada a la afirmación según la cual tal cometido «parece dirigido a probar una práctica en base a la cual los inspectores puedan sustituir dependientes con tareas inferiores», práctica que se considera por sí misma contraria a la norma imperativa del art. 2103 del Código Civil, que no consiente derogaciones «al derecho del trabajador individual a su profesionalidad».

Estas evidencias no suministran elementos válidos de apoyo a la decisión, que conserva adquirido el dato de la disqualificación profesional ocurrida de los técnicos de producción sin examinar, como sería necesario, la relación entre las funciones desarrolladas por ellos en la ocasión específica y las funciones propias de su puesto de trabajo. La norma del art. 2103 del Código Civil proporciona una protección especial al trabajador para preservarlo de los «daños al complejo de capacidad y de actitud que viene definido con el término profesionalidad, con el consiguiente compromiso de las expectativas de mejora dentro y fuera de la empresa» (así, Corte Const. de 6 abril 2004, núm. 113) en relación con la utilización del patrimonio profesional adquirido del dependiente. En relación con tal finalidad, la jurisprudencia de esta Corte excluye

que el bien tutelado pueda considerarse lesionado cuando al trabajador, que continúa desarrollando de manera prevalente y absorbente las tareas correspondientes a su cualificación, le sean asignadas otras marginales y accesorias inferiores respecto a las de su competencia (*Cass.* de 25 febrero 1998, núm. 2045; 8 junio 2001, núm. 7821; 20 mayo 2003, núm. 6714; 10 junio 2004, núm. 11045).

En esta hipótesis, por tanto, no se plantea ningún problema de «derogación del derecho del trabajador individual a su profesionalidad», ni pone de relieve, para los perfiles que aquí interesan, la cuestión diversa de la exigibilidad por parte del empresario del desarrollo de tareas no correspondientes a las propias de la cualificación del dependiente. Parece del todo inmotivada, por lo demás, la afirmación relativa a las significativas «modificaciones de la organización del trabajo» adoptadas en el empresa, no siendo indicadas las razones dadas como base de tal convencimiento.

4.4. En cuanto a los otros perfiles de ilegitimidad de la conducta de la sociedad, se pone de relieve un ulterior defecto de motivación en orden a la enunciación (independientemente de una verificación de la intención perseguida por la empresa) del objetivo valor antisindical del «sondeo preventivo» efectuado para verificar la adhesión de los dependientes a la huelga.

La Sentencia impugnada no funda tal apreciación sobre la finalidad discriminatoria o de represalia de los trabajadores, pero, valorada la pacífica inexistencia de una obligación de éstos de comunicar anticipadamente la propia voluntad, mantiene —con una suposición privada de toda argumentación— que tal comunicación, «cuando pedida y efectuada, puede determinar la convicción, respecto a quien ha dado la misma, de una obligación suya de deberse atener a lo preventivamente comunicado».

4.5. Consideraciones análogas valen para la valoración del conocimiento o no de la abstención del trabajo de los dependientes en huelga por parte de los empleados en la sustitución; la Sentencia, que además certifica contrastantes resultados probatorios, no explica del todo por qué excluye que el motivo de la sustitución se hubiese comunicado a los interesados, ni sobre todo explica por qué razón la falta de comunicación adquiere «valor antisindical».

4.6. Lo mismo debe decirse respecto de la afirmación, completamente inmotivada, del «carácter intimidatorio» de la presencia de las fuerzas del orden avisadas por el director de la filial.

5. Por tanto, la Sentencia impugnada debe ser anulada, con reenvío de la causa a otro Juez, que deberá proceder a una nueva investigación ateniéndose, en cuanto a la cuestión de la legitimidad de la sustitución de los trabajadores en huelga al principio enunciado *supra*, 4.2.2.

El Juez de reenvío, designado en el fallo, decide también sobre las costas del presente proceso.

P[or] E[stos] M[otivos]

La Corte estima el recurso. Casa y reenvía, también respecto a las costas, a la Corte de Apelación de Trieste.

Decidido así en Roma, el 13 junio 2007.