

MADRID

Castellana, 216
28046 Madrid
Tel.: (34) 91 582 91 00

BARCELONA

Diagonal, 640 bis
08017 Barcelona
Tel.: (34) 93 415 74 00

BILBAO

Alameda Recalde, 36
48009 Bilbao
Tel.: (34) 94 415 70 15

MÁLAGA

Marqués de Larios, 3
29015 Málaga
Tel.: (34) 952 12 00 51

VALENCIA

Gran Vía Marqués
del Turia, 49
46005 Valencia
Tel.: (34) 96 351 38 35

VIGO

Colón, 36
36201 Vigo
Tel.: (34) 986 44 33 80

BRUSELAS

Avenue Louise, 267
1050 Bruselas
Tel.: (322) 231 12 20

LONDRES

Five Kings House
1 Queen Street Place
EC 4R 1QS Londres
Tel.: +44 (0) 20 7329 5407

LISBOA

Avenida da Liberdade, 131
1250-140 Lisboa
Tel.: (351) 213 408 600

PROTOCOLO DE ACTUACIÓN EMPRESARIAL ANTE LA CONVOCATORIA DE HUELGA GENERAL

Gómez-Acebo & Pombo
Área Laboral

Teniendo en cuenta la proximidad de la huelga general convocada por los sindicatos más representativos para el próximo día 29 de marzo, a continuación respondemos a algunas preguntas/cuestiones en relación a posibles actuaciones empresariales anteriores, coetáneas y posteriores al ejercicio del derecho de huelga.

El escrito se ha confeccionado a partir de los criterios de Jurisprudencia Constitucional u ordinaria, mezclados con las previsiones del Real-Decreto Ley 7/1977, de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo y de otros preceptos concordantes.

Se trata de una ilustración o apoyo que no puede sustituir al estudio concreto de cada supuesto. Sólo a la vista de cuantas circunstancias concurren en cada caso puede responderse de manera adecuada.

La totalidad de los Abogados del Área laboral está disponible para atender cualesquiera cuestiones relacionadas con el tema.

I. Actuaciones anteriores a la huelga

1. ¿Estamos ante una huelga legal?

La huelga se mueve por la "solidaridad" (sindical, social, etc.); los sujetos convocantes (Sindicatos Más Representativos de ámbito estatal, como tales) son genéricos; las reivindicaciones son difusas (no se dirigen, específicamente, contra las empresas); la obtención de lo pedido no está en manos de las empresas afectadas; en suma, estamos ante una huelga política, en protesta frente a las decisiones del Gobierno (aprobando el Real Decreto-Ley 3/2012) y Parlamento (convalidándolo) sobre aspectos relacionados con el mercado de trabajo y, en especial, la Reforma Laboral de 2012¹.

El Real Decreto-Ley de 1977 considera ilegal la huelga que se inicie o sostenga por motivos políticos, pero nuestro Tribunal Constitucional advierte que ese

¹ La convocatoria se dirige frente a la reforma de la legislación laboral "y demás medidas impuestas por el Gobierno mediante el real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, convalidado el pasado día 8 de marzo en el Congreso de los Diputados y que será tramitado como proyecto de ley". También se rechaza "las políticas presupuestarias restrictivas, que están llevando de manera progresiva al desmantelamiento de los sistemas de protección y cohesión social"

concepto hay que reservarlo para los conflictos subversivos, considerándose lícitas las huelgas que reivindican un cambio en la Política sociolaboral o económica que afecte a los trabajadores. Y "una huelga por la política social llevada a cabo por el Gobierno no es ajena a los intereses de los trabajadores".

Puesto que no se trata de una huelga prohibida o ilegal, sino que está amparada en por la Constitución (art. 28) y la norma reguladora (RDL 17/1977), no parece razonable oponerse a su ejercicio. En suma: la huelga se considera ajustada a Derecho, al margen de las valoraciones que merezca desde otras muchas perspectivas.

2. *¿Es obligatorio el preaviso de la huelga a cada empresa?*

En el marco de una huelga de carácter general como la que se avecina, el preaviso a cada uno de los empresarios afectados que prevé el artículo 3 del RDL 17/1977 no es necesario.

Tal y como estipuló el Tribunal Constitucional -refiriéndose a la huelga general que tuvo lugar el 14 de diciembre de 1988- "*En una huelga de las características de la del caso, el art. 3.3 RDLRT se cumple preavisando la huelga a los órganos centrales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y a los de las Comunidades Autónomas que tengan la competencia correspondiente transferida, así como a las asociaciones, más representativas de empresarios (de ámbito estatal y, en su caso, de Comunidad Autónoma) habida cuenta que el ámbito de la convocatoria y de la declaración de huelga era nacional*" añadiendo: "*Pero lo que en ningún caso era obligado era preavisar a todos los empresarios del país*".

3. *¿Puede el empresario exigir que se le informe de quién secundará la huelga?*

Los Tribunales suelen ser muy cautos al resolver asuntos cuando están en juego derechos fundamentales de tan intensa protección como la huelga y la libertad sindical. Las conductas empresariales tendentes a controlar el libre ejercicio de este derecho (y antes, la libre decisión de ejercerlo o no) suelen mirarse con especial recelo.

Sí puede la empresa activar mecanismos que no lesionen el ejercicio del derecho de huelga y que permitan (re) organizar de una manera más eficaz los recursos humanos y materiales disponibles con el fin de evitar los efectos derivados de una falta de previsión. Esta anticipación dirigida, en cierta manera, a paliar o mitigar los efectos de la huelga no puede estimarse anticonstitucional, sino plenamente legal, cuando se lleve a cabo de manera adecuada.

En este sentido, no parece inconstitucional que la empresa solicite a los trabajadores que manifiesten de cualquier modo (verbalmente o por escrito) su intención de participar o no en la huelga. Cada trabajador debe poder manifestar libremente:

- su intención de participar en la huelga;
- su intención de no participar;
- su voluntad de no anticipar su actuación;
- su rechazo de la consulta.

En suma: a la empresa le asiste el derecho a interrogar y al trabajador el de responder o no, sin que en ningún caso puedan derivarse consecuencias desfavorables para el trabajador.

En cuanto a la forma en que tal consulta puede realizarse, parece aconsejable que se haga por escrito y, en lo posible, que sea anónima. Si no es factible el anonimato por la necesidad de conocer el puesto que quedará inactivo, podrá pedirse que se identifique el trabajador.

Lo expresado por el trabajador permite a la empresa simplemente obtener un sondeo de lo que acaecerá. Lo manifestado por el trabajador (sea verbal o escrito) no es vinculante en la medida en que su cambio de opinión (en un sentido o en otro) debe respetarse hasta el día mismo de la huelga. Entender que la consulta es vinculante para los trabajadores permitiría a la empresa adoptar medidas disciplinarias o de otro tipo, lo cual podría considerarse una conducta antisindical.

Por consiguiente, y en resumen, las consultas previas pueden ser lícitas, con los matices expuestos, si bien no permiten obtener una foto fija anticipada de lo que ocurrirá el día de la huelga.

Conviene recordar que, por su lado, los trabajadores tienen derecho a reunirse, fuera de las horas de trabajo, para deliberar sobre la convocatoria de huelga.

4. *Puede la empresa adoptar medidas de protección o de prevención frente a la huelga a fin de eliminar o reducir sus efectos?*

Es posible que la empresa se anticipe a los efectos de la huelga con los medios técnicos y organizativos de que disponga, siempre que con ello no restrinja o anule su ejercicio.

La empresa no tiene por qué soportar los efectos de la huelga, pero tampoco puede anularlos acudiendo a

medidas de contratación laboral o mercantil (contratas, ETT, etc.). Es cierto que la empresa posee un cierto margen de actuación, pero estas medidas preventivas no pueden "venir de fuera" sino que, aun con límites y cautelas, deben ser propias o internas (sus propios trabajadores, sus propios medios materiales).

Con todo, se trata de materia muy casuística, porque las fronteras entre la adopción de decisiones legítimas y la puesta en juego de estrategias restrictivas está plagada de matices. Véase lo dicho más adelante sobre "esquirolaje".

5. *Servicios mínimos vs. Servicios seguridad y mantenimiento*

Vaya por delante una advertencia esencial:

- La mayoría de empresas no está afectada por la prestación de servicios mínimos: sólo aquellas señaladas por la Autoridad Gubernativa.
- En toda empresa con procesos productivos especiales deben atenderse actividades esenciales (servicios "de mantenimiento").

Los servicios mínimos tan sólo pueden ser ponerse en práctica por empresas (de régimen público o privado) dedicadas a tareas esenciales para la comunidad, mientras que los de seguridad y mantenimiento pueden establecerse en cualquiera.

La autoridad gubernativa es quien fija y determina cuáles son los servicios mínimos esenciales para la comunidad, mientras que respecto de los servicios de seguridad y mantenimiento corresponde al empresario y comité de huelga.

Los servicios mínimos persiguen que las actividades esenciales para la comunidad no se vean del todo paralizadas, mientras que los de mantenimiento tienden a garantizar la seguridad de las personas y de las instalaciones, la preservación de los locales, maquinaria, materias primas y cualquier otra atención precisa con el objetivo de que, una vez finalizada la huelga, la reanudación del trabajo sea inmediata.

¿Qué trabajadores han de acudir a desarrollar su actividad, necesariamente, sin poder secundar la huelga? En el caso de los servicios mínimos es el empresario quien lo decidirá, pues *"no hay precepto legal alguno que obligue a la empresa a dar audiencia y participación al Comité de huelga en la fijación de los servicios mínimos, cuando la orden dictada por la Autoridad Laboral permite un cierto margen de actuación en esta materia al empresario"* (criterio judicial).

En el caso de los servicios de seguridad y mantenimiento, el empresario no puede unilateralmente fijarlos y designar a los trabajadores afectados sino que en dicho proceso ha de participar el Comité de huelga. Lógicamente, si no existe la cooperación razonable por parte de los representantes laborales, la empresa puede actuar por sí misma.

Los trabajadores finalmente designados para la realización de los servicios (mínimos y de seguridad y mantenimiento) estarán obligados a prestarlos con independencia de su propósito de sumarse a la huelga; la negativa injustificada a prestarlos constituye una falta muy grave, sancionable por la empresa.

II. Actuaciones coetáneas a la huelga

1. Prohibición de esquirolaje externo e interno

Vaya por delante lo principal: al empresario le está vedado sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la huelga, salvo si se incumplen los servicios de mantenimiento. No cabe solicitar el auxilio de una ETT, ni contratar directamente trabajadores, pues existen prohibiciones legales en el RD-Ley 17/1977 y en la Ley de ETT. Tampoco será posible externalizar los servicios que habitualmente presta la empresa pues ello equivale a vaciar de contenido el derecho de huelga.

Junto a esa clara prohibición del *esquirolaje* existe otra más difusa referida a la "sustitución interna". **¿Es posible reorganizar la actividad productiva con los trabajadores que decidan no secundar la huelga?** La sustitución de trabajadores por otros que ya estuvieran vinculados no es un "ataque frontal" al derecho de huelga, sino una consecuencia del reconocimiento de la facultad de dirección del empleador y del derecho al trabajo de aquellos trabajadores que no quieran sumarse al conflicto colectivo, de manera que lo único que le está vedado al empresario durante la huelga es la utilización abusiva o torticera de su *ius variandi*, proyectado como medida antisindical para restar eficacia a la medida conflictiva. De nuevo hay que ser prudentes y examinar todas las circunstancias del caso; ejemplos de criterios derivados de pleitos que han accedido a los Tribunales son los siguientes:

- La prohibición no afecta a la persona del empresario, ni a personas del entorno familiar del empresario o socios del mismo que realicen prestaciones ocasionales y a título de amistad o benevolencia.
- Es posible continuar prestando servicios a los clientes mediante el uso de medios técnicos preexistentes y que no impliquen sustitución de trabajadores.
- El desvío de pedidos de un centro de trabajo a otro/s constituye conducta antisindical.
- La realización de horas extraordinarias no previstas los días previos a la huelga también se ha calificado como antisindical.
- Es abusiva la movilidad funcional cuando no se utiliza como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo, atentando en tal sentido al recíproco deber de lealtad y buena fe que perdura durante la huelga.
- Es ilícita la sustitución de los huelguistas con trabajadores de otras categorías profesionales del mismo centro, aunque se haga con su consentimiento, ya que la libertad para sumarse o no a la huelga no les habilita para neutralizar los efectos de la huelga secundada por sus compañeros.
- Es ilícita la colocación de personal cualificado en puestos de trabajo con una calificación mínima, porque deja inermes a los trabajadores manuales cuya

sustitución es fácil y puede privarles materialmente de un derecho fundamental, vaciando su contenido esencial.

2. Piquetes

Los piquetes informativos son legítimos siempre y cuando no sobrepasen su función informativa y adopten una postura coactiva.

Por tanto, los pequeños grupos de activistas con fines informativos, propagandísticos, persuasivos, incluso los que tratan de presionar a los trabajadores para que se sumen a la huelga y disuadir a los que han optado por no secundarla, entran dentro de los límites legales del ejercicio del derecho de huelga. No obstante, cuando éstos adoptan técnicas coactivas, intimidatorias, violentas y amenazantes, sobrepasan los límites del ejercicio de dicho derecho y no actúan por tanto bajo la legalidad.

3. Los trabajadores ante la huelga

- Conviene recordar la facultad empresarial de controlar el efectivo seguimiento de la huelga por parte de sus trabajadores. "*La empresa puede y debe controlar a los trabajadores que efectivamente ejercitan el derecho de huelga a fin de proceder a los correspondientes descuentos salariales*", según advierten los tribunales. El control consistente en requerir la firma de quienes no secundan la huelga, al comenzar la jornada, "no limita el ejercicio del derecho fundamental, si tenemos en cuenta su justificación a efectos administrativos, en especial para determinar el salario".

- El empresario debe abonar el salario de los trabajadores que no secunden la huelga a pesar de las diferentes circunstancias que puedan surgir tales y como no poderles dar ocupación efectiva como consecuencia de la huelga, que la inactividad tenga su consecuencia en la actuación de los piquetes o que los trabajadores no puedan desplazarse a la empresa como consecuencia del estado de huelga del servicio de transporte contratado al efecto. En el caso de que un trabajador, que en principio no secunda la huelga, no acuda a trabajar, deberá justificar adecuadamente el motivo de su ausencia.
- La ley dispone que "se respetará la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quieran sumarse a la huelga". Los trabajadores que desatienden la convocatoria de huelga no ven suspendido su contrato de trabajo ni reducido su salario, subsistiendo su obligación de trabajar, sin perjuicio de que pueda sobrevenir un cierre patronal. Ello, sin perjuicio de que sobrevenga un cierre patronal o de que se inste un expediente de suspensión de los contratos por fuerza mayor.
- La concesión de permisos (con o sin sueldo), cambios de turno, recuperación de horas correspondientes a ese día o figuras similares tendentes a que no se minore la retribución del trabajador, se preste al cabo el trabajo previsto, exista un clima de entendimiento y se eviten enfrentamientos constituye una práctica relativamente extendida. La CEOE desaconseja todas esas opciones, por entender que

resuelven problemas en el corto plazo "pero no para situaciones similares en el futuro".

4. *¿Se puede sancionar, incluso despedir, a un trabajador huelguista?*

La mera participación en una huelga legal (como la que nos ocupa), no puede dar lugar a ninguna sanción, salvo que el trabajador incurra en una falta laboral. El ejercicio del derecho de huelga, ni extingue por sí mismo el contrato de trabajo, ni es causa de despido, que de producirse sería calificado como nulo; tampoco puede dar lugar a la imposición de una sanción inferior al despido, ni a la adopción de medidas organizativas empresariales discriminatorias por causa de su ejercicio.

Si el huelguista incurre en una "falta laboral" durante la huelga sí podrá ser sancionado, aunque sus incumplimientos siempre se relativizan por los tribunales ya que se producen en el marco de presión y actividad conflictiva que la huelga implica.

5. *¿Qué puede hacer la empresa cuando se produzcan altercados durante la huelga o no pueda llevar a cabo su proceso productivo por las ausencias o coacciones?*

En los casos de notorio peligro de violencia, ocupación ilegal del centro de trabajo y cuando el volumen de inasistencia impida gravemente el proceso normal de producción, la Empresa podrá proceder al cierre del centro de trabajo (cierre patronal), poniéndolo en conocimiento de la Autoridad Laboral. El cierre se podrá mantener durante el tiempo indispensable para la remoción de las causas que lo motivaron.

III. Actuaciones posteriores a la huelga

El ejercicio del derecho de huelga comporta la suspensión del contrato de trabajo con la exoneración de las obligaciones recíprocas de trabajar y retribuir el trabajo.

1. Reducción proporcional del salario

Durante la huelga, el contrato se entiende suspendido (ni actividad, ni retribución). El trabajador que secunda la huelga, pierde la retribución correspondiente al período de duración de ésta, tanto la de los días que le correspondía prestar servicios, como la de los siguientes:

- Días de descanso semanales comprendidos dentro del período de huelga.
- Días festivos comprendidos dentro del período de huelga

Puesto que en esta ocasión se trata de un solo día de huelga, las operaciones a realizar son más sencillas. La reducción de salario que el empresario puede hacer a los trabajadores en huelga, no es tan sólo del salario de la jornada (salario base y complementos salariales), sino que también repercute sobre conceptos de salario diferido, como las pagas extras, incluyendo la paga de beneficios, las cuales se pueden ver disminuidas (en el momento que corresponda su abono) en la parte proporcional de los días de huelga secundados.

Respecto de los complementos asistencia o asiduidad, la jurisprudencia suele explicar que no se pierden en su totalidad, sino que resultan minorados en proporción al tiempo de duración de la huelga; también sostiene que cuando el convenio silencia el régimen

aplicable a las ausencias por huelgas legales, tampoco podrán computarse las ausencias por tal causa para minorar o suprimir el referido plus.

No obstante, el descuento salarial proporcional motivado por la huelga, no afecta a las vacaciones, resultando que la huelga no minorará su duración ni su retribución.

2. Situación de Alta en Seguridad Social

Los trabajadores en huelga estarán en situación de alta especial, lo que supone el mantenimiento del alta formal con la suspensión de la obligación de cotizar por parte del empresario y de los trabajadores.

La situación de alta especial, se considera como un alta normal, a efectos de la acción protectora, con algunas especialidades para las prestaciones de incapacidad temporal y desempleo, interesando ante todo la primera de ellas.

- Si la huelga se declara cuando el trabajador ya se encuentra en IT, mantiene su derecho a la prestación por IT.
- Si la baja médica se produce durante la huelga, el trabajador no tiene derecho a la prestación económica por incapacidad temporal mientras permanezca en situación de alta especial. Lo dicho no impide que se genere derecho a asistencia sanitaria. La prestación por IT comenzará a percibirse al concluir la huelga i finalizar la situación de alta especial.

Sí se mantiene la obligación de pago delegado de prestaciones por parte de la empresa.