



Facultat de Ciències Jurídiques  
i Econòmiques · FCJE

Trabajo Fin de Grado

**“EL ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO,  
OTRA MANERA DE SUSTITUCIÓN  
DE TRABAJADORES EN HUELGA.”**

Por Raúl Civera Alvarez

Tutor: Santiago García Campá

RRLL & RRHH

Curso 2017/2018

## Índice:

<b>1. Introducción.</b>	<b>2</b>
<b>2. Concepto de huelga y su contenido mínimo esencial.</b>	<b>3</b>
<b>3. El esquirolaje empresarial: la suplantación de trabajadores en huelga.</b>	<b>5</b>
<b>3.1 El esquirolaje externo e interno</b>	<b>5</b>
<b>3.2 El esquirolaje tecnológico</b>	<b>7</b>
<b>4. Estudio de los diferentes pronunciamientos jurisdiccionales respecto el esquirolaje tecnológico</b>	<b>7</b>
<b>4.2 El esquirolaje tecnológico vacía de contenido el derecho a la huelga</b>	<b>9</b>
<b>4.3 El esquirolaje tecnológico en la actualidad. Un debate abierto</b>	<b>12</b>
<b>4.4 Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2017, de 2 de febrero. Un horizonte confuso para la tutela efectiva del derecho a la huelga</b>	<b>16</b>
<b>5. ¿Cómo afecta el uso de las nuevas tecnologías para paliar los efectos de la huelga a la correlación de fuerzas entre el empresario y el trabajador? La huelga como respuesta y medio de presión social ante una regulación obsoleta. Posibles soluciones y propuestas para una reforma legal del derecho a la huelga.</b>	<b>23</b>
<b>6. Conclusiones</b>	<b>31</b>
<b>7. Bibliografía:</b>	<b>33</b>
<b>Resumen de las referencias jurídicas:</b>	<b>35</b>

## **1. Introducción.**

El objeto de este Trabajo Fin de Grado es el derecho fundamental de huelga ubicado en el artículo 28.2 de la Constitución y, en particular, los medios de sustitución de trabajadores en huelga denominados de “esquirolaje”, bien sea en su vertiente externa, o interna y, muy especialmente, en su vertiente más actual: la tecnológica. Es necesario el estudio en profundidad de la huelga no solo por ser un derecho fundamental con todas las garantías que ello conlleva, sino por las características propias que hacen de este estudio muy particular atendiendo a su especial regulación preconstitucional y a su volumen jurisprudencial. Con este estudio pretendo precisamente aportar en la medida de lo posible un poco de luz sobre los asuntos más difuminados de este derecho con el fin último de ofrecer unas pautas básicas sobre las cuales se podría construir una eventual reforma de la normativa actual.

Mi estudio está estructurado principalmente en cinco grandes partes: en un primer lugar analizaremos en profundidad el concepto de huelga desde todas las perspectivas posibles e intentaremos llegar a su contenido esencial de este derecho fundamental el cual no puede ser limitado o vaciado bajo ningún concepto. En segundo lugar analizaremos brevemente los principales mecanismos empresariales para suplantar a trabajadores en huelga centrándonos en el esquirolaje externo, interno y especialmente el tecnológico, el objeto central del trabajo. La tercera parte es un recorrido por la jurisprudencia aplicable que nos ofrecerá los principales criterios utilizados por los tribunales para enjuiciar el derecho que nos ocupa, este recorrido nos conducirá desde las primeras sentencias hasta las más actuales con un especial interés por la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2017 de 2 de febrero y un estudio de su voto particular. En el penúltimo apartado hago una reflexión personal de la utilización de las nuevas tecnologías en el mundo del trabajo y el papel que estas juegan en las condiciones laborales de los trabajadores así como su afectación al desequilibrio natural de fuerzas implícito en toda relación laboral. Por último destaco el esfuerzo de algunas contribuciones por ofrecer una solución concreta para una eventual reforma de la obsoleta regulación preconstitucional del derecho a huelga haciendo especial hincapié en una posible mejora normativa del ámbito del esquirolaje tecnológico.

## **2. Concepto de huelga y su contenido mínimo esencial.**

El derecho de huelga está entroncado en el Título Primero del Capítulo Segundo de la Sección primera de la Constitución, concretamente lo vemos mencionado en el artículo 28.2 donde literalmente se establece de esta forma: “Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses”. Es por tanto un derecho subjetivo y fundamental que junto con otras peculiaridades tiene la facultad de “prevalecer frente ante la colisión con otros derechos de distinto rango” dentro de las limitaciones que establecen las propias leyes (García Ninet, J.I & García Viña, J. 1997, p.4).

En su faceta de derecho subjetivo entra en juego su dimensión colectiva y su eficacia “erga omnes” pero también su carácter público ya que como indica J. L. Monereo Pérez (1993): “se trata de un derecho del ciudadano frente al poder público, como de un derecho del trabajador ciudadano frente a los particulares” (p.29). En su otra faceta, la huelga está considerada como un derecho fundamental, aparte de por su ubicación constitucional, también por ser un pilar fundamental dentro del Estado social y democrático de derecho que recoge el artículo 1.1 de la Constitución, inspirado en los valores de libertad e igualdad.

Es de esperar que formando parte del denominado “núcleo duro” se le dote de protección y una serie de garantías como la reserva de ley orgánica, prevista en los artículos 53.1 y 81.1 de la Constitución, así como la protección mediante proceso sumario y preferente del art. 53.3 CE; e incluso una vez agotada la vía jurisdiccional ordinaria cabrá recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (García-Perrote Escartín, 2015).

A lo largo de los años hemos podido encontrar diferentes definiciones del concepto de huelga que nos permiten aproximarnos a la realidad concreta de su ejercicio y especialmente a su contenido esencial. Esto último es algo a tener muy en cuenta a la hora de valorar si puede existir una vulneración de este derecho y que abordaremos con profundidad más adelante. El concepto de huelga ha sido muy matizado por la jurisprudencia, especialmente por la STC 11/1981, que nos ofrece valiosas pautas para su interpretación. Por una parte, de esta se desprende el derecho a huelga como: “derecho a ejercer determinadas medidas de presión frente a los empresarios [...] a

colocar el contrato de trabajo en una fase de suspensión y de este modo limitar la libertad del empresario”. Por otra parte, más adelante en su argumentación jurídica el tribunal hace una interpretación más extensiva y la llega a considerar literalmente: “un contrapeso, que tiene por objetivo permitir que las personas en estado de dependencia salarial establezcan una nueva relación de fuerzas en un sentido más favorable para ellas. Tiende a restablecer el equilibrio entre partes de la fuerza económica desigual”. Teniendo en cuenta las premisas anteriores, podemos encontrar multitud de interpretaciones, incluso hay otros autores que llegan a considerar la huelga como un “poder”, un “arma” que permite a los trabajadores su participación en el ámbito tanto político como social (MONEREO PÉREZ, 1993).

La profusa matización del concepto de huelga por la jurisprudencia se debe a una “anomalía jurídica”, cogiendo prestada la expresión de A. Baylos Grau (2003), ya que, a pesar de ser un derecho fundamental y por tanto goza de reserva de ley, este derecho no cuenta con su respectiva Ley Orgánica y está regulado por un Decreto preconstitucional, el famoso Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo. Esta peculiaridad normativa condujo a un recurso de inconstitucionalidad dando como fruto la sentencia antes citada, STC 11/1981, de 8 de diciembre, que nos permite, según las palabras de A. Baylos Grau (1992), “la construcción conforme a la constitución del derecho de huelga en los años sucesivos”. Dicha sentencia declaró algunos artículos inconstitucionales, matizó otros tantos y abrió la puerta a posteriores sentencias. Como consecuencia de una regulación que se apoya mayoritariamente en la jurisprudencia<sup>1</sup>, tenemos una “judicialización” y una “litigiosidad” excesiva, “un problema crónico”<sup>2</sup> que, en palabras de E. Casas Baamonde (2010), es un problema “con el que hemos aprendido a convivir” (p.8).

Centrándonos ahora en su parte esencial, cabe destacar que la correcta interpretación de este contenido es clave para vislumbrar si determinadas acciones tomadas por los empresarios, cuando impiden u obstaculizan su ejercicio sin justificación normativa, pueden violar el derecho a huelga de los trabajadores (STC 80/2005, de 4 de abril). Para aproximarnos al contenido esencial tenemos que volver a la jurisprudencia, concretamente a la ya citada STC 11/1981, en la que se señalan dos vías complementarias para su identificación. Una vía es la perspectiva genérica o abstracta, un conjunto de “facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el

---

<sup>1</sup> L. Gordo González, 2010.

<sup>2</sup> Tomando prestadas la expresiones de Baylos Grau, 1992.

derecho sea reconocible (...) y sin las cuales (...) pasa a quedar comprendido en otro desnaturalizándose”. La segunda vía se centra en “los intereses protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos (...) aquella parte de contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegidos (...) resulten real, concreta y eficazmente protegidos”. Por tanto, cuando alguna medida empresarial limite o haga impracticable el correcto ejercicio de la huelga, atendiendo a los dos criterios citados anteriormente, estará rebasando el “contenido esencial” de este derecho, cayendo por tanto en una vulneración ilegítima de este.

### **3. El esquirolaje empresarial: la suplantación de trabajadores en huelga.**

Una vez analizado el contenido esencial del derecho a la huelga y teniendo en consideración que determinados actos empresariales pueden atentar contra éste, vamos a analizar a continuación el “esquirolaje”, un instrumento clásico utilizado por los empresarios para evadir los efectos de la huelga.

El término histórico de “esquirol” se ha venido utilizando desde hace mucho tiempo con las primeras huelgas obreras para referirse en un principio a los trabajadores que reemplazan a los huelguistas, como indica la Real Academia de la Lengua Española (RAE)<sup>3</sup>. Actualmente el término se ha insertado en el vocabulario jurídico para denominar los actos llevados a cabo por el empresario para eludir los efectos de la huelga sustituyendo a los trabajadores huelguistas por personal interno, externo o por medios tecnológicos.

#### **3.1 El esquirolaje externo e interno**

El esquirolaje externo es el primero que vamos a analizar dado que no existe discusión doctrinal posible ya que la normativa laboral es clara en este supuesto. Tal y como marca el artículo 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977, “el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma”. Dicho artículo hace referencia expresa al esquirolaje por contratación de mano de obra externa, infracción que a su vez está recogida en el art 8.10 del 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 (en

---

<sup>3</sup> Del cat. *esquirol*, y este 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.

adelante LISOS) como una infracción muy grave, en los siguientes términos: serán una 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”.

Queda prohibida también la celebración por medio de una ETT de un contrato para sustituir a trabajadores en huelga de la empresa usuaria tal y como indica el art 8 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, reguladora de las Empresas de Trabajo Temporal.

El esquirolaje interno es la sustitución o movilidad de trabajadores no huelguistas de la propia empresa a los que el empresario asigna otras facultades a las suyas propias con el fin de reducir los efectos de la huelga. Suscitó más problemas de interpretación que el externo ya que en el RDLRT, en su art. 6.5, sólo menciona literalmente el último de estos dos.

Este problema de interpretación de la norma lo resume muy bien T. Sala Franco (1984), expresando que la interpretación en “sensu contrario” del RDLRT puede abrir la posibilidad de utilizar a los trabajadores no huelguistas alegando el “ius variandi” o el poder de organización del empresario en su empresa. Precisamente la sentencia que pone fin a esta discusión la STC 123/1992, de 28 de septiembre, hace referencia a esta tensión antes de entrar en el fondo en los siguientes términos: “La tensión dialéctica se produce así en dos sectores. Una interpretación literal y otra finalista [...] la distonía de la libertad de empresa y la protección del trabajador”.

La sentencia del Tribunal Constitucional entra en el fondo del asunto desvirtuando por una parte el argumento de la utilización del “ius variandi”. Considera que todas las herramientas que le brinda el Estatuto de los Trabajadores para ejercer su poder organizativo están sujetas a un contexto de normalidad y un desarrollo pacífico de la relación laboral, al margen de conflictos. Deja en entredicho la utilización de estos métodos en situaciones de conflictos como la huelga. Por otro lado, cuestiona también la interpretación “a contrario sensu”, ya que el tribunal considera importante para su utilización una correcta ponderación de los intereses en juego y el rango de cada uno dentro de los principios constitucionales.

Teniendo en cuenta las manifestaciones anteriores el Tribunal en conclusión viene a decirnos que el ejercicio de la facultad organizadora del empresario cuando esta se utiliza como instrumento para privar de efectividad a la huelga mediante colocación de personal puede privar a los trabajadores de un derecho fundamental, vaciando el contenido esencial de este. Considera la sustitución interna un uso abusivo de su potestad que persigue fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico, atenta contra el deber de buena fe y contra los principios constitucionales.

La interpretación extensiva del derecho a huelga y a la no sustitución ya sea interna o externa de trabajadores se ha mantenido hasta la actualidad. No obstante podemos encontrar sentencias en las cuales no se ha apreciado una sustitución abusiva del empresario apoyándose en la no prohibición de la utilización de trabajadores no huelguistas para sus tareas habituales no extraordinarias. Podría entenderse pues que no se produce una novación contractual ya que el esquirol hace exclusivamente las funciones habituales dentro de la empresa.

### **3.2 El esquirolaje tecnológico**

La utilización de medios técnicos para continuar con la actividad empresarial es una herramienta relativamente novedosa y por tanto aún no hay un criterio claro por parte de los órganos jurisdiccionales. El esquirolaje tecnológico no es más que la utilización de medios mecánicos o tecnológicos para que de forma automatizada sustituyan funciones de trabajadores en huelga. Hasta qué punto esta forma de proceder puede atentar contra nuestro derecho de huelga es un debate abierto en estos momentos ya que efectivamente el uso de esta tecnología puede repercutir en la mitigación del impacto económico que sufre el empresario y que los trabajadores pretenden conseguir.

## **4. Estudio de los diferentes pronunciamientos jurisdiccionales respecto al esquirolaje tecnológico**

Una vez comprendido el concepto y centrándonos en el esquirolaje tecnológico como nuestro objeto principal de estudio, vamos a hacer un recorrido por las diferentes interpretaciones de los órganos jurisdiccionales que en los últimos años han tenido diferentes criterios respecto de esta práctica novedosa.



#### **4.1 La permisividad de los medios técnicos como medio de defensa frente a la huelga**

Los primeros pronunciamientos judiciales respecto al esquirolaje tecnológico venían a decir que este no vulnera el derecho a huelga y que se podía considerar un instrumento de defensa. Este criterio choca con la doctrina existente ya que, como habíamos visto, la STC 123/1992, de 28 de septiembre, hace una interpretación no literal y extensiva del art. 6.5 del RDLRT en la que prima el derecho de huelga por encima del poder organizativo del empresario, quedando este limitado por el contenido esencial del derecho a huelga que no puede ser vaciado de contenido.

La sentencia que vuelve a un criterio literal y aborda de forma pionera el esquirolaje tecnológico es la controvertida Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) dictada el 4 de julio del año 2000. En esta sentencia se considera literalmente que es válido para el empresario “usar los medios tecnológicos de los que habitualmente dispone en la empresa, para atenuar las consecuencias de la huelga”. Este criterio lejos de hacer una interpretación finalista admite los métodos para reducir la presión o los efectos de la huelga. Volviendo al RDLRT, el criterio finalista vuelve a encontrar un gran obstáculo en la redacción de este precepto legal ya que se hace mención únicamente a personas físicas y no pone nada de máquinas u otros medios tecnológicos.

Los primeros casos que fueron llegando a los tribunales pertenecían en gran medida al sector del audiovisual. Las empresas pretendían rellenar con material pregrabado (denominado enlatado) la franja horaria en la que efectivamente la huelga le iba a suponer no continuar con un transcurso normal de su actividad informativa. La Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su sentencia del 9 de enero del 2003, continuó con la línea permisiva argumentando que la mecanización de la emisión de programas grabados permite la emisión sin hacer uso siquiera del personal que no participa en la huelga y que, por tanto, “la conducta empresarial no contraviene el derecho que el artículo 28 de la Constitución consagra”. La anterior sentencia fue recurrida ante el Tribunal Supremo que en la Sentencia de 9 de diciembre del 2003, confirmó el anterior criterio. Cabe destacar que en esta sentencia se hace referencia a los servicios mínimos, considerándose el derecho a la información como “servicio a la comunidad” que se ha de proteger y pone límites al ejercicio de la huelga. Más

adelante centraremos nuestro estudio en este último punto ya que es importante considerar si todo tipo de actividades se pueden considerar esenciales y si todo tipo de servicios pueden entrar dentro del concepto de los “servicios mínimos”.

Como hemos visto en esta primera línea doctrinal el esquirolaje tecnológico es admitido sin discutir si la utilización de estos medios se llevaba a cabo para cubrir esos llamados “servicios esenciales” o para cubrir también el resto de la programación. Esta jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo (en adelante TS) fue aceptada por los tribunales ordinarios manteniéndose este criterio durante años, llegando hasta la STS del 15 de abril de 2005 que sigue la misma línea doctrinal.

#### **4.2 El esquirolaje tecnológico vacía de contenido el derecho a la huelga**

Hasta el momento se había permitido al empresario la utilización de los medios técnicos con los que contara para proseguir con la actividad dada la ausencia de regulación que prohibiera este tipo de prácticas. Esta doctrina se mantuvo hasta las Sentencias del Tribunal Constitucional 183/2006, de 19 de junio, y 191/2006, de 19 de junio.

Vamos a analizar en primer lugar la STC 183/2006, de 19 de junio, ya que esta se pronunció por un recurso de amparo contra el Real Decreto 531/2002, de 14 de junio, en el cual se pretendía regular las normas para garantizar el funcionamiento de los servicios mínimos esenciales de radiodifusión sonora y televisión. El recurso se centra en los artículos 3.a) y b), que el Real Decreto 531/2002 establece de la siguiente manera: «Se consideran servicios esenciales los siguientes: a) La emisión, dentro de los horarios habituales de difusión, de una programación previamente grabada. b) La producción y emisión de la normal programación informativa.»

La recurrente mantiene que el criterio de la resolución judicial recurrida se aparta del mantenido por el Tribunal Supremo<sup>4</sup> y de una reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional que consideraba que el mantenimiento de una programación de contenido diverso, dirigida al entretenimiento, no representa un especial interés para la

---

<sup>4</sup> Sentencias de 15 de septiembre de 1995 y 20 de febrero de 1998 en las que se entiende que la consideración de “esencial” de la emisión dentro de horarios habituales de una programación previamente grabada era contraria a los principios de proporcionalidad de sacrificios y del carácter restrictivo de los servicios mínimos.

comunidad que justifique la limitación del derecho fundamental de huelga. La declaración recurrida motiva la limitación de la huelga por el ejercicio de los derechos fundamentales a comunicar y recibir información; sin embargo, la recurrente ofrece sólidos argumentos para desmontar la esencialidad de todos estos servicios ya que, según sus propias palabras, “nada tiene que ver el derecho a comunicar y recibir libremente información con el hecho de mantener la emisión de una programación previamente grabada, cuando el propio RD 531/2002 garantiza los servicios informativos [...], comunicados y declaraciones de interés general”. Continúa argumentando que en última instancia la huelga pierde virtualidad cuando los intereses de una de las partes quedan inmutables, rompiéndose así la proporcionalidad de sacrificios y el carácter restrictivo de los servicios mínimos que el Tribunal Constitucional exige para su consideración. Por último, manifiesta que el RD recurrido “no precisa en ningún momento en qué medida el derecho a la información se encuentra limitado y con qué intensidad, desconociendo que mantenimiento no equivale a pleno funcionamiento del servicio”.<sup>5</sup>

En síntesis, la recurrente señala la evidente colisión entre el derecho a comunicar y recibir información con el derecho a huelga sosteniendo que el mantenimiento normal de toda la programación con la ayuda de medios técnicos supone la negación del segundo derecho en conflicto y que la falta de motivación y ponderación que equilibre estos derechos en conflicto establece como esencial la totalidad de los programas informativos sin ningún elemento diferenciador entre contenidos. Los sólidos argumentos de la recurrente fueron aceptados por el Tribunal Constitucional que ofreció el amparo solicitado, declaró nulos los apartados a) y b) del artículo 3 del RD 531/2002, así como revocó la sentencia del Tribunal Supremo<sup>6</sup> que se declaró en conformidad con la disposición recurrida, por considerar vulnerado el derecho fundamental de huelga del artículo 28 de la Constitución.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 191/2006, de 19 de junio, sigue con la tesis anterior pero ofrece en sus fundamentos jurídicos una serie de criterios que merece la pena señalar, ya que, además de reflexionar sobre el derecho que nos atañe y su contenido esencial, acotan la acción del empresario en su intención de restringir el derecho a la huelga utilizando medios tecnológicos para cubrir supuestamente servicios con un especial interés para la comunidad. Para calificar un servicio como

---

<sup>5</sup> STC 26/1981, de 17 julio.

<sup>6</sup> STS de 17 enero de 2003 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

esencial la sentencia enfatiza en que también tienen que ser esenciales los bienes e intereses protegidos como “derechos fundamentales, libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos”. F. Valdés Dal-Ré (1998)<sup>7</sup> en un artículo que trata sobre la limitación del derecho de huelga en estos servicios a la comunidad se pronuncia de la misma forma cuando literalmente expone que “los intereses de los usuarios actúan como límite del ejercicio del derecho de huelga en la medida en que satisfacen sus valores, bienes y derechos constitucionales protegidos” (p.10).

Por una parte, el tribunal argumenta que debe darse una razonable proporcionalidad entre: los sacrificios que se impongan a los huelguistas, los sacrificios empresariales y los que padezcan los usuarios en aquellos servicios que puedan entenderse como esenciales para la comunidad. El tribunal sigue ahondando en esta cuestión ya que entiende que el órgano competente para legitimar las acciones que restringen el derecho a la huelga es la autoridad gubernativa. A este órgano se le exige que para mantener el funcionamiento de un servicio esencial para la comunidad deben aportar previa ponderación de los derechos en juego, una motivación suficiente que justifique las prestaciones mínimas establecidas sin que sean suficientes “indicaciones genéricas, aplicables a cualquier conflicto”.

Por otra parte, resulta muy reveladora la siguiente manifestación del tribunal respecto al ejercicio de la huelga, ya que considera proporcional que no se llegue a “alcanzar el nivel de rendimiento habitual” ni que se asegure “el funcionamiento normal del servicio”. Además, argumenta que por medio de esta se “ha de mantener una capacidad de presión suficiente como para lograr sus objetivos frente a la empresa.”

La nulidad de los preceptos antes mencionados por el Tribunal Constitucional<sup>8</sup> suponen un primer cambio doctrinal respecto a la utilización de los medios tecnológicos. La doctrina del tribunal continúa con un criterio utilizado por este en anteriores ocasiones consistente en que, en un principio, no se puede considerar que ningún tipo de actividad productiva sea esencial, apoyándose en la STC 26/1981, de 17 de junio. Además, la limitación gubernamental de este ejercicio de huelga sólo sería

---

<sup>7</sup> Valdés Dal-Ré, F. “sobre la fundamentación de las limitaciones del derecho de huelga en los servicios de la comunidad.” En Relaciones Laborales. 1998. Página 10.

<sup>8</sup> Fueron declarados inconstitucionales los apartados a) y b) del artículo 3 del RD 531/2002 de 14 de Junio.

legítima para servicios de “reconocida e inaplazable necesidad”, como reconoce el artículo 10.2 del Real decreto-Ley 17/1977.

#### **4.3 El esquirolaje tecnológico en la actualidad. Un debate abierto**

En los últimos años la utilización de los medios técnicos para sustituir a trabajadores en huelga, sigue siendo un debate abierto y discutido entre los diferentes tribunales. Esta falta de criterio unificador en la jurisprudencia puede verse claramente en las discrepancias entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. El primero de estos concluye que la utilización de material pregrabado no produce lesión al derecho de huelga sigue con su línea defendida anteriormente, y el Tribunal Constitucional sigue utilizando su interpretación expansiva de la norma manteniendo la utilización de medios técnicos puede vaciar de contenido el derecho de huelga.

Para ser más concretos analizaremos la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2012, en la cual el TS, haciendo una contorsión de la ley, se separa de los criterios del TC argumentando que “lo que veda la doctrina del Tribunal Constitucional mencionada es que se califique como servicio esencial y que, por tanto, pueda ser atendida por los trabajadores asignados a estos servicios la gestión de una programación pregrabada que no tiene valor informativo alguno”. Siguiendo con los fundamentos jurídicos de esta sentencia se puede apreciar claramente que el tribunal se vuelve a apoyar en el ya conocido argumento de la “literalidad” ya que al no existir precepto legal que prohíba expresamente la utilización de medios técnicos de los que dispone habitualmente para continuar con su actividad durante el transcurso de la huelga esta actividad “podría realizarse como cualquier otra, siempre que no se asignen a ella trabajadores encargados de los servicios mínimos, es decir, si se realiza con personal no huelguista y sin utilizar personal incluido en la prohibición de sustitución del art. 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977.” En resumen el TS se distancia del TC y vuelve a utilizar argumentos ya rebatidos por este en sus SSTC 183/2006 y 191/2006. Frente a esta decisión de la Sala es muy importante destacar el voto particular de un magistrado<sup>9</sup> que defiende la tesis contraria y considera que efectivamente se vulnera el derecho de huelga.

---

<sup>9</sup> Excmo. Sr. D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel.

El magistrado en su voto particular, en contra de lo dictado en la sentencia del Tribunal Supremo, ofrece valiosas claves para reforzar el criterio finalista o expansivo utilizado por el tribunal constitucional. Utilizando jurisprudencia del TC cita expresamente la ya analizada STC 183/2006 y recoge la idea de que el derecho de huelga puede ser vulnerado no solo por la sustitución de trabajadores en huelga sino por la realización de otras actividades que exceden de los servicios declarados como esenciales. Además aporta el argumento de la recurrente citando su idea de que “los servicios mínimos se convierten en máximos” para la empresa y todas las actividades que excedan de esos servicios declarados como esenciales pueden suponer una lesión al derecho de huelga.

Uno de los dos núcleos centrales de la argumentación del magistrado para oponerse al criterio del TS es, según su razonamiento, una inadecuada ponderación del alcance de los derechos constitucionales ya que, según su criterio, el derecho fundamental de huelga consagrado en el artículo 28.2 de la Constitución, por su ubicación en la Sección 1.ª del Capítulo II, debe considerarse prevalente frente al derecho de libertad de empresa recogido en el artículo 38 CE, ubicado en la Sección 2.ª del Capítulo II. El magistrado defiende que mediante esa ponderación inadecuada el derecho a huelga “puede llegar a constreñirse hasta extremos que lo hagan prácticamente ineficaz en su ejercicio, al amparo de una protección ilimitada de la libertad empresarial”. Esta protección ilimitada del empresario queda muy clara en la propia sentencia a la que el magistrado se opone cuando textualmente afirma que el derecho de huelga “sólo se vulnera si los trabajadores asignados a la prestación de servicios mínimos se utilizan para cubrir servicios no esenciales, pero no si los servicios no esenciales se ejecutan por trabajadores no huelguistas o por medios automáticos” este planteamiento legitima a la empresa a emitir todo tipo de programación pregrabada que en el caso de la radiotelevisión es la mayor parte del contenido. El resultado práctico de este tipo de acciones empresariales deja casi vaciado el contenido esencial de la huelga dejándola sin una trascendencia social y haciendo poco visible una protesta que afecta a sus condiciones laborales.

En adelante el magistrado reflexiona sobre el derecho a la información y se vuelve a posicionar junto al criterio del TC opinando que en ningún caso este exige una interrumpibilidad de emisiones que pueda ampararse en la libertad de empresa. Más aún, como el propio tribunal señala en una cuestión de limitación de derechos

fundamentales, “el criterio de interpretación debe ser el de la mayor amplitud posible del derecho y la restricción del límite a lo necesario”<sup>10</sup>, es decir, debe prevalecer el criterio que de la máxima efectividad del derecho fundamental en juego.

Teniendo en cuenta los argumentos aportados con anterioridad el magistrado nos ofrece el que es su segundo punto central en su voto particular, esta vez centrándose en destruir el criterio utilizado por el TS por el cual legitima las medidas empresariales utilizando el argumento de la literalidad de las normas y la no prohibición expresa de estas para el esquirolaje tecnológico. El magistrado se opone de forma contundente a utilizar el criterio literal y opina que la legitimación de las medidas empresariales no se puede basar únicamente en la interpretación a contrario sensu de la norma y mucho menos teniendo en cuenta que el derecho en juego es un derecho fundamental. Continúa defendiendo que tampoco ve posible un amparo por parte del empresario en sus facultades directivas o de libertad de empresa ya que estas están pensadas para “un contexto de normalidad” y no para la solución de un conflicto, un contexto por el cual efectivamente el tribunal debería ponderar de forma más sosegada y detallada, siempre teniendo en cuenta la prevalencia constitucional de algunos derechos sobre otros, tal y como mantiene también M.E. Casas Baamonde (1994),<sup>11</sup> en un artículo donde opina que al ejercicio del derecho de huelga “no pueden oponerse derechos constitucionales del empresario que neutralicen los efectos de aquel derecho, sean fundamentales o cívicos” (o infraconstitucionales).

Finalmente el Tribunal Supremo en la Sala de lo Social dicta sentencia el 5 de diciembre de 2012 con una sentencia que introduce los planteamientos expansivos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional dando una vuelta de remo a la situación concluyendo que “también se lesiona el derecho cuando la empresa emite publicidad por medios automáticos”. Contra esta novedosa sentencia se formularon dos votos particulares.

El primer voto al que se sumaron dos magistrados más, vuelve a la interpretación literal del artículo 6.5 del RDL 17/1977, por la cual la sustitución del trabajador prohibida solo puede hacerse por una persona y, por tanto la actividad productiva realizada de forma automática no es una situación de reemplazo. El magistrado

---

<sup>10</sup> Cita de jurisprudencia constitucional de las sentencias STC 159/1986 y STC 110/2006.

<sup>11</sup> CASAS BAAMONDE, M<sup>º</sup>.E. “Derecho de huelga y Constitución: ¿nuevas perspectivas?” En Relaciones laborales. 1994. Página 49.

defiende la idea de que “intentar ofrecer una apariencia de normalidad [...] estaría imponiendo al empresario una obligada colaboración con el resultado de la huelga”.

Por otra parte en el segundo voto particular se argumenta que “el derecho de huelga reviste un carácter instrumental y por ello debe convivir con los demás conflictos colectivos y con las medidas que pueda tomar el empresario”. Por tanto el derecho a participar en una huelga no debería “ladear siempre a favor de los huelguistas” ya que la preeminencia que tiene la huelga respecto al derecho de libertad de empresa se basa exclusivamente en un reforzamiento basado en la mayor eficacia procesal pero esto no significa que los huelguistas tengan mayor consideración o “dignidad sustantiva” que el resto de afectados, como los trabajadores no huelguistas, los empresarios y los usuarios de los servicios.

Como observamos el debate de la utilización de medios tecnológicos por parte del empresario es un asunto que aún sigue abierto a día de hoy. En un principio el Tribunal Supremo era muy permisivo con el empleo de medios técnicos para continuar con la actividad productiva incluso en situaciones de conflicto o de “no normalidad”<sup>12</sup> en las que la huelga se convertía en la única herramienta que los trabajadores podían esgrimir para reclamar sus aspiraciones. Esta inicial postura fue ya fuertemente criticada por algunos sectores doctrinales sintetizando muy bien este recelo en las palabras de A. Baylos Grau (2004), como “una involución democrática que erosiona y desvirtúa el alcance y el sentido de este derecho fundamental”<sup>13</sup>(p.2). Con la antes analizada STS de 5 de diciembre de 2012, el tribunal ofrece un criterio que rompe con la norma anterior y viene a defender argumentos similares a los del TC más proclive siempre en su jurisprudencia a preservar el derecho fundamental de huelga. Esta nueva doctrina no fue ni mucho menos pacífica ya que se produjeron dos votos particulares a los que se les sumaron dos a cada uno de ellos haciendo un total de 6 magistrados de la Sala que no estaban de acuerdo con lo dictado por la sentencia.

---

<sup>12</sup> Tomo prestada la expresión jurisprudencia del TC con la que intento hacer referencia a las situaciones descritas en las sentencias STC 159/1986 y STC 110/2006 por las cuales el empresario no estaría legitimado para aplicar en función de su poder de dirección aquellas medidas que están contempladas para un transcurso normal de las relaciones laborales.

<sup>13</sup> Baylos Grau, A. “Pérdida de la función y eficacia de la huelga, especialmente en los sectores de la información y de la telecomunicación. A propósito de las consecuencias de la huelga general de 20 de junio de 2002”. En Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, núm. 5. 2004. Página 2.



#### **4.4 Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2017, de 2 de febrero. Un horizonte confuso para la tutela efectiva del derecho a la huelga**

Una de las sentencias más actuales que podemos encontrar sobre el objeto de estudio es la STC 17/2017 promovida por un recurso de amparo presentado por la Confederación General del Trabajo en la que se intenta resolver una supuesta vulneración del derecho a la huelga por la utilización de medios técnicos no habituales para la emisión televisiva de un partido de fútbol en jornada de huelga. En la sentencia que a continuación analizaremos, nos encontramos con que el Tribunal Constitucional que hasta ahora había sido el que más garantías ofrecía al derecho de huelga gracias a sus interpretaciones finalistas y expansivas de las normas, en este caso concreto y atendiendo a los antecedentes de hecho a los cuales se les da la consideración de “hechos probados” no ofrece el amparo a los recurrentes. El Tribunal Constitucional, volviendo a la jurisprudencia perteneciente a los primeros años, muy permisiva con la utilización de los medios tecnológicos y obviando parte de su propia doctrina, ofrece una serie de criterios que no ofrecen todas las garantías que el artículo 28 de la Constitución requiere dado su carácter fundamental, y nos aventura a un horizonte difuso en la tutela efectiva de este derecho, ya que vuelve a destruirse lo que parecía hasta la fecha una doctrina pacífica en la defensa y no vulneración por parte del empresario del derecho de huelga. Cabe destacar que se produjo un voto particular al que se le sumaron una magistrada y un magistrado.

Para analizar la sentencia a la que vamos a hacer referencia es necesario contextualizar y sintetizar de manera breve los antecedentes de hecho. La sentencia recoge que la Confederación General del Trabajo (CGT) formuló la declaración de huelga en el ente público Radio Televisión Madrid en la cual tras algunas propuestas no se llegó a fijar servicios mínimos. Debido a la ausencia de personal Telemadrid no emitió ninguna programación excepto el partido de la “Champions League” gracias a tres trabajadores que no secundaron la huelga: un trabajador de control central, el coordinador de grafismo y el jefe de los estudios. Los trabajadores mencionados anteriormente junto con el locutor y un vigilante de seguridad que tampoco habían secundado la huelga y haciendo uso de sus funciones habituales, utilizan el codificador B que se utiliza para casos excepcionales para emitir el partido cortando la señal que estaba emitiendo un cartón anunciando la existencia de la huelga.

Dados estos hechos la CGT interpuso demanda por vulneración de derechos fundamentales, al entender que se produjo “un acto de sabotaje interno de la empresa y de esquirolaje [...] al sustituir a los trabajadores de continuidad que estaban en huelga así como a los de grafismo que también lo estaban, por otros trabajadores que les suplantaron en sus funciones dando a un supuesto de esquirolaje”. Dicha demanda fue desestimada por la Sentencia del Juzgado de lo Social considerando que en modo alguno se ha vulnerado “por varias circunstancias, entre las cuales debe destacarse la escasa duración de la emisión del partido en relación al resto de la jornada en la que Telemadrid no emitió programación alguna, llegando a calificar la huelga por el propio sindicato demandante como exitosa en relación al éxito menor que se había dado en otros ámbitos del Estado de manera que la sentencia considera que la “emisión del partido no obstaculizó el ejercicio del derecho de huelga”. Por otro lado se destaca que “los trabajadores que no realizaron huelga y que colaboraron en la emisión del partido, no llevaron a cabo funciones distintas de las que vienen desarrollando habitualmente. Centrándose en la utilización de medios técnicos la sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid dice lo siguiente:

“emisión final del partido fue posible a través del codificador B o línea de reserva que si bien no se suele utilizar salvo en casos excepcionales, es desde luego una posibilidad técnica con la que cuenta la empresa para poder desarrollar su actividad. Lo único que sucedió es que con los medios técnicos que la empresa tenía a su alcance y con los trabajadores no huelguistas que tienen derecho desde luego a trabajar y a no secundar la huelga, se llevó a cabo esta emisión en un espacio breve de tiempo en relación a la duración de programación diaria”.

Contra esta Sentencia la CGT presentó recurso de suplicación, quedando este desestimado cuando la Sala señaló que la empresa respetó el derecho de huelga ya que encuentra legítimo que los empresarios “traten de atenuar las consecuencias de la huelga mediante aquellos medios de los que dispongan, y siempre que ello se realice mediante conductas lícitas”. No calificó la actuación empresarial contraria al derecho ya que esta solo “se limitó a servirse de los medios de los que se disponía habitualmente”, una conducta lícita y conforme a derecho. Ante esta situación la CGT interpuso recurso de casación para unificación de la doctrina que fue inadmitida por falta de contradicción. Para este recurso el sindicato recurrente insistió en la

jurisprudencia dictada por el Tribunal Constitucional y alegó que debe tenerse en consideración los derechos en juego ya que “ante un equilibrio entre un derecho constitucional como el ejercicio del derecho de huelga y la mera continuidad de la actividad habitual de la empresa, debiendo primar el contenido del derecho constitucional e interpretarse los límites al mismo de forma restrictiva y no expansiva”.

Finalmente por providencia, la Sala Primera acordó la admisión a trámite del recurso de amparo, apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional. El Ministerio Fiscal presentó sus alegaciones interesando en que se dictara sentencia concediendo el amparo solicitado ya que según su criterio el empresario en su capacidad de organización y control no puede disponer con respecto a quienes no hayan secundado la huelga “se dediquen a cometidos distintos de aquellos que habitualmente desempeñan” ni tampoco utilizar mecanismos técnicos no habituales como el descodificador alternativo que solo se emplea en casos excepcionales. En opinión del Fiscal, “se produjo la suplantación absoluta de las funciones encomendadas a los trabajadores mediante el empleo de medios inhabituales que solo buscaban el fracaso de la huelga”.

A continuación vamos a analizar los fundamentos jurídicos que permiten al tribunal llegar al fallo que hemos adelantado. El tribunal se centra en resolver si, como sostiene el sindicato recurrente, se vulneró el artículo 28.2 CE por haber sido sustituidos los trabajadores huelguistas por trabajadores no huelguistas que realizaron funciones que no le son propias y por utilizar medios técnicos de uso no habitual en la empresa. Para empezar el Tribunal hace un repaso de los preceptos legales y la jurisprudencia pertinente haciendo mención expresa al artículo 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo<sup>14</sup>, y a la jurisprudencia dictada por el Tribunal que amplía la prohibición de esquirolaje a la realización, por trabajadores ya vinculados a la empresa antes de la huelga, de funciones distintas (STC 123/1992) o bien aceptando voluntariamente la realización de servicios distintos (STC 33/2011). También hace referencia a otra sentencia, la reiterada STC 33/2011, de 28 de noviembre, que afirma que “la sustitución interna de huelguistas durante la medida de conflicto constituye un ejercicio abusivo del ius variandi empresarial” así como la utilización de determinadas medidas que supongan “la anulación o minoración de la presión ejercida legítimamente por los

---

<sup>14</sup> Art 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977 de 4 de Marzo: “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.”

huelguistas a través de la paralización del trabajo”. Por tanto, ni el empresario puede imponer a los trabajadores no huelguistas la realización de las tareas que corresponden a los que apoyaron la huelga, ni los trabajadores que no la secundaron pueden sustituir el trabajo de sus compañeros excepto para asegurar los servicios mínimos esenciales de la comunidad legalmente previstos.

Teniendo en cuenta estos precedentes el Tribunal se dispone a analizar los antecedentes de hecho a los cuales les da un valor de hecho probado y concluye que los trabajadores que no secundaron la huelga y que colaboraron con la emisión, no llevaron a cabo funciones distintas de las que venían desarrollando habitualmente, rechazando la alegada vulneración del derecho. Centrándose ahora en los medios técnicos utilizados para la emisión el Tribunal defiende que, a pesar de seguir un procedimiento diferente al normalmente previsto para la retransmisión, y a pesar de la utilización de un descodificador empleado para casos excepcionales, “la empresa utilizó medios técnicos de los que disponía” utilizando su lícita libertad empresarial para organizar los medios de que dispone.

Siguiendo con los fundamentos jurídicos el Tribunal se remite a las primeras sentencias que hablan del esquirolaje, remontándose a la STC 11/1981, de 8 de abril<sup>15</sup>, de la cual se sirve para argumentar que ningún derecho constitucional es ilimitado ya que como todos los derechos este también tiene sus limitaciones, que derivan de la posible conexión con otros derechos constitucionales y con otros bienes protegidos. Hace referencia a la STC 41/1984<sup>16</sup> y cita expresamente que “si bien es cierto que la finalidad de la huelga es [...] la búsqueda de su eficacia [...] también lo es que ello no constituye un valor absoluto al que deba sacrificarse cualquier otro o un principio que legitime cualquier modalidad de huelga o cualquier comportamiento durante su transcurso”. Siguiendo esta línea el Tribunal hace referencia también a la STC 123/1992, de 28 de septiembre, que viene a resumir los planteamientos de las anteriores cuando concluye que el derecho de huelga “ha de moverse dentro de un perímetro que marcan, por una parte su conexión o su oposición respecto de otros derechos con asiento en la Constitución, más o menos intensamente protegidos y, por otra, los límites cuyo establecimiento se deja a la Ley siempre que ningún caso de llegue a negar o menoscabar su contenido esencial.” Por último cabe destacar en su repaso jurisprudencial una vuelta al argumento ya utilizado anteriormente por el

---

<sup>15</sup> STC 11/1981 de 8 de abril, Fundamento Jurídico 9.

<sup>16</sup> STC 41/1984, Fundamento Jurídico 2.

Tribunal Superior cuando se remite al artículo 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977 y concluye que no se puede hacer un planteamiento expansivo de la norma para asimilar la utilización de medios técnicos de los que dispone la empresa pero que no utiliza con carácter habitual con los supuesto de esquirolaje o sustitución de los trabajadores huelguistas ya que “no existe en los ordenamientos de nuestro entorno ninguna previsión que ampare una lectura del derecho de huelga que abarque lo que aquí se pretende.”<sup>17</sup>

En las últimas páginas de los Fundamentos Jurídicos podemos observar como el Tribunal menciona algunas de las sentencias que más garantías ofrecen al derecho de huelga y que utilizaban los planteamientos más expansivos tales como las SSTC 123/1992 y 33/2011, pero que en este caso concreto y utilizando los antecedente de hecho como hechos probados no llegan a la conclusión de una vulneración empresarial del derecho a la huelga ni un abuso de del empresario en su uso del poder de dirección. La sentencia insiste en que las funciones de los trabajadores no huelguistas entraban dentro de sus actividades habituales y que los medios técnicos, aunque poco habituales, estaban al alcance del empresario y que por tanto “exigir al empresario que no utilice medios técnicos con los que cuenta en la empresa supone imponer al empresario una conducta de colaboración en la huelga no prevista legalmente” ya que “el empresario tiene que soportar inevitablemente un daño como consecuencia de la huelga derivado de la interrupción de la actividad en que la misma consiste pero sería desproporcionado exigir [...] que colabore por inacción u omisión al éxito de la huelga.”

Para terminar con los fundamentos jurídicos y continuar con el análisis del voto particular, cabe destacar que en el párrafo duodécimo del fundamento jurídico séptimo el tribunal vuelve a hacer una interpretación literal de la norma (art. 6.5 del RDLRT) volviendo al criterio de que “no hay precepto alguno que [...] prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa para mantener su actividad.”

En relación con la sentencia que estamos analizando en la cual el tribunal no consideró vulneración del artículo 28 de la Constitución, se emitió un voto particular al que se le adhieren dos Magistrados más posteriormente. Es llamativo que el autor del

---

<sup>17</sup> Cita sacada expresamente de la STC 17/2017 de 2 de Febrero, Fundamento Jurídico 7.

voto particular que ahora analizaremos es el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré el cual ya emitió un voto particular en el Tribunal Supremo criticando la resolución de este con un tema de fondo similar y ofreciéndonos valiosas pautas para garantizar el derecho fundamental de huelga.

En opinión del Magistrado se debería haber estimado el amparo solicitado por vulneración del art. 28.2 CE, ya que la decisión empresarial de transmitir el día en que había convocada por diversas organizaciones sindicales una huelga general supondría, por un lado una sustitución ilícita de las tareas de trabajadores huelguistas y, por otro lado, la utilización de medios tecnológicos no habituales. Nos encontraríamos por tanto ante una vulneración motivada por dos manifestaciones de esquirolaje: el interno y el tecnológico.

A lo largo de su voto particular el Magistrado hace una contundente crítica a la resolución judicial tanto al criterio utilizado por la sala como a su forma y contenido jurisprudencial. Las dos grandes claves sobre las que el Magistrado desarrolla su argumentación son: por una parte, rebatir la supuesta obligada aceptación por el tribunal de los hechos establecidos en la vía judicial previa como “hechos probados” y, por otra parte, reformular la doctrina aplicable para rectificar la calificación jurídica de la intervención de los trabajadores no huelguistas.

La primera de las claves se centra en los “hechos probados” y en la jurisprudencia utilizada por la sala. En opinión del Magistrado, el Tribunal se ha limitado a confirmar las resoluciones dictadas por los órganos judiciales previos otorgando un valor y verdad irrevisables a los hechos probados en el proceso “renunciando a someter al imprescindible juicio de constitucionalidad el comportamiento empresarial denunciado como lesivo”. Continúa el Magistrado con esta idea argumentando que “renunciar a interpretar los hechos y soslayar el cometido de alcanzar una interpretación propia de aquello que, también en lo fáctico, sea relevante para el juicio de constitucionalidad, es abdicar del control de constitucionalidad que nos compete.” Siguiendo con la primera de las claves el Magistrado ahora se centra en la utilización de la jurisprudencia aplicada por la Sala. Efectivamente las SSTC 123/1992 y 33/2011 resultan muy útiles y decisivas para el caso sometido a amparo, pero una mera transcripción de estas no es suficiente para concluir la lesión de un derecho fundamental, teniendo en cuenta además que, según el Magistrado, se puede observar una evidente elusión de

contenido doctrinal cuando en las resoluciones calificadas como referencia la Sentencia se olvida de reproducir “la ilicitud de aquella medida empresarial que, para paliar o minimizar los efectos del ejercicio del constitucional derecho de huelga, encomienda la realización de funciones propias de trabajadores en huelga a trabajadores no huelguistas de un nivel profesional superior al de aquellos”. Teniendo en cuenta el relato fáctico, que el Magistrado considera extremadamente simplificado por el Tribunal, se puede concluir que “la retransmisión del evento deportivo el día de huelga se articuló e instrumentó mediante la actividad laboral de un trabajador no huelguista cuya categoría excedía con creces de los trabajadores que optaron por secundar la huelga.” Utilizando el lenguaje de las SSTC 123/1992 y 33/2011, “eludido u ocultado” por la presente Sentencia “la sustitución de los trabajadores en huelga se efectuó por otros de superior nivel profesional, medida ésta que tacha de irregular e ilícita la sustitución interna y lesiona el constitucional derecho de huelga.”

Desafortunadamente para nuestro estudio el autor no dedica mucha importancia al esquirolaje tecnológico ya que se centra todo su esfuerzo argumentativo en el interno y con el tecnológico únicamente constata su existencia apoyándose en la utilización del codificador B utilizado solo para casos de emergencia, sin aportar demasiados datos más que refuercen su opinión. De sus conclusiones y preocupaciones podemos extraer valiosas pautas para saber hacia dónde, según el criterio del Magistrado, deberían ir encaminados los futuros pronunciamientos judiciales. El autor manifiesta una creciente preocupación debida por una parte a la “deriva hacia una jurisprudencia constitucional cada vez más indiferente con la efectividad de los derechos fundamentales” y por otra una doctrina “insensible y ajena a los cambios tecnológicos” ya que según sus propias palabras “no puede soslayarse el empleo y los efectos de uso de las nuevas tecnologías por parte del empresario para potenciar sus cauces de vigilancia y control.” A los que recurre “para hacer más penetrante su actuación limitativa e impeditiva de la tutela constitucional, requieren respuestas constitucionales también nuevas, que garanticen la protección de los derechos más esenciales de los trabajadores.” En las últimas líneas de su voto particular el Magistrado se manifiesta muy pesimista con el pronunciamiento de la Sala ya que encuentra que se ha perdido una nueva oportunidad para fortalecer los derechos fundamentales del contratante débil en la relación laboral dejándonos un horizonte de incertidumbre en la tutela del derecho que nos compete.

**5. ¿Cómo afecta el uso de las nuevas tecnologías para paliar los efectos de la huelga a la correlación de fuerzas entre el empresario y el trabajador? La huelga como respuesta y medio de presión social ante una regulación obsoleta. Posibles soluciones y propuestas para una reforma legal del derecho a la huelga.**

Es una realidad que los avances tecnológicos y el uso de estas nuevas herramientas han venido para quedarse en el mundo del trabajo y es nuestro deber como expertos en las relaciones laborales aceptar esta coyuntura. Pero es importante, en mi opinión, no aceptarla de una forma pasiva o inoperante, a la expectativa de lo que estos avances puedan suponer para los trabajadores, el empleo o para las relaciones laborales en toda su amplitud. Es innegable que históricamente el uso y la aparición de las nuevas tecnologías en el mundo del trabajo siempre se han visto de manera muy escéptica por algunos sectores muy reaccionarios de la representación de los trabajadores así como alguna vertiente del sindicalismo próxima a corrientes ideológicas del socialismo más ortodoxo pero estas críticas no deben distraernos del fin último de nuestras aspiraciones como clase trabajadora que no es otra que la continua mejora de las condiciones laborales y económicas.

Efectivamente considero que las nuevas tecnologías aplicadas al trabajo pueden mejorar la calidad de este y, por ende, la de nuestras vidas en general, pero la clave está en el uso que se hace de estas, ya que no basta con el vago argumento de que su uso nos conducirá a una mejora de la productividad y que esta se traducirá en una mejora sustancial para los trabajadores. Son demasiados los ejemplos que nos hacen desconfiar de esta declaración de intenciones, más aún teniendo en cuenta lo denostada que está la negociación colectiva y el papel de los sindicatos tras las sucesivas reformas laborales. Para considerar positiva la utilización de nuevas tecnologías en el trabajo estas deben suponer una mejora real de las condiciones laborales de los trabajadores no bastando la supuesta mejora en el proceso productivo u otro factor de la ecuación productiva que redunde únicamente en una mejora económica o un mejor posicionamiento del producto en un mercado competitivo. Cuando hablamos de mejora real en las condiciones laborales nos referimos efectivamente a todos los ámbitos que inciden sustancialmente en estas condiciones ya sean mejoras en la seguridad e higiene, en la prevención de los riesgos laborales, aplicaciones de nuevas tecnologías que permitan la aparición de nuevos puestos de



trabajo así como hacer de otros menos precarios, tecnologías que ayuden a la conciliación laboral entre otras y que en última instancia estas repercutan positivamente en el empleo y en el avance del estado social en el que se desarrollan nuestras relaciones laborales.

A lo largo de nuestro estudio nos hemos centrado en la utilización de la tecnología en un caso muy concreto llamado “esquirolaje tecnológico” que implica la utilización de medios técnicos para sustituir a personas y las funciones que estas realizan en el proceso productivo en un contexto de huelga. Ante la utilización de estos medios con estos fines es lícito hacerse la siguiente pregunta: ¿la utilización de medios tecnológicos ha supuesto en este caso concreto una mejora en las condiciones laborales de los trabajadores?. Dejaré a cada cual que llegue a la respuesta de esta pregunta según su criterio y capacidad pero me veo en la obligación después del trabajo realizado de ofrecer mi opinión al respecto. El esquirolaje tecnológico al igual que la utilización de muchos otros medios técnicos como: métodos abusivos de control empresarial, utilización de herramientas que suponen el incremento excesivo en los ritmos de trabajo o que mejoran la productividad del trabajador acosta de una merma en la seguridad y salud, etc... redundan negativamente en las condiciones laborales de los trabajadores. La utilización de estos mecanismos es decisión exclusiva del empresario y en ocasiones además de lesionar los derechos más básicos de los trabajadores ahondan aún más la desigual correlación de fuerzas inherente en todas las relaciones laborales dotando a los empresarios con nuevos mecanismos por medio de los cuales puede perpetuarse y reivindicarse como parte fuerte de la relación laboral. Teniendo en cuenta todas las consideraciones recientemente expuestas veo crucial el papel activo del derecho laboral como medio eficaz para equilibrar la correlación de fuerzas y como contención de aquellas medidas empresariales que supongan un lesión para los derechos de los trabajadores.

Centrándonos de nuevo en el objeto de nuestro estudio y volviendo a recurrir al autor Gordo González, L. (2012, p.1) el problema de fondo del esquirolaje tecnológico en gran medida es debido a su especial regulación que da lugar a la aparición de “zonas grises”. Estas lagunas en nuestro ordenamiento jurídico fuerzan a los tribunales a tomar sus decisiones basándose en criterios eminentemente jurisprudenciales, criterios que según argumenta Pérez Rey (2012) aunque se asienten en una

“legislación ordinaria obsoleta e insuficiente, no puede convertirse en un obstáculo para que el derecho de huelga despliegue sus efectos” (p. 206).

La efectividad del derecho de huelga junto a otros es un criterio válido para considerar si una determinada decisión empresarial vulnera o lesiona dicho derecho. La convocatoria de huelga por parte de los trabajadores supone necesariamente un daño para el empresario amparado en la Constitución como legítimo medio de presión de los trabajadores contra este, y se traduce como hemos visto en la interrupción de la actividad, con lo que ineludiblemente se dañan sus beneficios.<sup>18</sup> Es interesante que parte de la jurisprudencia considere que la merma en los beneficios económicos del empresario debida a la acción de la huelga sea un criterio válido entre otros para considerar la eficacia del derecho ejercido por los trabajadores más aún teniendo en cuenta que queda prohibida toda actuación empresarial cuyo designio sea la privación de efectividad de la huelga.<sup>19</sup> Cabe destacar también la dimensión social de la huelga como un criterio más o como mínimo un criterio complementario para su efectividad, en este sentido Baylos Grau (2004) señaló que no hay huelga sin interrupción del servicio ya que solo así podemos garantizar la “visibilidad” del conflicto y la eficacia del mismo (p.13).

Como hemos visto el papel del empresario en un contexto de huelga se ha de mover en todo momento dentro del respeto al contenido esencial del derecho teniendo en cuenta que este determinará su eficacia. Cruz Villalón, J (2012) reflexiona sobre el papel del empresario en la huelga, hace mención especialmente en el poder de dirección que éste tiene y señala que estará ajustado a derecho cuando este no adopte medidas que contrarresten por completo los efectos de la paralización productiva. Por otra parte como la jurisprudencia ha señalado en numerosas ocasiones, sobre el empresario no recae un especial deber de propagación de la huelga<sup>20</sup> por tanto este puede adoptar respuestas lícitas que le sirvan para desarrollar cierta defensa frente a la huelga, actuaciones que como señalan García Ninet, J.I y García Viña, J (1997) no devengan únicamente en el cierre patronal.

---

<sup>18</sup> STC 41/1984, de 21 de marzo.

<sup>19</sup> STC 123/1992, de 28 de septiembre.

<sup>20</sup> STS de 15 de abril de 2005 (Sala de lo Social); o la STC 183/2005 de 19 de junio en su fundamento jurídico 10.

Para llegar a una posible conclusión o solución al dilema del esquirolaje tecnológico me resulta conveniente por una parte recoger a continuación de forma muy breve las propuestas o las pautas más acertadas en mi opinión que los tribunales han ofrecido a lo largo de mi estudio y por otra parte las cuestiones que considero más criticables.

Los pronunciamientos judiciales que considero más acertados después de realizar mi estudio y según mi criterio son los siguientes:

- A. Como hemos visto ya en numerosas ocasiones a lo largo de nuestro estudio uno de los grandes problemas con los que nos encontramos es la redacción del artículo 6.5 del RDLRT ya que este no hace una mención expresa a cómo tiene que llevarse a cabo la sustitución prohibida ni hace referencia a una lesión del derecho de huelga producida por medios tecnológicos automáticos. En un principio los primeros pronunciamientos judiciales, especialmente los del Tribunal Supremo, se fundamentaron en una concepción meramente literal del texto jurídico. Puede resultar comprensible que en el año 1977 la sustitución por medios técnicos no era posible o como mínimo no era pensable para la jurisprudencia pero actualmente no existe ninguna razón de peso para seguir con aquellos primigenios planteamientos. Posteriormente hemos visto como parte de los pronunciamientos judiciales, especialmente los dictados por el Tribunal Constitucional, han optado por una aplicación extensiva de la norma dejando atrás los planteamientos estrictamente literales. Desde mi punto de vista, esta aplicación del derecho es la más garantista con el derecho a la huelga ya que, aunque no consigamos la actualización de la norma preconstitucional que encorseta de alguna manera las decisiones judiciales, esta interpretación finalista efectivamente persigue las actuaciones empresariales que pretenden disminuir los efectos de la huelga vaciando su contenido esencial.
  
- B. A lo largo de los pronunciamientos judiciales tanto del Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han debatido sobre el denominado juicio de proporcionalidad necesario para ponderar el correcto equilibrio de sacrificios en el que las partes concurren en un contexto de huelga. El juicio de proporcionalidad es un criterio que los tribunales utilizan con habitualidad cuando están en juego derechos fundamentales, teniendo en cuenta que

ningún derecho es absoluto un empleo correcto de este método nos permite vislumbrar los límites que estos derechos fundamentales tienen en conjugación con otros de igual o diferente rango constitucional. Mi criterio está con los pronunciamientos judiciales que considero más garantistas para los derechos fundamentales ya que considero que su encuadre privilegiado en la sección primera del capítulo segundo del título primero dentro de la Constitución no es un mero capricho sino una garantía que se debe hacer efectiva para su correcta tutela. En el caso concreto que nos ocupa se han visto en disputa dos derechos Constitucionales el de huelga y el de libertad de empresa, aunque ambos cuenten con un entroncamiento constitucional considero que no se les debe tratar de igual manera en el juicio de proporcionalidad mencionado anteriormente. La libertad de empresa la encontramos recogida en el artículo 38 de la constitución, concretamente en la sección segunda del título primero del capítulo segundo. Nos encontramos encuadrados por tanto en un apartado denominado derechos y deberes de los ciudadanos no en el de los derechos fundamentales. La huelga, sin embargo se encuentra en el artículo 28.2 de la Constitución y por tanto queda recogida dentro de los derechos fundamentales, se hace obligatorio el respeto de su contenido esencial y por tanto en la relación entre el derecho y su límite posible, el criterio de interpretación debe de ser el de mayor amplitud posible del derecho y la restricción se limite a lo necesario.<sup>21</sup>

Por otra parte encuentro criticables algunas manifestaciones judiciales como:

- A. Como hemos visto a lo largo de nuestro estudio la mayoría de conflictos que han llegado a los tribunales y hacen referencia al esquirolaje tecnológico se han dado en el sector audiovisual. Uno de los puntos más polémicos y más discutidos por la jurisprudencia es la existencia de servicios mínimos para la comunidad y de cómo estos han de llevarse a cabo sin que supongan el sacrificio en exceso de alguna de las partes en juego o el vaciamiento del contenido esencial del derecho a la huelga. Como tuvimos la ocasión de estudiar la STC 183/2006 declaró inconstitucional los apartados a) y b) del artículo 3 del RD 531/2002 de 14 de Junio ya que la programación pregrabada

---

<sup>21</sup> Criterio sostenido por multitud de sentencias como: SSTC 159/1986, de 16 de diciembre, 20/1990, de 15 de febrero, 3/1997, de 14 de febrero, 195/2003, de 27 de octubre o 110/2006, de 3 de abril.

no se podía entender como un servicio mínimo para la comunidad y se correría el riesgo de que esta programación pudiera ocupar casi en su totalidad la parrilla televisiva y dejaría sin repercusión y sin visibilidad la huelga. Efectivamente encuentro un acierto el pronunciamiento anterior pero en mi opinión debería acotarse aún más la regulación de los servicios esenciales ya que considero que quedan flecos sueltos por los cuales se podría intentar frustrar la visibilidad de la huelga. Es muy importante el papel de la Autoridad Gubernativa para vigilar que estos servicios, una vez declarados como esenciales para la comunidad se hacen con el fin de seguir como se pueda con la actividad sin caer en comportamientos tendentes a vaciar el contenido esencial del derecho a huelga. Para ello la Autoridad Gubernativa debe realizar el correspondiente juicio de ponderación anteriormente mencionado teniendo en cuenta los derechos en juego. Además este órgano se tiene que encargar de velar porque los servicios mínimos establecidos sean racionales y no caigan en indicaciones genéricas aplicables a cualquier conflicto en cualquier contexto y que tengan la única finalidad de poner “piedras en el camino” para el correcto y pacífico desarrollo del proceso de huelga. Según mi criterio la valoración del contexto y de la actividad a la que afecta la huelga es una parte esencial para decretar los servicios mínimos de manera no abusiva para ninguna de las partes hay que ir al fondo de la cuestión considerando todas las perspectivas posibles. En esta misma línea que yo defiendo, el autor E. E. Taléns Visconti, en su monografía sobre el esquirolaje tecnológico nos ofrece un ejemplo que ilustra a la perfección esta idea de como los servicios mínimos mal calibrados por la Autoridad Gubernativa pueden suponer una lesión al derecho fundamental de huelga. Imaginemos de nuevo el sector de telecomunicación, efectivamente se podría entender como no lesivo que en un contexto de huelga se procediera a rellenar mediante un capítulo de una serie pregrabada la programación habitual de la cadena. Sin embargo sería difícil de entender la grabación de un programa especial precisamente para la emisión los días en que está convocada la huelga, un programa que no es habitual y que daría una falsa sensación de continuidad a los televidentes los cuales no apreciarían la existencia de la huelga y por tanto esta no alcanzaría la visibilidad ni la efectividad deseada pudiendo caer su vulneración. El autor argumenta que es esencial analizar cada caso atendiendo a sus particularidades ya que no sería exigible los mismos límites para una cadena televisiva de tirada nacional con

una audiencia consolidada y una programación diversa que para una cadena de radio provincial en la cual la mayoría del contenido es pregrabado o consiste en la reproducción de música etc... como dice el propio autor al que hacemos referencia “se tendrá que analizar el caso concreto, puesto que no existiría una respuesta perenne para cada contexto.” Esta idea ya ha sido expuesta por la propia jurisprudencia al facultar a la Autoridad Gubernativa para el establecimiento de los servicios mínimos sin que “impongan o restrinjan de forma injustificada o desproporcionada el ejercicio del derecho, incluida la faceta del mismo dirigida a lograr su proyección exterior.”<sup>22</sup>

B. En el apartado 4.4 de nuestro estudio hemos analizado y criticado la sentencia del Tribunal Constitucional 17/2017, de 2 de febrero, pero me gustaría detenerme ahora en un asunto que considero crucial para las futuras interpretaciones judiciales. Este asunto no es otro que la nota de “habitualidad”. La jurisprudencia ha dado por bueno que los trabajadores no huelguistas puedan continuar con su actividad laboral siempre y cuando estas actividades se encuentren dentro de sus tareas habituales, la pregunta está ahora en qué entendemos como actividades habituales. Es obvio que la sentencia 17/2017 consideró que los trabajadores no huelguistas de Telemadrid desarrollaron un trabajo propio de su categoría profesional pero en mi opinión este criterio es erróneo ya que incluso desarrollando trabajos dentro de tu propia categoría profesional se puede caer en la sustitución de actividades que deberían de estar desempeñadas por trabajadores en huelga cayendo de nuevo en una lesión de este derecho. Desde mi punto de vista la nota de habitualidad debe ir en consonancia con el criterio de la letra “A” expuesto anteriormente en este apartado ya que entiendo que el contexto de las relaciones laborales y la manera de realizar las actividades dentro del centro de trabajo con todas sus particularidades definen y dan sentido completo a este concepto. De este modo las tareas habituales de un trabajador no son las que entran dentro de su categoría profesional sino aquellas que normalmente y con carácter habitual desarrolla dentro del centro de trabajo y le distinguen del resto de las tareas de sus compañeros. Esta idea la encuentro extensible al caso del esquirolaje tecnológico ya que la utilización de medios técnicos de manera abusiva se entenderá cuando la utilización de estos no sea habitual dentro del ciclo

---

<sup>22</sup> STC 183/2006 en su Fundamento Jurídico 10.

productivo habitual de la empresa y mucho menos si aun estando a disposición del empresario estos se utilicen de manera extraordinaria en un contexto de huelga ya que estos no se utilizarían en el desarrollo normal de la actividad productiva. En este sentido Pérez Rey, J (2012) argumenta que en los casos de esquirolaje tecnológico probar el carácter intencional puede ser complicado pero debe llegarse a la solución acudiendo a otros criterios como los recientemente mencionados y solo tolerando aquellas conductas “habituales o normales” que no constriñan el derecho de huelga (p. 209).

Como colofón final de mi estudio me parece interesante como mínimo mencionar el esfuerzo que algunos autores han hecho al aportar una posible regulación para una eventual reforma del obsoleto Decreto preconstitucional 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo. En este sentido es muy destacable entre otros el estudio realizado por el equipo de investigación de la universidad de Vigo aportando las pautas necesarias para una regulación acorde a nuestra Constitución y modelo social. En este estudio<sup>23</sup> el equipo investigador considera que desde una perspectiva formal el cauce adecuado es el de la Ley Orgánica ya que la reserva de esta para los derechos fundamentales es una garantía Constitucional sin embargo consideran que el modelo “legalista” español permite la opción de “formas mixtas” en las cuales la intervención de agentes sociales implicados sea decisivo para la eventual regulación de esta Ley. Resultaría interesante la participación de estos agentes sociales y de los representantes de los trabajadores para reforzar la negociación colectiva, dar posibilidad de autogestionar sus “futuros” conflictos y dotar a la solución extrajudicial de conflictos de nuevos mecanismos así como una mayor autonomía para la fijación de servicios mínimos entre otras posibilidades. Además del anterior estudio es interesante destacar el trabajo de R. Quintanilla Navarro, para la Revista del ministerio de trabajo y asuntos sociales, ya que la autora ofrece una serie de propuestas concretas que servirían como base para una Ley Orgánica del Derecho a Huelga incorporando algunas de las consideraciones y pautas que hemos estudiado a lo largo del trabajo. El texto propuesta está articulado y organizado como una Ley al uso y, efectivamente en su artículo 5.5 expone:

---

<sup>23</sup> Informe realizado para el programa Consolider Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos” (HURI-AGE) en el que se pretende promover acciones estratégicas capaces de marcar un punto de inflexión y propiciar un salto de calidad en la investigación jurídica en Derechos Humanos.

Durante 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. Tampoco podrá el empresario celebrar, con esa finalidad, un contrato de puesta a disposición con una empresa de trabajo temporal, ni podrá sustituir a los trabajadores de otras categorías profesionales del mismo centro.

Como podemos observar se hace mención expresa al esquirolaje externo e interno de manera muy clara. Mis críticas son dos: por una parte, echo en falta una mención expresa al esquirolaje tecnológico ya que como hemos visto precisamente uno de los grandes problemas que se encuentran los tribunales para abordar este tema es la carencia de una norma que contemple expresamente la utilización de los medios tecnológicos como medio para vulnerar el derecho de huelga; por otra parte, me suscita dudas como está recogido el esquirolaje interno ya que tal y como está escrito en mi opinión sería fácil volver a recurrir por parte del empresario al criticado concepto de habitualidad dentro de las funciones propias del trabajador no huelguista. Por último mencionar que la literalidad del precepto podría abrir también la utilización de trabajadores no huelguistas con las mismas funciones pero de otros centros de trabajo más aún si se trata de grupos de empresas con confusión de plantillas etc...

## **6. Conclusiones**

Como nos hemos encontrado a lo largo de nuestro estudio, el principal problema con el que se topa el esquirolaje tecnológico es la ausencia de una norma postconstitucional del derecho fundamental de huelga que nos conduce a una regulación eminentemente jurisprudencial. En un principio los primeros pronunciamientos judiciales se decantaron por la permisividad de la utilización de medios técnicos para seguir con la actividad en un contexto de huelga apoyándose en la literalidad del artículo 6 del RDLRT. Ya entonces fueron muchos los autores y especialistas en nuestra materia los que criticaron estos planteamientos judiciales ya que veían con malos ojos la normativa preconstitucional que consideraban arcaica y descontextualizada con la realidad laboral. Lo cierto es que con el paso de los años y especialmente con la aparición del Tribunal Constitucional los pronunciamientos judiciales adquieren un tono diferente con una riqueza argumentativa mayor que dotaron al derecho fundamental de huelga con más garantías para su tutela efectiva. Es destacable los planteamientos finalistas y extensivos que el TC hace de la norma



preconstitucional ya que por una parte refuerza la protección frente al esquirolaje externo e interno y por otra en lo referente al esquirolaje tecnológico viene a sintetizar que lo importante no es tanto la literalidad de la norma o el carácter personal o físico de los medios utilizados sino la finalidad para la que estos se utilizan, finalidad que nunca puede vaciar el contenido esencial del derecho fundamental en juego.

Actualmente lo que podría parecer un criterio pacífico se ha convertido en un debate abierto debido a las discrepancias entre el TC y el TS más aún con la última Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2017 de 2 de febrero. Algunos de los aspectos más confusos que se discuten en la jurisprudencia son, por una parte son los límites del derecho fundamental de huelga en disputa con otros de menor rango jurídico especialmente el derecho a la libertad de empresa y si estos después de un necesario juicio de ponderación deben limitarse en igual medida o no. Por otra parte resulta también cuestionable el concepto de habitualidad que se desprende de los pronunciamientos judiciales más actuales ya que siempre que se cumpla esta nota las actividades realizadas por trabajadores no huelguistas dentro de sus funciones pueden estar legitimadas al igual que los mecanismos técnicos a disposición del empresario.

Por último merece la pena mencionar el esfuerzo que algunos autores y otros especialistas en el mundo del derecho laboral están haciendo por intentar cambiar la norma preconstitucional introduciendo todos estos elementos y que harían de su interpretación mucho más fácil y garantizarían la correcta tutela del derecho fundamental de huelga.

## 7. Bibliografía:

BAYLOS GRAU, A.:

1. "Diez años de jurisprudencia constitucional: el derecho de huelga", en RAMÓN ALARCÓN, M. (Coord.): Constitución y derecho del trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional), Marcial Pons, 1992, pág. 293.
2. "Diez años de jurisprudencia constitucional: el derecho de huelga", en AA.VV. (coord.: ALARCÓN CARACUEL, M. R.), Constitución y Derecho del trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional), Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 296.
3. "El derecho de huelga", en AA.VV., El modelo social en la Constitución Española de 1978, 1978-2003, MTAS, Madrid, 2003.
4. "Pérdida de la función y eficacia de la huelga, especialmente en los sectores de la información y de la telecomunicación. A propósito de las consecuencias de la huelga general de 20 de junio de 2002". En Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, núm. 5, 2004, pp. 2 y 13.

CASAS BAAMONDE, M. E.:

1. "25 años de jurisprudencia constitucional social: huelga en servicios esenciales y responsabilidad política". Relaciones Laborales, 23, 2010, p. 8.
2. "Derecho de huelga y Constitución: ¿nuevas perspectivas?" En Relaciones Laborales, 1994, p. 49.

CRUZ VILLALÓN, J., "25 años de relaciones laborales colectivas. Regulación del derecho de huelga: balance y propuestas normativas. En Relaciones Laborales, núm. 23, 2012, p. 15.

GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN, I., "Manual de derecho del trabajo" (5th ed., pp. 997-998). Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

GARCÍA NINET, J. I., & 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. Aranzadi Social, 1997, p. 4.

GORDO GONZÁLEZ, L., "El contenido esencial del derecho de huelga: la prohibición del esquirolaje interno". Aranzadi Social, 23, 2012.

HURI-AGE Consolider Ingenio., "El tiempo de los derechos", 2010, pp. 10-11.

MONEREO PÉREZ, J. L., "La huelga como derecho constitucional: la técnica específica de organización jurídico-constitucional de la huelga". TL, 28, 1993, p. 29.

PÉREZ REY, J. "Tertulias, reportajes de actualidad y esquirolaje tecnológico en la huelga general. A propósito de la STS de 11 de junio de 2012". En Revista de Derecho Social, núm. 59, 2012.

SALA FRANCO, T., "Problemas jurídicos del trabajador "no huelguista". Actividad Laboral, 1984, p.107.

TALÉNS VISCONTI, E. E., "¿El esquirolaje tecnológico vulnera el derecho de huelga? (Una cuestión abierta tras la última doctrina del Tribunal Supremo)." pp. 23-24.

QUINTANILLA NAVARRO, R. Y., "El derecho de la huelga en la doctrina del Tribunal Constitucional: propuestas para una Ley Orgánica". Revista del ministerio de trabajo y asuntos sociales, 73. pp. 363-364.

## **Resumen de las referencias jurídicas:**

Constitución Española 1978 (CE).

Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo (RDLRT).

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 (LISOS).

Ley 14/1994, de 1 de junio, reguladora de las Empresas de Trabajo Temporal.

Real Decreto 531/2002, de 14 de junio.

### **SSTC:**

1. 11/1981 de 8 de diciembre.
2. 26/1981 de 17 de junio.
3. 41/1984, FJ 2.
4. 159/1986.
5. 123/1992, de 28 de septiembre.
6. 80/2005, de 4 de abril.
7. 110/2006.
8. 183/2006 de 19 de junio.
9. 191/2006 de 19 de junio.
10. 33/2011 de 28 de noviembre.
11. 17/2017 de 2 de febrero.

### **SSTS:**

1. 4 de julio del 2000.
2. 9 de diciembre del 2003.
3. 15 de abril de 2005.
4. 5 de diciembre de 2012.
5. 11 de junio de 2012.

### **TSJ Cataluña:**

1. Sentencia de 9 de enero del 2003.

## **ABSTRACT:**

The purpose of this Degree Final Project is the fundamental right to strike situated in Article 28.2 of the Constitution and, in particular, the means of replacing striking workers called “strikebreaking”, either in its external or internal aspect and, very especially, in its most current aspect: the technological one. The in-depth study of the strike is necessary not only because it is a fundamental right with all the guarantees that this entails, but also because of the specific characteristics that make this study very particular, taking into account its special pre-constitutional regulation and jurisprudential volume. With this study I intend to provide as much as possible a little light on the most blurred issues of this right with the ultimate aim of offering some basic guidelines on which an eventual reform of the current regulation could be built.

In its facet of subjective right comes into play its collective dimension and its effectiveness “erga omnes” but also its public nature since, as JL Monereo Pérez (1993) points out: “it is a right of the citizen against the public authority, as a right of the citizen worker in front of the individuals”. In its other facet, the strike is considered to be a fundamental right, aside from its constitutional location, also because it is a fundamental pillar within the social and democratic State governed by the rule of law, which is covered by Article 1.1 of the Constitution, inspired by the values of freedom and equality.

Over the years we have been able to find different definitions of the concept of strike that allow us to approach the concrete reality of its practice and especially its essential content. The latter is something to be taken into consideration in terms of assessing whether there may be a violation of this right and that we will address it in depth below. The concept of strike has been very nuanced by the jurisprudence, owing in part to a “legal anomaly”, borrowing the expression of A. Baylos Grau (2003), since, despite being a fundamental right and therefore enjoys statutory reservation, this right does not have its respective Organic Law and it is regulated by a pre-constitutional Decree, the famous Royal Decree-Law 17/1977 of 4 March, on Labour Relations. As a result of a regulation that is based mainly on jurisprudence, we have an excessive “prosecution” and “litigiousness”, “a chronic problem” that, in the words of E. Casas Baamonde (2010), is a problem “with which we have learned to live together”.

If we focus on its essential part, it should be pointed out that the correct interpretation of this content is the key to discerning if certain actions taken by employers, when they prevent or obstruct their practice without normative justification, may violate the right to strike of workers.

A classic instrument used by employers to evade the effects of the strike is the “strikebreaking”, a term that has been inserted in the legal vocabulary to name the events carried out by the employer to avoid the effects of the strike by replacing striking workers by internal or external staff or by technological facilities. The external strikebreaking is regulated in the Article 6.5 of the Royal Decree-Law 17/1977, of the following form: “the employer will not be able to replace the strikers by workers who were not linked to the company at the time of being notified”. This article makes express reference to the eroding by hiring of external labour, infraction that in turn is included in Article 8.10 of Royal Legislative Decree 5/2000 of 4 August, which approves the merged text of the Act on Infractions and Sanctions in the Social Order, as a very serious infraction.

The internal strikebreaking is the replacement or mobility of workers who are not strikers of the own company, to whom the employer assigns other faculties to their own in order to reduce the effects of the strike. In the Royal Decree-Law of Labour Relations, in its Article 6.5, only external strikebreaking is mentioned literally, raising numerous problems of interpretation. The sentence of the Constitutional Court 123/1992 of 28 September, go into the substance of the matter and it considers that all the tools provided by the Workers’ Statute to exercise its organizational power are subject to a context of normality and a peaceful development of the labour relation, regardless of conflicts. It cast serious doubts on the use of these methods in conflict situations such as strikes. In other words, it considers internal replacement an abusive use of its legal authority that pursues purposes other than those provided for in the legal system, it undermine the duty of good faith and against constitutional principles.

The extensive interpretation of the right to strike and the non-replacement whether internal or external of workers has been maintained until the present day. However, we can fins sentences in which an abusive replacement of the employer has not been appreciated, relying on the non-prohibition of the use of non-striking workers for their regular non-extraordinary tasks.

Technological strikebreaking is the use of mechanical or technological facilities to automatically replace functions of striking workers, and their abusive use can seriously damage the fundamental right to strike. The first judicial pronouncements regarding technological strikebreaking came forward to say that it does not violate the right to strike and that it could be considered an instrument of defence.

This criterion is a literal interpretation of Article 6.5 of the Royal Decree-Law of Labour Relations that is in conflict with the sentence of the Constitutional Court 123/1992 of 28 September, in which the right to strike prevails over the organizational power of the employer, being limited by the essential content of the right to strike that cannot be stripped of content.

The first cases that were coming to court belonged to a considerable extent to the audio-visual industry. The companies pretended to fill with pre-recorded material the time zone in which, effectively, the strike was going to suppose not to continue with a normal course of its information activity. The subordinate courts assumed the permissive line arguing that the mechanization of the emission of recorded programs allows the broadcast without even using the staff that does not participate in the strike and that, therefore, "the business conduct does not contravene the right enshrined in Article 28 of the Constitution".

This doctrine was maintained until the sentence of the Constitutional Court 183/2006 of 19 June. In summary, this sentence points to the evident collision between the right to communicate and to receive information and the right to strike, arguing that the normal maintenance of all programming with the help of technical equipment supposes the negation of the second right in conflict and that the lack of motivation and weighting that balances these conflicting rights establishes as essential all the informative programs without any differentiating element between contents. The appellant's strong arguments were accepted by the Constitutional Court that offered the requested protection, declared paragraphs a) and b) of the Article 3 of the Royal Decree 531/2002 to be invalid, as well as it revoked the sentence of the Supreme Court that was declared in conformity with the appealed disposition, for considering violated the fundamental right to strike of the Article 28 of the Constitution.

The sentence of the Constitutional Court 191/2006 of 19 June, follows the previous thesis but offers in its legal foundation a series of criteria that deserves to be pointed out, since, besides to reflecting on the right that concerns us and its content essential,



they delimit the action of the employer in its intention to restrict the right to strike using technological facilities to cover supposedly services with a special interest for the community. In order to qualify a service as essential, the sentence emphasizes that protected goods and interests must also be essential, such as “fundamental rights, public liberties and constitutionally protected assets”. F. Valdés Dal-Ré (1998) in an article that deals with the limitation of the right to strike in these services to the community, he declare in he made a similar statement on the same way when it literally states that “the interests of users serve as a limit to the exercise of the right to strike to the extent that they satisfy their protected values, assets and constitutional rights”.

On the one hand, the court argues that there must be a reasonable proportionality between: the sacrifices that are imposed on the striking workers and those suffered by users in those services that can be understood as essential for the community. The court continues to deepen this issue as it understands that the competent body to legitimize the actions that restrict the right to strike is the government authority. This body is required to maintain the operation of an essential service for the community must provide prior weighting of the rights at stake, sufficient motivation to justify the minimum benefits established without sufficient “generic statements, applicable to any conflict”.

Over the past few years, the use of technical equipment to replace striking workers continues to be an open and discussed debate between the different courts. This lack of unifying criteria in jurisprudence can be clearly seen in the discrepancies between the Supreme Court and the Constitutional Court. The first of these, which concludes that the use of pre-recorded material does not cause injury to the right to strike, continues with its previously defended line, and the Constitutional Court continues to use its expansive interpretation of the rule while maintaining the use of technical equipment can empty content the right to strike.

The sentence of the Supreme Court of 11 June 2012, in which the Supreme Court, making a contortion of the law, is separated from the criteria of the Constitutional Court arguing that “what the doctrine of the Constitutional Court mentioned is that qualifies as a service essential and that, therefore, can be served by the workers assigned to these services the management of a pre-recorded program that has no informative value”. Following the legal basis of this sentence, it can be clearly seen that the court again relies on the well-known argument of “literality” since there is no legal precept that expressly prohibits the use of technical means usually available to continue their

activity during the course of the strike, this activity “could be carried out like any other, provided that workers in charge of the minimum services are not assigned to it, that is, if it is carried out with non-strikers and without using staff included in the prohibition of substitution of Article 6.5 of Royal Decree-Law 17/1977. To sum up, the Supreme Court distances itself from the Constitutional Court and again uses arguments already contradicted by it in its sentences of the Constitutional Court 183/2006 and 191/2006. Faced with this decision of the courtroom it is very important to highlight the particular vote of a magistrate who defends the opposing thesis and considers that the right to strike is effectively violated.

The magistrate in his private vote, contrary to what is dictated in the Supreme Court’s sentences, offers valuable keys to reinforce the finalist or expansive criterion used by the Constitutional Court. Using jurisprudence of the Constitutional Court expressly cites the already analysed sentence of the Constitutional Court 183/2006 and reflects the idea that the right to strike can be violated not only by the replacement of striking workers but also by carrying out other activities that exceed the services declared as essential. It also provides the appellant’s argument citing his idea that “minimum services become maximum” for the company and all activities that exceed those services declared as essential can pose an injury to the right to strike.

From now on, the magistrate reflects on the right to information and returns to position next to the criterion of the Constitutional Court saying that in no case does this demand an interruption of emissions that can be protected in the freedom of business. Moreover, as the court itself points out in a matter of limitation of fundamental rights, “the criterion of interpretation must be that of the widest possible extent of the right and the restriction of the limit to what is necessary”, that is, the criterion that of the maximum effectiveness of the fundamental right in play.

Finally, the Supreme Court in the Social Division delivered sentence on 5 December 2012, with a sentence that introduces the expansive proposals of the Constitutional Court’s jurisprudence giving a rowing back to the situation concluding that “the right is also injured when the company issues advertising by automatic means”.

As we observed the debate on the use of technological facilities by the employer is an issue that remains open nowadays. At the beginning, the Supreme Court was very permissive with the use of technical equipment to continue productive activity even in situations of conflict or “not normal” in which the strike became the only tool that

workers could wield to claim your aspirations. This initial position was already strongly criticized by some doctrinal sectors synthesizing this suspicion very well in the words of A. Baylos Grau (2004), as “a democratic involution that erodes and distorts the scope and meaning of this fundamental right”. With the previously analysed sentence of the Constitutional Court of 5 December 2012, the court offers a criterion that breaks with the previous norm and comes to defend arguments similar to those of the Constitutional Court, always more inclined in its jurisprudence to preserve the fundamental right to strike. This new doctrine was not much less peaceful since there were two particular votes to which two were added to each of them making a total of six judges of the courtroom that were not in agreement with what was dictated by the sentence.

One of the most current sentences that we can find about the object of study is the sentence of the Constitutional Court 17/2017 promoted by an application for judicial protection filed by the General Confederation of Labour in which it is tried to resolve a supposed violation of the right to strike by the use of non-usual technical equipment for the televising broadcasting of a football match in day of strike. In the legal foundation of this sentence we can see how the Court mentions some of the sentences that offer more guarantees to the right to strike and that used the more expansive approaches such as the sentences of the Constitutional Court 123/1992 and 33/2011, but in this particular case and using the factual background of a business infringement of the right to strike or an abuse of the employer in his use of the power of direction.

A particular vote was issued against this sentence, arguing that the protection requested for violation of Article 28.2 of the Spanish Constitution, since the business decision to transmit the day on which a general strike had called for a general strike would mean, on the one hand, an illegal replacement of the strikers' functions and, on the other hand, the use of technological innovations. We would therefore be faced with a violation motivated by two manifestations of strikebreaking: the internal and the technological. In the opinion of the discrepant Magistrate, with this sentence “a new opportunity has been lost to strengthen the fundamental rights of the weak contracting party in the labour relations” leaving us with a horizon of uncertainty in the protection of the fundamental right to strike.