

“EL NUEVO ROSTRO DE LAS MEDIDAS DE AUTOTUTELA PATRONAL”

Wilfredo Sanguinetti Raymond
Profesor Titular de Derecho del Trabajo
Catedrático Habilitado
Universidad de Salamanca *

Sumario: I. Premisa: la necesidad de prestar atención a la autotutela patronal y sus transformaciones. II. Una modificación radical de las estrategias empresariales ante los conflictos. A. El mantenimiento de la producción como objetivo prioritario. B. Razones estructurales del cambio de estrategia: la emergencia de un nuevo modelo productivo. C. La funcionalidad conflictiva del mantenimiento de la producción: un dato clave para la caracterización las nuevas prácticas empresariales. III. Márgenes de licitud constitucional de las nuevas medidas empresariales de defensa en los conflictos. A. Las difíciles relaciones entre los derechos de conflicto reconocidos a los trabajadores y empresarios por la Constitución española de 1978. B. La opción inicial por la preeminencia del derecho de huelga y sus límites. C. El consiguiente espacio para las acciones de autotutela empresarial: la “excesiva onerosidad” como mecanismo habilitante. D. La respuesta de la jurisprudencia constitucional ante la crisis del modelo: la defensa del daño “legítimamente causado” por el ejercicio del derecho de huelga. E. Los restantes márgenes de autotutela patronal y sindical y sus espacios reales de concreción dentro del modelo productivo emergente.

I. Premisa: la necesidad de prestar atención a la autotutela patronal y sus transformaciones

No hay estudio sobre la conflictividad laboral en el que se examine rol que compete a los empresarios que no parta de destacar la postura defensiva que éstos asumen en las controversias de trabajo. Pocas veces se advierte, de todas formas, que esta actitud es consecuencia del hecho de que, en un sistema de libertad de empresa, son siempre los empresarios quienes adoptan las decisiones básicas, a cuya revisión se dirige la acción reivindicativa de los trabajadores. Esta constatación, sin embargo, resulta decisiva para comprender que los empresarios son, en realidad, la fuerza determinante dentro de cualquier sistema de relaciones laborales, en tanto que la postura sindical, pese a ostentar por lo general la iniciativa en los procesos de negociación colectiva, es en el fondo una postura defensiva frente a la que, corresponde a los empresarios.

Este papel medular determina que, mientras las medidas de presión constituyen herramientas

* Artículo publicado en *Derecho Laboral*, Montevideo, 2007, núm. 225, págs. 17-36. Con posterioridad fue publicado también en AA.VV., *Trabajo y Seguridad Social. Estudios Jurídicos en Homenaje a Luís Aparicio Valdez*, Lima, Grijley-Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2008, págs. 475-495. El texto reproduce, con las indispensables transformaciones de estilo y sistemática derivadas de su transformación en un texto escrito, la intervención oral de defensa del trabajo de investigación inédito titulado “*Los empresarios y el conflicto laboral (del cierre a la defensa de la producción)*”, realizada por el autor con ocasión del concurso de acceso al Cuerpo de Catedráticos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social celebrado en la ciudad de Valencia (España) en abril de 1995. En su versión completa, la obra fue publicada en 2006 por la Editorial Tirant lo blanch.

imprescindibles para que los trabajadores puedan llevar a cabo, partiendo de esa situación de desventaja estructural, una tutela adecuada de sus intereses, estas mismas actuaciones no sean indispensables para los empresarios, que parten de la preexistencia de un *status quo* diseñado a su medida por ellos mismos, con cuya preservación pueden ver satisfechos sus intereses. Que las medidas de conflicto no constituyan una herramienta insustituible para la defensa de las pretensiones patronales en las controversias de trabajo no supone, empero, ni que los empresarios carezcan de mecanismos coercitivos susceptibles de ser utilizados en tales situaciones, ni que éstos no sean capaces, llegado el caso, de recurrir a ellos con el fin de contrarrestar los efectos de las acciones puestas en marcha por la representación de los trabajadores o reforzar su posición en el marco del conflicto.

Una visión puramente pasiva de papel de los empresarios en los conflictos de trabajo, como la que podría llegar a sustentarse a partir de la sola comprobación de lo ventajoso de su posición de partida, contrasta con el rol activo que estos desempeñan como sujetos económicos. Es cierto que existen numerosas situaciones en las cuales al empresario afectado por una huelga le basta, dada la solidez de su posición, con "atrincherarse" y esperar a la conclusión del conflicto por desgaste de los participantes en la medida. No parece, sin embargo, que semejante actitud pueda ser considerada como un paradigma del comportamiento empresarial frente a las controversias colectivas, capaz de dar cuenta de las actitudes de los empleadores en todo tipo de conflictos. En realidad, no resulta concebible que un sujeto como el empresario, acostumbrado a tomar la iniciativa en todos los ámbitos, haya de conformarse siempre con adoptar una posición de simple expectativa ante los conflictos con su personal, más aún si se tiene en cuenta que éste dispone, dada su condición de titular de la organización productiva, de poderes susceptibles de ser utilizados como eficaces medios de coacción sobre el colectivo de trabajadores de considerarlo necesario para la defensa de sus intereses.

La pasividad ante los conflictos de trabajo no forma parte, por consiguiente, de la esencia de la postura empresarial frente a los mismos, sino que constituye sólo una opción de enfrentamiento de sus consecuencias, en cuya base se sitúa por lo general una valoración positiva en torno a la solidez de su posición de partida. Una opción que, por tanto, puede variar si dicha evaluación arroja un resultado distinto o concurren otras circunstancias que induzcan al empresario a asumir un rol activo en defensa de sus intereses. Es por ello que, para estar en condiciones de llevar a cabo una aproximación completa al funcionamiento de la conflictividad dentro de cualquier sistema de relaciones laborales, es preciso prestar atención, no solamente a su desarrollo desde el lado de los trabajadores, sino también a las formas de reacción del lado patronal.

En consonancia con lo anterior, las páginas que siguen están dedicadas al examen de las formas de reacción empresarial frente a los conflictos de trabajo, las transformaciones experimentadas por éstas en los últimos años y sus márgenes de licitud constitucional dentro del ordenamiento laboral español. Ésta es una cuestión que reviste, en el caso de este país, una especial trascendencia, no sólo desde el punto de vista material sino también jurídico. Esto es así en la medida en que, como habrá ocasión de explicar con detalle en las páginas que siguen, la Constitución española de 1978, a diferencia de otras de su entorno, consagra, de forma explícita, clara y concluyente, el derecho de los empresarios –y no sólo de los trabajadores– a "adoptar medidas de conflicto colectivo", a través de su artículo 37.2.

A pesar de ello, no ha sido éste un tema que haya merecido en los últimos años el interés de la doctrina española. Las medidas empresariales de conflicto fueron objeto de atención en la etapa inicial de vigencia de la norma fundamental, a lo largo de la cual constituyó un arduo tema de debate la admisibilidad o no, a la luz de la citada disposición, del cierre patronal. Este inicial interés languidecería, sin embargo, luego de que el Tribunal Constitucional se pronunciase sobre el particular. Al extremo de no contarse en la actualidad con ningún estudio que aborde de forma general y sistemática esta cuestión. Determinar los alcances del singular precepto que apodera a los empresarios para recurrir a medidas de autodefensa en los conflictos de trabajo, estableciendo sus relaciones con el derecho de huelga de los trabajadores, constituye, de todas formas, una tarea ineludible si se quiere ofrecer una visión acabada del marco constitucional de regulación de las relaciones colectivas de trabajo vigente en España.

El presente estudio parte de esta preocupación e intenta aportar respuestas a ella. Su propósito no es, empero, ofrecer una reconstrucción “en abstracto” de las implicaciones que posee la presencia dentro del sistema jurídico español de un precepto tan singular como el mencionado. Antes bien, en consonancia con lo antes expuesto, su propósito es estudiar la conflictividad empresarial, de forma simultánea, como fenómeno social y como objeto de regulación jurídica. Partiendo del reconocimiento de sus formas reales de expresión, para luego confrontarlas con los mandatos que, dentro del sistema constitucional vigente, establecen los márgenes dentro de los cuales pueden desenvolverse este tipo de iniciativas.

Esta opción metodológica se funda en el convencimiento de que el conflicto y sus manifestaciones no pueden ser estudiados desde una perspectiva exclusivamente jurídica, puesto que ésta óptica nos aleja de los contenidos que asume en cada momento y los factores que influyen en su configuración. Unos elementos sin los cuales resulta difícil aportar respuestas acomodadas a los problemas que en éste ámbito de plantean. El punto de partida de esta reflexiones está constituido, en virtud de ello, por la realización de una aproximación a la conflictividad empresarial “realmente existente” en España en la actualidad. Una aproximación que, como se podrá comprobar inmediatamente, está en condiciones de depararnos más de una sorpresa.

II. Una modificación radical de las estrategias empresariales ante los conflictos

En efecto, dicha aproximación al desenvolvimiento real de la conflictividad dentro del sistema español de relaciones laborales permite detectar un llamativo cambio en las estrategias y las formas tradicionales de reacción de los empresarios ante los conflictos, cuyos efectos se dejan sentir a partir de inicios de los años noventa.

En la etapa posterior a la aprobación de la Constitución, el cierre patronal o *lock out* constituyó la principal –y casi única– medida patronal de conflicto. Naturalmente, la función de éste no fue hacer frente a todo tipo de huelgas, sino actuar como mecanismo especializado de defensa frente los actos conflictivos irregulares y las paralizaciones de labores especialmente nocivas para los empresarios. En los demás casos, en cambio, todo induce a pensar que la forma más habitual de reacción frente a las huelgas estuvo representada por la adopción de estrategias de resistencia a las demandas sindicales y desgaste de los huelguistas. Ello guarda coherencia con la escasa duración promedio de las huelgas en esta etapa, expresión de la limitada capacidad de resistencia de sus participantes, así como con la hegemonía, aún clara, de un modelo productivo basado en la fabricación de productos en series largas, que proporciona a los patronos, a través de la acumulación de *stocks*, un importante margen de maniobra frente a las huelgas.

Esta situación empezará a cambiar, y además radicalmente, a inicios de los años noventa

A. El mantenimiento de la producción como objetivo prioritario

En coincidencia con el inicio de la década pasada, los repertorios jurisprudenciales empiezan a dar cuenta de una cada vez más extensa gama de nuevas formas de resistencia frente a las huelgas, las cuales terminarán por desplazar al cierre patronal y erigirse en los instrumentos de autotutela patronal por excelencia.

La singularidad de estas prácticas se expresa, tanto a través del objetivo que persiguen como de la forma como buscan alcanzarlo. Todas ellas se dirigen a evitar que la paralización consiga afectar el cumplimiento de los programas de producción de la empresa. La vía para ello no está constituida, sin embargo, por la introducción de restricciones al ejercicio del derecho de huelga. Frente a ello, se opta más bien por tratar de neutralizar sus efectos, mediante el uso en clave instrumental los más variados poderes empresariales. Las conductas pueden ser diversas, pero el objetivo es siempre el mismo: mantener a toda costa el proceso productivo. No parar.

La sustitución de los huelguistas por personal de la empresa no participante en la protesta –el denominado “esquirolaje interno”– no constituye aquí sólo la primera manifestación detectada por la jurisper-

dencia de una tendencia que se irá extendiendo en los años sucesivos a una gran diversidad de conductas.

La serie comprende, naturalmente, actuaciones de vocación disuasoria, dirigidas a conseguir el fracaso de la convocatoria. Estos son actos no desconocidos en el pasado, pero cuya frecuencia se multiplica. Piénsese en la publicación de comunicados o el envío de cartas, la convocatoria de reuniones, la asistencia de directivos a las asambleas, la negación de facilidades a los representantes de los trabajadores, etc.

El grupo más importante de comportamientos de este tipo, no obstante, tanto en términos cuantitativos como cualitativos, está representado por aquellos que, aceptando la realización de la huelga, se dirigen más bien a neutralizar sus consecuencias económicas negativas. La siguiente es una clasificación de las distintas maneras de limitar el impacto de las huelgas detectadas en el último período, elaborada a partir de los datos proporcionados por los repertorios jurisprudenciales.

La primera forma de alcanzar ese resultado es, evidentemente, anticipando la realización de los trabajos que no podrán ejecutarse. La experiencia demuestra que este efecto puede ser conseguido hasta de tres maneras distintas: incrementando la carga de trabajo en los períodos no afectados por el paro y reduciéndola en aquellos en que debe realizarse, adelantando la ejecución de ciertas prestaciones o incluso, sencillamente, pactando la realización de horas extraordinarias los días previos.

Otra manera de limitar las consecuencias del paro es derivando la producción hacia otros sujetos, para que sean éstos los que se ocupen de atender la demanda durante el conflicto. Ésta es una opción que se ha visto facilitada en los últimos tiempos por el auge de las estrategias de organización reticular de las actividades empresariales, que han permitido que las empresas encuentren en los grupos y las redes de subcontratación a los que pertenecen eficaces aliados para seguir atendiendo sus compromisos pese a la paralización. Las modalidades que puede adoptar esta estrategia de desvío de pedidos son diversas. Estas pueden ir, desde su derivación a otros centros de producción de la propia empresa o a otras empresas del mismo grupo, hasta su encargo a un contratista con el que se entra en contacto con tal fin o a los contratistas o trabajadores autónomos con los que se mantiene una vinculación previa.

Un tercer expediente susceptible de dar lugar a esas mismas consecuencias neutralizadoras está constituido por la sustitución de las prestaciones de los huelguistas por otras que cumplan una función semejante. La experiencia demuestra que esta sustitución puede producirse, a su vez, de muy diversas formas.

La más elemental de todas consiste en reemplazar a los huelguistas por personal externo a la empresa (los denominados en España, con expresión de origen catalán, "esquiroleros"). A pesar de encontrarse expresamente prohibida, ésta es una práctica que sigue realizándose, recurriendo a procedimientos diversos: la contratación temporal de nuevo personal, la ampliación de la jornada del personal previamente cedido por una Empresa de Trabajo Temporal, el "traslado" de trabajadores de otras empresas del mismo grupo o incluso, ya al límite, la realización de las labores por propio el empresario, solo o contando con la ayuda de amigos o familiares.

Otra posibilidad, que a pesar del consenso existente en torno a su ilicitud a partir de un pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional sobre la materia sigue siendo utilizada, es la de suplir a los huelguistas por trabajadores de la empresa no adherentes al paro. En este caso, la sustitución puede producirse de dos maneras distintas, bien mediante el traslado del personal que labora en otros centros de trabajo, o bien a través del encargo de las tareas a trabajadores no huelguistas del mismo centro, a los que se modifica –en sentido horizontal o descendente– las funciones a realizar o se les incrementa la jornada.

Una última forma de sustitución, cuyo empleo viene extendiéndose, consiste en el reemplazo de la prestación "actual" o "física" que dejan de realizar los huelguistas por otra "no actual", "virtual" o "automática", susceptible de ser realizada exclusivamente por las máquinas, si son programadas para ello. Las opciones abiertas por las nuevas tecnologías para lograr esta suerte de "esquirolaje virtual" son numerosas,

en especial en los sectores de radio, televisión, banca y telecomunicaciones, se trate de la realización remota de la prestación, mediante el manejo a distancia de aparatos que normalmente son accionados desde el centro de trabajo (piénsese, por ejemplo, en la manipulación de los teleindicadores de una estación ferroviaria en huelga desde otra que no lo está), de la sustitución de la prestación por otra equivalente ejecutada por un sujeto distinto, la cual que es captada y emitida automáticamente (como ocurrió en el sonado caso "Televisión Cataluña", donde esta entidad retransmitió la señal de un partido de fútbol que no podía emitir debido a una huelga conectándose a la de otros operadores) o del reemplazo de la prestación "actual" de los huelguistas por otra "inactual", cuya emisión es programada para que coincida con la huelga (conforme ocurre, por ejemplo cuando se opta por la emisión de música grabada en vez de programas en vivo en una emisora de radio en huelga).

Por último, existe constancia rigurosa del empleo con estos fines incluso de los servicios mínimos, tanto de seguridad y mantenimiento como de garantía de los servicios esenciales de la comunidad, recurriendo para ello a una serie de conductas, todas ellas claramente ilícitas, que sería vano enumerar aquí.

La emergencia de todos estos comportamientos, a la vez que se producía un claro declive del cierre patronal, ha alterado substancialmente la tradicional fisonomía de los conflictos de trabajo en España. El panorama resultante se aproxima, antes que al del "asedio de la fortaleza del poder empresarial", como ocurría en el pasado, a un auténtico "campo de batalla", dentro del cual ambas partes –y no sólo los trabajadores– buscan servirse de cuantos instrumentos se encuentren a su alcance para defender su posición e intereses en el conflicto.

B. Razones estructurales del cambio de estrategia: la emergencia de un nuevo modelo productivo

Esta transformación de las actitudes empresariales resulta especialmente llamativa si se tiene en cuenta que se produce en un contexto general de declive de la conflictividad. Ello induce a interrogarse por sus causas.

Detrás de este cambio no parece situarse un endurecimiento en la dinámica de las huelgas, cuya frecuencia y duración han disminuido en España en vez de aumentar en los últimos años, sino otro tipo de factores estructurales, que hacen más necesarias que en el pasado las formas activas de reacción empresarial. En concreto, la emergencia de un nuevo modelo productivo, que reduce la capacidad de resistencia de los empresarios ante las paralizaciones de labores, haciéndolos más vulnerables frente a éstas. Este es un modelo productivo dentro del cual asume un mayor protagonismo el sector servicios, en el que la respuesta a la demanda difícilmente puede ser anticipada o pospuesta. Pero también formas nuevas de organización de la producción más atentas a las oscilaciones de la demanda, en las que la capacidad de soportar los efectos de las huelgas se reduce severamente, al no disponerse ya del arma de los *stocks*. En ambos casos, como salta a la vista, las estrategias de desgaste carecen de sentido, puesto el paro coloca al empresario ante el inminente e inevitable incumplimiento de sus compromisos. Antes bien, la única respuesta efectiva radica en no dejar de atender los pedidos. Es decir, en no parar, recurriendo a actos como los descritos.

Conviene advertir, de todas formas, que estos cambios no han supuesto un incremento real de la capacidad lesiva de las huelgas. No sólo porque los empresarios se encuentran dotados ya, por su condición de tales, de instrumentos para anular sus efectos, sino porque la nueva situación añade a éstos otros mecanismos especialmente incisivos, como la estructuración en red de las actividades productivas y las nuevas tecnologías, que sirven de eficaces antidotos para su mayor vulnerabilidad. La posición de ventaja estructural de los empresarios en los conflictos no se ve, de este modo, debilitada en lo sustancial, sino más bien fortalecida. La única diferencia es que, para hacerla efectiva, deben ahora implicarse en ellos, haciendo uso de tales mecanismos.

C. La funcionalidad conflictiva del mantenimiento de la producción: un dato clave para la caracterización las nuevas prácticas empresariales

Esta última constatación nos coloca delante de un dato esencial para la caracterización de estas nuevas formas de reacción empresarial: su carácter instrumental. A pesar de su variedad, todas las conductas reseñadas tienen en común la búsqueda de un mismo resultado: impedir que la huelga despliegue sus efectos paralizantes, causando daños al empresario. Este es un dato que permite atribuirles, sin duda de ningún tipo, la condición de medidas patronales de conflicto.

Ha de tenerse en cuenta que cada una de ellas es, desde el punto de vista funcional, un "acto de beligerancia", a través del cual el empresario expresa su voluntad de lucha y su resistencia a aceptar las demandas de los huelguistas. Naturalmente, su objetivo no es ejercer presión sobre los trabajadores, sino paliar las consecuencias económicas negativas de las medidas de fuerza emprendidas por éstos. Esta circunstancia, sin embargo, no permite negarles naturaleza conflictiva.

La definición de las medidas de conflicto como "instrumentos de presión" o "medios de reivindicación o lucha", se adecua bastante bien a la lógica de actuación de los trabajadores, que necesitan de este tipo de herramientas de agresión para tratar de imponer una situación de equilibrio allí donde no existe. En el caso de los empresarios, en cambio, dado que parten de la existencia de dicho desequilibrio a su favor, las medidas de conflicto suelen dirigirse más bien a tratar de preservar ese beneficioso estatus inicial, defendiéndose de las acciones emprendidas por los trabajadores para revertirlo.

Es por esta razón que el hecho de que no exista, tratándose de las medidas descritas, el propósito de ejercer presión sobre los trabajadores no las priva de una finalidad conflictiva, la cual está representada por la defensa de la indemnidad de la posición empresarial, cuya superioridad de partida garantiza a sus titulares una adecuada defensa de sus intereses en el marco del conflicto.

III. Márgenes de licitud constitucional de las nuevas medidas empresariales de defensa en los conflictos

Indicar, como se acaba de hacer, que los actos en cuestión constituyen, materialmente, medidas patronales de conflicto no supone afirmar o negar su licitud, sino solamente constatar un hecho, sin el que su existencia carecería de sentido. Aun así, ésta es una constatación que tiene importantes repercusiones sobre la metodología a emplear para realizar esa valoración.

En efecto, dada la existencia en la Constitución española de un precepto que apodera a los empresarios para adoptar "medidas de conflicto colectivo", la delicada cuestión que plantean estas prácticas es la de determinar en qué medida pueden ser encuadradas en su ámbito y consideradas manifestaciones de este derecho de autodefensa. El cambio detectado en las estrategias empresariales de afrontamiento de los conflictos conduce, de este modo, a plantearse el problema de los alcances de este derecho desde una perspectiva distinta a la adoptada hasta el momento: la de los márgenes dentro de los cuales ampara medidas de defensivas de los empresarios distintas del *lock out*.

Éste es un examen que no puede hacerse, de todas formas, sin tener en cuenta la peculiar textura de las conductas en cuestión. Y en concreto el hecho de que, a través de ellas, sin afectar el acto huelguístico o la libertad de participar en él, se consigue neutralizar sus consecuencias.

Es evidente que a estas conductas subyace un profundo conflicto de intereses, que contrapone el interés de los participantes en la huelga a que ésta despliegue sus consecuencias económicas adversas, de forma que ejerza un efecto coactivo sobre el empresario, al interés de éste último de reducir esa presión, con el fin de preservar intacta su libertad de decisión. Ambos son, sin embargo, intereses susceptibles de encontrar, aunque por vías distintas, amparo dentro de la norma fundamental: el primero a través del artículo 28, a través del cual se reconoce "el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses", y el segundo mediante el 37, que proclama "el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo".

De allí que la única forma de aportar una respuesta consistente al dilema planteado estas prácticas sea estableciendo la medida en que cada uno de esos intereses es objeto de tutela. Es decir, determinan-

do los márgenes dentro de los cuales la norma fundamental ampara las acciones de autodefensa de los trabajadores y empresarios, así como por sus relaciones recíprocas. Por las relaciones, en suma, entre autotutela sindical y patronal dentro del sistema constitucional.

A. Las difíciles relaciones entre los derechos de conflicto reconocidos a los trabajadores y empresarios por la Constitución española de 1978

La que se acaba de indicar es una tarea que, tratándose de la Constitución de 1978, se encuentra rodeada de especiales dificultades. Ello se debe a que ésta contiene preceptos que, examinados por separado, permiten sustentar la recepción de dos modelos opuestos de tratamiento de los conflictos: uno de carácter intervencionista, basado en la tutela privilegiada del derecho de huelga, con base en el recién citado artículo 28; y otro de inspiración más bien liberal, proclive a admitir el uso de medidas de lucha por ambas partes sociales, apoyado en el tantas veces aludido artículo 37.

Es importante observar, en cualquier caso, que en la base de este contradictorio planteamiento se encuentra la deliberadamente ambigua redacción del artículo 37, que ya antes de su aprobación dio lugar a las más diversas interpretaciones sobre sus alcances y relaciones con el derecho de huelga, al extremo de que, como ha reconocido posteriormente uno de los protagonistas del proceso constituyente, cada grupo político aceptó entonces la formulación dada a este precepto "pensando que la ambigüedad favorecería sus propias tesis". No es de extrañar, por ello, que posteriormente éste haya dado lugar a las más diversas y contradictorias tesis sobre sus alcances y sus relaciones con el derecho de huelga.

De allí que el primer escalón de nuestro análisis deba estar representado por la realización de una aproximación general a este enigmático precepto.

Esta aproximación permite concluir que, en su intento de ofrecer una salida basada en la ambigüedad del lenguaje al problema político planteado por quienes solicitaban el reconocimiento del cierre patronal como medida "compensatoria" de la proclamación del derecho de huelga, los autores de la Constitución española terminaron por consagrar un poder general de autotutela en cabeza de los empresarios, que los faculta para llevar a cabo, individualmente, la tutela de sus intereses en los conflictos, recurriendo a un catálogo abierto de medidas defensivas o de presión. Un catálogo dentro del cual no existe en principio ningún inconveniente para entender incluidos los actos dirigidos a neutralizar los efectos de las huelgas que son objeto de nuestra atención, en la medida en que concurren en éstos todos los requisitos precisos para ello, incluido su necesario carácter colectivo, que se expresa a través de la afectación que de ellos se hace del interés unitario e indivisible de los trabajadores comprometidos en el conflicto.

Con todo, tampoco parece que esta legalización de la acción directa sea capaz de legitimar todo tipo de actos conflictivos, al margen de su contenido y de su incidencia sobre otros bienes. En realidad, lo único que implica es que la finalidad coactiva o defensiva que los anima no determina de forma automática su ilicitud. Este hecho no exime, sin embargo, al acto de ser valorado desde la perspectiva del conjunto del ordenamiento jurídico, pudiendo ser considerado ilícito si se encuentra prohibido de forma expresa o lesiona bienes jurídicos sobre los que no le está permitido incidir. Esto supone que la posibilidad de causar un daño a la contraparte no puede ser considerada un componente esencial de este poder, sino más bien un elemento adicional, que puede añadirse o no a él.

Ahora bien, aún siendo así, no parece que la exigencia de que el ejercicio de este derecho no lesione otros bienes jurídicos pueda ser aplicada automáticamente y sin ningún tipo de matización al derecho de huelga, al que se encuentra estructuralmente contrapuesto, como expresión de un poder de autodefensa paralelo, pero de signo contrario. Ello dependerá de la relación que pueda establecerse entre la protección de ambos derechos dentro del sistema constitucional.

B. La opción inicial por la preeminencia del derecho de huelga y sus límites

¿Qué relación existe entre este indeterminado derecho de defensa empresarial y el específico poder de autotutela atribuido a los trabajadores por la norma fundamental?

Esta es, en el fondo, una vieja cuestión dentro del Derecho del Trabajo español, a la cual dio temprana respuesta el Tribunal Constitucional en su decisiva Sentencia 11/1981, 8 de abril, mediante el reconocimiento de la preeminencia del derecho de huelga sobre el derecho de los empresarios a la adopción de medidas de conflicto y la consiguiente declaración de la imposibilidad de que a través de este último se impida o vacíe de contenido el primero. Para el Tribunal Constitucional, la norma fundamental española no se funda, a diferencia de lo que ocurre en otros países del entorno europeo, en el principio de la "igualdad de armas", "de la igualdad de trato o del paralelo entre las medidas de conflicto nacidas del campo obrero y las que tienen su origen en el sector empresarial", sino que privilegia claramente las primeras.

Ésta es una preeminencia que no se funda exclusivamente en razones sistemáticas, vinculadas con la ubicación de ambos derechos en secciones del texto fundamental dotadas de niveles distintos de protección, hartamente discutibles dada la unidad normativa de la Constitución. Antes bien, entronca con la consideración del derecho de huelga como uno de valor instrumental para la consecución de algunos de los valores básicos que sustentan el modelo de Estado Social, como los de justicia e igualdad, la cual conduce al Tribunal Constitucional a atribuirle una posición más fuerte en caso de conflicto con otros derechos que no poseen esa especial vinculación, como ocurre con el derecho de los empresarios a la adopción de medidas de conflicto previsto por el artículo 37, que navega más bien en una dirección opuesta.

El resultado de esa preeminencia es, en cualquier caso, la subordinación de la facultad de autodefensa de los empresarios al poder de autotutela de los trabajadores. El espacio de legitimidad de dicha facultad termina, como consecuencia de ello, limitado exclusivamente a los supuestos en que la acción empresarial hace frente a acciones conflictivas irregulares o al ejercicio ilegítimo del derecho de huelga, por hipótesis no amparado.

Lo anterior supone que la amplitud que es capaz de alcanzar el poder de autodefensa de los empresarios queda a expensas de la que, de forma paralela, se reconozca al derecho de huelga. Cuanto más amplia sea ésta, más reducida será aquella. Y viceversa. De allí que este análisis deba ser complementado con el del tratamiento que se ofrece al contenido de este derecho y los límites al mismo que de ella se derivan.

Ahora bien, ésta es una cuestión que parecería también saldarse desde un inicio también dentro de la jurisprudencia constitucional a favor del derecho de huelga, al incluir la ya citada Sentencia 11/1981 amplias referencias a su carácter instrumental respecto de la defensa de los intereses de los trabajadores y a su aptitud para limitar la libertad del empresario de anular sus efectos recurriendo a medidas defensivas del tipo de la sustitución de los trabajadores huelguistas por otros no vinculados a la empresa o el cierre patronal. Unas referencias a partir de las cuales es posible entender garantizada la efectividad de la huelga como medida de presión.

Esta favorable impresión inicial se desdibuja, no obstante, si se tiene en cuenta que, en esta misma sentencia, el Tribunal Constitucional optó por convalidar, con ligeros retoques, la prohibición de abuso del derecho de huelga introducida por Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo. Una prohibición detrás de la cual no se sitúa valor constitucional alguno, sino unos presuntos "límites inmanentes" del derecho, que apenas disimulan la tutela de los intereses empresariales. Pero a través de la cual se consigue expulsar del ordenamiento jurídico las huelgas más incisivas (en la redacción de la norma: "las huelgas rotatorias, las efectuadas por los trabajadores que presten servicios en sectores estratégicos con la finalidad de interrumpir el proceso productivo, las de celo o reglamento y, en general, cualquier otra forma de alteración colectiva en el régimen de trabajo distinta de la huelga"), limitando las posibilidades de empleo exitoso del derecho a aquellos supuestos en que los huelguistas estén dispuestos a asumir elevados sacrificios a cambio de sus reivindicaciones.

El resultado de esta doble operación salta a la vista: si por una parte se garantiza la efectividad del derecho de huelga, protegiéndolo de las acciones de conflicto de los empresarios dirigidas a anularla, por la otra se legitiman las restricciones legalmente impuestas a esa efectividad. La doctrina de la "posición preferente" del derecho de huelga termina por aplicarse, de este modo, a la colisión entre este derecho y

las acciones de conflicto de los empresarios, pese a existir un precepto constitucional les ofrece cobertura, pero no a la limitación de su contenido por el legislador, a pesar de no existir en este caso mandato constitucional alguno en el que apoyar esta decisión.

Se produce de tal modo una singular operación de "equilibrio de tuteladas", de acuerdo con la cual el recorte de los derechos de conflicto de cada sujeto encuentra su "contrapartida" en la restricción de los del otro. Una operación en la base de la cual se sitúa el modelo intervencionista y restrictivo de tratamiento de los conflictos instaurado durante la transición política por el aludido Real Decreto Ley 17/1977 con el propósito de contener sus formas más agresivas de expresión, favoreciendo la dialéctica entre una huelga "débil" y la resistencia pasiva de los empresarios. La intervención del Tribunal Constitucional ha permitido que este modelo, en principio de carácter provisional, se convierta en permanente, no existiendo de momento perspectivas de aprobación de una ley orgánica reguladora del derecho de huelga capaz de alterar esta situación.

C. El consiguiente espacio para las acciones de autotutela empresarial: la "excesiva onerosidad" como mecanismo habilitante

Llegados a este punto, es importante advertir que la convalidación de la prohibición de abuso del derecho de huelga, llevada a cabo tempranamente por el Tribunal Constitucional, supone la admisión de un determinado enfoque en torno a la cuestión de la legitimidad de los daños ocasionados por su ejercicio. Y es que, como no es difícil de apreciar, mediante dicha prohibición el legislador establece una clara separación entre aquellos daños que pueden ser considerados admisibles y los que resultan inadmisibles, por excesivos o desproporcionados. Así, mientras los primeros son legítimos y deben ser soportados, los segundos, en cambio, no lo son, pudiendo por tanto el empresario afectado defenderse de ellos.

Lo anterior supone que las medidas de reacción frente a los perjuicios causados por el ejercicio lícito del derecho de huelga deben ser consideradas, sin matizaciones de ningún tipo, contrarias a éste. Mientras que, las que se opongan a los derivados de su uso irregular, constituyen formas lícitas de expresión del derecho de defensa de los empresarios en los conflictos.

El "juego de compensaciones" propio de este modelo conduce, así, a garantizar especialmente la eficacia del derecho de huelga, luego de haber ilegalizado las huelgas más eficaces. Expresión de esta garantía son, precisamente, las aludidas prohibiciones, tanto del denominado "esquirolaje externo", como de los cierres patronales que no tengan por objeto hacer frente a medidas de presión no amparadas, como las derivadas de los actos de violencia, las ocupaciones de locales o las huelgas abusivas, introducidas por el Real Decreto-Ley 17/1977. Como salta a la vista, en el contexto en que fue aprobada esta norma, muy distinto del actual, prohibir ambas medidas podía ser considerado sinónimo de vedar al empresario toda actuación capaz de restar efectividad a las huelgas.

D. La respuesta de la jurisprudencia constitucional ante la crisis del modelo: la defensa del daño "legítimamente causado" por el ejercicio del derecho de huelga

El complejo sistema de equilibrios que sustenta este modelo entrará en crisis a principios de los noventa, como consecuencia del cambio en las estrategias empresariales de enfrentamientos de los conflictos al que se ha hecho referencia. A partir de entonces, mientras el derecho de huelga sigue sujeto a importantes restricciones, surgen nuevas formas de neutralizar sus efectos, no previstas ni prohibidas legalmente, pero a través de las cuales es posible afectar su ejercicio, sea éste lícito o ilícito. El daño legítimamente causado por el ejercicio del derecho de huelga deja, de tal manera, de encontrarse garantizado por el legislador, pasando la vanificación de las consecuencias de las huelgas a convertirse en una posibilidad cierta, incluso cuando éstas discurren por los estrictos cauces marcados por la ley.

La situación de indefensión en la que queda sumido un derecho de huelga cuya incisividad ha sido previamente recortada, determinará que la reacción no se haga esperar. Aunque con escalones previos y posteriores, ésta reacción tiene su principal exponente en la Sentencia del Tribunal Constitucional

123/1992, de 28 de septiembre, dedicada al examen de un singular supuesto de "sustitución interna" de trabajadores en huelga.

Aunque se ha dicho que esta sentencia no hizo más que sistematizar la doctrina judicial precedente, que ya con anterioridad se había pronunciado sobre la ilicitud de este tipo de actos, su aportación resulta en realidad capital desde un triple plano: a) la vinculación del problema, de forma inmediata y directa, con la aplicación de las normas constitucionales reguladoras de los derechos de conflicto de trabajadores y empresarios; b) el rescate para su solución de los criterios interpretativos originariamente esbozados por la jurisprudencia constitucional sobre las relaciones entre ambos derechos; y c) la aptitud de la doctrina por ella sentada para trascender el caso concreto y ofrecer una respuesta de proyección general a los interrogantes planteados por este tipo de actos.

Comenzando por lo primero, esta Sentencia parte de entender que el problema sometido a su consideración no es uno de interpretación "a la luz de la Constitución" del artículo 6.5 del Real Decreto Ley 17/1977, a través del cual se prohíbe al empresario "sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma", como se venía sosteniendo hasta entonces, sino de aplicación directa de los mandatos contenidos en la norma fundamental, ante la insuficiencia de la regulación legal. En concreto, lo que detecta el Tribunal Constitucional es un conflicto entre los intereses protegidos por los artículos 28 y 37, que entiende solamente puede ser resuelto mediante la "ponderación" de los "principios constitucionales respectivos". Aunque esta opción ha sido considerada desenfocada por un influyente sector doctrinal, se adapta en realidad al singular contenido de la Constitución española, que dota de manera clara e indubitable a los empresarios de un específico poder de auto-defensa en los conflictos, dialécticamente contrapuesto, como se dejó dicho, al que reconoce de manera paralela a los trabajadores.

Ahora bien, apuntada en estos términos la cuestión, lo único que hace el supremo intérprete de la Constitución española es retomar los criterios ya utilizados por él mismo para sustentar la preeminencia del derecho de huelga y proyectarlos sobre el peculiar tipo de actos sometido a su consideración. Si acaso, lo novedoso en esta sentencia es el esfuerzo que hace por destacar de manera expresa que la garantía del derecho alcanza a cubrir su efectividad como medida de presión, indicando para ello que a toda huelga "resulta esencial la consecución de una cierta eficacia", ya que sin ella sería incapaz de cumplir la misión que le es asignada. Sin embargo, consciente de esta afirmación no capaz de asegurar por sí misma la indemnidad del derecho de huelga frente a un poder funcionalmente contrapuesto a él, el Tribunal se aboca a fundamentar la superior relevancia constitucional de este derecho, recurriendo a los argumentos ya conocidos: la coherencia de su reconocimiento con los valores básicos promovidos por el Estado Social y Democrático de Derecho y su tratamiento sistemático diferenciado y más favorable respecto de las demás medidas de conflicto.

Ello le permite llegar a una conclusión cuya formulación ha hecho fortuna: la de la capacidad del derecho de huelga para "reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en vida vegetativa otros derechos", entre ellos "la potestad directiva del empresario". Y la consecuente imposibilidad de empleo de ésta "para desactivar la presión" ocasionada por una huelga. A despecho de su expresividad lo novedoso no es aquí realmente el criterio, sino el hecho de que venga referido a los poderes directivos del empresario y no sólo al *lock-out*, como había ocurrido hasta el momento dentro de la jurisprudencia constitucional. Es más, interpretada en términos literales, posiblemente se trate de una afirmación no del todo exacta: durante una huelga las facultades patronales no quedan paralizadas, ni en estado latente, sino que se ven impedidas de restringir el legítimo ejercicio de este derecho. De allí que, seguramente movido por la preocupación por aclarar que lo vedado no es el ejercicio de los poderes empresariales en general, el Tribunal Constitucional caracteriza a continuación a los actos en cuestión como formas de "ejercicio abusivo de un derecho que en principio corresponde al empresario". Este es, como salta a la vista, un uso atécnico de la noción de abuso, que no impide su consideración como actos ilícitos *per se*, en tanto que lesivos de un derecho fundamental.

En cualquier caso, del modo descrito, la Sentencia 123/1992 reafirma la configuración de la huelga como un instrumento de presión constitucionalmente tutelado, cuyos efectos perjudiciales sobre el desarrollo de los procesos productivos deben ser soportados. He dicho "reafirma" y no "afirma", porque esa misma configuración está presente desde un inicio en la jurisprudencia constitucional, no habiendo hecho esta Sentencia más que aplicarla a un supuesto singular, como es el uso del poder de dirección para reducir los efectos de las huelgas, de la misma manera que alguna sentencia posterior, como la 66/2002, de 21 de marzo, lo hace a otros.

De allí que esta construcción no pueda ser considerada aplicable exclusivamente al poder de dirección. Sostener esto supondría admitir que, mientras dicho poder no puede vaciar de contenido el derecho de huelga, otras facultades empresariales, susceptibles servir con incluso mayor efectividad a ese fin, sí están habilitadas para hacerlo. En consecuencia, la imposibilidad de desarrollar acciones que neutralicen la efectividad de las huelgas resulta predicable, por aplicación directa del mandato constitucional, a todo tipo de prerrogativas empresariales, se relacionen éstas con la contratación de nuevo personal (*sustitución externa*), con la movilidad del que ya labora en la empresa (*sustitución interna*), con la disposición de las prestaciones a realizar (*sustitución anticipada*), con el empleo de medios materiales o tecnológicos (*sustitución "automática" o "virtual"*) o, en fin, con la distribución de las actividades entre los distintos centros de trabajo, las diferentes empresas del grupo o los contratistas y trabajadores autónomos (*sustitución indirecta*).

No debe olvidarse, por lo demás, que lo que de este modo se postula es la protección de los efectos de aquellas huelgas que, discurriendo por los cauces legales, ocasionan al empresario un volumen de daños "proporcionado" o "razonable" a criterio del legislador. Así las cosas, el aseguramiento de dicha protección constituye la única solución coherente con el modelo de tratamiento de los conflictos vigente, además de un imperativo ineludible para asegurar que el derecho de huelga conserve, al menos, el grado de efectividad que el legislador preconstitucional quiso reconocerle, evitando que sucumba en manos de las nuevas posibilidades de esquivar sus consecuencias abiertas por las transformaciones de los procesos productivos.

Lo anterior no pretende soslayar que cuanto más se alejan los actos en cuestión de los poderes de gestión ordinaria de la relación laboral, más difícil resulta demostrar su existencia. Frente a este riesgo existe, sin embargo, un criterio que es capaz de ponernos tras la pista del uso desviado de tales facultades. Este criterio no es otro que el de la falta de regularidad de su ejercicio. Desde esta perspectiva, el recurso a colaboradores externos o a medios tecnológicos podrá ser considerado contrario al derecho fundamental cuando se aparte del que normalmente realiza la empresa y ocasione una minoración de los efectos de la huelga. En tanto que, en caso contrario, podrá ser considerado como una lícita opción de política empresarial. Los potenciales inconvenientes de una indiscriminada incriminación de este tipo de actuaciones quedan así conjurados, pero sin que ello suponga su exclusión de los límites impuestos a los poderes empresariales por el derecho de huelga. Nada impide, en consecuencia, la aplicación de esta doctrina a las actuaciones patronales formalmente desconectadas de la gestión de la fuerza de trabajo.

A pesar de ello, los tribunales ordinarios, y singularmente el Tribunal Supremo, vienen resistiéndose a esa aplicación. En concreto, la máxima instancia judicial ordinaria española permanece anclada en la idea de que la única limitación que el derecho de huelga impone a los poderes empresariales es la de no proceder a la sustitución de los huelguistas por otro personal, interno o externo, por venir ésta impuesta por el artículo 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977 y la citada Sentencia 123/1992. El empresario puede, en consecuencia, de acuerdo con la doctrina de este alto Tribunal servirse legítimamente de sus demás poderes para "atenuar las consecuencias de la huelga", como ha declarado de manera textual en alguna de sus sentencias.

En la base de esta actitud reticente se sitúa, como es fácil de deducir, la propia lógica del sistema de control del ejercicio de los derechos de conflicto hoy imperante. Un sistema que deja en manos de los jueces la tutela de la efectividad del derecho de huelga luego de haberles confiado la tarea de determinar

los límites a los que se sujeta su ejercicio no abusivo, en aplicación de criterios basados en la desconfianza hacia el conflicto. El resultado de esta “esquizofrénica” posición no es otro que el rechazo de todo límite a las posibilidades empresariales de defensa que no venga expresamente impuesto por la ley o por una decisión inequívoca del Tribunal Constitucional.

E. Los restantes márgenes de autotutela patronal y sindical y sus espacios reales de concreción dentro del modelo productivo emergente

En cualquier caso, más allá de estas resistencias, lo cierto es que, como resultado de las opciones interpretativas manejadas por el Tribunal Constitucional español en torno a las relaciones entre los derechos consagrados por los artículos 28 y 37 de la norma fundamental, se produce un sustancial recorte del espacio potencial de expresión del poder de autotutela reconocido a los empresarios, del que quedan expulsadas la mayor parte de las acciones defensivas desarrolladas por éstos en la última década.

Ello parecería enmendar la plana nada menos que a la propia Constitución, que al fin y al cabo atribuye ese poder a los empresarios, sin someterlo esta clase de límites. No debe olvidarse, sin embargo, que es la propia Constitución la que separa la huelga de las demás medidas de conflicto para ofrecerle un tratamiento especial. Postular la posición preeminente de este derecho es, por ello, como se dejó dicho, una opción coherente, tanto con la sistemática del texto constitucional, como con el orden de valores que le sirve de fundamento.

Por lo demás, aunque los márgenes de ejercicio de este derecho se reducen, tampoco desaparecen. En primer lugar, porque se mantiene vigente la actual regulación del cierre patronal, considerada por el propio Tribunal Constitucional expresión de dicho poder. Pero también porque el criterio sustentado deja un espacio para las acciones patronales de conflicto al menos en tres supuestos más: a) cuando éstas no incidan sobre el derecho de huelga, b) cuando hagan frente a medidas ilícitas de confrontación y c) cuando se opongan al ejercicio irregular del derecho de huelga.

Es más, esta última constatación nos coloca delante de un dato de singular trascendencia: en realidad, el espacio de expresión de este derecho no es tan reducido como en principio pudiera pensarse. El carácter restrictivo del marco regulador del derecho de huelga, cuyo incumplimiento habilita su empleo, así lo pone de manifiesto. A esto deben añadirse las dificultades que sin lugar a dudas existen para llevar a cabo desde las instancias judiciales una represión pronta y eficaz de muchas de las prácticas emergentes en el último periodo. En especial de aquellas que se basan en la instrumentalización de prerrogativas más difusas y de más arduo control que las vinculadas con la gestión de la relación laboral.

Esto induce a preguntarse si el actual sistema, basado en la tutela judicial prioritaria de un derecho de huelga previamente mellado en su efectividad, es el más idóneo para hacer frente a los desafíos que los cambios económicos y productivos imponen a este derecho. Y si no constituiría una mejor opción la de dotar a la huelga de los poderes o la fuerza suficiente como para “prevenir” estas actuaciones, afrontándolas desde la organización productiva. Al fin y al cabo, el peso decisivo que dentro de dicho sistema posee la intervención judicial no constituye más que el corolario natural y lógico del modelo de huelga de efectividad restringida vigente en la actualidad.

Frente a ello, de lo que se trataría sería de transferir el protagonismo de la tutela del derecho, del plano “externo”, en el que se encuentra actualmente situada, al “interno”, restaurando su capacidad para actuar como instrumento de tutela eficaz de los intereses de los trabajadores. Propuestas para ello no faltan. Estas van, desde el replanteamiento de los alcances de la prohibición de abuso de este derecho, que abra el paso al empleo de algunos de los comportamientos huelguísticos ahora prohibidos, hasta la incorporación a su contenido de la capacidad de disponer sobre los instrumentos de trabajo y no sólo sobre propia la actividad laboral.

Éste es un debate que de momento no ha hecho más que plantearse, pero que no habrá más remedio que afrontar si se quiere asegurar en el futuro un funcionamiento razonablemente equilibrado del

sistema español de relaciones laborales.

En la actualidad el equilibrio de fuerzas entre el poder económico de las empresas y la acción colectiva de los trabajadores, sobre el que ha reposado históricamente la construcción del Derecho del Trabajo, da muestras claras de alterarse en provecho del primero. Quien esto escribe comparte la opinión de quienes consideran que una de las tareas de los juristas del trabajo en los próximos años consistirá, precisamente, en pensar los medios para restablecer ese equilibrio. El estudio cuya exposición concluye aquí ha pretendido ser una modesta contribución en esta indispensable dirección.

