



FACULTAD DE DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2018 - 2019

TRABAJO FIN DE GRADO

El esquirolaje tecnológico: una nueva realidad

The technological substitution: a new reality

Presentado por Lucía Fernández Sancha

Tutelado por D. David Lantarón Barquín

ÍNDICE

Resumen.....	6
Introducción.....	8

CAPITULO I

EL DERECHO FUNDAMENTAL DE HUELGA

1.1. Antecedentes de la huelga en España.....	9
1.2. Concepto y Fundamentos jurídicos.....	10
1.3. Contenido y titularidad del derecho de huelga.....	12
1.3.1. Facultad colectiva del derecho.....	12
1.3.2. Facultad individual del derecho.....	13
1.4. Tipos de huelga.....	13
1.4.1. Huelgas no ajustadas a derecho.....	13
1.4.1.1. Huelgas ilegales.....	13
1.4.1.2. Huelgas abusivas o ilícitas.....	14
1.4.2. Huelgas con presunción <i>iuris tantum</i> de ser ajustadas a derecho...15	
1.5. Consecuencias de la huelga.....	16
1.5.1. Efectos de la huelga en los trabajadores huelguistas.....	16
1.5.1.1. En caso de huelga legal.....	16
1.5.1.2. En caso de huelga ilegal.....	17
1.5.2. Efectos de la huelga para la empresa.....	17

CAPITULO II

EL ESQUIROLAJE

2.1. Concepto.....	19
2.2. Límites al ejercicio del derecho de huelga.....	20
2.2.1. Mantenimiento de los servicios esenciales.....	21

2.2.1.1. Concepto de servicios esenciales de la comunidad.....	21
2.2.1.2. Delimitación del contenido.....	22
2.2.1.3. Competencia para el establecimiento de servicios esenciales.....	23
2.2.2. Estados de alarma, excepción y sitio.....	24

CAPITULO III

MODALIDADES DE ESQUIROLAJE

3.1. Esquirolaje externo.....	26
3.1.1. Prohibición legal del esquirolaje externo.....	26
3.1.2. Nueva contratación.....	29
3.1.3. Sustitución por terceros.....	30
3.1.4. Tratamiento jurisprudencial de la contrata y esquirolaje externo.	30
3.2. Esquirolaje interno.....	32
3.2.1. Límites al esquirolaje interno.....	32
3.2.2. Tratamiento jurisprudencial del esquirolaje interno.....	33

CAPITULO IV

ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO

4.1. El nacimiento de la modalidad.....	36
4.2. El concepto del esquirolaje tecnológico y sus especies.....	37
4.3. El esquirolaje tecnológico en la doctrina constitucional.....	39
4.4. El esquirolaje tecnológico en la doctrina del Tribunal Supremo.....	43

4.4.1. Etapa inicial: primeros pronunciamientos (1999-2006).....	43
4.4.2. Etapa intermedia (2006-2012).....	45
4.4.3. Etapa reciente (2013-2018).....	46
4.5. Consecuencias jurídicas del esquirolaje tecnológico.....	48
Conclusiones.....	52
Índice de abreviaturas.....	54
Bibliografía.....	55

Palabras de Pablo Neruda:

Extraña era la fábrica inactiva
un silencio en la planta, una distancia
entre máquina y hombre, como un hilo
cortado entre planetas, un vacío
de las manos del hombre que consumen
el tiempo construyendo, y las desnudas
existencias sin trabajo y sin sonido.

RESUMEN

El presente trabajo trata sobre el «esquirolaje tecnológico», un término que alude a la sustitución por parte del empresario de trabajadores huelguistas a través de medios mecánicos o automáticos durante la huelga.

Para enmarcar la institución se han expuesto los antecedentes de la huelga en España, el concepto y el marco normativo de tal derecho fundamental, su encuadramiento en una norma preconstitucional como es el RD Ley 17/1977, analizando los distintos tipos o procedimientos de actuación de los huelguistas, los mecanismos que la protegen y las consecuencias que origina.

A fin de que el estudio de la modalidad analizada en el trabajo fuera más completa, nos hemos detenido en la figura general de esquirolaje y en los límites al ejercicio de derecho de huelga; así como en sus dos modalidades fundamentales, de esquirolaje interno y externo, haciendo especial hincapié en el tratamiento jurisprudencial de los tipos de esquirolaje.

La parte final del estudio ha pretendido ahondar en una novedosa forma de «esquirolaje virtual», que ha tenido una especial incidencia en las huelgas de retransmisiones televisivas, programas radiofónicos o en huelgas de tele-trabajadores. Para llevar a cabo este estudio se ha dado una gran importancia a su evolución jurisprudencial, así como a la relevante STC 17/2017, duramente criticada por la doctrina.

Finalmente, se han deducido una serie de conclusiones sobre la materia.

Palabras clave: Huelga, derecho fundamental, esquirolaje, jurisprudencia, medios técnicos.

ABSTRACT

The actual study deals with the “technological substitution”, a term that refers to the replacement by the employer to the workers on strike through mechanical or automatic means during the strike.

To frame the institution there have been stated the backgrounds of the strike in Spain, the concept and the normative framework of such a fundamental right, its framework in a preconstitutional norm such as the RD Ley 17/1977, analyzing the different types or procedures of action of the strikers, the mechanisms that protect it and the consequences that it originates.

To ensure that the modality analyzed in the study was more complete, we have highlighted the general figure of the strike and the limits to the exercise of the right to strike; as well as, in its two fundamental modalities, internal and external substitution, with special emphasis on the jurisprudential treatment of the types of substitution.

The final part of the study has tried to delve into a new form of «technological substitution», which has had a special incidence in the strikes of television broadcasts, radio programs or teleworkers strikes.

In order to carry out this study, great importance has been given to its jurisprudential evolution, as well as to the relevant STC 17/2017, severely criticized by the doctrine. Finally, some conclusions have been deduced about the subject matter.

Key words: Strike, fundamental right, substitution, jurisprudence, technical means.

INTRODUCCIÓN: INFLUENCIA DE LOS MEDIOS TECNOLÓGICOS EN LA HUELGA

Cuarenta años después de la aprobación de la Constitución Española, un derecho fundamental tan relevante como el regulado en el art. 28.2 CE se sigue rigiendo por una norma preconstitucional.

Se trata del único derecho fundamental que no ha sido desarrollado por Ley Orgánica, lo que ocasiona un incumplimiento constitucional difícilmente comprensible.

El derecho de huelga en cuanto medida de presión para la defensa de los derechos de los trabajadores, se ha visto afectado por las nuevas realidades y avances tecnológicos y por la falta de una regulación acorde a la realidad actual.

Una de dichas realidades es lo que se ha venido a llamar el esquirolaje tecnológico, entendiendo por tal, la sustitución de trabajadores huelguistas por máquinas o instrumentos tecnológicos, aportados por el empresario para neutralizar o reducir los efectos de la huelga.

En el presente trabajo realizaremos un análisis de la figura y de la doctrina del Tribunal Constitucional desde 1981 hasta nuestros días. Nos detendremos en las dos formas clásicas de esquirolaje, la interna y la externa, para luego adentrarnos en la sustitución de huelguistas por medios tecnológicos y en la incidencia que sobre ello tiene el *ius variandi* empresarial.

Seguidamente nos detendremos en la incidencia que sobre dicha figura ha tenido la jurisprudencia constitucional y de los tribunales ordinarios.

El esquirolaje tecnológico se ha cuestionado en los últimos años. En un periodo inicial, el Tribunal Supremo entendió que dicha figura era una conducta de sustitución vulneradora del derecho fundamental de huelga. Con posterioridad, la conclusión del Tribunal Constitucional ha sido contraria a dicho derecho, dando por válida la práctica empresarial de sustituir a los trabajadores huelguistas, no por otros trabajadores, sino por instrumentos tecnológicos.

El tema escogido para este trabajo de fin de grado tiene como principal objetivo examinar una nueva realidad, la tercera (o cuarta revolución industrial) y su incidencia en un derecho fundamental de tanta trascendencia histórica como es la huelga.

CAPITULO 1.- EL DERECHO FUNDAMENTAL DE HUELGA

En el Capítulo I se van a enunciar los antecedentes de la huelga en España, el concepto y el marco legal de tal derecho fundamental, analizando sus modalidades, el procedimiento de actuación de los huelguistas, los mecanismos que la protegen y las consecuencias que origina.

1.1. ANTECEDENTES DE LA HUELGA EN ESPAÑA

Nuestro sistema jurídico ha sufrido múltiples cambios y variaciones a lo largo de la historia en relación con el fenómeno de la huelga. Podemos agrupar sus antecedentes legales en varias etapas, todas ellas inspiradoras de nuestro sistema actual¹.

La primera etapa se desarrolla durante todo el siglo XIX. En aquel momento la huelga era considerada jurídicamente como un delito tipificado en el art. 556 del Código Penal de 1850 (reproducido en el CP de 1870). Estuvo terminantemente prohibido en España, con su consiguiente represión.

Pasado el siglo XIX y entrando en el siglo XX el poder público fue adquiriendo fuerza y la oposición empezó a ceder, tolerando este nuevo fenómeno imparable. La Fiscalía del Tribunal Supremo suavizó la interpretación del art. 556 del CP, mediante una Circular del 20 de junio de 1902, según la cual "no es delito definido ni castigado en el Código penal la coligación y la huelga con el fin de obtener ventajas en las condiciones del trabajo y en la cuantía de la remuneración". En principio, las huelgas seguían reputándose como delictivas, sin embargo no se hacía uso de esa represión.

Se alcanzó la licitud formal de la huelga con la aprobación de la Ley de Huelga de 27 de abril de 1909, la cual se mantuvo vigente hasta 1938. En ella se reconoció la huelga por motivos profesionales y se estableció plazos de preaviso y sanciones para los infractores, garantizando la libertad de trabajo de los no coaligados. Esta Ley de 1909 fue completada con la Ley de Jurados Mixtos de 1931.

Los años 1936-1975 conocen la prohibición de la huelga, hasta su admisión en 1975, su consagración como derecho en 1977 y su reconocimiento constitucional como derecho fundamental en 1978.

¹ MONTOYA MELGAR, A. *Derecho del Trabajo*. Madrid, TécnoS, 2017, p. 730.

En efecto, el Decreto-Ley 5/1975, de 22 de mayo, admitió la legitimidad del recurso a la huelga, aun sin consagrarla como un derecho y exigiendo requisitos de fondo y de forma que suponían otras tantas limitaciones para su ejercicio. Con todo -como reconoce el preámbulo del vigente Real Decreto Ley 17/1977, de Relaciones de Trabajo, *"la huelga, como fenómeno social, que durante años había constituido delito, pasaba a una etapa de libertad. La trascendencia del nuevo sistema aconsejaba, por razones de elemental prudencia, tanto el establecimiento de un procedimiento riguroso para la legítima utilización de tal recurso, como la fijación de determinadas limitaciones"*.

1.2. CONCEPTO Y FUNDAMENTOS JURIDICOS

La huelga es un derecho fundamental reconocido en el art. 28.2 de la Constitución Española *"a los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad"*.

Consiste en la facultad de cesar temporalmente y de manera libre la actividad laboral, estableciendo su causa, motivo y fin, y la de elegir la modalidad que se considere idónea al respecto, dentro de los tipos aceptados legalmente, sin que la empresa pueda legítimamente adoptar medidas, disciplinarias o de otro tipo, contra quienes lo ejercen².

El Tribunal Constitucional la define como «un derecho atribuido a los trabajadores *uti singuli*, aunque tenga que ser ejercitado colectivamente mediante concierto o acuerdo entre ellos» (STC 11/1981). Recibe así el Alto Tribunal la formulación clásica en la materia, según la cual el derecho de huelga es de titularidad «individual» de cada trabajador y de ejercicio «colectivo»³.

Forma parte del colectivo de derechos fundamentales reconocidos en el Título I, Capítulo II, Sección 1ª de la CE, bajo el nombre *"De los derechos fundamentales y las libertades públicas"*. Constituye una de las manifestaciones básicas de la actividad sindical que se refleja en el art. 7 CE y, más en general, es un derecho subjetivo

² STC 38/1995, de 13 de febrero, que a su vez remite a la STC 11/1981, de 8 de abril.

³ PALOMEQUE LÓPEZ, C. y BÉNGOETXEA ALKORTA, A. *Estudios sobre la huelga*. Albacete, Bomarzo, 2011, p.15.

fundamental de los trabajadores, que exige, conforme al art. 81 CE, su regulación por medio de una ley orgánica, que debe respetar el contenido esencial del derecho.

Resulta preceptiva la regulación legal del ejercicio del derecho de huelga, puesto que este último, como los demás derechos fundamentales, no es absoluto o ilimitado. Es por ello que cuenta con una serie de garantías constitucionales para procurar su especial protección. El art. 37 CE reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo, pero desgaja de este marco general a la huelga, y la sitúa en un lugar preferente, el art. 28, concediéndole, como a todos los de su grupo, una mayor consistencia, como lo demuestra la necesidad de una ley orgánica para su regulación, y la completa tutela jurisdiccional, prevista en el art. 53.2 CE, con cauce procesal propio en vía judicial ordinaria través de una modalidad procesal de carácter preferente y sumario regulado en los arts. 181 y siguientes de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social; y a través de recurso de amparo ante el TC.

Dada su configuración constitucional, en caso de colisión con otros derechos -que no tengan tal rango de fundamentales- debe prevalecer el de huelga.

Ha sido calificada como un derecho de carácter peculiar, en el sentido de que no solo afecta a la parte que lo ejerce sino que causa un inevitable perjuicio a la contraparte, a los empresarios⁴. Al hacer uso efectivo de este derecho, los empresarios sufren serias perturbaciones en su actividad empresarial. A su vez, los ciudadanos también ven comprometidos sus intereses en relación a los servicios a los que afecta esta huelga. No obstante, como dice el ya mencionado art. 28 CE, compete a la ley regular el ejercicio de este derecho estableciendo las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.

El desarrollo de este precepto, debido al carácter fundamental del derecho que reconoce, debería haberse producido por ley orgánica. Esta ley, sin embargo, no ha llegado a promulgarse -es la última gran ley constitucional pendiente- y la regulación de la huelga en nuestro derecho se contiene en una norma preconstitucional, el Real Decreto-Ley 17/1977, declarada parcialmente en vigor por la STC 11/1981, trascendental sentencia que salvó su constitucionalidad pero que no la dejó indemne. Es por ello que, la regulación vigente de este derecho la encontramos tanto en el RDLRT como en la STC 11/1981.

⁴ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. *Manual del Derecho del Trabajo*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 958.

La norma preconstitucional no da una visión clara del concepto de huelga, sin embargo en su art. 7.1 nos dice que su ejercicio habrá de realizarse *“mediante la cesación de la prestación de servicios por los trabajadores afectados y sin ocupación por los mismos del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias”*. Por lo tanto, a partir de este precepto podemos entender la huelga como un derecho colectivo de los trabajadores que sirve para defender sus derechos ante los empresarios y que consiste en la no realización de ningún trabajo ni ocupación del centro de trabajo.

En el ámbito europeo, aun cuando el derecho fundamental de huelga está incluido en el art. 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el art. 153 del Tratado de Lisboa excluye de las competencias de la Unión la regulación sobre el derecho a la huelga.

En el marco de la Organización Internacional del Trabajo, el Convenio 87 sobre libertad sindical no reconoce el ejercicio del derecho de huelga, de manera que el respeto de los principios y derechos fundamentales que a partir de la Declaración de la OIT de 1998 implica la preservación de los Convenios 87 y 98 sobre libertad sindical y negociación colectiva no extiende su alcance a la tutela y reconocimiento del derecho de huelga.

1.3. CONTENIDO Y TITULARIDAD DEL DERECHO DE HUELGA

El contenido esencial del derecho de huelga (art. 53.1 CE y STC 11/1981) está integrado por una doble facultad: la colectiva y la individual.

1.3.1. Facultad colectiva del derecho

Tiene que ver con la realización de huelga como fenómeno o medida colectiva en su conjunto (génesis, desarrollo y conclusión de la acción).

Son así facultades de ejercicio colectivo del derecho de huelga: 1) La convocatoria o declaración. 2) La elección de la modalidad, que deberá moverse naturalmente «dentro de aquellos tipos o modalidades que la ley haya admitido», pudiendo el legislador «considerar ilícitos o abusivos algunos tipos, siempre que lo haga justificadamente. 3) La adopción de cuantas medidas tengan por objeto el desarrollo de la huelga, de «la causa o porqué y la finalidad reivindicativa que se persigue». 4) La desconvocatoria o decisión de darla por finalizada (STC 11/1981).

La titularidad de estos derechos corresponde, tanto a los representantes de los trabajadores (art. 3.2 RDLRT), ya sean las organizaciones sindicales en el ejercicio de su libertad sindical (art. 2.2.d. LOLS), o los órganos unitarios (o sindicales) de representación en las empresas o en las Administraciones Públicas; como a los trabajadores del centro de trabajo afectados por el conflicto (art. 3.2 b. RDLRT).

1.3.2. Facultad individual del derecho

Se refiere a la actitud del trabajador ante una huelga ya convocada. Comprende, la adhesión o derecho de sumarse o no a las huelgas declaradas, así como la participación en acciones de desarrollo (la incorporación del trabajador a la acción de piquetes) y la decisión de darla por terminada.

La huelga, al igual que los demás derechos de los trabajadores (art. 3.5 ET), es indisponible para su titular, estableciendo el art. 2 RDLRT la nulidad de «*los pactos establecidos en los contratos individuales de trabajo que contengan la renuncia o cualquier otra restricción al derecho de huelga*»

No obstante, cabe la «renuncia» a su ejercicio durante la vigencia de un convenio colectivo, pudiendo ser acordada por los negociadores en el propio convenio (art. 8.1 RDLRT). El TC ha admitido la constitucionalidad de estas cláusulas de «tregua» o de «paz sindical», frente a la tesis de la inadmisibilidad de la renuncia del derecho a través de representante (STC11/1981)⁵.

1.4 TIPOS DE HUELGAS

1.4.1 Huelgas no ajustadas a derecho

De conformidad con el art. 7 del RDLRT, el ejercicio del derecho de huelga habrá de realizarse necesariamente mediante “la cesación de la prestación de servicios” por los trabajadores afectados y sin ocupación por los mismos del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias.

1.4.1.1 Huelgas ilegales. De acuerdo con el art. 11 RDLRT, se consideran ilegales:

a) Huelga por motivos políticos o no profesionales: son aquellas que se inician o sostienen por motivos políticos o con cualquier otra finalidad ajena al interés profesional de los trabajadores. Su prohibición ha sido ratificada por el TC al aclarar

⁵ PALOMEQUE LÓPEZ, C. y BENGOETXEA ALKORTA, A.: *Estudios sobre la huelga, cit.*, pp. 16-17.

que la huelga es un instrumento de presión, que puede ser utilizado para solventar “los intereses de los trabajadores en los conflictos socio económicos” (STC 11/1981) y, por tal motivo, ha calificado de huelgas legales las encaminadas a protestar contra la política social llevada a cabo por el gobierno (STC 36/1993), reformas del mercado de trabajo, del sistema de protección social o del modelo de asistencia sanitaria⁶.

b) Huelgas de solidaridad o apoyo: son ilegales salvo que afecten al interés profesional de quienes la promuevan o sostengan. El adjetivo “profesional” alude a “los intereses que afecten a los trabajadores en cuanto tales, no naturalmente en cuanto miembros de una categoría laboral específica” (STC 11/1981).

c) Huelgas novatorias: son ilegales las que tienen por objeto alterar lo pactado en un convenio colectivo, durante su vigencia, o lo establecido por laudo arbitral. No obstante, la ilegalidad no actúa cuando se reclama una alteración del convenio en aquellos casos en que este haya sido incumplido por la parte empresarial o se haya producido un cambio absoluto o radical de las circunstancias, o una interpretación diferente de la realizada hasta ese momento (STC 11/1981).

d) Huelgas convocadas contraviniendo la norma: tienen lugar cuando se produzca contraviniendo lo dispuesto en el RDLRT, o lo expresamente pactado en convenio colectivo para la solución de conflictos. Será ilegal si no se cumplen los servicios mínimos, el preaviso y la publicidad correspondiente y, en general, si no se sigue el procedimiento establecido para anunciar la huelga⁷.

1.4.1.2. Huelgas abusivas o ilícitas

En función de la conducta huelguista se alude a huelgas abusivas o ilícitas.

1) Carácter abusivo. Algunas modalidades del ejercicio del derecho de huelga y, en particular, las alteraciones en el proceso productivo que no consistan en el cese en la actividad laboral, quedan fuera del ámbito del derecho fundamental. La huelga abusiva en sentido estricto parte de ser una huelga legal. Existe una presunción *iuris tantum* de su carácter abusivo, que como toda presunción de tal naturaleza puede destruirse mediante prueba en contrario (STC 11/1981).

⁶ MERCADER UGUINA, J.R.: *Lecciones del Derecho del Trabajo*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 817.

⁷ STS 25-01-2011 (rec. 72/2010).

La ilegalidad afectaría a los requisitos procedimentales mientras que la abusividad se refiere a los medios y a las formas de desarrollo.

2) Actos ilícitos o abusivos. Se presumen como tales las siguientes modalidades de huelga (art. 7.2 RDLRT):

a) Huelgas rotatorias: en ellas van rotando en la inactividad determinados grupos de trabajadores, bien sea por categorías, secciones u otra modalidad de selección de los huelguistas, paralizando o afectando gravemente la actividad de la empresa (STSJ Cataluña 17-12-1997, rec. 5121/1997).

b) Huelgas de celo o reglamento: consiste en ejecutar las tareas de forma minuciosa o conforme a la literalidad de las pautas.

c) Huelga estratégica o tapón: es aquella a la que son llamados, selectivamente, trabajadores que prestan sus servicios en un sector estratégico, para lograr, con participación de un número reducido de trabajadores que ven suspendido su contrato de trabajo, la paralización general de la actividad empresarial (STS 30-06-1990, ROJ: STS 5092/1990).

d) De brazos caídos: la protesta se practica con inactividad en el puesto de trabajo.

1.4.2. Huelgas con presunción *iuris tantum* de ser ajustadas a derecho.

Las modalidades de huelga no mencionadas en el art. 7 RDLRT son, en principio, lícitas, salvo prueba en contrario que corresponde a quien pretende extraer consecuencias de esa declaración.

a) Huelgas intermitentes. Son aquéllas en las que a un periodo de inactividad laboral sucede otro de normalidad, pudiendo extenderse la inactividad a toda la jornada o ser de corta duración y repetirse en jornadas seguidas o próximas, o incluso dentro de la misma jornada.

b) Huelga con ocupación ilegal de centro de trabajo: proscrita normativamente (art. 7.1 RDLRT). Por ocupación debe entenderse un ilegal ingreso en el lugar de prestación de servicio o una ilegal negativa a una legítima orden de abandono (STS 09-06-1982, RJ 3950/1982). La interdicción de la ocupación del centro de trabajo por los huelguistas, ha de ser objeto de una interpretación restrictiva (STC 11/1981).

1.5. CONSECUENCIAS DE LA HUELGA

Los efectos de la huelga no se limitan al ámbito de la relación jurídico-laboral entre las partes, sino que inciden en la relación de Seguridad Social (STC 13/1984). También pueden repercutir en las relaciones de carácter colectivo entre los sujetos convocantes y otros sujetos colectivos y los empresarios y asociaciones empresariales. En función de si la huelga es ajustada o no a derecho, el ordenamiento jurídico establece unos efectos laborales y de Seguridad Social. La normativa en la que se encuentran dichos efectos se sitúa en el art. 6 RDLRT, el art. 45 ET y los arts. 166.6 y 144.5 LGSS.

1.5.1. Efectos de la huelga para los trabajadores huelguistas

Las consecuencias para los huelguistas, son diferentes en función de que la huelga se ajusta a los presupuestos necesarios para su realización y sea ajustada a derecho o no. En este último supuesto será necesario acudir a un procedimiento judicial de carácter declarativo que califique la huelga de legal o ilegal.

1.5.1.1. *En caso de huelga legal*

Se suspende el contrato de trabajo (art. 45 ET), con exoneración de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo, y no puede dar lugar a sanción alguna.

En materia de Seguridad Social, el trabajador huelguista pasa a situación de “alta especial”, sin cotización, pero se consideran como si estuviese en alta a efectos de las prestaciones. Para que puedan producirse estos efectos, el empresario está obligado a comunicar a la TGSS, mediante una relación, los trabajadores afectados, en el plazo de 5 días naturales a partir del siguiente al cese en el trabajo, indicando el número de afiliación y la fecha del cese. Asimismo están obligados a comunicar la fecha de reincorporación. El incumplimiento de estas obligaciones impide la consideración de alta especial y la exoneración de la obligación de cotizar.

Durante la situación de huelga los trabajadores puedan acordar con la Seguridad Social un convenio especial que incluya prestaciones como la incapacidad permanente, muerte y supervivencia, contingencias comunes, jubilación y servicios sociales.

No se tiene derecho a cobrar la prestación por desempleo mientras dure la huelga, ni a la prestación económica por incapacidad temporal que se haya iniciado después del

comienzo la huelga, cuando derive de una enfermedad común o un accidente no laboral (art. 6.3 del RDLRT).

1.5.1.2. En caso de huelga ilegal

Al igual que en la legal, el contrato de trabajo queda en suspenso y afecta a la duración y retribución de las vacaciones.

Por otra parte, la participación en una huelga ilegal puede ser objeto de sanción, e incluso de despido disciplinario, al darse un incumplimiento contractual grave y culpable. A ello no es óbice el hecho de que esta conducta no se recoja específicamente como causa de despido disciplinario (art. 54 ET).

La participación en una huelga ilegal no puede integrarse en el ámbito de un ejercicio de un derecho fundamental, por lo que las sanciones impuestas por tal motivo, no vulneran derecho fundamental alguno (STC 41/1984). No obstante, se considera discriminatoria la conducta de la empresa que, ante hechos iguales o análogos realizados por diversos trabajadores, despide a algunos de ellos y a otros no sin acreditar las razones de la desigualdad (STS 26-11-1990).

En materia de Seguridad Social, si el empresario estima que la huelga es ilegal puede presentar ante la TGSS los partes de baja que afecten a los huelguistas, interrumpiéndose las cotizaciones. Si posteriormente fuese declarada legal, se interrumpen estos efectos con respecto a dichos trabajadores, iniciándose los de alta especial desde la fecha a que los citados partes de baja se refieren (OM 30-6-1977).

1.5.2. Efectos de la huelga para la empresa

Durante la huelga, trabajador y empresario quedan temporalmente exonerados del cumplimiento de sus principales obligaciones recíprocas de trabajar y retribuir (art. 45.2 ET); no obstante lo cual pervive el vínculo jurídico entre ambos, lo que justifica el mantenimiento de las obligaciones laborales complementarias.

De los deberes laborales expresamente reconocidos por el art. 5 ET, -de diligencia y buena fe, observar medidas de seguridad e higiene, cumplir las órdenes regulares del empresario, no concurrir con la actividad de la empresa, contribuir a la mejora de la

productividad-, tan sólo el genérico de buena fe contractual puede pervivir a la suspensión de la obligación de trabajar⁸.

La principal consecuencia que la huelga acarrea para la empresa es la limitación de sus facultades de organización, quedando obligada a respetar el ejercicio de un derecho fundamental. Entre ellas las disciplinarias.

Mientras dure la huelga no podrá sustituir a los huelguistas, limitando sus facultades de contratación o de la utilización de la movilidad funcional o geográfica de sus trabajadores.

El empresario debe soportar los daños que la huelga acarrea, no siendo procedente la reclamación de daños y perjuicios contra el sindicato convocante, caso de que la huelga fuera declarada legal (STS 11 mayo 2001, rec. 3609/2000). A sensu contrario, sí podrá interesar la indemnización por daños en el supuesto de ser declarada ilegal (arts. 1101 y 1902 CC), como por ejemplo, en relación con la convocatoria de la huelga, o su publicidad. De estas reclamaciones, conoce el orden jurisdiccional social (arts. 9.5 LOPJ y art. 1 LRJS).

⁸ GIL ALBURQUERQUE, E.: “Efectos de la huelga sobre la relación individual de trabajo y la relación de Seguridad Social. Responsabilidad individual típica: la huelga como causa de despido”, en AA.VV.: *Estudios sobre la huelga*, Albacete, Bomarzo, 2011, pp.113 y ss.

CAPITULO 2.- EL ESQUIROLAJE

2.1. CONCEPTO

Dentro de las limitaciones del derecho de contratación y organización del trabajo por parte del empresario, destaca el principio de no sustitución de los huelguistas.

Caso de admitir que la empresa goza de absoluta libertad para adoptar cuantas medidas técnicas y organizativas considerara oportunas para contrarrestar el ejercicio del derecho de huelga, su efectividad como medida de presión quedaría seriamente comprometida y, en lógica consecuencia, su consideración constitucional como verdadero derecho de los trabajadores resultaría ineficaz⁹.

Tradicionalmente se ha utilizado la expresión “esquirol” como un término peyorativo¹⁰.

Según la Real Academia Española, esquirol es la persona que se presta a ocupar el puesto de un huelguista. También se ha definido como el trabajador que no se adhiere a una huelga. A su vez, nuestra Academia afirma que el término proviene de L'Esquirol, localidad barcelonesa de donde procedían los obreros que, a fines del siglo XIX, ocuparon el puesto de trabajo de los de Manlleu durante una huelga.

Esta figura adopta otras denominaciones en distintos lugares, como carneros en Uruguay, o crumios en Chile y Argentina¹¹.

La prohibición del esquirolaje intentó ser regulada en el Proyecto de LO de Huelga que nunca llegó a promulgarse, en cuyo art. 27.2 se preveía que «en tanto dure la huelga, los trabajadores que participen en ella no podrán ser sustituidos por otros trabajadores no vinculados a la empresa en la fecha de declaración de la huelga¹²».

Como se desprende del art. 7.1 RDLRT «*el ejercicio del derecho de huelga habrá de realizarse, precisamente, mediante la cesación de la prestación de servicios por los*

⁹ GARCÍA NINET, J.I. y GARCÍA VIÑA, J.: “Algunas consideraciones acerca del esquirolaje interno y externo, así como sobre ciertas medidas empresariales (algunas curiosas) para reducir los efectos de la huelga”. AS, vol. 5, 1997, p. 5.

¹⁰ STC 123/1992, de 28 de septiembre (BOE núm. 260, de 29 de septiembre).

¹¹ TASCÓN LÓPEZ, R.: *El esquirolaje tecnológico* (2018), Cizur Menor, Aranzadi, p. 49.

¹² Las diferencias en cuanto a la regulación de este precepto y la norma de 1977, es tratada por IGLESIAS CABERO, M: «Efectos del ejercicio del derecho de huelga». (1993). AA.VV.: *El nuevo régimen jurídico de la huelga y el cierre patronal*, Madrid (CGPJ), pp. 216-217.

trabajadores afectados y sin ocupación por los mismos del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias».

Este abandono en la producción, en relación con la actividad empresarial, supone una medida de presión, dirigida a la empresa por parte de los trabajadores, con el fin de defender sus intereses.

Se ha afirmado que el sentido y finalidad de la huelga no es el de perjudicar o hacer mal a la empresa, sino el derecho que tienen los trabajadores a no prestar servicios mientras la empresa no les conceda unas condiciones laborales que estiman exigibles.

Ciertamente el ejercicio de ese derecho acarrea perjuicios a la empresa, pero este mal no es la finalidad ni el objetivo con ella perseguido, sino obtener condiciones que “mejoren los intereses profesionales de los trabajadores”¹³.

Del derecho fundamental de huelga se derivan unos efectos para el empresario, que han sido calificados como “accesorios”¹⁴. Durante su desarrollo, ve mermado el *ius variandi* o poder de dirección que le concede la ley para la buena marcha de la empresa, no pudiendo emplear cualesquiera medios para anular o limitar sus efectos. Expresamente, el legislador prohíbe la adopción de determinadas medidas que pueden resultar efectivas para la consecución de ese objetivo¹⁵.

2.2. LÍMITES AL EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA

El legislador goza del poder de fijar restricciones en el ejercicio de los derechos fundamentales. No obstante, ese poder está también sujeto a límites, derivados del deber de respetar el «contenido esencial» del derecho fundamental (art. 53.1 CE).

La jurisprudencia constitucional ha mantenido que el derecho de huelga, como el resto de los derechos fundamentales, puede experimentar limitaciones o restricciones en su ejercicio, derivadas de su conexión con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos. Ahora bien, nunca podrán rebasar su “contenido esencial”, hacerlo impracticable, obstruirlo más allá de lo razonable o despojarlo de la necesaria protección. Dicho contenido esencial dimana directamente del art. 28.2 CE

¹³ SSTs 17 diciembre 1999 (rec. 3163/1998) y 11 mayo 2001 (rec. 3609/2000).

¹⁴ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E.: *Derecho del Trabajo*. Madrid, Universidad de Madrid, 1989, pp. 848.

¹⁵ MERCADER UGUINA J.R.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 840.

y ha de ser respetado siempre y en todo caso¹⁶. Por ello, habrán de ser interpretados restrictivamente.

No se trata de un derecho absoluto, sino sujeto a una serie de límites, tanto de carácter interno como externo. Los límites externos se asemejan a los de otros derechos, como la moral, el orden público, la seguridad del Estado o derechos de terceros.

El derecho de huelga se encuentra limitado por la necesidad de garantizar los servicios esenciales de la comunidad, así como, los derechos de otros afectados por su ejercicio, como son aquellos trabajadores que no han secundado la huelga, los empresarios o, los ciudadanos en general.

2.2.1. Mantenimiento de los servicios esenciales

En el caso de la huelga hay un claro límite, fijado expresamente en el propio art. 28.2 CE, consiste en la imposibilidad de que el ejercicio de esta impida el “mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad”, encomendándose a la ley el establecimiento de las garantías precisas para asegurarlos.

Este límite encuentra su fundamento último en la existencia de un interés público y prevalente frente al derecho de huelga. Nuestra norma constitucional ha sido consciente de su importancia y por ello, no considera aceptable que el ejercicio del derecho de huelga suponga un sacrificio de los intereses de los destinatarios de servicios esenciales, por ser «el derecho de la comunidad a estas prestaciones vitales (...) prioritario respecto del derecho de huelga» (STC 11/1981).

La doctrina constitucional ha mantenido que la dicción del art. 10.2 RDLRT no es difícil de englobar en la constitucional del art. 28.2, por cuanto aquella debe ser entendida en el sentido de que la autoridad gubernativa puede adoptar medidas de garantía cuando la huelga afecta a servicios de reconocida e inaplazable necesidad o a servicios esenciales para la comunidad, pero no, cuando se trata de servicios públicos que no reúnen las circunstancias anteriormente señaladas.

2.2.1.1. Concepto de servicios esenciales de la comunidad

El problema es determinar qué debe entenderse por «servicios esenciales para la comunidad», ya que no hay un concepto cerrado o último.

¹⁶ STC 11/1981, de 8 de abril (RTC 1981, 11); 123/1990, de 2 de julio (RTC 1990, 123); y 83 (RTC 2006, 183) y 184/2006, de 19 de junio (RTC 2006, 184).

Ante la ausencia de una definición de los referidos servicios en la Constitución y en la ley, es el TC el que viene llevando a cabo la tarea de delimitar su concepto, acogiendo tanto la noción amplia como la circunscrita a la garantía de los derechos y bienes.

A tal efecto la STC 26/1981, de 17 de julio, dispuso que «el concepto de servicios esenciales es un concepto jurídico indeterminado susceptible de una doble acepción: una estricta, equivalente a actividades de interés vital, y otra, amplia equiparable a la satisfacción de los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos». En ella los servicios esenciales quedan conectados con la idea de satisfacción de «prestaciones vitales o necesarias para la vida de la comunidad». Otras decisiones del Constitucional (por ejemplo, la STC 53/1986) prefieren configurar aquellos servicios como los tendentes a satisfacer derechos constitucionales fundamentales y bienes protegidos constitucionalmente, de gestión pública o privada.

En este mismo sentido, un sector doctrinal considera servicio esencial al que atiende a necesidades conectadas con los derechos fundamentales de los ciudadanos¹⁷.

Las expresiones «servicios esenciales» y «servicios públicos» pueden dar lugar a confusión pues se utilizan a menudo de modo indistinto. Sin embargo, su contenido es, evidentemente, distinto. Un servicio puede ser esencial y prestado por un ente privado, y viceversa. Mientras que un servicio esencial de la comunidad no es sólo ni necesariamente el servicio público sino más bien el servicio de interés vital y social.

2.2.1.2. Delimitación del contenido

No cabe duda que son servicios esenciales los destinados a garantizar derechos fundamentales como: la vida, salud, educación, libre circulación, etc.; más complicado resulta identificar qué se entiende por bienes constitucionalmente protegibles, dada la polémica entre partidarios de un concepto amplio y un estricto¹⁸.

Ante la pregunta sobre qué debe entenderse por “servicios esenciales”, la STC 184/2006, de 19 de junio, consideró que “antes que a determinadas actividades industriales y mercantiles de las que derivarían prestaciones vitales y necesarias para la vida de la comunidad”, la concepción de servicios esenciales “hace referencia a la

¹⁷ MARTÍN VALVERDE. A.: «El derecho de huelga en la Constitución de 1978», Revista de Política Social, núm. 121, 1979, p. 233.

¹⁸ MONTOYA MELGAR, A.: “Los límites del derecho de huelga: presente y futuro”, en AA.VV.: *Cuestiones laborales de actualidad. Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Dr. Feliciano González Pérez*. Madrid, Dykinson, 2013, p. 44.

naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se dirige, conectándose con los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos”. Esta importante sentencia expone que no existe ningún tipo de actividad productiva que, en sí mismo, pueda ser considerado como esencial. Solo lo será en aquellos casos en que la satisfacción de los mencionados bienes o intereses exija el mantenimiento del servicio. De este modo, la autoridad gubernativa a la hora de fijar dichos servicios ha de ponderar la extensión territorial y personal, la duración prevista y las demás circunstancias concurrentes en la huelga, así como las concretas necesidades del servicio y la naturaleza de los derechos o bienes constitucionalmente protegidos.

La jurisprudencia ha considerado servicios esenciales al transporte público (STC 26/1981); el sector hospitalario (STC 26/1989); las residencias de ancianos (STC 122/1990); la producción y suministro de energía eléctrica (STC 8/1992 y art. 2 Ley 54/1997, de 27 de noviembre); la telefonía fija y móvil (RD 530/2002, de 14 de junio); los servicios públicos de radio y televisión (art. 2 Ley 17/2006, de 5 de junio); y los servicios de salvamento marítimo (STS 28 de octubre de 2003).

2.2.1.3. Competencia para el establecimiento de servicios esenciales

La imposición de servicios mínimos obligatorios a los huelguistas, implica determinar a quién corresponde la fijación de esos servicios.

El art. 10.2 RDLRT atribuye a la autoridad gubernativa la potestad de dictar las medidas necesarias para determinar el mantenimiento de los servicios esenciales a la comunidad.

El TC ha refrendado reiteradamente la constitucionalidad del establecimiento de los servicios mínimos por las autoridades gubernativas. Según su doctrina tiene que ser una instancia pública, imparcial y con responsabilidad política ante el conjunto de los ciudadanos la competente para limitar legítimamente el ejercicio del derecho fundamental de huelga (SSTC 11/1981, 26/1981, 193/2006, 296/2006). Es por ello que la STC 11/1981 añade que “el ejercicio de esta potestad está sometido a la jurisdicción de los tribunales de justicia y al recurso de amparo ante este Tribunal”.

La potestad de determinación de las medidas de establecimiento de servicios mínimos no la tiene atribuida genéricamente la Administración Pública, sino, conforme al art. 10.2 RDLRT, aquellos órganos del Estado que ejercen, directamente o por

delegación, las potestades de gobierno (STC 11/1981; STC 233/1997 y 124/2013), y ello porque «sólo órganos políticos que respondan ante la comunidad en su conjunto pueden asumir la grave responsabilidad de limitar el derecho constitucional de huelga de determinados ciudadanos» (STC 296/2006, 310/2006, 36/2007).

La prohibición de que las autoridades gubernativas deleguen sus facultades en la materia (SSTC 27/1989, 233/1997, 193/2006), y la atribución en exclusiva de tales facultades a autoridades con poder político (no lo son, entre otras, el Delegado del Gobierno en RENFE -STC 26/1981-, los Rectores de Universidad -ATC 49/2004- o los órganos de gestión de las empresas públicas -STC 53/1986).

El acto gubernativo -el «Decreto de servicios mínimos»- ha de ser, lógicamente motivado (por todas, STC 122/1990), salvo, como advierte el Tribunal Constitucional, en caso de existencia de fundamento notorio.

2.2.2. Estados de alarma, excepción y sitio

Otro de los límites del derecho fundamental de huelga es el mantenimiento del orden público y de la seguridad del Estado, límite que viene desarrollado en atención a la posibilidad de restringir el ejercicio del aludido derecho en los estados de alarma, excepción o sitio.

Se trata de situaciones que vienen reconocidas constitucionalmente, en el art. 116 CE, cuyas competencias y limitaciones se regulan por la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio.

Las diferencias entre el estado de alarma y los de excepción y sitio son claras, pues la excepcionalidad del primero nace de circunstancias naturales o materiales mientras que los dos supuestos más graves, atendiendo a la excepcionalidad que entrañan, son de naturaleza eminentemente política. En lógica consecuencia con lo anterior, el régimen previsto para el estado de alarma es diferente tanto en lo que se refiere a los medios con los que contará el Gobierno para hacerle frente, como en lo que se refiere a la suspensión de derechos fundamentales. A diferencia de los estados de excepción y sitio, su declaración no supone la suspensión de derecho alguno, tal como disponen las previsiones constitucionales que si permiten la adopción de determinadas medidas de limitación, requisa e intervención¹⁹.

¹⁹ ABA CATOIRA, A.: “El estado de alarma en España”, en AA.VV.: *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núm. 28, 2011, pp. 330 y ss.

El art. 4 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, permite que el Gobierno de la Nación declare el estado excepcional de alarma, en todo o en parte del territorio nacional, cuando se produzca una alteración grave de la normalidad, si se dan alguna de las circunstancias que relaciona.

En este sentido, se prevé la posibilidad de su declaración en caso de «catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud» (a), «crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves» (b), «paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos 28.2 y 37.2 de la Constitución y concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en ese artículo (c)» y «situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad» (d).

En dicho precepto se introduce como requisito previo y de ineludible cumplimiento que hubiera fallado lo dispuesto en los aludidos artículos, es decir, que no se pudo asegurar el mantenimiento de los servicios mínimos que actúa como límite para el ejercicio del derecho fundamental de huelga.

CAPITULO 3.- MODALIDADES DE ESQUIROLAJE

Como hemos expuesto, la huelga tiene especial repercusión en las facultades y poderes empresariales. Su principal límite se manifiestan en restricciones a las facultades de contratación y, más genéricamente, en su poder de dirección y control.

No podemos olvidar que una de las medidas de defensa empresarial frente al derecho de huelga, consiste en la sustitución de trabajadores que han decidido ejercer su derecho de huelga en una situación concreta, por otros trabajadores que desempeñaran las tareas que han dejado vacantes o pendientes los huelguistas²⁰.

Ahora bien, existe una prohibición, común a tantos ordenamientos jurídicos, de sustituir a los huelguistas por otros trabajadores contratados por el empleador²¹, mediante la prohibición del esquirolaje.

En este capítulo se van a delimitar las diferentes modalidades de esquirolaje tradicional²², diferenciando esta práctica de otras medidas lícitas que el empresario puede utilizar. Se analizará la ley y la jurisprudencia que hay al respecto, así como distintas posiciones doctrinales.

3.1. ESQUIROLAJE EXTERNO

3.1.1 - Prohibición legal del esquirolaje externo

La obsoleta y anómala regulación del derecho de huelga se percibe claramente, cuando se analiza la forma en que el legislador acomete la interdicción del esquirolaje.

El esquirolaje prohibido es el denominado externo, el que se practica recurriendo a la contratación laboral de trabajadores que no están vinculados con la empresa, con la finalidad de que sustituyan a los trabajadores ausentes como consecuencia del ejercicio del derecho de huelga.

²⁰ GARCÍA NINET, J.I. y GARCÍA VIÑA, J.: “Algunas consideraciones acerca del esquirolaje interno y externo, cit., p. 4.

²¹ BAYLOS GRAU, A.: *Sindicalismo y Derecho Sindical*, Albacete, Bomarzo, 2009, p. 72.

²² TASCÓN LÓPEZ, R.: *El esquirolaje tecnológico*, cit. p. 45.

Esta prohibición, derivada de su reconocimiento como derecho fundamental, se limita a la lacónica previsión del art. 6.5 del RDLRT, cuando afirma que en tanto dure la huelga, *“el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma”*²³.

Dicha regla general tiene una excepción, en el caso de incumplimiento de los servicios necesarios para garantizar la seguridad de las personas y las cosas, mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuera precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa (obligaciones contenidas en el art. 6.7 RDLRT).

La norma preconstitucional tiene su antecedente en el art. 5 del derogado Decreto-ley 5/1975, de 22 de mayo, sobre regulación de los conflictos colectivos de trabajo.

Dicha prohibición se extiende, igualmente, a los supuestos en los que el empresario procede a celebrar un contrato de puesta a disposición con una Empresa de Trabajo Temporal, con el fin de minorar la eficacia de la huelga, por obra del art. 8.a) de la Ley 14/1994, de 1 de junio.

La prohibición legal de sustitución externa lleva aparejada dos tipos de consecuencias. En primer lugar una sanción de carácter administrativo, al poder configurarse como una infracción administrativa de carácter muy grave en materia laboral, recogida en Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, cuyo art. 8.10 tipifica como infracción muy grave, *“los actos del empresario lesivos del derecho de huelga de los trabajadores consistentes en la sustitución de los trabajadores en huelga por otros no vinculados al centro de trabajo al tiempo de su ejercicio, salvo en los casos justificados por el ordenamiento”*, según el art. 96.10 ET. Destacando también, en esta materia, el art. 40.1 LISOS sobre la cuantía de las sanciones, así como al art. 48.1 LISOS sobre la atribución de competencias sancionadoras.

Esta previsión sancionadora también estuvo recogida en el art. 27.3 del Proyecto de Ley de Huelga de 1992. Y tuvo su reflejo en el art. 20.3 de la LETT, precepto derogado por la LISOS.

²³ STC 123/1986, de 28 de septiembre, FJ 2º (RTC 1986, 123). También STS 23 octubre 1989 (ROJ: STS 5676/1989).

En segundo lugar, una sanción penal, dado que el art. 315.1 del CP de 2015 (con idéntica redacción que el de 1995) recoge que “*serán castigados con las penas de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a doce meses los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impidieren o limitaren el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga*”. En el número segundo de dicho precepto se considera que caso de que las conductas “se llevaran a cabo con coacciones” la pena será superior.

Conforme a lo expresado anteriormente, es posible afirmar que el esquirolaje externo es una práctica expresamente prohibida por el ordenamiento jurídico español. El motivo de esta prohibición es evitar que el empresario pueda desvirtuar el sentido y alcance de la huelga, entendiendo esta como “un instrumento de presión respecto de la empresa, para equilibrar en situaciones límite las fuerzas en oposición, cuya desigualdad real es notoria” (STC 123/1992)²⁴.

Dicha sentencia ha sido seguida años después por la STC 33/2011²⁵, en la que se considera que la «sustitución interna» de huelguistas durante la medida de conflicto «constituye un ejercicio abusivo del *ius variandi* empresarial, derecho que, con los límites legalmente previstos, corresponde al empresario en otras situaciones. Pero en un contexto de huelga legítima el referido *ius variandi* no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones; ya que, en tal caso, quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo.

Para terminar de perfilar esta doctrina, la ya mencionada STC 33/2011, considera que la utilización de las estructuras de mando para sustituir a trabajadores huelguistas de categorías inferiores, con el fin de editar el periódico el día de la huelga, vulnera el art. 28.2 CE, al privar a la huelga de su plena efectividad como medio de presión colectiva.

Por su parte, la doctrina jurisprudencial también ha sancionado la posibilidad de que la sustitución se lleva a cabo, no mediante la contratación directa de trabajadores

²⁴ STC 123/1992, de 28 de septiembre, Sala Primera Excmo. Sr. D. Rafael de Mendizábal Allende.

²⁵ STC 33/2011, de 28 de marzo (RTC 2011, 33).

externos, sino mediante la obtención de un esfuerzo por otras vías, ya que se trataría de una sustitución indirecta, contraria al ordenamiento jurídico laboral²⁶.

3.1.2. Nueva contratación

De conformidad con el art. 6.5 RDLRT, durante la huelga, el empresario no podrá hacer uso de su poder empresarial para contratar a trabajadores externos a la empresa, salvo en determinados casos excepcionales. Tampoco podrá suscribir nuevos contratos por la vía indirecta mediante contratos de puesta a disposición con una empresa de trabajo temporal.

En referencia a este último punto, el art. 8 LETT, establece una serie de exclusiones a la celebración de contratos de puesta a disposición al señalar que “las empresas no podrán celebrar contratos de puesta a disposición en los siguientes casos: a) Para sustituir a trabajadores en huelga en la empresa usuaria”. La ratio de este precepto es la prohibición del uso de las ETT para equilibrar en una empresa usuaria el volumen de empleo afectado por una huelga²⁷.

A estos efectos, la STC 66/2002, de 21 de marzo, precisa que la limitación de los poderes del empresario se manifiesta también en su “libertad de contratación”, como una técnica de sustitución externa de los trabajadores huelguistas, lo que resulta contrario al art. 28.2 CE, caso de utilizarse como instrumento para privar de efectividad a la huelga.

El art. 55.5 ET, prohíbe la contratación definitiva de trabajadores para sustituir a huelguistas, afirmando que “*será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador*”.

La dicción del art. 6.5 RDLRT plantea la duda de si esta prohibición alcanza también al empresario, a sus familiares y/o amigos. Para aclarar esta situación acudimos al art. 1.3.d) y e) ET, “*Se excluyen del ámbito regulado por esta ley: d) Los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad. e) Los trabajos*”.

²⁶ DEL VAL TENA, A.L.: “La prohibición legal de sustituir a los trabajadores huelguistas: sobre un posible comportamiento empresarial contrario al derecho de huelga”, Revista Doctrinal Aranzadi, núm. 5241, 2001, pp. 6 y ss.

²⁷ RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: *Las empresas de trabajo temporal en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 86.

familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo”, por lo que si concurren dichos presupuestos no habrá esquirolaje externo.

3.1.3. Sustitución por terceros

Para paliar los efectos de la huelga el empresario, en ocasiones, acude al recurso de la subcontratación de los servicios que debían efectuar los trabajadores que se encuentran en huelga (art. 42 ET). También es posible la sustitución por una prestación similar realizada por un tercero, contratista, empresa del mismo grupo (en caso de grupo de empresas) o trabajador autónomo.

Se trata de una materia novedosa sobre la que no hay una norma que lo regule.

Así sucede en la práctica, tratándose de las Administraciones públicas que tienen externalizados algunos servicios, como la vigilancia, la limpieza, etc.; de tal manera que cuando se ponen en huelga los trabajadores de la empresa privada contratista, la Administración recurre a una empresa pública para llevar a cabo el servicio.

La doctrina no es unánime respecto a la validez de dicha práctica. Mientras una parte de los autores opta por negar la validez de ese tipo de conductas²⁸, no faltan voces que admiten su oportunidad, al entender lógico que, ante una huelga, la empresa «no se quede de brazos cruzados» y haga cuanto esté a su alcance para contrarrestar sus efectos (comerciales, de imagen, de cumplimiento de contratos, etc.)²⁹.

3.1.4. Tratamiento jurisprudencial de la contrata y esquirolaje externo

La doctrina constitucional tradicional mantiene que no deben imponerse más gravámenes o molestias al empresario que aquellos que sean imprescindibles. Dicha jurisprudencia comenzó a alterarse a raíz de la STC 75/2010, de 19 de octubre (‘‘*caso Samoa*’’) ³⁰. En este supuesto la empresa huelguista era la contratista, y por ese motivo la empresa principal decidió poner fin al contrato mercantil que la vinculaba con ella. Como consecuencia, los trabajadores de la contratista fueron despedidos objetivamente, ya que su contrato era de obra o servicio. La sentencia declaró nulos estos despidos y la contratista tuvo que readmitir a los trabajadores.

²⁸ SALA FRANCO, T.: “El esquirolaje externo”, AL, Tomo I, p. 163.

Sobre esta materia, HURTADO ORTEGA, C.: “La suspensión del contrato de trabajo por el ejercicio del derecho de huelga”, *La suspensión del contrato de trabajo*, Madrid (CGPJ), 1994, p. 319.

²⁹ SEMPERE NAVARRO, A.: “Externalización de actividades productivas durante la huelga”. AS, Tomo IV, 1996, pp. 2862-2864 (BIB 1996\1461).

³⁰ SANGUINETI RAYMOND, W., “La tutela sustancial del derecho de huelga en las estructuras empresariales complejas”, RDS núm. 74, 2016, pp. 29 y ss.

En el ámbito de los tribunales ordinarios, destaca la SAN 29 de julio de 2013 (rec. 276/2013), relativa al “caso Pressprint”, en la que se calificó como lícito, cuando hubiera dos empresas del mismo grupo, estando una de ellas en huelga, acudir a los servicios de una tercera, con el argumento que la huelga en una empresa del grupo no puede afectar a todas las demás.

Con invocación de la jurisprudencia constitucional que limitaba la reacción de la empresa principal, consistente en resolver una contrata como consecuencia del incumplimiento derivado de la falta de actividad motivado por la huelga³¹, la STS de 11 de febrero de 2015 (rec. 95/2014), “caso Grupo Prisa”, consideró que vulneraba el derecho de huelga y de libertad sindical, la celebración de una nueva contrata por la empresa principal para atenuar los efectos de la falta de prestación de un servicio derivado de la huelga desarrollada en la empresa contratista original.

De igual manera en la STS de 20 de abril 2015 (rec. 354/2014), “caso Coca-Cola”, se ha censurado como lesivo al derecho de huelga, para evitar un “intolerable esquirolaje indirecto”³², la actitud desarrollada por una organización productiva inserta en un grupo de empresas, consistente en la utilización de la fuerza productiva de otras entidades del grupo para suplir la falta de actividad derivada de una huelga.

Por su parte la STS de 16 de noviembre de 2016 (rec. 59/2016), relativa al “caso Altrad”, ha analizado si el recurso a terceros contratistas por una empresa principal puede ser calificado como un supuesto de esquirolaje externo en caso huelga de los trabajadores de la contratista que habitualmente le presta servicios. En este supuesto, la contrata y la principal no pertenecían al mismo grupo empresarial, y la huelga fue secundada por los trabajadores de una empresa que ya estaba subcontratada por otra. En ella el TS sí consideró oportuno que la empresa cliente contratase servicios con una tercera.

Por último, cabe recordar que la STS 15 de abril de 2005 (rec. 133/2004), ha considerado ilícito que las empresas sigan contando con sus colaboradores habituales o personal de refuerzo, estando en situación de huelga, en un supuesto en el que para dar cumplimiento a “la obligada emisión de los informativos” (servicio mínimo), la

³¹ SSTC 75, 76, 107 y 110/2010, de 19 de octubre (dos) y 16 de noviembre (dos).

³² MOLINA NAVARRETE, C.: “Despido colectivo y derecho de huelga: la intervención judicial del esquirolaje interno indirecto”, RTSS (CEF), núm. 388, 2015, pp. 189 y ss.

empresa pública no “acudió a trabajadores externos, ni a quienes no estuviesen asignados en servicios mínimos, ni se utilizaron medios distintos” de los habituales.

3.2. ESQUIROLAJE INTERNO

La normativa reguladora de la huelga únicamente contempla la prohibición del esquirolaje externo (art. 6.5 RDLRT). Ninguna referencia hay en la norma preconstitucional a la sustitución de los huelguistas por trabajadores de la propia empresa, esto es, por aquellos que no han secundado la huelga (los llamados no huelguistas) o por el propio empresario, sus familiares o amigos; supuestos en los que concurre el denominado esquirolaje interno³³.

Una interpretación literal, podría conducir a aplicar el célebre principio general del derecho que dice “todo lo que no está prohibido está permitido” y admitir que el empresario pudiera sustituir a los trabajadores huelguistas por otros integrantes de la plantilla que hubieran decidido no secundar la huelga. Pero esta interpretación es en exceso simplista y acarrea serios problemas, al requerir del empresario el uso de potestades extraordinarias y, potencialmente, vaciar de contenido el derecho constitucionalmente reconocido³⁴.

3.2.1. Límites al esquirolaje interno

Nos encontramos ante otro de los supuestos en donde se prevén límites a los actos empresariales que tienen una justificación formal para ser realizados, pero que están materialmente dirigidos a la eliminación de los efectos del ejercicio del derecho de huelga.

Dichos límites no proviene de una indicación legal, sino de la interpretación jurisprudencial. Se trata de la prohibición del uso desviado del poder de dirección del empresario reconocido con carácter general en el art. 20 ET y en sus manifestaciones "extraordinarias", como *ius variandi*, movilidad geográfica, o poder de modificar las condiciones sustanciales de trabajo en los arts. 39, 40 y 41 ET.

³³ GORDO GONZÁLEZ, L.: “El contenido esencial del derecho de huelga: la prohibición del esquirolaje interno”, AS, núm. 20, 2012, pp. 2 y ss.

³⁴ Seguimos en este punto a TASCÓN LÓPEZ, R.: *El esquirolaje tecnológico*, cit. p. 53.

Sobre la posibilidad de acudir a este tipo de sustitución la doctrina se encuentra dividida³⁵. Mientras una parte de ella entiende que no se puede producir esta sustitución interna (MONTOYA MELGAR), otro sector doctrinal se muestran cautos al afirmar que el margen efectivo constitucionalmente es muy reducido, si no inexistente en la práctica (PALOMEQUE LOPEZ y ALVAREZ DE LA ROSA), y otros autores opinan que la posibilidad de maniobra es mayor (concretamente SAMPEDRO CORRAL) al admitir la sustitución interna como una consecuencia del reconocimiento de la facultad de dirección del empleador y del derecho al trabajo de aquellos miembros de la plantilla que no quieran sumarse al conflicto colectivo.

Ahora bien, la prohibición de la sustitución interna solo es efectiva mientras dure la huelga.

3.2.2. Tratamiento jurisprudencial del esquirolaje interno.

Ante la falta de regulación legal han tenido que ser los tribunales (Constitucional y ordinarios), los que a través de múltiples sentencias han solventado la ausencia regulatoria con sus razonamientos jurídicos.

El máximo intérprete de la Constitución, incorporó a la prohibición del esquirolaje la vertiente interna del mismo, a través de dos sentencias esenciales. La STC 123/1992, de 28 de septiembre, y más cercana en el tiempo la STC 33/2011, de 28 de marzo, sobre la sustitución interna de trabajadores huelguistas por personal directivo de un diario. Esta doctrina constitucional de vital importancia supone, la imposibilidad de utilizar los poderes empresariales para desactivar la presión que surge de la huelga.

En la primera de las citadas sentencias, se subrayó que la huelga, derivada de la posición preeminente que ocupa en el ordenamiento jurídico, produce durante su ejercicio el efecto de reducir o paralizar otros derechos que en situaciones normales pueden y deben desplegar toda su potencialidad; así ocurre con el poder de dirección regulado en el art. 20 ET, del cual nacen las facultades que le permiten una movilidad del personal en sentido ascendente o descendente en caso de necesidad (*ius variandi* ordinario o extraordinario). Concluyó que la sustitución interna constituye el ejercicio abusivo de un derecho que en principio corresponde al empresario, el *ius variandi*, con una posibilidad de novación contractual, desde el momento en que su potestad de

³⁵ Según la exposición realizada por GARCÍA NINET, J.I. y GARCÍA VIÑA, J.:(1997). “Algunas consideraciones acerca del esquirolaje interno y externo...”, cit., pp. 11 y ss.

dirección se maneja con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico y en una situación conflictiva, no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo. Considera que atenta al recíproco deber de lealtad y buena fe y, en consecuencia, la decisión empresarial deviene ilícita³⁶.

El segundo de los pronunciamientos constitucionales citados, analiza un supuesto en el que, con ocasión de la huelga general convocada para el 20 de junio de 2002, en el diario ABC, secundaron la convocatoria todos los trabajadores con excepción de los jefes de sección de los diferentes turnos, que procedieron a realizar todas las tareas del proceso de producción del periódico. En ella se alude a la «aceptación» voluntaria de la realización de servicios distintos (e inferiores a los propios) por parte de trabajadores que no tiene asignadas tales funciones. Se trata de colocar personal cualificado en puestos de trabajo con una calificación menor, cuya sustitución es fácil, priva materialmente de un derecho fundamental, y vacía su contenido esencial.

El Constitucional amplía los argumentos esgrimidos en el anterior pronunciamiento, al mantener que esta sustitución interna sería el ejercicio abusivo del derecho del empresario al *ius variandi*, derecho que, con los límites legalmente previstos, corresponde al empresario en otras situaciones. Pero en un contexto de huelga legítima el referido *ius variandi* no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones; ya que, en tal caso, quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo³⁷.

En definitiva, el TC ha estimado que la sustitución de los trabajadores en huelga por otros de superior o inferior nivel profesional que no la habían secundado no puede ser declarado como un hecho lícito, al privar a la huelga de su plena efectividad como medio de presión colectiva.

De igual manera los tribunales ordinarios han seguido la misma senda del Constitucional. En un principio el Tribunal Supremo admitió que el comportamiento

³⁶ FJ 5º STC 123/1992, de 28 de septiembre (RTC 1992, 123).

³⁷ GARCÍA-PERROTE ESCARTIN, I. Y MERCADER UGUINA, J.: “Los límites de la sustitución virtual de los trabajadores y del recurso a procesos de descentralización durante la huelga en la doctrina reciente del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo”, Revista de Información Laboral núm. 2, 2017.

empresarial de reordenación de la fuerza productiva acometida durante una huelga suponía vulneración del derecho fundamental³⁸.

No obstante, la STS 4 de julio de 2000 (rec. 75/2000) aclara que si bien el empresario no puede recurrir ni al esquirolaje externo, ni al interno, nada impide que use los medios técnicos de que disponga para atenuar las consecuencias de la huelga. A pesar de ser un derecho configurado como presión legal al empresario que debe soportar las consecuencias naturales de su ejercicio por parte de los trabajadores que se abstienen de trabajar, no se impone el deber de colaboración con los huelguistas en el logro de sus propósitos. Aunque la interpretación jurisprudencia restringe el uso de las facultades organizativas que le son propias, en orden a exigir la movilidad funcional, no existe precepto alguno que prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa, para atenuar las consecuencias de la huelga.

Finalmente, la doctrina jurisprudencial ordinaria ha concluido que, incluso entre trabajadores de la misma categoría, el empresario tiene limitadas sus facultades de sustitución. Así acontece, a título de ejemplo, cuando para ello tiene que alterar los turnos de trabajo ya preestablecidos, pues tal actuación empresarial “tiene como único objetivo evitar puntualmente los efectos de la huelga y vaciarla de contenido”³⁹.

³⁸ STS de 8 marzo 1995 (rec. 1730/1995).

³⁹ STS 18 marzo 2016 (rec. 78/2015).

CAPITULO IV.- ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO

4.1. EL NACIMIENTO DE LA MODALIDAD

La vertiginosa carrera tecnológica y científica en la que nos hallamos inmersos influye en todos los ámbitos del derecho, incluido el Derecho del Trabajo. Afecta a la configuración de la relación laboral, en especial en la delimitación de los elementos de la misma como la dependencia y la ajenidad en los entornos de la denominada “economía uberizada”; pero también condiciona algunos derechos fundamentales, incluidos derechos colectivos como la huelga.

Como ha puesto de manifiesto la doctrina, frente a la técnica tradicional de responder a la huelga mediante el cierre patronal o provocando el desgaste de los huelguistas, las empresas han reorientado sus tácticas hacia el mantenimiento de la producción⁴⁰.

Nos hallamos ante una modalidad de sustitución dudosa, el denominado «esquirolaje automático, tecnológico o virtual»⁴¹, consistente en reemplazar la prestación «actual» o «física» de los trabajadores participantes en la protesta por otro tipo de prestaciones de carácter «no actual», «virtual» o «automática».

Cada día se presentan nuevas formas de «esquirolaje virtual» como son: huelgas en retransmisiones televisivas, en programas radiofónicos en los que se utilizan grabaciones efectuadas con anterioridad y son transmitidas sin intervención de persona alguna, o huelgas de tele-trabajadores⁴².

Es posible que vayan apareciendo supuestos nuevos, que alcancen a sectores distintos del audiovisual. Así, cabe la posibilidad de sustituir a los trabajadores durante cortos periodos de tiempo, de manera ocasional o permanente pero intermitente, reservando a los humanos, el papel de supervisor o controlador de la herramienta de trabajo robotizada o inteligente⁴³.

⁴⁰ SANGUINETI RAYMOND, W., *Los empresarios y el conflicto laboral (del cierre a la defensa de la producción)*. (2006). Valencia, Tirant lo Blanch.

⁴¹ SANGUINETI RAYMOND, W., “La tutela sustancial del derecho de huelga en las estructuras empresariales complejas”, RDS núm. 74, 2016, p. 26.

⁴² MERCADER UGUINA, J.R.: “El mercado de trabajo y el empleo en un mundo digital”, Revista de Información Laboral núm. 11, 2018.

⁴³ TALENS VISCONTI, E.E.: “Esquirolaje tecnológico: interrogantes abiertos”, Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 5, 2013, pp. 173 y ss.

Las dudas que plantea la institución son muchas. ¿Podrá sustituirse a los profesores huelguistas por reproducciones de sus clases pregrabadas on-line? ¿Si hay una huelga de maquinistas o pilotos, podrán ser sustituidos por pilotos automáticos? ¿Las huelgas en las televisiones podrán ser desactivadas con la mera emisión de programas pregrabados? En fin, para concluir con los ejemplos, ¿podrá una flota de esquirolas-robot sustituir a los trabajadores huelguistas en la construcción o en la industria?⁴⁴.

En algunos sectores la producción puede continuar mediante la automatización, sin intervención de trabajo humano, siendo en este nuevo escenario en el que se enmarca el esquirolaje tecnológico, lo que fuerza a considerar en opinión de voces autorizadas⁴⁵, qué papel desempeña en la estructura del derecho su capacidad para afectar a la producción empresarial y, no en menor medida, si el conflicto puede ser combatido desde otras prerrogativas constitucionales y en especial desde la que tiene que ver con el reconocimiento de la libertad de empresa.

Como es fácil colegir, el RDLRT no contiene referencia alguna a una posible limitación de los poderes de dirección del empresario en la utilización de los medios tecnológicos de los que es titular. Tampoco está previsto el esquirolaje virtual en la LISOS. Por esta razón debemos acudir a la doctrina de los tribunales para efectuar su delimitación.

4.2. EL CONCEPTO DEL ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO Y SUS ESPECIES

La jurisprudencia nos ha proporcionado un concepto simple de esquirolaje tecnológico, como la “sustitución de medios humanos por medios mecánicos o automáticos durante la huelga”⁴⁶.

Pese a su claridad, dicha conceptualización ha sido calificada de imprecisa y genérica en exceso, pues aun cuando tiene en común con el esquirolaje tradicional el tratarse de una conducta empresarial dirigida a sustituir el esfuerzo productivo de los huelguistas, se diferencia del tecnológico, en que en el tradicional la sustitución la realizan

⁴⁴ PRECIADO DOMENECH, C.H.: “El esquirolaje tecnológico o esperando a Asimov”, Blog Sin permiso, 22 de febrero de 2017.

⁴⁵ PÉREZ REY, J.: “El Tribunal Constitucional ante el esquirolaje tecnológico (o que la huelga no impida ver el fútbol)”, REDT núm. 77, enero 2017, p. 152.

⁴⁶ STS 5 diciembre 2012 (rec. 265/2011).

personas, mientras que en el segundo, son las cosas las que lo efectúan (herramientas, equipos o instrumentos tecnológicos)⁴⁷.

Dicha diferencia influye en el momento en que entra en juego el poder de dirección empresarial o *ius variandi*, dado que en la segunda modalidad se trata de una decisión técnica (menos intensa) que se puede entender incorporada al poder organizativo empresarial⁴⁸.

Existen muy diversas posibilidades de conductas empresariales que pueden ser calificadas de esquirolaje tecnológico⁴⁹; entre ellas, destaca la diferenciación entre el tecnológico externo y el interno⁵⁰.

1) El esquirolaje tecnológico externo es aquel que utiliza medios técnicos no existentes en la empresa al tiempo de convocatoria de huelga y que son adquiridos con la finalidad de contrarrestar los efectos de la falta de actividad derivada de la medida de conflicto que llevan a cabo los trabajadores.

Dicha conducta puede ser calificada, en principio, de vulneradora del derecho de huelga, al tratarse de una actuación encaminada a dejar sin efecto un derecho fundamental, por lo que cabría entender, incluso, que se produce una extensión, por vía analógica del art. 6.5 RDLRT⁵¹.

2) El esquirolaje tecnológico interno es aquel en el que la sustitución de los trabajadores huelguistas se ocasiona mediante la utilización de los medios técnicos con los que la empresa cuenta en el momento de la convocatoria.

A su vez, esta modalidad puede subdividirse en función de que el uso de los medios técnicos se realice con procedimientos normalmente utilizados en el seno de la empresa o por medio de procedimientos distintos a los habituales en la empresa y adaptados a la situación provocada por la huelga.

⁴⁷ TASCÓN LÓPEZ, R.: *El esquirolaje tecnológico*, cit. p. 62.

⁴⁸ STC 17/2017, de 2 de febrero (RTC 2017, 17).

⁴⁹ Seguimos en este punto la clasificación efectuada por TASCÓN LÓPEZ, R.: *El esquirolaje tecnológico*, cit. p. 63 y ss.

⁵⁰ Diferenciación ya apunta en el Voto particular formulado por el Magistrado Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete, al que se adhieren dos Magistrados más, a la STS 5 diciembre 2012 (rec. 265/2011)

⁵¹ Voto particular formulado por el Magistrado Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete, al que se adhieren dos Magistrados más, a la STS 5 diciembre 2012 (rec. 265/2011)

Esta última posibilidad ha sido calificada de contraria a derecho, ya que aparece como un peligro de vaciamiento de la huelga, tratando de ofrecer una apariencia de normalidad que hace ineficaz el ejercicio del derecho⁵².

3) El esquirolaje mixto, en el que se engloban elementos del esquirolaje tradicional (sustitución de trabajadores huelguistas por otros trabajadores de la empresa) y del tecnológico (sustitución por medios técnicos). Lo normal es que la utilización de estos últimos medios durante la huelga la realicen trabajadores con los necesarios conocimientos para poner en funcionamiento o programar las herramientas.

Dentro del esquirolaje mixto, cabe la posibilidad de encuadrar como un subtipo el esquirolaje previo o diferido⁵³. En este la sustitución es anterior a la huelga, pero próxima a su celebración, de manera que se encomienda a trabajadores no huelguistas que adopten medidas técnicas oportunas encaminadas a que los medios de producción estén en las condiciones más apropiadas para, el día de la huelga, mantener el nivel de producción más cercano a la normalidad⁵⁴.

4) El esquirolaje automático, se produce cuando la sustitución tecnológica de los huelguistas tiene lugar sin la intervención de ningún trabajador, pero que ocasiona de hecho la sustitución de los huelguistas cuando se produce el cese en la actividad.

Un ejemplo sobre la cuestión es el enunciado en el conocido caso “Indra y Vodafone”⁵⁵, en que se rechazó la existencia de un esquirolaje tecnológico que vulnerara el derecho de huelga de los trabajadores de la contratista, si la empresa principal utiliza, como es habitual, un dispositivo automático (algoritmo) para redistribuir entre los demás contratistas del servicio los requerimientos de llamadas cuando se producen picos de demanda.

4.3. EL ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

La doctrina sobre la cuestión es, más que escasa, única, dado que solo existe hasta la fecha un pronunciamiento del TC.

⁵² MORALO GALLEGO, S.: “El ejercicio de la huelga y el impacto de las nuevas tecnologías y la descentralización productiva”. En AA.VV.: *Derecho Colectivo*, Madrid, CGPJ, 2003, pp. 233 y ss.

⁵³ STS 4 julio 2000 (rec. 75/2000).

⁵⁴ TASCÓN LÓPEZ, R.: *El esquirolaje tecnológico*, cit. p. 67.

⁵⁵ STS 13 de julio 2017 (rec. 25/2017).

Se trata de la STC 17/2017, de 2 de febrero⁵⁶, en el que se analiza en qué situaciones el uso de medios técnicos ya existentes en la empresa puede ser considerado esquirolaje tecnológico. Para ello el Tribunal admite el amparo, superando el filtro de la especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC), ya que no se había pronunciado anteriormente sobre este concreto aspecto del derecho constitucional a la huelga. Sostiene que el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este Tribunal. En efecto, este Tribunal se ha pronunciado sobre la prohibición de que los trabajadores de la empresa realicen durante la huelga funciones distintas a las que normalmente desempeñan (SSTC 123/1992, de 28 de septiembre, y 33/2011, de 28 de marzo) pero no sobre la utilización durante la huelga de medios técnicos de uso no habitual en la empresa.

En dicho supuesto, se deniega el amparo al sindicato Confederación General del Trabajo y al declarar que la emisión por Telemadrid de un partido de fútbol durante la jornada de huelga general del 29 de septiembre de 2010, no vulneró el derecho a la huelga, amparado por el art. 28.2 CE. En este caso, en el marco de una huelga general, la empresa trató de minimizar sus efectos usando los medios técnicos existentes y con el personal disponible ese día. Los sindicatos entendieron que se trataba de una medida de esquirolaje tecnológico, por lo que consideraban que la empresa había vulnerado el derecho de huelga.

La sentencia sostiene que el uso por los trabajadores que no secundan el paro de los medios técnicos de los que dispone la empresa no vulnera el citado derecho fundamental, siempre que aquéllos no realicen funciones que son ajenas a su cargo para sustituir a los huelguistas. La protección constitucional del derecho a la huelga, añade, impone limitaciones al empresario, pero no le obliga -ni a él ni a los empleados que deciden ejercer su derecho a trabajar- a contribuir al éxito de la protesta”.

Los argumentos esgrimidos por la sentencia se basan en los siguientes hechos:

Primero, los trabajadores no realizaron funciones que no les correspondían, pero sí siguieron un procedimiento distinto al habitual. La emisión del partido fue posible a través del Codificador B, que se utiliza en casos excepcionales y que constituye una línea de reserva, en lugar de por el Codificador A que es el habitual y, por otro lado,

⁵⁶ STC 17/2017, de 2 de febrero (RTC 2017, 17).

la mosca, símbolo de Telemadrid, fue insertada en una máquina sita en el departamento de grafismo en lugar de en continuidad.

Segundo, se utilizaron los medios técnicos con los que contaba la empresa, pero que no son de uso habitual, y se siguió un procedimiento diferente al normalmente previsto para poder retransmitir el partido de fútbol el día de la huelga.

A raíz de estas circunstancias, la sentencia recurre a la doctrina precedente, aludiendo⁵⁷:

En primer lugar, al carácter limitado del derecho de huelga (STC 11/1981).

En segundo lugar, a que la eficacia del derecho no es incondicional y debe quedar sometida a ciertas restricciones (SSTC 123/1992 y 41/1984).

En tercer lugar, debe restringirse las acciones del empresario para neutralizar el derecho de huelga (art. 6.5 RDLRT).

En cuarto lugar, (siguiendo a las SSTC 123/1992 y 33/2011), no se trata de un caso en el que la empresa haya contratado a otros trabajadores para realizar las funciones de los huelguistas, ni tampoco el empresario ha modificado las funciones que vienen realizando los no huelguistas.

En quinto lugar, el mantenimiento de la actividad productiva durante la huelga, consustancial al ejercicio del derecho de huelga de los huelguistas, es también instrumental al del derecho al trabajo de los no huelguistas, permitiéndose la adopción de “medidas de mantenimiento y preservación (...) con el fin de que el trabajo pueda reanudarse sin dificultad tan pronto como se ponga fin a la huelga” (STC 11/1981).

En sexto lugar, el derecho de huelga exige “proporcionalidad y unos sacrificios mutuos” (SSTC 11/1981; y 41/1984), de manera que si existe una desproporción entre los daños producidos al empresario y los asumidos por los huelguistas, la huelga será calificada de abusiva. Los daños producidos por la huelga no pueden ir más allá de lo que es razonablemente requerido por la propia actividad conflictiva y por las exigencias inherentes a la presión que la huelga necesariamente implica (STC 72/1982).

⁵⁷ BELTRAN HEREDIA, I.: “Huelga y esquirolaje interno y técnico: un paso atrás a la luz de la STC 2/2/17”, Revista de Derecho vLex núm. 154, 2017 (<http://ignasibeltran.com>).

En séptimo lugar, no hay precepto alguno que, durante este ejercicio, prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa para mantener su actividad.

En octavo lugar, exigir al empresario que no utilice medios técnicos con los que cuenta en la empresa supone imponer al mismo una conducta de colaboración en la huelga no prevista legalmente. La utilización de medios ya existentes en la empresa es compatible con el derecho de huelga y no puede extenderse, por vía analógica, a este supuesto la prohibición prevista en el art. 6.5 RDLRT, que se refiere al empleo de los recursos humanos en la empresa, pero no a la utilización de sus recursos materiales y tecnológicos.

Y, en noveno lugar, ni la Constitución ni la jurisprudencia constitucional obligan a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la reivindicación, pues debe respetarse la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quisieran sumarse a la huelga (SSTC 11/1981; 37/1998; 33/2011; y 69/2016), ni obligan al empresario a reducir la actividad empresarial más allá de lo que sea una consecuencia lógica del seguimiento de la huelga por los trabajadores afectados (SSTC 11/1981; 72/1982; y 189/1993).

La sentencia del Pleno cuenta con un trascendental y atinado voto particular⁵⁸, en el que se analiza el esquirolaje tecnológico, aludiendo a las fuentes de incidencia empresarial en la efectividad de los derechos fundamentales, y al hecho de que requieren respuestas constitucionales nuevas, que garanticen la protección de los derechos más esenciales de los trabajadores, como aconteció en el pasado, cuando dichos medios tecnológicos carecían del desarrollo y de la potencialidad restrictiva con los que ahora cuentan. Denuncia la deriva hacia una jurisprudencia constitucional cada vez más indiferente con la efectividad de los derechos fundamentales, y afirma de forma categórica que más que una nueva oportunidad perdida, se advierte la repetida confirmación de interpretaciones que eligen la reducción “progresiva de la tutela de la contratante débil en la relación laboral precisa de la norma fundamental”⁵⁹.

⁵⁸ PÉREZ REY, J.: “El Tribunal Constitucional ante el esquirolaje tecnológico (o que la huelga no impida ver el fútbol)”, RDS núm. 77, 2017, p. 158.

⁵⁹ Voto particular a la STC 17/2017, que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Fernando Valdés-Dal Ré, al que se adhieren otros Magistrados,

Aun no tratándose de un supuesto de esquirolaje ni interno ni externo (únicos expresamente prohibidos), el TC podría haber adicionado algún argumento que no fuera el de la falta de prohibición expresa en el RDLRT. Ha actuado aquí más como un juez ordinario que como el supremo juez protector de los derechos fundamentales; amparándose en un relato de hechos probados para dar por buena una actuación empresarial dudosa, elementos que a juicio de la doctrina, llevan a limitar el verdadero impacto de la sentencia⁶⁰.

La resolución ha sido objeto de duras críticas por parte de la doctrina, al conferir en este ámbito a las empresas poderes cuasi jurisdiccionales, pudiendo decidir sobre los derechos fundamentales de los trabajadores al pretendido amparo del derecho a la libertad de empresa⁶¹.

4.4. EL ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El estudio de la jurisprudencia permite encontrar algunos supuestos en los que esta modalidad de sustitución se ha planteado frontalmente.

En la jurisprudencia ordinaria es posible diferenciar claramente tres etapas:

4.4.1. Etapa inicial: primeros pronunciamientos (1999-2006)

El Tribunal Supremo ha avalado, desde sus inicios, la sustitución de trabajadores por medios técnicos puestos a disposición del empresario, con alguna excepción, como es el caso de la STS de 16 de marzo de 1998 (rec. 1884/1997). En ella un canal de televisión pública autonómica (Canal Sur) desvía la señal del satélite a una unidad móvil, para emitir desde otro lugar la programación del centro que se encontraba en huelga, si bien en este supuesto se utilizaron algunos trabajadores para realizar esta operación, incumpliendo además la empresa los servicios mínimos. La Sala Cuarta si bien reconoce el derecho a recibir la información (art. 20.1.d CE), considera que esta limitación no puede enervar aquel derecho constitucional del trabajador, que quedaría

⁶⁰ SANZ PÉREZ, A.L.: “El poco conocido caso de las máquinas que impidieron hacer huelga”, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 8/2017. BIB 2017\12733. Y PÉREZ REY, J.: “El Tribunal Constitucional ante el esquirolaje tecnológico (o que la huelga no impida ver el fútbol)”, cit., p. 167.

⁶¹ PRECIADO DOMENECH, C.H.: “El esquirolaje tecnológico o esperando a Asimov”, Blog Sin permiso, 22 de febrero de 2017.

vacío de contenido, si durante el periodo de huelga, se pudieran emitir y mantener, no solo informativos, sino también al resto de la programación habitual.

La STS de 27 de septiembre de 1999 (rec. 1825/1998) analiza un supuesto de hecho similar, sobre la huelga que los trabajadores de la televisión catalana (TV3), pero llega a un resultado contrario. En este caso la empresa consigue emitir en horario de huelga legalmente convocada, un partido de fútbol en directo, sin alocución de los comentaristas que intervienen en este tipo de retransmisiones, y sin inclusión de los títulos, anuncios publicitarios, escenas animadas y demás grafismos que habitualmente son utilizados durante la emisión de los partidos. No hubo para ello necesidad de recurrir a la intervención de trabajador alguno y la empresa se valió tan solo de los medios técnicos de los que dispone que le permiten programar con antelación la captación y posterior difusión de la señal que viaja con destino a otros canales de televisión. Los derechos de retransmisión del partido de fútbol no eran de titularidad de la empresa sino de una entidad con personalidad jurídica propia integrada por las diferentes televisiones públicas autonómicas (FORTA), por lo que ni tan siquiera los cámaras y demás trabajadores desplazados al campo para efectuar la retransmisión formaban parte de su plantilla, siendo contratados expresamente por dicha entidad para la ocasión.

Dicha actuación se consideró legítima por el Alto Tribunal ya que el usuario del servicio público tiene plena libertad para utilizar los servicios de otra empresa que concurra con la que no puede prestarle el servicio. Y, además, que ni se contrataron trabajadores, ni es justo que el conflicto de los trabajadores contra la empresa tuviera que ser pagado por los usuarios de la cadena.

Tiene una gran trascendencia la STS de 4 de julio de 2000 (rec. 75/2000). En ella se analiza un supuesto en el que durante una huelga de una emisora de radio, todos los trabajadores encargados del funcionamiento del control central abandonaron sus puestos de trabajo durante todo el período de la convocatoria, pero aun así, se efectuó la transmisión, mediante grabaciones efectuadas con anterioridad y sin intervención de persona alguna, al realizarse de manera totalmente automatizada. Esto fue posible porque dos trabajadores que no secundaron la huelga estuvieron brevemente en el control central.

La aludida resolución analiza si este *modus operandi* entraba o no dentro de la prohibición de sustitución de trabajadores en huelga establecido en el artículo 6.5 del RDL 17/1977, teniendo en cuenta la doctrina existente hasta la fecha que ya había extendido el tenor literal del precepto en conductas de esquirolaje interno.

El Supremo tras recordar la prohibición del esquirolaje interno, tanto por trabajadores del mismo puesto como por puestos superiores, afirma de una manera categórica que no hay precepto alguno que prohíba al empresario usar los medios tecnológicos de los que habitualmente dispone en la empresa, para atenuar las consecuencias de la huelga.

En dicha sentencia, también se considera que con ello se garantiza el que los huelguistas puedan realizar los paros sin ser sancionados por ello, pero “no asegura su éxito, ni en el logro de los objetivos pretendidos, ni en el de conseguir el cese total de la actividad empresarial”. La doctrina considera que se está refiriéndose seguramente a que con esta práctica se salvaría a los trabajadores de tener que auxiliar en la realización de servicios mínimos, pudiendo lograrse así una mayor asistencia a la huelga⁶².

Por tanto, en el periodo que va hasta el año 2006 (con la excepción relatada anteriormente), el Supremo sigue con su línea doctrinal y permite la utilización de los medios técnicos propios de la empresa, para dar continuidad a la actividad empresarial, sin distinguir entre si su utilización es para asegurar los servicios esenciales (mayormente informativos) o lo es para toda la programación. Así pues, en esta primera doctrina, el esquirolaje tecnológico no contraviene el derecho de huelga, tanto si el servicio que sustituye entra dentro de los servicios mínimos como si ocupa otras programaciones no esenciales⁶³.

4.4.2. Etapa intermedia (2006-2012)

La evolución de la doctrina de la Sala Cuarta del Supremo se pone de manifiesto con el cambio que tiene lugar a partir de 2012, en dos sentencias de especial relevancia⁶⁴, en las que se analizan supuestos prácticamente idénticos.

⁶² TALENS VISCONT, E.E.: “Esquirolaje tecnológico: interrogantes abiertos”, Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 5, 2013, pp. 173 y ss.

⁶³ SSTS 9 diciembre 2003 (rec. 41/2003) o 15 abril 2005 (rec. 133/2004).

⁶⁴ PÉREZ REY, J.: “El Tribunal Constitucional ante el esquirolaje tecnológico (o que la huelga no impida ver el fútbol)”, cit., pp. 154-155.

La primera de ellas es la STS de 11 de junio de 2012 (rec. 110/2011). En ella se resolvió un procedimiento de tutela de derechos fundamentales, en el que se invocaba la vulneración del derecho de huelga por la televisión vasca (EITB), ya que en el día de la huelga, entre los programas que constituyeron los servicios mínimos, incluyó una serie de anuncios pregrabados, sin intervención humana, publicidad y otros contenidos comerciales preprogramados.

En este sentido, declaró la meritada sentencia que los servicios mínimos no se pueden convertir en servicios máximos y, que por lo tanto, si la empresa utiliza bien a los trabajadores no huelguistas o, como en este supuesto, sus propios medios técnicos, sin aplicación de trabajo humano, no lesiona el derecho de huelga. Ese derecho solo quedaría vulnerado si los trabajadores asignados a la prestación de servicios mínimos se utilizan para cumplir servicios no esenciales, pero no sí los servicios no esenciales se ejecutan por trabajadores no huelguistas o por medios automáticos.

La postura del Alto Tribunal se inscribía así en el camino trazado por anteriores sentencias al admitir una cierta capacidad beligerante del empresario con respeto a la huelga que le afecta, así como en una interpretación estricta de la prohibición de esquirolaje, al afirmar que «no se impone [al empresario] el deber o la obligación de colaboración con los huelguistas en el logro de sus propósitos» y mantener que no hay precepto alguno que prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa, para atenuar las consecuencias de la huelga (STS 4 de julio de 2000, rec. 75/2000).

Frente al criterio mayoritario de la sentencia se alzó un relevante voto particular, en el que se analiza exclusivamente la cuestión del esquirolaje tecnológico, y que consideró que este debería haber sido objeto de reproche, impidiéndose la emisión de publicidad u otra programación pregrabada durante la huelga⁶⁵.

4.4.3. Etapa reciente (2012-2018)

Apenas seis meses después, se produce el segundo pronunciamiento del Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de diciembre de 2012 (rec. 265/2011), que también cuenta con votos particulares discrepantes. En ella se produjo un cambio de criterio al

⁶⁵ Voto particular formulado por el Excmo. Sr. D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel a la STS de 11 junio 2012, con cita de la STC 183/2006, de 19 junio; y 123/1992, de 28 septiembre.

poner límites al esquirolaje tecnológico⁶⁶. Se trata de un caso análogo, de tutela de derechos fundamentales, referido también a la televisión vasca, en el que se declaró que el derecho de huelga no se vulnera solamente por la utilización de medios personales en sustitución de los trabajadores huelguistas, sino también, como en el presente caso, por la realización de actividades, como la emisión de publicidad, que exceden de los servicios decretados como esenciales. A tal fin se ponderan los derechos constitucionales en juego y se afirma que el derecho de huelga se lesiona «cuando una empresa del sector de radiodifusión sonora y televisión emite programación o publicidad por medios automáticos, en el caso de que dicha actividad empresarial, aun cuando sea mediante la utilización de medios mecánicos o tecnológicos, priva materialmente a los trabajadores de su derecho fundamental, vaciando su contenido esencial de manera que no cabe el uso de las prerrogativas empresariales, aun amparadas en la libertad de empresa, para impedir la eficacia del derecho de huelga, y ello por la propia naturaleza de este derecho y también del de libertad de empresa que no incorpora a su contenido facultades de reacción frente al paro».

Para que pueda apreciarse una situación de esquirolaje tecnológico resulta necesario según el TS la concurrencia de dos requisitos: en primer lugar, que la huelga tenga lugar en empresas del sector de la radiodifusión sonora y televisión; y en segundo término, es necesario que consiga privar materialmente a los trabajadores de su derecho fundamental, vaciando su contenido esencial⁶⁷.

Este pronunciamiento cuenta con dos votos particulares. En el segundo se apunta la posibilidad de que el mantenimiento de la producción mediante el uso de instrumentos técnicos pueda considerarse una medida empresarial de conflicto colectivo que encuentra amparo en el art. 37.2 CE. Advierte este voto que «la huelga es un derecho instrumental y no un derecho absoluto, que ha de convivir en el ordenamiento de los conflictos colectivos de trabajo con el derecho del empresario a adoptar medidas efectivas de conflicto colectivo».

⁶⁶ Dan cuenta del cambio jurisprudencial, PÉREZ REY, J.: “El Tribunal Constitucional ante el esquirolaje tecnológico (o que la huelga no impida ver el fútbol)”, cit., p. 155.; TASCÓN LÓPEZ, R.: *El esquirolaje tecnológico*, cit. p. 74.

⁶⁷ PÉREZ REY, J.: “El esquirolaje tecnológico: un importante cambio de rumbo de la doctrina del Tribunal Supremo (STS de 5 de diciembre de 2012)”, RDS, núm. 61, 2013, p. 173.

En los pronunciamientos posteriores el Tribunal Supremo ha afirmado, categóricamente, que también se vulnera el derecho de huelga cuando se utilizan medios mecánicos o tecnológicos para sustituir la actividad que correspondía realizar a los trabajadores huelguistas⁶⁸.

No obstante, ha entendido, con fundamento en la STC 17/2017, que no se da el supuesto de esquirolaje tecnológico y, por tanto, no hay vulneración del derecho de huelga, cuando en un caso de subcontratación, la empresa principal, contratante del servicio de telefonía (atención de llamadas telefónicas y resolución de averías), utilizando, como es habitual, un dispositivo automático para redistribuir entre los demás contratistas del servicio los requerimientos de llamadas cuando se producen picos de demanda⁶⁹. En definitiva, no se llevó a cabo una «estrategia o tecnología» encaminada a limitar el impacto de la huelga, sino que usaron unos medios técnicos de los que disponía una empresa externa con anterioridad a la huelga.

4.5. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO

Para finalizar vamos a aludir a las posibles consecuencias jurídicas que pueden darse, en el supuesto de lesión del derecho fundamental de huelga por un esquirolaje tecnológico.

El cauce procesal habitual para articular tal pretensión será el de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas en el ámbito laboral, regulado en el último de los capítulos del Título II, del Libro II de la LRJS, en concreto en el Capítulo XI, bajo la denominación “De la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas” -artículos 177 a 184-.

Se vincula, a la protección jurisdiccional reforzada del art. 53.2 CE (presidido por las notas de preferencia y sumariedad), para aquellos derechos, concebidos como básicos y esenciales en el texto constitucional, como es la huelga. Con ella se da cumplimiento al mandato constitucional, al establecer un procedimiento judicial ordinario de tutela previa, en el orden social, cuyo agotamiento es necesario para poder impetrar el amparo del Tribunal Constitucional (arts. 43.1 y 44.1 LOTC).

El art. 177.1 LRJS procede a enumerar los derechos fundamentales laborales más característicos, citando expresamente la huelga.

⁶⁸ STS 11 febrero 2015 (rec. 95/2014), caso PRESSPRINT, seguida por la STS 3 octubre 2018 (rec. 3365/2016).

⁶⁹ STS 13 julio 2017 (rec. 25/2017).

Por otro lado, el art. 179.3 LRJS determina que además de los presupuestos generales, el demandante deberá identificar, de forma clara, “*los hechos constitutivos de la vulneración, el derecho o libertad infringidos y la cuantía de la indemnización pretendida, en su caso*” dado el carácter acumulable de dicha pretensión, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases del cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador⁷⁰.

Es factible que, caso de que el empresario haya efectuado actos preparatorios para minorar los efectos de la huelga a través de aparatos tecnológicos (el denominado “*esquirolaje previo o diferido*”)⁷¹ o la huelga fuera indefinida o de larga duración, la parte que ha visto vulnerado su derecho pueda solicitar medidas cautelares para asegurar la efectividad del derecho del huelga⁷². Las medidas cautelares puedan proponerse tanto en el escrito de interposición de la demanda (art. 180.1 LRJS), como en otra “*solicitud*” distinta (art. 180.5 LRJS), efectuada, lógicamente, en un momento posterior, con lo que se concede al perjudicado en su derecho o libertad un tiempo superior para valorar la necesidad de la medida.

Por otro lado, no podemos olvidar que en esta modalidad procesal la norma clásica de distribución de la carga de la prueba tiene una particularidad de gran relevancia, una regla de facilitación de la carga probatoria que algunos han denominado “*sistema de prueba indiciaria*” o “*inversión limitada de la carga de la prueba*”, aunque no sea tal inversión ni alteración de las reglas que la rigen, ya que la parte actora no queda enteramente liberado de toda actividad probatoria⁷³. A tal efecto, el art. 181.2 LRJS determina que “*una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad*”.

La doctrina constitucional destaca, en los casos en que se alegue la vulneración de un derechos fundamental, “*la necesidad de que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (STC 38/1986, de 21 de marzo, FJ 2)*”, principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo

⁷⁰ CRUZ VILLALÓN, J.: “Las modalidades procesales de carácter colectivo y sindical en el nuevo texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral”, en CRUZ VILLALÓN, J., y VALDÉS DAL-RE, F.: *Lecturas sobre la reforma del Proceso Laboral*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991. p. 380.

⁷¹ STS 4 julio 2000 (rec. 75/2000).

⁷² TASCÓN LÓPEZ, R.: *El esquirolaje tecnológico*, cit. p. 108.

⁷³ BAYLOS GRAU, A.: “Medios de prueba y derechos fundamentales. Especial referencia a la tutela de estos derechos”, en AA.VV.: *La prueba en el proceso laboral*, CGPJ, Madrid, 1994, p. 181.

oculto de aquél; un indicio que no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido (así, SSTC 114/1989, de 22 de junio, FJ 5 ; 21/1992, de 14 de febrero, FJ 3; 266/1993, de 20 de septiembre, FJ 2; 180/1994, de 20 de junio, FJ 2; y 85/1995, de 6 de junio, FJ 4)”. De donde se desprende que corresponde al actor la carga de aportar un principio de prueba o indicio racional de la lesión, pudiendo para ello utilizar cualquier medio probatorio.

Considera la doctrina que el mantenimiento (si no total al menos sustancial) de la actividad productiva durante una huelga que ha sido seguida por un número significativo de trabajadores es suficiente para constituir el indicio, lo que permite que entre en juego la regla sobre la alteración de la carga de la prueba; y que sea el empresario el que acredite que la sustitución de los huelguistas, responde a una justificación objetiva y razonable, ajena a todo propósito discriminatorio lesivo del derecho fundamental⁷⁴.

El contenido complejo de la sentencia (art. 182 LRJS) se configura como una garantía procesal más, al incluir todas aquellas cuestiones que pueden plantearse con relación al derecho fundamental vulnerado; entre ellas, declarar “la existencia o no de vulneración” del derecho fundamental, la nulidad radical de la actuación del demandado, y el cese inmediato de la actuación contraria al derecho fundamental o, en su caso y si fuera necesario, la prohibición de interrumpir una conducta o la obligación de realizar una actividad omitida. En el supuesto ahora analizado, la sentencia estimatoria condenará al empresario que se haya extralimitado en el uso de sus facultades tecnológicas durante la huelga, al abono de una indemnización que resarza al sindicato convocante y/o trabajadores afectados por los daños y perjuicios ocasionados (art. 182 LRJS)⁷⁵.

En los supuestos en que la sentencia sea estimatoria y declare la vulneración de un derecho fundamental o libertad pública el juez necesariamente “deberá pronunciarse” sobre la cuantía de la indemnización (art. 183 LRJS). Medida lógica puesto que si no se repara el daño causado difícilmente se producirá la reposición de la situación al momento anterior a la lesión, siendo el reforzamiento de la efectividad de la tutela uno de las finalidades de la norma procesal.

⁷⁴ TASCÓN LÓPEZ, R.: *El esquirolaje tecnológico*, cit. p. 110.

⁷⁵ TOSCANI JIMÉNEZ, D.: “Algunas reflexiones acerca de los efectos de la huelga sobre el contrato”, TL, núm. 127, 2014, pp. 130 y ss.

Dentro de los daños indemnizables, deberán incluirse los daños materiales o estrictamente económicos, que el legislador denomina “adicionales derivados”; los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental, creación jurisprudencial que, desde una perspectiva amplia, han sido definidos como todo daño que no es patrimonial⁷⁶; y el daño punitivo.

La cuantía de la indemnización, en los supuestos de sustitución de los trabajadores huelguistas, se fijará en función de las concretas circunstancias en que la misma se hay producido, valorando la “actitud negociadora” de las partes durante el conflicto o el número de trabajadores afectados⁷⁷. Pero también el nivel de alteración del proceso productivo a través de la tecnología o el rastro de visibilidad que a huelga haya conservado en atención a su seguimiento (caso de que la empresa haya borrado todo rastro del conflicto)⁷⁸.

⁷⁶ SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.L.: “La protección de la libertad sindical a través del ejercicio de acciones de indemnización de daños y perjuicios: problemas de aplicación”, Cuadernos Digitales de Formación del CGPJ, Madrid, 2011, p. 10, en la que se realiza un análisis detallado de la jurisprudencia sobre la materia

⁷⁷ STS 19 junio 2013 (rec. 2937/2012) y 18 marzo 2016 (rec. 78/2015).

⁷⁸ TOSCANI JIMÉNEZ, D.: “Algunas reflexiones acerca de los efectos de la huelga sobre el contrato”, cit., pp. 130 y ss.

CONCLUSIONES

De todo lo expuesto en las páginas anteriores, podemos extraer las siguientes reflexiones conclusivas:

I.- El derecho de huelga reconocido constitucionalmente, no ha sido objeto hasta el momento de desarrollo por Ley Orgánica. Su norma reguladora, de carácter preconstitucional, sigue siendo el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, cuyo contenido no da respuesta a las exigencias actuales y a los cambios que se están produciendo.

II.- Tratándose del ejercicio de un derecho fundamental que entra en colisión con otros derechos constitucionales de las personas, individual y colectivamente consideradas, esta circunstancia implica, en nuestra opinión, la necesidad urgente de su regulación legal (Ley Orgánica).

III.- Queda prohibido expresamente el esquirolaje externo, esto es, que el empresario no pueda sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma.

IV.- También queda prohibido el esquirolaje interno, de forma que el empresario no puede utilizar su poder directivo con el fin de sustituir a los huelguistas con trabajadores de otras categorías profesionales del mismo centro.

V.- El derecho de huelga, principal medida de conflicto con la que cuentan los trabajadores, se está viendo afectado por los avances tecnológicos que tienen lugar en la sociedad actual. La nueva revolución tecnológica va a suponer la desaparición de muchos trabajos, cada vez se van a necesitar menos operarios para producir bienes y servicios, pero también va a incidir y está incidiendo en los derechos fundamentales.

VI.- Con los cambios tecnológicos las empresas han acudido a una nueva técnica para responder a la huelga y mantener la producción, el denominado «esquirolaje automático, tecnológico o virtual». A través de dicho método se sustituyen los trabajadores no por otros operarios sino por máquinas; en especial en las huelgas en retransmisiones televisivas o en programas radiofónicos.

VII.- El esquirolaje tecnológico parte de una regulación preconstitucional, que difícilmente se adapta a la nueva configuración de los derechos fundamentales, ni a las nuevas realidades sociales.

VIII.- El papel tan relevante que en su momento aportó el Tribunal Constitucional, en la configuración del derecho de huelga, se ha visto truncado en la delimitación del esquirolaje tecnológico.

En la STC 17/2017, de 2 de febrero, el TC se posiciona en una postura limitativa del contenido que surge del art. 28.2 CE, al afirmar que no es posible considerar opuesto al derecho de huelga el uso de los medios técnicos realizado por la empresa. Los argumentos en los que se ampara son tres. Primero, la inexistencia de una previsión normativa que abarque la limitación del uso de los medios técnicos por parte del empresario en la huelga. Segundo, la ausencia de preceptos que prohíban al empresario usar medios técnicos de que disponga para mantener su actividad. Y tercero, la utilización de medios ya existentes en la empresa es compatible con el derecho fundamental de huelga, dado que el art. 6.5 RDLRT se refiere a medios humanos y no materiales o tecnológicos.

IX.- La senda del Tribunal Supremo ha sido más sinuosa, al pasar de una etapa inicial en la que se admitió la sustitución de trabajadores por medios técnicos puestos a disposición del empresario, con alguna excepción, a un periodo intermedio, plasmado en dos sentencias del año 2012, en el que se acepta que si la empresa utiliza bien a los trabajadores no huelguistas o, sus propios medios técnicos, sin aplicación de trabajo humano, no se lesiona el derecho de huelga; manteniendo en sus últimas resoluciones la necesidad de fijar unos límites al esquirolaje tecnológico.

Habrá que esperar para comprobar la influencia que la doctrina constitucional tiene en los tribunales ordinarios en materia de huelga y en el alcance de los poderes empresariales a través de las tecnologías.

X.- Las consecuencias jurídicas que pueden darse, en el supuesto de lesión del derecho de huelga por un esquirolaje tecnológico, son las mismas que las correspondientes a cualquier derecho fundamental, y deben canalizarse por la modalidad procesal “De la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas” prevista en los artículos 177 a 184 de la LRJS.

XI.- En mi opinión la automatización puede llevar y está llevando a la limitación, sino destrucción, del arma más elemental de los trabajadores, la huelga. Considero que el uso o abuso de las nuevas tecnologías para seguir haciendo funcionar las plantas de fabricación o de producción, o los servicios audiovisuales, incide y restringe el derecho estudiado.

Índice de abreviaturas

A: Auto
AA.VV.: Autores Varios
art./s: Artículo/s
AS: Revista Aranzadi Social
CE: Constitución Española
CEF: Centro de Estudios Financieros
CGPJ: Consejo General del Poder Judicial
CCOO. Comisiones Obreras
cit.: Obra ya citada
CP: Código Penal
Ed/s: Editor/es
ET: Estatuto de los Trabajadores
ETT: Empresas de Trabajo Temporal
FJ: Fundamento jurídico
LETT: Ley de Empresas de Trabajo Temporal
LOLS: Ley Orgánica de Libertad Sindical
LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial
LRJS: Ley reguladora de la Jurisdicción Social
LPRL: Ley de Prevención de Riesgos Laborales
LGSS: Ley General de la Seguridad Social
LISOS: Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social
LOTC: Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
MEYYS: Ministerio de Empleo y Seguridad Social
Núm./s: número/s
OIT: Organización Internacional del Trabajo
PJ: Revista del Poder Judicial
PLOH: Proyecto de Ley Orgánica de Huelga de 1994
P/pp: Página/s
RD: Real Decreto
RDLRT: Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo
RDS: Revista de Derecho Social
RT: Revista de Derecho del Trabajo
RMTI: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración
STC: Sentencia del Tribunal Constitucional
STS: Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TGSS: Tesorería General de la Seguridad Social
TL: Revista de Temas Laborales
Vol.: Volumen

BIBLIOGRAFIA

ABA CATOIRA, A.: “El estado de alarma en España”, en AA.VV.: *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núm. 28, 2011, pp. 330 y ss.

ALONSO OLEA, M. Y CASAS BAAMONDE, M.E.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, Universidad Complutense, 1989, p.848.

BAYLOS GRAU, A.: *Sindicalismo y Derecho Sindical*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2009, p. 72.

BAYLOS GRAU, A.: “Medios de prueba y derechos fundamentales. Especial referencia a la tutela de estos derechos”, en AA.VV.: *La prueba en el proceso laboral*, CGPJ, Madrid, 1994, p.181.

BELTRAN HEREDIA, I.: “Huelga y esquirolaje interno y técnico: un paso atrás a la luz de la STC 2/2/17”, *Revista de Derecho vLex*, núm. 154, 2017 (<http://ignasibeltran.com>).

CRUZ VILLALON, J.: "Las modalidades procesales de carácter colectivo y sindical en el nuevo texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral", en CRUZ VILLALÓN, J., y VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Lecturas sobre la reforma del Proceso Laboral*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

DEL VAL TENA, A.L.: “La prohibición legal de sustituir a los trabajadores huelguistas: sobre un posible comportamiento empresarial contrario al derecho de huelga”, *Revista Doctrinal Aranzadi*, núm. 5241, 2001, pp. 6 y ss.

ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J.: “El esquirolaje interno como ataque al derecho fundamental de huelga”, *TL*, 116, 2012.

GARCÍA NINET, J.I. y GARCÍA VIÑA, J.: “Algunas consideraciones acerca del esquirolaje interno y externo, así como sobre ciertas medidas empresariales (algunas curiosas) para reducir los efectos de la huelga”. AS, núm. 5, 1997, pp. 4, 5.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *Manual del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 958.

GARCÍA-PERROTE ESCARTIN, I. y MERCADER UGUINA, J.: “Los límites de la sustitución virtual de los trabajadores y del recurso a procesos de descentralización durante la huelga en la doctrina reciente del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo”, *Revista de Información Laboral*, núm. 2, 2017 (BIB 2017\12414).

GIL ALBURQUERQUE, E.: “Efectos de la huelga sobre la relación individual de trabajo y la relación de Seguridad Social. Responsabilidad individual típica: la huelga como causa de despido”, en AA.VV.: *Estudios sobre la huelga*, Albacete: Bomarzo, 2011, pp. 113 y ss.

GORDO GONZÁLEZ, L.: “El contenido esencial del derecho de huelga: la prohibición del esquirolaje interno”, AS, núm. 20, 2012, pp. 2 y ss.

HURTADO ORTEGA, C.: “La suspensión del contrato de trabajo por el ejercicio del derecho de huelga”, en AA.VV.: *La suspensión del contrato de trabajo*, Madrid, CGPJ, 1994, p. 319.

LANTARÓN BARQUÍN, D.: “Arbitraje y huelga”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, Nº 2-3, 2010, pp. 355-384.

LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, R.: “Significativos y cercanos pronunciamientos sobre la huelga”, RT, núm. 164, 2014.

MARTÍN VALVERDE, A.: «El derecho de huelga en la Constitución de 1978», *Revista de Política Social*, núm. 121, 1979 (BIB 2014/1061), p. 233.

MERCADER UGUINA, J.R.: “El mercado de trabajo y el empleo en un mundo digital”, *Revista de Información Laboral* núm. 11, 2018 (BIB 2018\13994).

MERCADER UGUINA, J.R.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016, pp. 817, 840.

MOLINA NAVARRETE, C.: “Despido colectivo y derecho de huelga: la intervención judicial del esquirolaje interno indirecto”, *RTSS (CEF)*, núm. 388, 2015, pp. 189 y ss.

MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Técnos, Madrid, 2017, p. 730.

MONTOYA MELGAR, A.: “Los límites del derecho de huelga: presente y futuro”, en AA.VV.: *Cuestiones laborales de actualidad. Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Dr. Feliciano González Pérez*. Madrid: Dykinson, 2013, p. 44.

MORALO GALLEGO, S.: “El ejercicio de la huelga y el impacto de las nuevas tecnologías y la descentralización productiva”. En AA.VV.: *Derecho Colectivo*, Madrid: CGPJ, 2003, pp. 233 y ss.

PALOMEQUE LÓPEZ, C. y BENGOETXEA A.: *Estudios sobre la huelga*, Albacete, Bomarzo, 2011, pp. 15, 16-17.

PÉREZ REY, J.: “Tertulias, reportajes de actualidad y esquirolaje tecnológico en la huelga general”, *RDS*, núm. 59, 2012.

PÉREZ REY, J.: “El esquirolaje tecnológico: un importante cambio de rumbo de la doctrina del Tribunal Supremo (STS de 5 de diciembre de 2012)”, *RDS*, núm. 61, 2013, p. 173.

PÉREZ REY, J.: “El Tribunal Constitucional ante el esquirolaje tecnológico (o que la huelga no impida ver el fútbol)”, *RT*, núm. 77, 2017, pp. 152, 154, 155, 158.

PRECIADO DOMENECH, C.H.: “El esquirolaje tecnológico o esperando a Asimov”, Blog Sin permiso, 22 de febrero de 2017.

QUINTANILLA NAVARRO, R.Y.: “El Derecho de huelga en la doctrina del Tribunal Constitucional: propuestas para una Ley Orgánica”, RMTI, núm. 73, 2008.

ROMERAL HERNÁNDEZ, J.: “Vulneración del derecho de huelga por modificación de turno de trabajo”. AS, núm. 5, 2011.

SALA FRANCO, T.: “El esquirolaje externo”, AL, núm. 1, 1984, P. 163.

SANGUINETI RAYMOND, W., *Los empresarios y el conflicto laboral (del cierre a la defensa de la producción)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 29 y ss.

SANGUINETI RAYMOND, W., “La tutela sustancial del derecho de huelga en las estructuras empresariales complejas”, RDS, núm. 74, 2016, p. 26.

SANZ PÉREZ, A.L.: “El poco conocido caso de las máquinas que impidieron hacer huelga”, Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 8, 2017, p. 167.

SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.L.: “La protección de la libertad sindical a través del ejercicio de acciones de indemnización de daños y perjuicios: problemas de aplicación”, Cuadernos Digitales de Formación del CGPJ, Madrid, 2011, p. 10.

SEMPERE NAVARRO, A.: “Externalización de actividades productivas durante la huelga”. Aranzadi Social, núm. 4, 1996 (BIB 1996\1461), pp. 2862-2864.

TALENS VISCONTI, E.E.: “Esquirolaje tecnológico: interrogantes abiertos”, Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 5, 2013 (BIB 20013/1668), pp. 173 y ss.

TASCÓN LÓPEZ, R.: *El esquirolaje Tecnológico*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2018, pp. 45, 49, 53, 62, 63 y ss, 67, 108, 110.

TODOLÍ SIGNÉS, A.: “El esquirolaje tecnológico como método de defensa ante la huelga”, AL, núms. 7/8, 2014.

TOSCANI JIMÉNEZ, D.: “Algunas reflexiones acerca de los efectos de la huelga sobre el contrato”, TL, núm. 127, 2014, pp. 130 y ss.

TOSCANI JIMÉNEZ, D.: “La prohibición del esquirolaje durante la huelga con especial mención al esquirolaje tecnológico”, Revista de Trabajo y Derecho, núm. 30, 2014.

VALDÉS DAL-RÉ, F.: "El Proceso de Protección de la Libertad Sindical y demás derechos fundamentales", en CRUZ VILLALÓN, J., y VALDÉS DAL-RE, F.: *Lecturas sobre la reforma del Proceso Laboral*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 380.