

SANTANA GOMEZ, Antonio: *El régimen jurídico de los trabajadores no huelguistas.*
(Editorial Cívitas, Madrid, 1993, 413 páginas)

POR MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ RAMOS*

El estudio del derecho de huelga ha sido abordado en numerosas ocasiones por la doctrina española y comparada desde la perspectiva de los derechos y obligaciones de los trabajadores huelguistas y del empleador. Sin embargo, han obviado qué ocurre con aquellos trabajadores de la empresa o del centro de trabajo que no secundan el paro laboral (no-huelguistas) y con aquellos trabajadores de otras empresas que se ven afectados por el mismo (no-huelguistas impropios). No se trata de un olvido doctrinal, sino de una falta de regulación en nuestro ordenamiento de la figura del no-huelguista, que determina la existencia de problemas irresolubles cuando la huelga tiene efectos amplificantes que impiden al no-huelguista realizar la actividad laboral, convirtiéndolo en un trabajador inactivo difícilmente identificable de los huelguistas. Este problema de determinación de quiénes sean los huelguistas y quiénes los no-huelguistas no es una simple disquisición teórica, sino una cuestión con importantes consecuencias prácticas como cuáles son los efectos jurídicos que se producen en la esfera del no-huelguista. La suspensión de la relación laboral (*lege data*), la recuperación de las horas perdidas (*lege ferenda*) o el abono o no del salario a los no-huelguistas son cuestiones que, junto a si es o no posible la sustitución de trabajadores huelguistas por no huelguistas, internos o externos, o la posible vulneración del derecho de huelga, son tratadas en esta monografía.

El objetivo fundamental que persigue el libro del profesor Santana Gómez estriba en resituar el tema del derecho de huelga desde una perspectiva distinta a la hasta ahora tratada, a fin de analizar la problemática jurídica que se plantea en el caso de los no-huelguistas y, principalmente, de los no-huelguistas inactivos. Pero todo ello sin dejar de lado la virtualidad jurídica de los derechos de los huelguistas, el derecho fundamental de huelga, que en todo momento es tenido, en este sentido, presente por el autor; expone las distintas posturas de cada uno de los actores que participan en el teatro del conflicto sin olvidar la postura de cada uno de ellos, planteando soluciones a los problemas jurídicos considerados en cada caso. El profesor Santana mantiene el equilibrio sin dejarse llevar por la posición de ninguno de los actores, sin inclinar la balanza en ningún momento. Consigue dibujar los contornos de la figura del no-huelguista, realizando una labor de delimitación harto difícil, mostrando una singular maestría para introducirnos en la obra y explicarnos el derecho de huelga desde una perspectiva innovadora: la del no-huelguista. El análisis sociológico de partida nos ayuda a mirar con otros ojos al no-huelguista, a juzgar más benévolamente cuáles son sus motivos para no secundar ni participar, ni activa ni pasivamente, en la huelga.

* Doctora en Derecho y Profesora de Derecho del Trabajo de la Universidad de Sevilla.

Consiguientemente con este objetivo el autor estructura su exposición en tres grandes bloques: una primera parte destinada al análisis sociológico y jurídico de la figura del no-huelguista, introduciéndose en los entresijos del Derecho constitucional en la búsqueda de un fundamento constitucional de la posición del no-huelguista y de una mayor consideración de éste (que no del esquirol) en cuanto trabajador de la empresa. La segunda y la tercera partes destinadas a analizar el régimen jurídico-laboral de los no-huelguistas, incidiendo en la problemática de la sustitución de huelguistas por no-huelguistas y en los efectos producidos en su caso por el conflicto en la esfera jurídica de los no-huelguistas (suspensión de la relación, abono del salario...).

El profesor Santana consigue hacer llegar al lector la imagen del no-huelguista como un trabajador del centro de trabajo o la empresa con el derecho de secundar la huelga, entendida como derecho y no como deber. Se afirma rotundamente la libertad individual de adherirse o no a la huelga, en virtud al carácter personalísimo de la relación laboral. Este punto de partida, más jurídico que sociológico, aunque sin perder de vista esta otra perspectiva, da la vuelta al planteamiento tradicional del no-huelguista como traidor a la causa. Como observa el autor, la pervivencia de consideraciones sociales sobre las jurídicas se observa incluso en pronunciamientos jurisprudenciales (derecho a vacaciones de los huelguistas, o el no despido disciplinario para los participantes no activos en la huelga).

La prevalencia de una consideración sociológica despreciativa hacia la figura del no-huelguista lleva al autor a la búsqueda de un fundamento constitucional para la posición del no-huelguista, dada la inexistencia de precisión en cuanto a su reconocimiento constitucional, a diferencia del huelguista. El derecho al trabajo, el derecho a la autodeterminación, la libertad sindical negativa y el contenido negativo del derecho de huelga son analizados por el autor en esta primera parte para descubrir el fundamento constitucional que asiste al huelguista en su decisión de no secundar el paro laboral. El autor rechaza que el artículo 35 CE sea dicho fundamento constitucional, por cuanto un no-huelguista puede, sin adherirse a ésta, trabajar o no. Asimismo descarta que el derecho de autodeterminación sea el basamento constitucional de la actuación del no-huelguista o, al menos, y más precisamente, es la afirmación de que existe un precepto constitucional más cercano: el artículo 28.2 CE. En el intento de encontrar un fundamento constitucional a la libre adhesión del trabajador a la huelga, y en concreto a la negativa del no-huelguista a adherirse a la misma, el profesor Santana, analiza la aplicabilidad del artículo 28 CE, tanto en su apartado primero como en su apartado segundo. Realmente en esta ocasión no se trata tanto de la decisión libre del trabajador respecto de secundar la huelga, como de la actitud de éste frente a la decisión de convocatoria del paro. Amparar en la libertad sindical negativa el derecho del no-huelguista a no secundar el paro tiene un error de base, por cuanto la convocatoria del mismo no es exclusivamente sindical. Amén de que derecho de huelga y derecho de libertad sindical, aunque sitos en el mismo precepto constitucional, están ubicados en distintos apartados. Por ello, cuando un trabajador no secunda un paro laboral está desplegando un acto dentro

del contenido negativo del derecho de huelga. Esta afirmación está basada en dos presupuestos: 1º el texto constitucional hace referencia a un derecho de huelga, y no a un pretendido deber de huelga, que enturbiaría el sistema democrático de relaciones laborales al no permitir al sujeto individual rechazar la convocatoria de huelga; 2º la huelga sólo se hace efectiva en el momento colectivo, sin que el individuo pierda su libertad respecto al sujeto colectivo. Ambos factores conllevan a la necesidad del planteamiento de demandas lo suficientemente valoradas por los sujetos individuales como para sacrificar su derecho al salario y arriesgarse, en casos de huelga ilegal, a sanciones como el despido. En suma, la relación sujeto individual-sujeto convocante colectivo ha de desarrollarse estrechamente durante todo el conflicto, de manera que la huelga no sea un hecho gravoso, fundamentalmente a nivel económico, para los desvalidos bolsillos de los trabajadores, y aún más para aquellos que no secundan el paro.

En este sentido, la tutela jurídica del no-huelguista se inscribe en la propia configuración del sistema de relaciones laborales desarrollado por el constituyente y reflejado fielmente por la STC 11/1981. La declaración de ilegalidad de la huelga con ocupación del centro de trabajo cuando vulnera el derecho de libertad de otras personas o la consideración de abusividad de la huelga cuando se pretende extender la huelga a todos los trabajadores, incluidos aquellos que no han manifestado libremente su adhesión, son claros ejemplos de la libertad de cualquier trabajador para sumarse al paro laboral, reconocida expresamente por el legislador (art. 6.4 RDLRT). Se pretende evidentemente un respeto a la posición del no-huelguista, que si decide sumarse a la huelga podrá trabajar o no, de manera que no se vea vulnerada su libertad de trabajo. La posición del no-huelguista se ve reforzada por el reconocimiento en la normativa penal de figuras delictivas genéricas como las coacciones y amenazas e, incluso, de una figura delictiva específica en el artículo 496 Cp.

Pero el no-huelguista se inscribe dentro de un triángulo, cuanto menos, dos de cuyos vértices están constituidos por el empleador y los trabajadores huelguistas. Esto significa que difícilmente, y atendiendo a una concepción meramente sociológica y no jurídica, el no-huelguista va a ser mejor considerado que el huelguista, por su configuración de «traidor a la causa». Y esto es así por tres teorizaciones que, en el sentir del autor, no por más extendidas son más válidas: 1º el huelguista defiende un interés colectivo de todos los trabajadores de la comunidad, beneficiándose el no-huelguista de los logros obtenidos mediante el paro laboral; 2º los que secundan el paro suelen ser mayoría frente a la minoría disidente, de manera que principios democráticos que inspiran el sistema de relaciones laborales aconsejan la prevalencia de la voluntad de la mayoría sobre la minoría, lo que plantea el problema de la medición en huelgas convocadas en un ámbito superior al del centro de trabajo; sin que el referéndum o la aplicación analógica de la eficacia general de los convenios colectivos al ámbito del conflicto y a efectos de convocatoria, pueda servir para determinar la adhesión a la huelga por parte de los disidentes. Se ha llegado a alegar que sólo la existencia de una democracia real y plena que permita la participación de todos en la toma de la decisión de paro, permitiría la imposición coactiva a la minoría disidente.

Sin embargo, no se trata de una posición recogida en la normativa vigente, al menos por lo que respecta a la tutela en el momento previo a la adhesión al paro laboral, lo que plantea inconvenientes de índole jurídica; 3º la mayor consideración del contenido positivo del derecho de huelga sobre el contenido negativo, derivada de que sólo en el primer caso se consiguen finalidades como la democracia laboral y la igualdad material; es decir, se llegan a nivelar y equilibrar las fuerzas.

Ahora bien, no siempre los disidentes son una minoría. En ocasiones los que secundan el paro son una minoría y pretenden lo que el autor ha dado en llamar «efecto amplificante simulado y concertado», mediante la disimulación de que algunos de los huelguistas son no-huelguistas que, por efecto de la huelga, no pueden realizar su actividad laboral. Se consigue así una extensión de los efectos del paro y una mayor presión al empleador para que acepte las reivindicaciones de la minoría huelguista. En ocasiones la minoría huelguista puede, dolosamente, buscar un efecto difusor del paro al impedir a los disidentes el desarrollo normal de su actividad productiva, o incluso, sin voluntad maliciosa, influyen decisivamente en la actividad productiva de los no-huelguistas al secundar el paro los trabajadores que ocupan puestos-clave en la cadena productiva. La normal amplificación de los efectos de la huelga pretende disminuirse con la institución de la huelga abusiva, de manera que el daño producido al empresario con la huelga ha de ser proporcional al fin que se desea obtener con la misma. Por ello los efectos amplificantes, tanto el simulado como el dolosamente conseguido, penetran en la institución de la huelga abusiva. El problema surge cuando dicho efecto amplificante se produce sin que medie voluntad maliciosa por parte de los huelguistas. En estos casos se afirma, como regla general, que no existe abuso en el ejercicio del derecho de huelga, sino que, en todo caso existe una presunción *iuris tantum* por la que queda en manos de los huelguistas demostrar que no se ha tratado de una huelga abusiva.

En consonancia con la exposición anterior, la adhesión de los disidentes podría conseguirse mediante la actuación de los piquetes, exclusivamente informativa a todas luces. En estos casos se encuentran pronunciamientos jurisprudenciales, criticados por el autor de forma razonada, que consideran coacciones las incitaciones por los piquetes al no-huelguista de abandono de su actitud insolidaria, o el hacerle ver las consecuencias perjudiciales de su no adhesión. Los pasillos humanos, el bloqueo de la entrada al centro con objeto de hacer patente la actitud de los disidentes no son más que manifestaciones de lo que el prof. Santana denomina como «coacción ambiental», y que han de diferenciarse de hechos violentos contra los disidentes.

El núcleo central del libro se encuentra precisamente en la relación entre el empleador y los no-huelguistas y los problemas fundamentales que se desencadenan con esta relación, fundamentalmente lo que respecta a la sustitución de los trabajadores huelguistas por no-huelguistas y a la obligación del empleador de retribuir al no-huelguista cuanto éste no realice su prestación laboral como resultado de un efecto amplificante de la huelga. Ambos problemas de partida merecen tratamiento en las dos partes restantes en que se divide la obra, que coinciden con dos grandes capítulos, y que pasamos a reseñar.

Sabido es de todos que el empleador puede modificar la prestación laboral en

función a los cambios producidos en la situación contractual inicial. Sólo que en los casos en que pretenda la sustitución de trabajadores huelguistas por no-huelguistas consigue una reducción de los efectos de la huelga, siendo en estos casos el *ius variandi* un «arma de reacción frente al paro concertado laboral». La sustitución de los trabajadores huelguistas por no-huelguistas despeja la incógnita del salario de estos últimos al garantizar su prestación laboral efectiva y contribuye a mantener la actividad productiva, mermando, eso sí, los efectos directos de la huelga. Ciertamente, no todos los no-huelguistas van a adoptar la misma posición, unos participarán activamente en la sustitución de huelguistas para asegurarse la prestación efectiva, otros por motivos de seguimiento de la práctica antihuelga no harán huelga ni tampoco sustituirán a los huelguistas.

La sustitución interna de los huelguistas va a depender directamente, como señala el autor, de la extensión cuantitativa y temporal de la huelga, de la estructura productiva de la empresa, de la cualificación profesional del huelguista a sustituir, de manera que la mayor especialización del huelguista potencia los efectos de la huelga al impedir su fácil sustitución por los no-huelguistas internos de la empresa. La sustitución interna puede producir efectos contraproducentes, por cuanto el no-huelguista puede preferir sumarse al conflicto que ir directamente contra sus compañeros, y el huelguista puede, al ver la posible minoración de los efectos de la huelga, llegar incluso a altercados de orden público. La sustitución de los huelguistas por los no-huelguistas puede restar más o menos eficacia a la huelga, en función no al número de trabajadores que se suman a la huelga, sino al grado de especialización de éstos. En este sentido la sustitución interna actúa como instrumento para anular o disminuir la eficacia de un derecho constitucional como el de huelga, y en este sentido es reprobable. Y es aún más reprobable en el caso de que la huelga sea secundada por trabajadores con menos cualificación profesional, que en caso de aceptar sin limitaciones la sustitución interna perderían fuerza a la hora de presionar al empleador. Por todo ello, el autor propone consagrar dentro del derecho fundamental de huelga, reconocido como tal en la Constitución, la insustituibilidad de los trabajadores huelguistas, con el objeto de establecer una igualdad material entre trabajadores con distinta cualificación profesional (1).

Afirma que la libertad de trabajar del no-huelguista no puede suponer una minoración de los efectos de la huelga, sobre todo si tenemos en cuenta que éste último es un derecho fundamental constitucionalmente reconocido. Tampoco la

(1) Esto ha sido recientemente, y tras la defensa de la Tesis Doctoral que ha dado lugar a la obra que se reseña, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en sentencia de 25 de septiembre de 1992, donde los trabajadores fijos discontinuos de una empresa habían convocado una huelga, calificada posteriormente como lícita. Estos fueron sustituidos por trabajadores fijos de la empresa con una mayor cualificación profesional. El Tribunal Constitucional calificó de sustitución interna de los trabajadores huelguistas como ejercicio abusivo del *ius variandi* empresarial, al ser utilizado con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico, «atentando al recíproco deber de lealtad y buena fe que perdura durante la huelga».

libertad de empresa reconocida a los empleadores puede contribuir a mermar el derecho de huelga, en la idea de que la sustitución interna (o incluso externa) disminuye o anula sus efectos. En estos casos la sustitución interna se convierte en un factor de más fácil utilización por cuanto pueden ser camuflados los trabajadores que sustituyen a los huelguistas como no-huelguistas, obviándose la figura del esquirol.

La posibilidad de sustitución de trabajadores huelguistas por los no-huelguistas que prestan sus servicios en el mismo centro de trabajo podría deducirse de la interpretación sensu contrario del artículo 6.5 RDLRT; interpretación que rechaza el autor en base a que esto no ha sido algo querido por el legislador, sino que es consecuencia de una traslación normativa desafortunada y a que en todo caso esto podría suponer una lesión del derecho fundamental de huelga y, por ende, del texto constitucional, por una norma preconstitucional como el Real Decreto-Ley de Relaciones de Trabajo. Pero no siempre la sustitución interna de huelguistas es considerada ilegal; existen excepciones a dicha regla general: a) en los casos de huelga ilegal, supuesto no tutelado jurídicamente; el problema está que la ilegalidad de la huelga ha de ser declarada por el juez, declaración que es siempre a posteriori. En estos casos cada una de las partes en conflicto procederá a una calificación provisional del paro. b) el incumplimiento de los servicios de mantenimiento, tanto por los trabajadores expresamente designados, como por el comité de huelga cuando no garantice su realización, permite al empleador utilizar la sustitución interna o la sustitución externa del personal en huelga. c) servicios mínimos para atender las necesidades esenciales de la comunidad, siempre que su determinación no suponga una extralimitación que minore el ejercicio del derecho de huelga.

El empresario, considerando lo expuesto, puede modificar la prestación laboral de aquellos trabajadores renuentes al conflicto. Dichas modificaciones pueden ser unilaterales o consensuadas con el trabajador. En el primer caso podríamos inscribir las «modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo», que por su carácter no provisional no puede aplicarse al supuesto de modificación sustitutiva de los huelguistas, el «ius variandi», perfectamente aplicable según el profesor Santana al supuesto objeto de estudio, o la movilidad funcional, aplicable en aquellos supuestos en los que el no-huelguista vaya a sustituir a un huelguista de su misma categoría profesional.

El autor analiza si es causa suficiente para el ejercicio del *ius variandi* la situación de necesidad generada por la huelga de un grupo de trabajadores. Razones técnicas, organizativas o productivas, necesidades perentorias de la actividad productiva o la necesidad de prevenir grandes males inminentes o de remediar accidentes sufridos permiten el ejercicio del *ius variandi* en sus distintas manifestaciones; sin embargo, el autor considera que sólo una interpretación sesgada sin considerar el ordenamiento jurídico como un todo unitario, permitiría incluir la sustitución de los huelguistas por los no-huelguistas entre las distintas causas enunciadas. El derecho de huelga, afirma, ha sido creado precisamente para perturbar la marcha ordinaria de la empresa, aunque su fin último no sea éste, por lo que es imposible considerar este supuesto dentro de los anteriormente

descritos sobre todo partiendo de la concepción de huelga-derecho y no de huelga-libertad. Por otro lado, el empleador podría ejercer su poder de dirección con los límites marcados por la normativa y frente al no-huelguista, cuya relación no habría sufrido cambios. De esta manera la actuación empresarial basada en la causa de la continua especificación del trabajo convenido sería lícita, pero devendría ilícita si el motivo fuera la violación de un derecho fundamental. Esto significa que la sustitución de huelguistas por no-huelguistas no le está permitido al empleador ni siquiera mediante el poder de dirección. Sólo es posible dicha actuación en el caso de huelgas ilegales o de incumplimiento de los servicios de mantenimiento y de los servicios mínimos. En segundo término, las modificaciones consensuadas para la sustitución de trabajadores huelguistas por los no-huelguistas son consideradas ilícitas por el autor, salvo en el caso de las sustituciones lícitas.

En todos estos casos los instrumentos de defensa ante la ilícita sustitución de un huelguista difieren para los trabajadores huelguistas y los no huelguistas. Estos últimos pueden utilizar, en caso de ejercicio lícito del derecho de huelga, la vía judicial (procedimiento preferente y sumario del art. 53.2 CE y recurso de amparo, siendo en ambos casos la actuación del juez a posteriori) y, ante los defectos de la misma, el mantenimiento de los trabajadores que secundan el paro en sus puestos de trabajo o «huelga de brazos caídos», perfectamente lícita siempre que, según se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, no se vulnere el derecho de libertad de otras personas. En estos casos la actitud de los huelguistas no impide la libertad de trabajar de los no-huelguistas, sino sólo su sustitución, por lo que ha de reputarse totalmente lícita. La táctica empresarial antihuelga quiebra ante el mantenimiento de los huelguistas en el puesto de trabajo, de manera que es el único recurso efectivo del huelguista para, a priori, impedir que se produzca incluso una actividad ilícita. La simple ocupación sin impedir la prestación de los trabajadores no-huelguistas no es considerada en la monografía reseñada una ocupación ilegal del centro, sino que, antes bien, es una actuación pasiva totalmente lícita, en el sentir de la jurisprudencia. La consecuencia difiere cuando el paro es considerado ilegal por el juez, en estos casos la ocupación del centro por los huelguistas se reputará ilegal, acarreado toda una serie de responsabilidades para los mismos, incluso pudiera ser el despido.

El no-huelguista también tiene medios de reacción ante la decisión del empresario de ejercer ilícitamente el *ius variandi* o el poder de dirección en la sustitución de trabajadores huelguistas. En primer lugar, el no huelguista tiene las mismas vías judiciales que el huelguista, al estar éste incluido en el contenido negativo del derecho de huelga. En el supuesto del artículo 40.3 LET, relativo a los desplazamientos, la Autoridad Laboral habrá de decidir la oportunidad de la medida en cuestión, lo que determina que habrá de ser el orden contencioso-administrativo el competente para resolver sobre cualquier controversia de la cuestión, y en concreto por la vía de la ley 62/1978 de protección de los derechos fundamentales de la persona. En segundo lugar, el huelguista puede reaccionar ante la actuación empresarial adhiriéndose a la convocatoria de huelga. En este caso el no-huelguista podría no obedecer la orden del empresario de sustituir a los

trabajadores huelguistas, situándose en una suspensión de contrato; sin embargo, se trata de una postura difícil, pues en ocasiones, como el caso del no-huelguista impropio, no podrá sumarse al paro al no afectarles directamente. En suma, el profesor Santana considera que al no-huelguista le interesará más la adhesión al paro que la desobediencia al empleador, sobre todo si tenemos en cuenta que la legalidad o ilegalidad de la medida dependerá de pronunciamientos judiciales posteriores.

La siguiente cuestión planteada, concretamente en el tercer capítulo de la obra, afecta al derecho al salario de los no-huelguistas cuando, habiéndose producido un efecto amplificante del conflicto, éstos no han podido desarrollar su actividad efectiva. El pago o impago del salario en este caso es un arma de doble filo, por cuanto en caso de pago del salario, amén de soportar el empleador el coste económico a cambio de inactividad productiva, el renuente se mantendrá al margen del conflicto, mientras que el impago del salario hará que se tambalee la opción del no-huelguista. Pero no siempre la huelga afectará al proceso productivo de los no-huelguistas, debido a la compartimentación del proceso productivo, así como al hecho de la separación sociológica entre empleados y obreros, que obliga a que en caso de huelga de unos los otros no sólo puedan seguir su actividad productiva, sino que además no se muevan por sus reivindicaciones. En estos casos en que el no-huelguista puede desarrollar su actividad laboral, el empleador vendrá obligado a retribuirle, incluso en aquellos casos en que, no realizando la actividad correspondiente, ha sido ordenado por el empleador que se mantengan en sus puestos de trabajo para reanudar la actividad una vez finalizado el paro. Sin embargo, el problema se plantea cuando los no-huelguistas no pueden desarrollar su actividad productiva por efecto directo de la huelga. En estos casos pueden existir varias opciones: 1ª que se instaure el deber del empresario de abonar el salario a pesar de no haberse desarrollado ninguna actividad productiva; 2ª que no exista tal deber; 3ª que el empleador abone el salario a cambio de la recuperación de la actividad; 4ª que el Estado indemnice a los renuentes al conflicto que se han visto involucrados en el mismo, aligerando así las cargas económicas del sujeto pasivo del conflicto.

La cuestión de partida que se plantea es el deslinde entre huelguistas y no huelguistas que no han podido desarrollar su actividad productiva. La distinción es fundamental dados los efectos que la normativa vigente prevé para los huelguistas (alta especial en la Seguridad Social, con suspensión de la obligación de cotización, sin derecho a desempleo ni a prestación económica por incapacidad laboral transitoria). La dificultad de la distinción estriba en que no existe ningún procedimiento para distinguir a los huelguistas de los no-huelguistas, por lo que las indemnizaciones provenientes del Estado a los no-huelguistas puede poner en entredicho la neutralidad del Estado respecto a su intervención en el conflicto.

Algunos criterios, que habrá que valorar caso por caso, pueden contribuir a distinguir al huelguista del no-huelguista (1º la determinación, por acuerdo entre el empleador y los huelguistas de quienes no son huelguistas, acuerdo difícil en la práctica; 2º estar fuera del ámbito de la convocatoria, lo que no deja de ser redundante; 3º la no participación en los logros del conflicto, que en la práctica

no suele producirse). En suma, cuando pueda comprobarse la condición de no-huelguista del trabajador inactivo, será el empleador o el Estado, mediante las prestaciones de desempleo, quien se haga cargo del abono del salario o de una indemnización en su caso; si no puede comprobarse tal situación, sino que sólo se cuenta con la declaración del trabajador inactivo, el ordenamiento ha rechazado el abono al salario del mismo, salvo que exista un cierre patronal ilícito.

El autor pasa a desarrollar y a analizar a continuación las distintas teorías expuestas. En primer lugar, el abono del salario al trabajador no-huelguista cuando la no prestación no ha sido por causas imputables al mismo. La simple puesta a disposición del trabajador no es suficiente para devengar el derecho al salario, pues supondría trasladar el riesgo exclusivamente al empleador que ni siquiera ha dado instrucciones al trabajador. La teoría de la puesta a disposición quiebra pues para explicar el supuesto enjuiciado, a esto se añade que en aquellos casos que la no prestación derive de fuerza mayor, probada por el empleador, éste se eximirá del pago del salario al trabajador inactivo por efecto de la huelga. La segunda teoría analizada es la de la «mora accipiendi». El trabajador cumple cuando presta sus servicios, pero si no pudiera hacerlo porque no existiese colaboración empresarial, la puesta a disposición generaría, sin ser verdadero cumplimiento, derecho al salario, salvo por circunstancias de fuerza mayor. El riesgo de la imposibilidad de prestar la actividad laboral recae sobre el empleador, en base a la inimputabilidad de la no cooperación al trabajador que la sufre y la inexistencia de un supuesto de fuerza mayor que justifique la no imputabilidad al empleador. La cuestión está en dilucidar si la huelga es o no un supuesto de fuerza mayor. Como punto de partida previo ha de tenerse en cuenta la ajenidad al conflicto del no-huelguista y la imputabilidad al empleador, evitando la simulación de esta situación que llevaría a obviar los riesgos salariales al empleador y a cobrar prestaciones públicas a los trabajadores. En todo caso corresponde al empleador la prueba de la existencia de fuerza mayor o, lo que es lo mismo, la prueba de que la huelga que le impide dar trabajo a los no-huelguistas se caracteriza por la ajenidad, la imprevisibilidad y la insuperabilidad; sólo en este caso podrá el empleador quedar exonerado de la obligación salarial para con sus subordinados.

a) La imposibilidad de la prestación laboral no ha debido ser provocada ni por el no-huelguista ni por el empleador; este es el requisito de la ajenidad, que suele existir en supuestos en que la inactividad del huelguista venga provocada por el paro en otra unidad productiva, por efecto de los piquetes o de la ocupación del centro de trabajo o cuando la huelga tenga una finalidad política ajena a la posibilidad de negociación del empleador.

b) La huelga además ha de ser imprevisible; sin embargo, este requisito no puede entenderse de forma rígida, sino que sirve para establecer el grado de diligencia desplegado para evitar la huelga o para superar la imposibilidad de cumplimiento de la prestación laboral.

c) La insuperabilidad de la huelga es el requisito fundamental para precisar si existe un supuesto de fuerza mayor. Debe existir un nexo de causalidad entre el conflicto y la inactividad y, por otro lado, la actitud del empleador intentando evitar que el no-huelguista no pueda cumplir su prestación. En suma, el empleador

ha de haber hecho todo lo posible para impedir que la huelga se produzca o, en su caso, para que los no-huelguistas puedan realizar la prestación laboral. La ausencia de prestación laboral del no-huelguista ha de deberse precisamente al efecto de la huelga; nexo de causalidad que se consigue demostrar, por supuesto por el juez competente, cuando el empleador ha intentado apartar todos los obstáculos que impedirían la prestación laboral.

Los supuestos en los que una huelga puede ser calificada como caso de fuerza mayor son los de:

1º. Huelgas externas, donde los denominados por el autor como no-huelguistas impropios ven la imposibilidad de prestar su trabajo sin que dicha situación sea imputable ni a ellos ni al empleador. Pero incluso en estos casos la jurisprudencia contencioso-administrativa se ha pronunciado en el sentido de considerar que cuando existen relaciones mercantiles o laborales entre las dos empresas no estamos ante una huelga externa inscrita dentro de la fuerza mayor. De manera que los empleadores afectados por una posible huelga externa no pueden, para evitar la imputabilidad de los riesgos, intervenir en la misma o en las negociaciones de ésta. Jurisprudencia que es criticada por el autor, que ve como en estos casos existe un verdadero supuesto de inevitabilidad.

2º. Huelgas políticas, donde el empleador no tiene una intervención directa, pero en las que ha de existir plena convicción de la no participación del trabajador inactivo.

3º. Piquetes coactivos y ocupación ilegal del centro de trabajo, caso en el que habrá que demostrar que no existe un supuesto de simulación de la persona que sufre la coacción, es decir, que se trata de un verdadero no-huelguista; aunque existen pronunciamientos jurisprudenciales contrarios a integrar los supuestos de inactividad derivada de la actuación del piquete dentro del supuesto de fuerza mayor.

La declaración de una huelga como supuesto de fuerza mayor produce como efecto en la esfera jurídica del no-huelguista la suspensión de la relación laboral, que supone no sólo la no prestación laboral, sino también el no abono del salario; sin embargo, el trabajador habría de percibir la prestación por desempleo, declarado mediante expediente de regulación de empleo por la autoridad laboral. Sin embargo, no se contempla en nuestra normativa la recuperación por el empleador de las horas perdidas por fuerza mayor, dada la anulación del artículo 5 del RD 2.001/1983 por el Tribunal Supremo.

La jurisprudencia ha introducido ciertas dosis de flexibilidad al incluir dentro del supuesto de fuerza mayor otros supuestos distintos a los ya clásicos, a saber, la extinción y suspensión por causas tecnológicas y/ económicas. Una huelga puede ser identificada como causa económica cuando genere una onerosidad excesiva en el costo del factor trabajo, siempre que no haya sido provocada por un incumplimiento empresarial, y como consecuencia de retribuir a no-huelguistas inactivos. En estos casos desempeña un importante papel la Autoridad Laboral, que habrá, a diferencia de los supuestos de fuerza mayor, de autorizar la suspensión sólo cuando no se consiga un acuerdo interpartes, autorización que podrá ser solicitada por cualquiera de las partes en conflicto. Supuestos de

existencia de causa económica en el caso de huelga son entre otros: a) la huelga que, afectando a la totalidad de los trabajadores, sirve para reivindicar derechos de una determinada categoría o grupo profesional; b) la huelga que, afectando a la totalidad de trabajadores de la empresa, sirve para reivindicar derechos de trabajadores de un determinado centro de trabajo de la empresa; c) los casos en que exista acuerdo entre el empleador y los representantes de los trabajadores en la determinación de los no-huelguistas. La suspensión por causa económica en supuestos de huelga tiene como efectos la no prestación laboral por el trabajador, la parcial exoneración del empresario de los costes laborales y la prestación de desempleo para los no-huelguistas.

La dificultad de delimitar la frontera de los no-huelguistas respecto de los huelguistas se diluye en el supuesto de existencia de cierre patronal, donde los no-huelguistas no van a poder prestar su actividad laboral; planteando en este sentido el abono del salario a los mismos que, en suma, no han secundado el paro laboral. La solución a tan ardua cuestión va a diferir en función a la calificación de licitud o ilicitud del cierre de la empresa va a depender de que el empleador pueda entrar a discriminar quiénes son huelguistas y quiénes no, salvo en el caso de acuerdo sobre el particular entre el empleador y los huelguistas, o cuando un trabajador esté fuera de la esfera del conflicto sin beneficiarse de los logros obtenidos a raíz del mismo. El cierre patronal no sólo influye en el huelguista, sino también en el renuente al conflicto que, pudiendo trabajar, ve suspendida su relación laboral por voluntad unilateral del empresario. Evidentemente no es suficiente, como ha corroborado la jurisprudencia de los tribunales, que el no-huelguista pueda desarrollar cualquier actividad, sino que ha de ser una actividad que reporte al empresario una utilidad productiva. En todo caso al empleador le va a ser más fácil utilizar la medida de cierre cuando la huelga sea ilegal, que en caso contrario, no incurriendo el empleador en discriminación cuando haya intentado todo para deslindar entre los huelguistas y los no-huelguistas.

En conclusión, el ordenamiento jurídico no se ha preocupado de regular la figura del no-huelguista, planteándose el problema fundamental de discernir entre el huelguista y el no-huelguista, entre el trabajador inactivo por haber secundado la huelga y el trabajador inactivo por efecto de la misma. Esto genera, a su vez, el problema del abono del salario al no-huelguista inactivo, para lo que se han propuesto algunas teorías correctoras: a) la teoría de la incorporación, por la que cualquier trabajador incorporado a la empresa, bajo el ámbito de organización y dirección del empleador tiene derecho al salario. Pero esta teoría cae por su propio peso, dada la crítica que merece el concepto de «incorporación a la empresa», en base a su excesivo acontractualismo, su inclusión en las teorías comunitarias de la relación laboral; b) la utilización de la *exceptio inadimpleti contractus*, por la que sólo el cumplimiento de la obligación laboral supone la obligación de retribuir por el empleador. Según esta teoría, realmente lo importante no es lo que se hace, sino su conexión con el resto del mecanismo productivo; de manera que en caso de huelga será imposible dicha conexión, por lo que, tanto el huelguista como el no-huelguista no cumplen y no tienen derecho al salario. Sin embargo, esta teoría ha merecido críticas, ya que, habrá de ser el empresario el que

en caso de un impedimento por causas económicas, tecnológicas o fuerza mayor habrá de asumir el coste económico de retribuir la prestación laboral. En suma, no es posible oponer la *exceptio inadimpleti* ante el no-huelguista inactivo; c) la inclusión del salario del no-huelguista como riesgo de empresa, por cuanto el empresario es el que, con su opción, ha desencadenado, en la mayor parte de las ocasiones, el conflicto; sin embargo, esto no es más que una opción que no ha sido acogida en manera alguna por el legislador y que no resuelve el problema del salario del no-huelguista inactivo.