



Universidad
Zaragoza

TRABAJO FIN DE GRADO

El esquirolaje en el derecho fundamental a la
huelga.

Scabbing on the fundamental right to strike.

Autora:

CRISTINA FARJAS RAMO

Directora:

M.ANGELES YRANZO GRACIA

Facultad de Derecho:

2022/2023

RESUMEN:

El derecho a huelga está recogido en el artículo 28.2 de la Constitución Española, tratándose por ello de un derecho fundamental. El presente trabajo comienza haciendo un recorrido histórico de la evolución del derecho a huelga y continúa con un profundo análisis de la titularidad del derecho, los límites y el ejercicio del mismo. Posteriormente, se centra en el esquirolaje, es decir, la sustitución por parte del empresario de los trabajadores huelguistas por otros para paliar los efectos del paro de la actividad, quitando así efectividad al derecho a huelga, práctica que está prohibida. El foco del trabajo se encuentra en los últimos apartados cuando se estudia la licitud o ilicitud del esquirolaje, en especial el tecnológico, término que cobra importancia en los últimos años, cuando los medios tecnológicos están siendo capaces de reemplazar el trabajo realizado por el capital humano de las empresas. Asimismo se analiza la doctrina científica, la jurisprudencia constitucional y la ordinaria sobre esta cuestión.

PALABRAS CLAVE:

Huelga, Derecho fundamental, Esquirolaje, Interno, Externo, Tecnológico.

ABSTRACT:

The right to strike is included in Article 28.2 of the Spanish Constitution, and is therefore a fundamental right. This paper begins with a historical overview of the evolution of the right to strike and continues with an in-depth analysis of the ownership of the right, its limits and its exercise. Subsequently, it focuses on scabbing, i.e., the substitution by the employer of striking workers for others in order to alleviate the effects of the stoppage of activity, thus rendering the right to strike ineffective, a practice that is prohibited. The focus of the work is found in the last sections when the lawfulness or unlawfulness of scabbing is studied, especially technological scabbing, a term that has gained importance in recent years, when technological means are capable of replacing the work carried out by the human capital of companies. It also analyses the scientific doctrine, constitutional jurisprudence and ordinary case law on this issue.

KEY WORDS:

Strike, Fundamental right, Scabbing, Internal, External, Technological.

ÍNDICE:

I. INTRODUCCIÓN.	5
1.1. CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO DE FIN DE GRADO.	5
1.2. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DEL INTERÉS.	5
1.3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO.	6
II. ANTECEDENTES DEL DERECHO A HUELGA.	7
III. EL DERECHO A HUELGA COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE LA CE.	9
3.1. REGULACIÓN.	9
3.2. TITULARIDAD DEL DERECHO A HUELGA.	11
A) Trabajadores por cuenta ajena.	12
B) Situación de los funcionarios públicos.	12
C) Titularidad individual y facultades colectivas.	13
3.3. LÍMITES DEL DERECHO A HUELGA.	13
A) Mantenimiento de los servicios esenciales y fijación de los servicios mínimos.	14
B) El orden público y la seguridad del Estado.	16
C) Las libertades personales, económicas y profesionales.	16
IV. EJERCICIO DEL DERECHO A HUELGA.	17
4.1. PREPARACIÓN, DECLARACIÓN Y CONVOCATORIA.	17
4.2. DESARROLLO.	18
A) Comité de Huelga.	18
B) Servicios de mantenimiento y seguridad.	19
C) Prohibición de ocupación ilegal de los locales de trabajo.	20
D) No sustitución de huelguistas.	21
V. EL ESQUIROLAJE.	22
5.1. DEFINICIÓN Y TIPOS.	22
5.2. EL ESQUIROLAJE EXTERNO.	22
5.3. EL ESQUIROLAJE INTERNO.	25
5.4. EL ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO.	29
A) Regulación del esquirolaje tecnológico.	31
B) Requisitos doctrinalmente exigidos en relación con el esquirolaje tecnológico.	31
C) Análisis jurisprudencial sobre el esquirolaje tecnológico.	33
VI. CONCLUSIONES.	38
VII. BIBLIOGRAFÍA.	42

ÍNDICE DE ABREVIATURAS.

ASAC	Resolución de 10 de diciembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VI Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (Sistema Extrajudicial).
CE	Constitución Española de 1978.
CENDOJ	Centro de Documentación Judicial del CGPJ.
CGT	Confederación General del Trabajo
DLRT	Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo.
EBEP	Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.
ET	Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
LETT	Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.
LISOS	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
LRJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.
TC	Tribunal Constitucional.
STCH	Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril, sobre recurso de inconstitucionalidad frente a DLRT.
TFG	Trabajo de Fin de Grado.
TS	Tribunal Supremo.
TSJs	Tribunales Superiores de Justicia.

I. INTRODUCCIÓN.

1.1. CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO DE FIN DE GRADO.

El tema elegido para la elaboración del Trabajo de Fin de Grado es el derecho fundamental a huelga centrándose en el esquirolaje y más concretamente en el esquirolaje tecnológico.

En los primeros apartados del trabajo se lleva a cabo un breve análisis del derecho a huelga reconocido en el artículo 28.2 de la CE y considerado como un derecho fundamental. Se explica brevemente la titularidad del mismo, los límites que se imponen al tenerse que ponderar con otros derechos también reconocidos constitucionalmente y cómo debe ejercitarse tanto por parte de los trabajadores como por parte del empresario.

Posteriormente, se analiza más pormenorizadamente la prohibición que tiene el empresario de sustituir a los trabajadores huelguistas por otros para paliar los efectos del paro de la actividad, quitando así efectividad al ejercicio del derecho a huelga por parte de los trabajadores. A este hecho se denomina esquirolaje y como se verá en el desarrollo del TFG se puede hablar de tres tipos: a) interno, cuando los trabajadores son sustituidos por otros de la propia empresa que en un día de actividad normal realizarían otras funciones, b) externo, cuando el empresario para sustituir a los trabajadores contrata a otros ajenos a la actividad de la empresa y c) tecnológico, cuando el trabajo realizado por los huelguistas puede ser realizado por medios tecnológicos preexistentes en la empresa en un momento previo a la declaración de la huelga.

Se pone un poco más de interés en el esquirolaje tecnológico, pues es el que más debate genera hoy en día, tanto jurisprudencial como doctrinalmente, al ser cada vez más posible que el trabajo realizado por los trabajadores pueda ser realizado por medios electrónicos, sin notar la ausencia de los recursos humanos que tiene la empresa. No existe legislación al respecto, ni una doctrina unánime, ni tampoco una asentada jurisprudencia ni del TS ni del TC.

1.2. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DEL INTERÉS.

Cuando llegó el momento de elegir el área del TFG tenía claro que quería centrarme en el área del Derecho del Trabajo dado que a lo largo de la carrera de Derecho ha sido la asignatura que más me ha gustado y más interés ha despertado en mí.

La elección del tema sí que fue más complicada, si bien es cierto que siempre me ha llamado la atención el hecho de que un derecho fundamental como es el derecho a huelga, regulado en la Constitución Española, en la Sección Primera, del Capítulo Segundo, del Título Primero de la misma, todavía no tenga regulación legislativa posterior a su reconocimiento en nuestra Carta Magna, manteniéndose vigente el Real Decreto-Ley 17/1977 de 4 de marzo de Relaciones de Trabajo, legislación preconstitucional, de hace 45 años y que por lo tanto resulta desfasada, pues la sociedad ha ido evolucionando a lo largo de los años.

Una vez elegido que quería tratar un tema relacionado con el derecho a la huelga, quise analizar algo que no estuviese ya detallado en los manuales de estudio que se utilizan para la preparación de la asignatura durante el Grado, para así ampliar mi conocimiento en relación a esta área. Esto, unido a que había leído que todavía no hay una doctrina científica clara, ni una jurisprudencia asentada respecto al esquirolaje me hizo pensar que sería interesante investigar al respecto y ver las diferentes posturas existentes a favor o en contra de la licitud del mismo. Posteriormente y tras analizar los tres tipos de esquirolaje, decidí que era oportuno ampliar el estudio del esquirolaje tecnológico, ya que es el que está cobrando más importancia últimamente, pues años atrás hubiera sido impensable que el empresario pudiese sustituir el trabajo que realizan sus empleados con maquinaria tecnológica de la que dispone.

1.3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO.

La metodología seguida para la realización del TFG ha sido la investigación de la materia a través de una búsqueda bibliográfica, principalmente, de libros que he obtenido de la biblioteca de la Universidad de Zaragoza de la Facultad de Derecho. También he accedido a los documentos que la universidad dispone de manera online a través de la base de datos de Alcorze.

Además, he utilizado numerosos artículos de revistas que he encontrado en internet gracias al buscador de Google Académico donde se tiene cierta garantía de que cuentan con la calidad y veracidad necesaria para utilizar la información en el TFG. Muchos de ellos han sido escritos por autores laboristas de importante prestigio.

Por último y para estudiar las resoluciones judiciales he recurrido a bases de datos como son la del CENDOJ o Aranzadi, donde se pueden descargar las diferentes sentencias del TC, del TS o de los diversos TSJs que tratan el tema del “esquirolaje tecnológico”.

II. ANTECEDENTES DEL DERECHO A HUELGA.

Históricamente la huelga ha sido el medio de acción más tradicional de los trabajadores para manifestar su desacuerdo con las condiciones de trabajo. No obstante, no siempre ha sido contemplada por el Estado de la misma manera. «Es clásica la distinción de la huelga como delito, libertad o derecho»¹. Si el Estado entiende que la huelga tiene un efecto negativo y perjudicial para la sociedad, lo valorará como un delito, mientras que si entiende que su efecto es neutral entenderá que es una libertad, ya que es indiferente para la sociedad y el empresario podría sancionar e incluso despedir al trabajador por entender que ha abandonado el trabajo, y por ello, está incumpliendo con sus obligaciones. Por último, si lo entiende como una actuación beneficiosa para la sociedad y como medida para mejorar las condiciones de trabajo, se entenderá que es un derecho de libre ejercicio por el trabajador, al cual no se le podrá poner sanción alguna.

«Los distintos modelos históricos coinciden con la diferente postura que el Estado adopta frente a la huelga partiendo, como ya es conocido, de la más absoluta prohibición, pasando por la tolerancia hasta llegar al reconocimiento y protección».²

En un primer momento en España la huelga era un delito tipificado en el Código Penal, tanto de 1822, como de 1848 y 1870. Se trataba de «una intensa consideración punible del conflicto colectivo en un sistema autoritario que rechazaba toda manifestación pluralista dentro del liberalismo económico entendido como defensa de las reglas del mercado».³

La segunda etapa comienza con la Ley de Huelgas de 27 de abril de 1909 que suponía la legalidad de la huelga. Se establecía que «tanto los patronos como los obreros pueden coligarse, declararse en huelga y acordar el paro para los efectos de sus

¹ ALFONSO MELLADO, C.L., 2022. *Derecho del Trabajo*. Décima edición. Editorial Tirant lo Blanch, p.707.

² TORRENTE GARI, S., 1996. *El ejercicio del Derecho de Huelga y los Servicios Esenciales*, p.51.

³ TORRENTE GARI, S., 1996. *El ejercicio del Derecho de Huelga... cit. p. 7.*

respectivos intereses sin perjuicio de los derechos que dimanen de los contratos que hayan celebrado».

Se produjo un cambio radical con la Guerra Civil Española, ya que durante la misma «se consideraban rebeldes a los que coartasen la libertad de contratación y de trabajo, o abandonasen éste, ya se tratase de obreros, empleados o empresarios».⁴ Tras la Guerra Civil y con la implantación de la Dictadura de Francisco Franco la huelga pasó a ser prohibida. «La Orden de la Presidencia de la Junta de Defensa Nacional de 28 de julio de 1936 prohibió el cese de todo servicio público y la declaración de cualquier paro y huelga»⁵.

En los últimos momentos de la Dictadura se elaboró el Decreto-Ley 5/1975, de 22 de mayo que admite el recurso a huelga, aunque no lo reconoce como un derecho y tiene muchas limitaciones. Fernando Durán López (1977) considera que en el Decreto-ley no puede hablarse de un derecho subjetivo de huelga «ya que el ejercicio del pretendido derecho debía ser tempestivamente autorizado por la Administración y sobre el mismo, una vez autorizado, pendía en todo momento la espada de Damocles de un requerimiento gubernativo que bastaba por sí mismo para hacer cesar su procedencia haciéndolo para lo sucesivo inviable.»⁶ Además, no se calificaba como huelga procedente «ni la huelga de solidaridad o por motivos ajenos al trabajo, ni la que ocurría en una empresa o entidad que estuviese encargada de la prestación de cualquier género de servicios públicos, de reconocida e inaplazable necesidad, o relacionados con los intereses de la defensa nacional», siendo sólo procedente «la referida a condiciones de trabajo de los asalariados afectados por el conflicto, sometida a las prescripciones legales, sin rebasar el ámbito empresarial o de centro de trabajo, y sólo actuada por medio de la cesación de la prestación de servicios con desalojo del centro y sus dependencias».⁷ Como se puede ver, no existía una clara voluntad reformista y no se puede considerar que se regulase el auténtico contenido del derecho a huelga, debido a las numerosas limitaciones que

⁴ VALDÉS DA-RE, F., 1975. *Notas para una reelaboración crítica del marco normativo de la huelga (1936-1975)*. Revista de trabajo, nº52.

⁵ TORRENTE GARI, S., 1996. *El ejercicio del Derecho de Huelga... cit. p. 7.*

⁶ DURAN LOPEZ, F., 1977. *La nueva regulación de la huelga y el cierre patronal. Hacia un modelo democrático de relaciones laborales*. Instituto de Relaciones Laborales de la Universidad de Zaragoza, 1980.

⁷ TORRENTE GARI, S., 1996. *El ejercicio del Derecho de Huelga... cit. p. 7.*

existían tanto en su delimitación objetiva, como en los requisitos procedimentales exigidos para su ejercicio.

Finalmente, y en plena transición política, el Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, cuyo preámbulo señala que «la huelga, como fenómeno social, que durante años había constituido delito, pasaba a una etapa de libertad. La trascendencia del nuevo sistema aconsejaba, por razones de elemental prudencia, tanto el establecimiento de un procedimiento riguroso para la legítima utilización de tal recurso, como la fijación de determinadas limitaciones. Así, la huelga no podía exceder el ámbito de la empresa, ni podía tener lugar por razones de solidaridad, ni afectar a empresas encargadas de la prestación de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad»⁸, va a suponer la regulación de las relaciones de trabajo con un carácter distintivo y la proclamación formal del derecho de huelga en el ámbito de las relaciones laborales.

Posteriormente se produce la constitucionalización del derecho a huelga, introduciéndolo en el artículo 28.1 de la CE, considerado por tanto un derecho fundamental, y por ello de especial protección.

III. EL DERECHO A HUELGA COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE LA CE.

3.1. REGULACIÓN.

Según Manuel Carlos Palomeque López y Manuel Álvarez de la Rosa la huelga es la «medida de autotutela básica de los trabajadores, consistente en la perturbación del proceso productivo del empresario para el que se presta el trabajo, a través de la realización de diversos comportamientos posibles y, principalmente, de la abstención o cesación del trabajo, decididos de forma concertada y ejercidos colectivamente por los trabajadores en defensa de sus intereses.⁹» La finalidad de la huelga es «ocasionar a la empresa un daño con el objetivo de presionarla para que acepte determinadas reivindicaciones de los trabajadores, si bien entre el daño ocasionado y el interés de los trabajadores debe existir una proporción adecuada.» y por ello la ley debe establecer un equilibrio «entre las prohibiciones del empresario de realizar determinadas actuaciones

⁸ Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo.

⁹ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., 2021. *Derecho del Trabajo*. Vigésimonovena edición. Editorial Universitaria Ramón Areces, p.419.

que pudieran considerarse medidas antihuelga, y el reconocimiento de determinados mecanismos a utilizar por el empresario para defenderse razonadamente de las huelgas.¹⁰»

El ordenamiento español reconoce el derecho a huelga en el artículo 28.2 de la Constitución Española¹¹, incluido en la Sección Primera, del Capítulo Segundo, del Título Primero de la misma, y considerado por ello un derecho fundamental. Debido a este carácter fundamental se deberá regular por ley orgánica¹², se debe proteger por un proceso preferente y sumario (artículo 53.2 de la CE y artículos 177 y ss. de la LRJS) y se encuentra protegido por el recurso de amparo. La Constitución lo que hace es consagrar el derecho a huelga como fundamental, otorgándole todas las garantías que ello conlleva, por lo que corresponde al legislador ordinario «confeccionar una regulación de las condiciones del ejercicio del derecho, que serán más o menos restrictivas o abiertas, de acuerdo con las directrices políticas que le impulsen, siempre que no pase más allá de los límites impuestos por las normas constitucionales concretas y del límite genérico del artículo 53.»¹³

A falta de desarrollo postconstitucional se sigue regulando por el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo. «Se trata del único derecho con tal naturaleza que, después de más de treinta y cinco años, no cuenta con su respectiva ley orgánica de desarrollo. Puede decirse que es la única ley constitucional pendiente.»¹⁴

No obstante, tras la promulgación de la CE y al amparo del punto 3 de su disposición derogatoria, se estimó mayoritariamente que el DLRT había quedado derogado en esta materia, no sólo por razones formales (necesidad de una Ley Orgánica para el desarrollo de los derechos fundamentales como el de huelga), sino también por incompatibilidad de dicha norma con las fórmulas constitucionales de proclamación de la libertad sindical y el derecho a huelga. Por otro lado, la disposición final 3ª del ET de 1980 derogó de forma expresa los títulos III y VI del DLRT (sin estar ahí incluido el

¹⁰ SALA FRANCO, T. y LÓPEZ GARCÍA DE LA RIVA, I., 2013. *Los mecanismos empresariales de defensa frente a la huelga*. Editorial Tirant lo Blanch, p. 13.

¹¹ La Constitución Española de 1978 en su artículo 28.2 reconoce «el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad».

¹² La CE de 1978 establece en el art. 81.1 que «son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución».

¹³ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., 1991. *Los derechos laborales en la constitución española*. Centro de estudios constitucionales. Cuadernos y debates nº 28, p. 56.

¹⁴ LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, R. 2014. Significativos y cercanos pronunciamientos sobre la huelga. *Revista Española de Derecho de Trabajo* núm. 164/2014.

derecho a huelga), por lo que cierta doctrina y jurisprudencia entendió que la normativa del DLRT relativa al derecho a huelga seguía vigente, siendo de aplicación y constitucional.

La única vía para corregir o ratificar dicha presunción era «provocar un pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional, a través del correspondiente recurso de inconstitucionalidad contra el DLRT en lo no derogado de modo expreso por el ET.»¹⁵ Y así fue como José Vida Soria como comisionario de 52 diputados de los grupos socialistas del Congreso interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra varios preceptos del DLRT, entre ellos el Título I relativo al derecho a huelga. El Pleno del Tribunal Constitucional dictó la Sentencia 11/1981, de 8 de abril, (en adelante, STCH) en la que se efectuaban nueve pronunciamientos de inconstitucionalidad del DLRT y se declaraba su adecuación a la CE en lo restante. Dicha sentencia es «la primera con alcance interpretativo, es decir, que no se limitó a decir qué preceptos de la norma recurrida eran constitucionales, sino que, además, subordinó la constitucionalidad de algunos de ellos a la condición de que fueran interpretados de una determinada manera.»¹⁶

La inexistencia de una Ley Orgánica es «una insuficiencia crónica con la que se ha aprendido a convivir, pero con la ayuda imprescindible de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ha efectuado su labor no sólo interpretativa sino también reguladora.»¹⁷ Así pues, para el estudio del derecho a huelga resulta indispensable el estudio de la numerosa jurisprudencia constitucional, empezando por la STCH.

3.2. TITULARIDAD DEL DERECHO A HUELGA.

Respecto a la titularidad del derecho de huelga cabe plantearse tres cuestiones básicas: si es tan sólo un derecho de los trabajadores por cuenta ajena, o también de los que trabajan por cuenta propia; si es un derecho exclusivo de los trabajadores en régimen laboral, o también de los funcionarios públicos; y si se trata de un derecho individual, o al mismo tiempo hay que entenderlo como derecho colectivo. (Antonio Martín Valverde y Joaquín García Murcia, 2021)¹⁸.

¹⁵PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., 1991. *Los derechos laborales...* cit. p. 10.

¹⁶ LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, R. 2014. *Significativos y cercanos pronunciamientos...* cit. p. 10.

¹⁷ LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, R. 2014. *Significativos y cercanos pronunciamientos...* cit.p. 10.

¹⁸ MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J., 2021. *Derecho del Trabajo*. Trigésima edición. Editorial Tecnos. p. 426.

A) Trabajadores por cuenta ajena.

Aunque el artículo 28.2 de la CE tan sólo habla de trabajadores, sin anticipar su condición, la huelga, por su origen y por sus fines, es un instrumento típico y exclusivo de los trabajadores por cuenta ajena.¹⁹ Esto tiene sentido porque el principal fin de la huelga es ejercer presión para que el empresario mejore las condiciones laborales del trabajador, por lo que el trabajador tiene que estar prestando servicios al empresario. La STCH indica que el derecho a huelga no puede extenderse a otras categorías profesionales como los autónomos, comerciantes o autopatrones.

En consecuencia, son titulares del derecho a huelga aquellos trabajadores sometidos a legislación laboral, con independencia de que lo hagan en el ámbito privado o en el público, o de que ostenten una relación laboral ordinaria o una relación laboral especial.²⁰

B) Situación de los funcionarios públicos.

Pese a no estar expresamente mencionados en el artículo 28.2 de la CE, la legislación ordinaria sí que establece el derecho a huelga de los funcionarios públicos, en concreto el artículo 15.2 del EBEP establece que «el ejercicio de la huelga, con la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales»²¹ es un derecho individual que tienen los empleados públicos para ejercer colectivamente.

Además, dentro del contenido esencial de la libertad sindical aparece el derecho a huelga y los funcionarios públicos sí que tienen reconocido el derecho a sindicarse, ya que así lo establece expresamente el artículo 28.1 de la CE al indicar que «la ley regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos.»²²

Otro argumento a favor de la inclusión de los funcionarios públicos en la titularidad del derecho a huelga es que cuando se quiere prohibir la huelga se dice

¹⁹ MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J., 2021. *Derecho del Trabajo... cit. p. 11.*

²⁰ MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J., 2021. *Derecho del Trabajo... cit. p. 11.*

²¹ Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

²² Constitución Española de 1978.

expresamente, como ocurre con las Fuerzas Armadas, los Cuerpos de carácter militar, la Policía Nacional, los Magistrados y los Jueces y los Fiscales²³.

C) Titularidad individual y facultades colectivas.

El artículo 28.2 de la CE reconoce el derecho a huelga, de donde se deriva la titularidad individual de ese derecho, confirmada por los artículos 1 DLRT y el 4.1.e del ET²⁴. Esta titularidad individual hace referencia a que cada trabajador puede elegir libremente si se adhiere o no a la huelga convocada.

Ahora bien, la huelga es un derecho colectivo que requiere una acción concertada o de grupo. Según el artículo 3 del DLRT la huelga puede ser convocada directamente por los trabajadores o a través de sus representantes, entendiendo como tales tanto a los comités de empresa, como a los delegados de personal y a los sindicatos.²⁵

Esto se indica de manera clara en la STS 328/2019, de 25 de abril donde se establece que «Define al derecho de huelga el ser un derecho atribuido a los trabajadores uti singuli, aunque tenga que ser ejercitado colectivamente mediante concierto o acuerdo entre ellos. Para aclarar lo que se entiende por ejercicio colectivo debe señalarse que son facultades del derecho de huelga la convocatoria o llamada, el establecimiento de las reivindicaciones, la publicidad o proyección exterior, la negociación y, finalmente, la decisión de darla por terminada. Se puede, por ello, decir que si bien la titularidad del derecho de huelga pertenece a los trabajadores y que a cada uno de ellos corresponde el derecho de sumarse o no a las huelgas declaradas, las facultades en que consiste el ejercicio del derecho de huelga, en cuanto acción colectiva y concertada, corresponden tanto a los trabajadores como a sus representantes y a las organizaciones sindicales.»²⁶

3.3. LÍMITES DEL DERECHO A HUELGA.

Según el Tribunal Constitucional, el derecho a huelga ha de conjugarse con el resto de los derechos y bienes protegidos por el ordenamiento, y en especial, aquellos que tienen rango constitucional. Martín Valverde y García Murcia enumeran los límites del

²³ GARCÍA BLASCO, J., DE VAL TENA, Á.L. Y ALCÁZAR ORTIZ, S., 2019. *Derecho Individual y Colectivo del Trabajo*. Novena edición. Editorial Kronos. p. 330.

²⁴ MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J., 2021. *Derecho del Trabajo...* cit. p. 11.

²⁵ MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J., 2021. *Derecho del Trabajo...* cit. p. 11.

²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 328/2019, de 25 de abril de 2019 (ECLI: ES:TS:2019:1626).

derecho a huelga diferenciando entre los siguientes: el mantenimiento de los servicios esenciales y fijación de los servicios mínimos, el orden público y la seguridad del Estado y las libertades personales, económicas y profesionales.

A) Mantenimiento de los servicios esenciales y fijación de los servicios mínimos.

Se trata de un límite expreso del derecho a huelga que aparece en el propio artículo 28.2 de la CE, y que, como señala la STCH, trata de evitar «un mal más grave que el que los huelguistas experimentarían si su reivindicación o pretensión no tuviera éxito, dado que se trata de actividades de importancia trascendental para la sociedad.»²⁷

Como indica Juan Carlos Morón Urbina la huelga puede afectar de manera indirecta a algunos terceros, como son los proveedores o los clientes, pero de manera transitoria y sin verse afectados de modo vital o fundamental. La situación es distinta cuando la empresa afectada por la paralización tiene a su cargo la prestación de actividades calificadas como esenciales para la colectividad²⁸, ya que la huelga en los servicios esenciales «no es más que una huelga cuyos efectos se proyectan negativamente sobre la comunidad.»

Por ello, es cuestión de relevante importancia determinar cuáles son los servicios esenciales. La jurisprudencia ha venido considerando servicios esenciales todos aquellos en los que está en juego un bien constitucionalmente protegido, incluyendo los derechos fundamentales de la persona y ha sido la doctrina la que ha intentado hacer una reducción del concepto de los servicios esenciales. La doctrina centraría dichos servicios en cuatro grupos: alimentación, energía, comunicación y protección de la salud (García, De Val, Alcázar, 2019²⁹).

En nuestro ordenamiento los órganos competentes para establecer las garantías precisas que protejan los servicios esenciales son las autoridades gubernativas, que pueden abrir desde luego procesos de consulta o negociación con las partes interesadas, tal y como establece el DLRT en su artículo 10.2 indicando que «cuando la huelga se

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril, sobre recurso de inconstitucionalidad frente a DLRT.

²⁸ MORÓN URBINA, J.C., 2013. *La visión jusadministrativa de la huelga en los denominados servicios públicos esenciales*. Revista IUS ET VERITAS, nº 46.

²⁹ GARCÍA BLASCO, J., DE VAL TENA, Á.L Y ALCÁZAR ORTIZ, S., 2019. *Derecho Individual y Colectivo del Trabajo...* cit. p. 12.

declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurran circunstancias de especial gravedad, la Autoridad gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios. El Gobierno, asimismo, podrá adoptar a tales fines las medidas de intervención adecuadas.»³⁰

La intervención más usual es la fijación de servicios mínimos en el ámbito de la huelga, es decir «unos servicios, trabajos o actividades que, en todo caso, y pese a esa convocatoria, han de prestarse a los usuarios, y cuyo número deberá depender, en buena lógica, de las características de la huelga, de las exigencias del correspondiente servicio y de la existencia o no de medios alternativos.»³¹

Uno de los criterios que es necesario respetar para la fijación de servicios mínimos, tal y como establece la STS de 12 de marzo de 1999, es el de la proporcionalidad, debiendo existir «una razonable proporción entre los sacrificios que se impongan a los huelguistas y los que padezcan los usuarios de los servicios esenciales.»³² Así pues, el mantenimiento de los servicios mínimos debe respetar el contenido esencial de la huelga y por ello no equivale al funcionamiento normal de los servicios, sino que se trata de una cobertura mínima de las necesidades que están encargados de satisfacer (STC, de 17 de julio de 1981³³). La correspondiente decisión gubernativa ha de estar adecuadamente motivada y «cuando se produce una restricción de derechos fundamentales constitucionalmente garantizados, la autoridad que realiza el acto debe estar en todo momento en condiciones de ofrecer justificación.»³⁴ Además, se efectúa para cada caso, por lo que no es viable una regulación de carácter general y abstracta, sino que hay que atender a las características y circunstancias de cada una de las huelgas (STS, 11 de abril de 2003³⁵). Por último, indicar que la designación debe ser pública y comunicarse a los trabajadores afectados y el acto-administrativo en cuestión está sometido a control judicial, siendo impugnabile ante la jurisdicción contencioso-administrativa (García, De Val y Alcázar, 2019³⁶).

³⁰ Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo... cit. p. 9.

³¹ MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J., 2021. *Derecho del Trabajo...* cit. p. 11.

³² Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de marzo de 1999 (ECLI: ES:TS:1999:1710).

³³ Sentencia del Tribunal Constitucional, de 17 de julio de 1981 (ECLI: ES:TC:1981:26).

³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de septiembre de 2006 (ECLI: ES:TS:2006:6089).

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de abril de 2003 (ECLI: ES:TS:2003:2556).

³⁶ GARCÍA BLASCO, J., DE VAL TENA, Á.L Y ALCÁZAR ORTIZ, S., 2019. *Derecho Individual y Colectivo del Trabajo...* cit. p. 12.

B) El orden público y la seguridad del Estado.

Los estados excepcionales son un límite a los derechos fundamentales, y dentro de la normativa vigente, la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, concede al Gobierno la facultad de declarar el estado de alarma en caso de paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad cuando no se cumpla la exigencia del artículo 28.2 de la CE y se produzca una situación de catástrofe, calamidad o desgracia pública, una crisis sanitaria o una situación de desabastecimiento de productos de primera necesidad. Además, en virtud del artículo 55 de la CE³⁷, en caso de estados de excepción o sitio podrán verse prohibidas las huelgas y las medidas de conflicto colectivo, podrán ser intervenidas industrias y comercios y podrán ser requeridas prestaciones obligatorias.³⁸

Por otro lado, la Sección 2ª de la LO 4/2015, de 30 de marzo se dedica al «Mantenimiento y restablecimiento de la seguridad ciudadana en reuniones y manifestaciones». En el artículo 23.2 se indica que «las medidas de intervención para el mantenimiento o el restablecimiento de la seguridad ciudadana en reuniones y manifestaciones serán graduales y proporcionadas a las circunstancias» y determina que «la disolución de reuniones y manifestaciones constituirá el último recurso.»³⁹ Tal y como indica el propio artículo 23 la autoridad gubernativa sólo procederá a disolver las reuniones y manifestaciones en los supuestos previstos en el artículo 5 de la LO 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, entre los que aparece: «c) cuando se produzcan alteraciones del orden público, con peligro para personas y bienes.»⁴⁰

C) Las libertades personales, económicas y profesionales.

El ejercicio del derecho de huelga afecta principalmente a los poderes de organización y dirección del empresario, pero también puede afectar a otros trabajadores e incluso a terceros, como los consumidores y, sobre todo, los usuarios de servicios públicos. Por ello, la jurisprudencia y ya la STCH insiste en que la huelga no puede causar más gravámenes o molestias que aquellos que sean necesarios y en que su ejercicio exige proporcionalidad y sacrificios mutuos con la consiguiente interdicción de abusos,

³⁷ Constitución Española... cit. p. 12.

³⁸ MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J., 2021. *Derecho del Trabajo...* cit. p. 11.

³⁹ Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

⁴⁰ Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión.

coacciones y actos de violencia. A evitar abusos, se dirigen las reglas que se ocupan de la convocatoria de huelga, de la fijación de servicios de seguridad y mantenimiento, o de la determinación de las huelgas ilícitas o abusivas.⁴¹

En virtud del artículo 6.4 del DLRT, la huelga también debe respetar la libertad de trabajo de los trabajadores que deciden no sumarse a la huelga. La STC 69/2016, de 14 de abril resume sentencias en las que se ha ido estableciendo que el derecho a huelga no incluye la posibilidad de ejercer coacciones o actos de intimidación entendiendo que «son conductas totalmente ajenas al ejercicio del derecho a huelga impedir la entrada en la fábrica a los directivos, trabajadores de empresas contratistas o a los designados para atender los servicios mínimos y amenazar a los que estaban en su puesto de trabajo para que lo abandonaran, golpear y amenazar a un trabajador para eliminar de hecho su libertad de trabajo, agredir e insultar a las personas de seguridad y causar incendios y daños en las instalaciones de la empresa, interceptar y golpear el vehículo que trasladaba a los trabajadores insultando a sus ocupantes, insultar a los trabajadores que accedían al centro de trabajo u obstaculizar e impedir a clientes y trabajadores el libre acceso a la empresa, profiriendo palabras injuriosas e insultantes contra quien no secundaba la huelga.»⁴²

IV. EJERCICIO DEL DERECHO A HUELGA.

4.1. PREPARACIÓN, DECLARACIÓN Y CONVOCATORIA.

Existen actos preparatorios, sin regulación en nuestro ordenamiento, que tienen la finalidad de poner a punto la huelga y advertir a la parte empresarial de su posibilidad o inminencia a partir de la transmisión de información, reuniones, movilizaciones, etc.

El artículo 3 del DLRT exige que «la declaración de huelga, cualquiera que sea su ámbito, exige, en todo caso, la adopción de acuerdo expreso, en tal sentido, en cada centro de trabajo.»⁴³ Por su parte el ASAC 2020 exige en su artículo 19.3 que «el escrito de comunicación formal de la convocatoria de huelga deberá especificar que se ha

⁴¹ MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J., 2021. *Derecho del Trabajo... cit. p. 11.*

⁴² Sentencia del Tribunal Constitucional 69/2016, de 14 de abril de 2016. Recurso de amparo 3660/2013.

⁴³ Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo... cit, p. 9.

solicitado la mediación», considerando que si no se acredita «la huelga no se encuentra debidamente convocada.»⁴⁴

El acuerdo de huelga, tal y como indica el artículo 3 del DLRT deberá ser comunicado al empresario o empresarios afectados y a la autoridad laboral. Es obligatorio que la comunicación se haga por escrito, se notifique al menos cinco días naturales antes de su fecha de inicio y que contenga «los objetivos de ésta, gestiones realizadas para resolver las diferencias, fecha de su inicio y composición del comité de huelga.»⁴⁵ La STS 13/1986, de 30 de enero, consideró que no es necesaria la comunicación en una huelga de ámbito supraempresarial a todos y cada uno de los empresarios, bastando con que la comunicación se dirija a la representación colectiva de las empresas, como una asociación patronal.⁴⁶

4.2. DESARROLLO.

El DLRT se ocupa también de los deberes que han de cumplir las partes en conflicto durante el desarrollo de la huelga. Uno de los más importantes, es el ya explicado de prestar servicios mínimos cuando la huelga afecte a servicios esenciales de la comunidad. Otros que cabe mencionar y se van a tratar de manera sintética son la existencia de un comité de huelga que deberá garantizar durante la misma la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y las cosas, la no ocupación de los centros de trabajo o cualquiera de sus dependencias o el deber de no sustitución de los trabajadores huelguistas. A este último supuesto, conocido con el nombre de “esquirolaje” se dedicará el apartado V del presente trabajo

A) Comité de Huelga.

Como se ha indicado en el apartado anterior, en la comunicación de la huelga se ha de reflejar la composición del comité de la huelga. Su regulación aparece en el artículo 5 del DLRT y se indica que no podrá estar formado por más de 12 personas que deberán ser miembros del propio centro de trabajo afectado por el conflicto. Al comité de huelga

⁴⁴ Resolución de 10 de diciembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VI Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (Sistema Extrajudicial). Publicado en el BOE N° 334, de 23 de diciembre de 2020.

⁴⁵ Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo... cit, p 9.

⁴⁶ GARCÍA BLASCO, J., DE VAL TENA, Á.L Y ALCÁZAR ORTIZ, S., 2019. *Derecho Individual y Colectivo del Trabajo...* cit. p. 12.

le corresponde «participar en cuantas actuaciones sindicales, administrativas o judiciales se realicen para la solución del conflicto (art 5 del DLRT)», «garantizar la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuese precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa (art 6.7 del DLRT)» y «desde el momento del preaviso y durante la huelga» deberá «negociar para llegar a un acuerdo, sin perjuicio de que en cualquier momento los trabajadores puedan dar por terminada aquélla (art 8.2 del DLRT).»⁴⁷

En definitiva, el Comité de Huelga se configura como un instrumento de negociación de cara a la resolución del conflicto. En este punto resulta interesante mencionar la STS 328/2019, de 25 de abril de 2019 en la que se entiende ilegal por abusiva una huelga que había sido convocada por cinco sindicatos diferentes y que pretendían que la empleadora negociara simultáneamente con los cinco comités de huelga sin minorar el número de componentes de la comisión negociadora⁴⁸. Dicha interpretación ha sido confirmada posteriormente por el TC⁴⁹, al desestimar el recurso de amparo interpuesto por la Confederación General del Trabajo y tal y como indica Nogueira Guastavino se puede resumir en que cuando se convocan varias huelgas en una misma empresa por distintos sindicatos para los mismos días y con los mismos objetivos, la negativa sindical a constituir una única comisión negociadora y obligar al empresario a negociar con cinco comités aboca a calificar la huelga como abusiva⁵⁰.

B) Servicios de mantenimiento y seguridad.

El artículo 6.7 del DLRT mencionado en el apartado anterior es el que obliga al comité de huelga a garantizar los servicios de seguridad y mantenimiento precisos para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa. La constitucionalidad de dicho artículo fue admitida por la STCH argumentando que «la huelga es un derecho de hacer presión sobre el empresario, colocándose los trabajadores fuera del contrato de trabajo, pero no es, ni debe ser una vía para producir daños o deterioros en los bienes de capital.⁵¹» Para González Biedma los servicios de mantenimiento son aquellos que pretenden evitar daños

⁴⁷ Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo... cit, p. 9.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 328/2019, de 25 de abril de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1626).

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 130/2021, de 21 de junio de 2021 (ECLI:ES:TC:2021:130).

⁵⁰ NOGUEIRA GUASTAVINO, MAGDALENA, 2021. *Comisión negociadora en huelgas simultáneas convocadas en una misma empresa*. Revista de jurisprudencia laboral, nº 8/2021.

⁵¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981... cit... p. 14.

irreparables por la actividad que trae consigo la huelga y tratan de preservar la seguridad de las instalaciones⁵². Para Torrente Gari los servicios de seguridad son aquellos que pretenden evitar robos, daños y agresiones en las personas y en las cosas, por parte de terceros y de los propios huelguistas⁵³.

Así pues, no hay que confundir los servicios esenciales y servicios mínimos como límite al derecho a huelga, explicados con anterioridad y materializados en la CE, con los servicios de mantenimiento y seguridad, cuya regulación es simplemente legal. El objeto de los servicios de seguridad y mantenimiento es posibilitar una inmediata reanudación de la actividad de la empresa al término de la huelga puesto que el ejercicio de este derecho tiene que ser cohonestado con la tutela de los bienes e instalaciones de la empresa y de su supervivencia económica⁵⁴. Además, los servicios de mantenimiento y seguridad se negocian entre el empresario y el comité de huelga mientras que los servicios mínimos en los servicios esenciales los fija la autoridad gubernativa⁵⁵.

C) Prohibición de ocupación ilegal de los locales de trabajo.

El artículo 7.1 del DLRT establece que «el ejercicio del derecho de huelga habrá de realizarse, precisamente, mediante la cesación de la prestación de servicios por los trabajadores afectados y sin ocupación por los mismos del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias.»

No obstante, la STCH matizó este artículo y entendió que el ejercicio del derecho a huelga puede ir acompañado, en principio, de la ocupación de los centros de trabajo, pudiendo en todo caso el empresario ordenar el desalojo de los locales de la empresa cuando está en riesgo la seguridad de las personas o los bienes, o cuando los huelguistas impiden de modo ilegítimo el desarrollo de la actividad empresarial⁵⁶. Con ello, se entiende que lo que se prohíbe es la ocupación ilegal, la negativa a una orden legítima de

⁵² GONZÁLEZ BIEDMA, E., 1990. *Los servicios de seguridad y mantenimiento en la empresa durante la huelga*. Revista crítica de teoría y práctica, nº 1.

⁵³ TORRENTE GARI, S., 1992. *Huelga, servicios esenciales, servicios de seguridad y mantenimiento: la nueva regulación*. Revista de Estudios Financieros.

⁵⁴ DURÁN LÓPEZ, F., 1988. *Autorregulación de servicios mínimos en huelgas y paros laborales*. CARL

⁵⁵ MONREAL BRINGSVAERD, E., 2008. *Huelga en servicios esenciales, análisis de la jurisprudencia española*. Editorial Tirant lo Blanch, p. 113.

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981... cit... p. 14.

desalojo, no la simple permanencia, que permite las reuniones o la transmisión de información y que incluso puede ser positiva para el desarrollo de la huelga⁵⁷.

D) No sustitución de huelguistas.

En lo que respecta a las prácticas empresariales ejercitadas para anular los efectos del derecho de huelga, «la legislación española prohíbe al empresario la sustitución de los huelguistas por otros trabajadores, ya sea mediante la contratación de otros trabajadores (art 6.5 del DLRT), ya sea mediante el reclutamiento de mano de obra a través de Empresas de Trabajo Temporal (art 8.a de la Ley 14/1994, de 1 de junio, de empresas de trabajo temporal y art 3.2. de la Ley 45/1999 sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacionales).»⁵⁸

Esto es así, porque resulta esencial que la huelga despliegue sus efectos y limite con ello la libertad del empresario, por lo que la libertad de empresa (pese a ser un derecho constitucional previsto en el artículo 38 de la CE), quedará afectada y el empresario no podrá utilizar los mecanismos de organización y gestión productiva de que dispone con el objeto de limitar la eficacia de una huelga o de menoscabar su contenido esencial.⁵⁹

La doctrina científica y la jurisprudencia han evolucionado en los últimos años y también se han declarado contrarios al derecho no sólo la sustitución de los trabajadores huelguistas por otros ajenos a la empresa, sino también supuestos en los que se han sustituido a los trabajadores huelguistas por otros pertenecientes a la misma empresa pero que deciden no secundar la huelga, o cuando el trabajo de los huelguistas es realizado por instrumentos tecnológicos.

⁵⁷ GARCÍA BLASCO, J., DE VAL TENA, Á.L Y ALCÁZAR ORTIZ, S., 2019. *Derecho Individual y Colectivo del Trabajo...* cit. p. 12.

⁵⁸ MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J., 2021. *Derecho del Trabajo...* cit. p. 11.

⁵⁹ DE VAL TENA, A., 2001. *La prohibición legal de sustituir a los trabajadores huelguistas: sobre un posible comportamiento empresarial contrario al derecho de huelga.* Aranzadi Social nº 14.

V. EL ESQUIROLAJE.

5.1. DEFINICIÓN Y TIPOS.

El término esquirol hace referencia, tal y como indica la RAE al «trabajador que se presta a ocupar el puesto de un huelguista.»⁶⁰ Así pues, el esquirolaje se utiliza para hacer referencia a los actos llevados a cabo por el empresario para eludir los efectos de la huelga sustituyendo a los trabajadores huelguistas por personal interno modificando sus circunstancias de lugar y de trabajo, por trabajadores externos a la empresa o más a la orden del día, por medios tecnológicos. Con esta práctica se vacía de contenido el ejercicio del derecho, desactivando sus efectos y aminorando la presión asociada al mismo. El empresario busca disminuir el seguimiento de la huelga y limitar su impacto sobre la producción de la empresa (Calvo, 2017)⁶¹.

Como se puede apreciar, en torno al esquirolaje hay un conflicto de intereses entre los trabajadores huelguistas, interesados en que la huelga sea eficaz y provoque un daño al empresario, y por otro lado el del empresario, que desea minimizar los efectos de la huelga amparándose en la libertad de empresa y recurriendo para ello a sus poderes directivo, a la contratación laboral, a la subcontratación mercantil, o a sus medios técnicos para garantizar la continuidad de su actividad productiva.⁶² A este conflicto se une el derecho de los trabajadores no huelguistas a no secundar la huelga y adoptar medidas de conflicto colectivo. Así pues, hay ponderar el artículo 28.2 de la CE (derecho a huelga de los trabajadores), el 38 de la CE (libertad de empresa) y el 37.2 de la CE (derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo).

5.2. EL ESQUIROLAJE EXTERNO.

Esta modalidad hace referencia a la sustitución de trabajadores que secundan la huelga por empleados no vinculados a la empresa previamente o a la contratación de los servicios de otra empresa para cubrir las tareas que éstos dejan de realizar. «El recurso a nuevos trabajadores, que se contratan precisamente para que desarrollen la actividad

⁶⁰ Del catalán, 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.

⁶¹ CALVO GALLEGO, F.J., 2017. *Las comunicaciones empresariales a la plantilla en situaciones de Conflicto*. Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 199.

⁶² VALLE MUÑOZ, F.A., 2019. *La sustitución empresarial de trabajadores huelguistas: el tratamiento jurídico-laboral del esquirolaje*. Editorial Atelier, p. 22.

abandonada por los que secundan un conflicto, sería la manifestación más clara, la primera forma de privar de eficacia la huelga.»⁶³.

El esquirolaje externo, en general, está prohibido expresamente en el artículo 6.5 del DLRT donde se establece que «en tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número siete de este artículo.»⁶⁴

En el mismo sentido, el artículo 8.10 de la LISOS indica que serán infracciones muy graves «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.»⁶⁵ Este segundo precepto es más restrictivo, ya que no sólo nos habla de los trabajadores que no estuviesen vinculados previamente a la empresa, sino que también prohíbe la sustitución de los huelguistas por otros trabajadores, que, aunque pertenezcan a la misma empresa, se encuentran vinculados a otro centro de trabajo (esquirolaje interno).

El ordenamiento jurídico también prohíbe el contrato de puesta a disposición entre una ETT y una empresa usuaria, indicando en el artículo 8 de la LETT referido a las exclusiones que no se pueden celebrar contratos de puesta a disposición para sustituir a trabajadores en huelga en la empresa usuaria.⁶⁶ En este sentido, el artículo 19.3.a) establece que serán infracciones muy graves «Los actos del empresario lesivos del derecho de huelga, consistentes en la sustitución de trabajadores en huelga por otros puestos a su disposición por una empresa de trabajo temporal.»⁶⁷ Con un efecto aparentemente contrario, el TS en la sentencia 961/2016 sí que permite a compañías clientes de una empresa en huelga, con las que no constituye grupo de empresas ni tiene ninguna vinculación, salvo la propia relación clientelar, que puedan contratar con otras los trabajos que tenían suscritos con la empresa en huelga⁶⁸. De lo contrario, si se

⁶³ LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, R. 2014. *Significativos y cercanos pronunciamientos...* cit. p. 10.

⁶⁴ Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo... cit. p. 9.

⁶⁵ 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.

⁶⁶ Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.

⁶⁷ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto... cit. p. 23.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 961/2016, de 16 de noviembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:5720).

impidiese a los destinatarios de los trabajos realizados por una empresa en huelga contratar con otras que no la secunden, se llegaría a sostener que los consumidores habituales de un comercio no podrían comprar en otro, en caso de huelga del primero, lo que conduciría a unas consecuencias totalmente exorbitantes del derecho a huelga⁶⁹.

No obstante y como ya se ha mencionado en el literal del artículo 6.5 del DLRT, en su último inciso se establece una excepción expresa a la prohibición del esquirolaje en caso de incumplimiento de las obligaciones establecidas en el apartado 7 del mismo artículo, es decir, cuando se incumpla la obligación de garantizar durante la huelga «la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuera precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa.⁷⁰» Por ello, el incumplimiento de garantizar los servicios de mantenimiento y seguridad durante la huelga posibilita al empresario a contratar a otros trabajadores.

Otra duda que cabe plantearse es si en el caso de que la huelga fuese ilegal el empresario podría igualmente contratar lícitamente sustitutos para los huelguistas, donde encontramos dos interpretaciones enfrentadas: una que indica que la ley tan sólo pretende garantizar la eficacia de una huelga legal, por lo que la empresa podría contratar trabajadores externos a la empresa al tiempo de declarar la huelga en todos los supuestos de huelgas ilegales⁷¹, y otra, desde una perspectiva literal donde sólo se entendería lícita la sustitución en el caso previsto expresamente por la ley. En todo caso tal y como indican Sala y López el problema que se plantea en la práctica es el de saber cuándo se trata de una huelga ilegal, dado que son los Tribunales los que tienen la última palabra en cuanto a la calificación de la legalidad de una huelga. Por ello, «habrá que esperar a la difícil calificación judicial que de los hechos se haga a posteriori de la actuación empresarial, lo que implicará siempre un riesgo para el empresario que decida sustituir a los trabajadores huelguistas⁷²», dado que, de hacerlo, si posteriormente la huelga es calificada judicialmente como legal, el empresario habría cometido las infracciones anteriormente referidas de la LISOS.

⁶⁹ TOSCANI GIMENEZ, 2017. *Prohibición de esquirolaje externo, interno y tecnológico durante la huelga*. Artículo publicado en LinkedIn.

⁷⁰ Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo... cit, p. 9.

⁷¹ Sentencia del Tribunal Supremo 1029/1989, de 23 de octubre de 1989.

⁷² SALA FRANCO, T. y LÓPEZ GARCÍA DE LA RIVA, I.L., 2013. *Los mecanismos empresariales de defensa...* cit. p. 9.

En todo caso, se viene considerando que no supone una vulneración al derecho a huelga, la contratación de trabajadores durante la jornada de huelga, pero con causa ajena a la misma. Así, la STC 66/2002, de 21 de marzo, no consideró que vulnerase el derecho a huelga la contratación de ocho trabajadores eventuales en medio del conflicto abierto, puesto que no sustituyeron a los huelguistas, sino que fueron contratados con una causa real, que fue el problema de abastecimiento de materia prima causada por parte de los proveedores.⁷³ Según dicha sentencia no puede utilizarse la libertad de empresa como instrumento para privar de efectividad a la huelga «mediante la colocación de personal, no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para desactivar la presión producida por el paro del trabajo», pero sí cabe la contratación de trabajadores durante el conflicto siempre que el objetivo no sea la sustitución de los trabajadores huelguistas para lo que se requiere probar «la autonomía de la medida respecto del conflicto y la falta de influencia en el ejercicio del derecho.⁷⁴»

En este sentido, a juicio de los tribunales y de la doctrina científica, cuando la decisión de contratación de personal de refuerzo es ajena al conflicto, cabe entender que la medida empresarial no vulnera el derecho de huelga, de manera que si la empresa realiza contrataciones de refuerzo en fechas anteriores y posteriores a la huelga, pero las mismas no van dirigidas a compensar el trabajo que ha dejado de prestarse durante la misma, sino a reparar unas averías que entorpecían y ponían en peligro la actividad empresarial, no cabe entender prohibida dicha contratación⁷⁵.

5.3. EL ESQUIROLAJE INTERNO.

Esta modalidad hace referencia a la sustitución de trabajadores que secundan la huelga por empleados vinculados a la empresa previamente, los cuales tendrán que modificar en cierto modo sus circunstancias de trabajo produciéndose una reorganización del mismo. «Se manifiesta cuando el empresario recurre a sus poderes directivos para movilizar a trabajadores del mismo centro de trabajo o de otros centros de trabajo, con el objeto de sustituir a los trabajadores huelguistas.»⁷⁶

⁷³ Sentencia del Tribunal Constitucional 66/2002, de 21 de marzo de 2002. Recurso de amparo 2331/1998.

⁷⁴ BAYLOS GRAU, A. P., 2005. *Continuidad de la producción o del servicio y facultades empresariales en casos de huelga*. Estudios sobre la huelga.

⁷⁵ VALLE MUÑOZ, F.A., 2019. *La sustitución empresarial...* cit. p. 22.

⁷⁶ VALLE MUÑOZ, F.A., 2019. *La sustitución empresarial...* cit. p. 22.

A diferencia del esquirolaje externo, el esquirolaje interno no está prohibido expresamente por el DLRT, pero tal y como se ha visto en el artículo 8.10 de la LISOS se califica como infracción muy grave la sustitución de los trabajadores huelguistas por otros que en el momento de la huelga estaban vinculados a otro centro de trabajo, prohibiendo la movilidad de los trabajadores de un centro de trabajo a otro, aun perteneciendo a la misma empresa. Por ello, en el supuesto en el que los trabajadores huelguistas son sustituidos por trabajadores de otros centros de trabajo, ya sea dentro de la misma provincia o distinta, no han surgido grandes dudas y tanto la doctrina científica como la judicial⁷⁷ lo asimilan con el esquirolaje externo, entendiendo que dicha sustitución es ilegal.

Todavía se llega más lejos, al considerar contrario al derecho fundamental de huelga la práctica empresarial consistente en reasignar a otros centros de trabajo de la misma empresa encargos o tareas que, inicialmente, eran propios del centro de trabajo que paraliza su actividad⁷⁸. En esta línea la STSJ de Cataluña del 24 de abril de 2015 determinó que era ilícito aumentar la producción de otros centros de trabajo de la empresa, para suplir la falta de producción de los que se encontraban en huelga, distribuyendo posteriormente a los supermercados o clientes mediante transportistas autónomos⁷⁹. Se puede decir que se considera ilegal tanto el esquirolaje interno consistente en la movilización física de un trabajador de un centro a otro, como el desvío por el empresario de la actividad productiva de un centro de trabajo a otro.

Dejando de lado ese supuesto y centrándonos en aquellos en los que los trabajadores huelguistas son sustituidos por otros del mismo centro de trabajo que no secundan la huelga, han existido diferentes posturas tanto jurisprudenciales como doctrinales, tanto a favor como en contra de su legalidad, ya que se puede entender que el empresario alega el “ius variandi” o el poder de organización empresarial en su empresa para utilizar a los trabajadores no huelguistas de su empresa de la manera que más le convenga.

⁷⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, 25 de octubre de 2013, recurso nº 450/2013. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, 31 de marzo de 2004, recurso nº 1161/2004.

⁷⁸ RUÍZ SAURA, J.E., 2021. *El esquirolaje en la empresa del siglo XXI. Repaso jurisprudencial del caso español*. Revista DELOS, especial noviembre 2021.

⁷⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 2790/2015, 24 de abril de 2015, nº recurso 879/2015. (ECLI: ES: TSJCAT:2015:3082).

Parece que la cuestión fue definitivamente aclarada por el TC en su sentencia 123/1992, de 28 de septiembre: «esta sustitución interna de trabajadores en huelga constituye las más de las veces un ejercicio abusivo del poder de dirección del empresario»⁸⁰ desde el momento en que se maneja con «fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico y en una situación conflictiva» y no «como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para desactivar la presión producida por el paro del trabajo»⁸¹. En definitiva, no cabe que las funciones que no se desarrollarán por los huelguistas sean realizadas por otras personas trabajadoras que, de no producirse la huelga, en ningún caso las asumirían, con el fin de minimizar el efecto de la huelga.

Encontramos numerosas sentencias del TC en las que se insiste en que la sustitución interna de trabajadores constituye un ejercicio abusivo del ius variandi, pero, sin lugar a dudas, fue la STC 33/2011, de 28 de marzo, la que desarrolló definitivamente la doctrina sentada en la STC 123/1992 ya comentada. En la STC 33/2011 se indica que «ni el empresario puede imponer a los trabajadores no huelguistas la realización de las tareas que corresponden a los que secundaron la convocatoria, ni los trabajadores que libremente decidieron no secundarla pueden sustituir el trabajo de sus compañeros.» Dicha sentencia concluye con claridad que «la sustitución interna de huelguistas durante la medida de conflicto colectivo constituye un ejercicio abusivo del ius variandi empresarial», dado que el poder directivo «no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por quien en situaciones ordinarias no tienen asignadas tales funciones.»⁸² Por ello, en tanto resulte probado que las funciones de los huelguistas han sido desarrolladas por quienes tenían asignadas otras diferentes en la misma empresa, debe concluirse que se ha lesionado el derecho a huelga.

La propia STC 33/2011 recuerda que, aunque la empresa tenga el derecho a adoptar una posición en contra de la huelga y los jefes y directivos de la misma, en virtud de la libertad de trabajo puedan decidir no secundarla, tales derechos no les facultan para realizar o tolerar actuaciones dirigidas a neutralizar y vaciar el contenido del derecho a huelga. Por ello se considera ilegal, la utilización de las estructuras de mando para sustituir a los trabajadores huelguistas de categorías inferiores por otros de categorías

⁸⁰ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., 2021. *Derecho del Trabajo... cit. p. 9.*

⁸¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1992, de 28 de septiembre de 1992. Recurso de amparo 301/1989.

⁸² Sentencia del Tribunal Supremo 33/2011, de 28 de marzo de 2011. Recurso de amparo 6171/2004.

superiores. Hay que tener en cuenta que en ocasiones la huelga no sólo pretende la obtención de unos resultados frente al empresario, sino que también puede ir encaminada a obtener ventajas a nivel corporativo entre diferentes categorías de trabajadores⁸³. Por ello, si los trabajadores menos especializados son sustituidos por otros de mayor cualificación, se ahonda en el desequilibrio entre ambos colectivos⁸⁴.

La más actual STS de 13 de enero de 2020 ha reiterado la doctrina de las STC 123/1992 y STC 33/2011, considerando que se ha producido una vulneración del derecho de huelga por esquirolaje interno al sustituir a una presentadora de un programa televisivo por un trabajador no huelguista de superior nivel profesional. En este caso, el programa que presentaba la redactora huelguista, no estaba dentro de los servicios mínimos, y aun así fue atendido y presentado por un editor que trabaja para la cadena y sustituía a la trabajadora con ocasión de sus vacaciones, bajas médicas y situaciones similares. La sentencia reitera «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» y que «la sustitución resultará ‘irregular’ en aquellos casos en los que los trabajadores que no secundaron la huelga y, por ende, fueron asignados a las funciones de los que se sumaron a la misma tengan un ‘superior nivel profesional’⁸⁵.»

No obstante, el TC ha venido admitiendo dos excepciones, conectadas a las previsiones legales sobre el aseguramiento de determinados servicios mínimos esenciales para la comunidad (art. 10 del DLRT), y a las previsiones sobre los servicios de seguridad y de mantenimiento en la empresa (art. 6.7 del DLRT)⁸⁶.

Hay que entender, según la doctrina del TC, que la empresa es la responsable de los actos de sustitución ilícita de huelguistas aun cuando sean adoptados por directivos, puestos intermedios o los propios trabajadores sin su conocimiento o aprobación. También la doctrina del TS prevé la misma respuesta, y por ejemplo, la STS de 3 de febrero de 2021 señala que « la sustitución interna de huelguistas durante la medida de

⁸³ VALLE MUÑOZ, F.A., 2019. *La sustitución empresarial...* cit. p. 22.

⁸⁴ LÓPEZ GOMEZ, J.M, 1993. *La sustitución interna de los huelguistas: no huelguistas y esquirolas (a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de septiembre de 1992.* Resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

⁸⁵ Sentencia del Tribunal Supremo 13/2020, de 13 de enero de 2020. Casación nº 138/2018.

⁸⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 33/2011... cit. p. 27.

conflicto constituye un abuso empresarial, en tanto que el poder de organización y dirección de la empresa», por ello «ni el empresario puede imponer a los trabajadores no huelguistas la realización de las tareas que corresponden a los que secundaron la convocatoria, ni los trabajadores que libremente decidieron no secundarla pueden sustituir el trabajo de sus compañeros.»⁸⁷

En esta línea Beltrán de Heredia comparte íntegramente la fundamentación del TS y considera que «es lógico que el desconocimiento o la no aprobación empresarial de los actos de sustitución de los huelguistas adoptados por los mandos intermedios no pueda exonerar a la empresa de responsabilidad por dichos actos. De otro modo, se abriría una vía que habilitaría el vaciamiento del contenido del derecho fundamental.»⁸⁸

Con toda la jurisprudencia constitucional existente, puede decirse que también es unánime la doctrina científica conforme a la cual el esquirolaje interno estaría prohibido⁸⁹. De modo que el empresario, no sólo tiene prohibida la sustitución de trabajadores huelguistas por otros trabajadores de la misma empresa mediante el uso del poder de dirección, sino también mediante el uso de manifestaciones extraordinarias, como son el *ius variandi*, la movilidad geográfica o la modificación sustancial de las condiciones de trabajo⁹⁰.

5.4. EL ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO.

La introducción de nuevas tecnologías en la empresa incrementa el poder de dirección y control empresarial, colocando a los trabajadores en una posición de mayor vulnerabilidad, dado que su trabajo puede ser realizado fácilmente por dispositivos tecnológicos. Tal es la relevancia, que en su Discurso sobre los Derechos Humanos en la Era Digital pronunciado en la Japan Society celebrada en Nueva York el 17 de octubre de 2019, al hablar sobre la industria tecnológica, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Michelle Bachelet indicó que la tecnología digital a pesar de sus beneficios también tiene riesgos y suponen un «agujero negro en materia de derechos humanos», dado que conforman un espacio muchas veces sin regulación.

⁸⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 153/2021, de 3 de febrero de 2021 (ECLI: ES:TS:2021:643).

⁸⁸ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., 2021. *Vulneración del derecho de huelga por sustitución de huelguistas por responsables superiores a iniciativa propia y sin instrucciones de la empresa*. Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Una mirada crítica a las relaciones laborales.

⁸⁹ BAYLOS GRAU, A. P., 2005. *Continuidad de la producción o del servicio... cit*, p. 25.

⁹⁰ AGIS DASILVA, M., 1992. *La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el esquirolaje interno*. Revista de seguridad social y laboral, nº 24.

Relacionado con el tema del presente trabajo señaló que es fundamental que los trabajadores «puedan disfrutar de todos sus derechos humanos, entre otros el derecho a la afiliación sindical y a la huelga. En determinados casos, el ejercicio de esos derechos puede poner coto a los excesos de las empresas.» y que para garantizar que los derechos fundamentales de las personas son respetados en este mundo de constante evolución habría que asegurar «que la revolución digital está al servicio de las personas y que no ocurre al revés.»⁹¹

En esta modalidad de esquirolaje no se trata de sustituir a los trabajadores huelguistas mediante mano de obra externa, o mediante la movilización de los propios trabajadores de la empresa que no hayan secundado paro, sino que la actividad de los huelguistas es suplida mediante recursos de índole técnica⁹². Éste puede considerarse una evolución del interno, pues consiste en recurrir a medios técnicos preexistentes en la empresa para cubrir provisionalmente la realización de tareas que deja de asumir la persona huelguista⁹³.

En el actual proceso de evolución tecnológica, hay que tener especial cuidado con dicho concepto, puesto que se pueden encontrar supuestos en los que las funciones realizadas por los trabajadores pueden ser realizadas total o parcialmente por máquinas. En este caso, se arrebataría el efecto negativo que la huelga pretende tener sobre la actividad de la empresa, privándole también de su eficacia simbólica o mediática, lo que en las sociedades contemporáneas es condenar a la huelga a su inexistencia⁹⁴. Con la sustitución técnica de los trabajadores, se mantendría la actividad empresarial de manera casi imperceptible para los usuarios o clientes⁹⁵.

El esquirolaje tecnológico puede llevarse a cabo con mayor facilidad en empresas donde el factor humano es fácilmente sustituible por medios tecnológicos, por lo que el sector en el que más controversia se ha generado en los últimos años es en el sector audiovisual y más concretamente, el de la radiotelevisión. No obstante, también puede

⁹¹ BACHELET, MICHELLE, 2019. *Derechos humanos en la era digital. ¿Pueden marcar la diferencia?* Discurso programático de Michelle Bachelet, alta comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Acceso: <https://www.ohchr.org/es/2019/10/human-rights-digital-age>

⁹² VALLE MUÑOZ, F.A., 2018. *La sustitución tecnológica de trabajadores huelguistas*. Comunicación presentada en las XXIX Jornadas Catalanas de Derecho Social. IUSLabor 3/2018.

⁹³ RUÍZ SAURA, J.E., 2021. *El esquirolaje en la empresa del siglo XXI... cit. p. 26.*

⁹⁴ VÁZQUEZ, A., 2017. *Validez del “esquirolaje tecnológico” en situaciones de huelga*. *Observatorio de recursos humanos y relaciones laborales*, nº 122.

⁹⁵ MORALES GALLEGOS, S., 2003. *El ejercicio de la huelga y el impacto de las nuevas tecnologías y la descentralización productiva*. Cuadernos de derecho judicial, nº 3.

darse en empresas de telefonía, del sector bancario o de cadenas de montaje, en las cuales se puede sostener su actividad productiva durante la huelga sin la más mínima participación de los trabajadores, tan sólo programando sus sistemas con antelación para que, de forma automatizada y con total precisión en el tiempo, puedan ponerse en funcionamiento mientras se mantiene la huelga, y consiguiendo con ellos minimizar los efectos del paro⁹⁶.

A) Regulación del esquirolaje tecnológico.

El esquirolaje tecnológico no aparece mencionado en la ley, algo obvio, pues teniendo en cuenta que el RDRT que regula el derecho a huelga es preconstitucional, y que ni siquiera menciona el esquirolaje interno, menos aún iba a prever el esquirolaje tecnológico, que es un fenómeno contemporáneo dado que en 1977 era impensable que las tecnologías se fuesen a desarrollar de tal manera que pudiesen sustituir completamente la labor realizada por los trabajadores. Hay que prestar especial atención, pues la legislación ordinaria claramente obsoleta e insuficiente no puede convertirse en un obstáculo para que el derecho de huelga despliegue sus efectos⁹⁷.

En este punto, volvemos a encontrar diferentes posturas jurisprudenciales y doctrinales, abriéndose un debate todavía sin resolver sobre la legalidad o no del mismo.

B) Requisitos doctrinalmente exigidos en relación con el esquirolaje tecnológico.

Con base en la doctrina, se han venido exigiendo dos requisitos para considerar que estamos en presencia de una conducta empresarial de esquirolaje tecnológico ilícita: por un lado, debe tener lugar la sustitución efectiva del trabajador en la realización efectiva de sus funciones habituales; y, por otro lado, la acción del empresario debe vaciar de contenido materia del derecho de huelga de los trabajadores.

En relación al primer requisito, Valle Muñoz entiende que resulta necesario que la huelga tenga lugar en empresas que dispongan de medios tecnológicos a su alcance en manos de los trabajadores, puesto que es en los únicos supuestos en los que se podrá hablar de esquirolaje tecnológico. Así pues, el esquirolaje tecnológico puede darse en las empresas que desarrollen su actividad de una forma mixta, sirviéndose tanto de la

⁹⁶ VALLE MUÑOZ, F.A., 2018. *La sustitución tecnológica...* cit. p. 31.

⁹⁷ PÉREZ REY, J., 2012. *Tertulias, reportajes de actualidad y esquirolaje tecnológico en la huelga general. A propósito de la STS de 11 de junio de 2012.* Revista de Derecho Social, nº. 59.

tecnificación del proceso productivo como de la intervención humana, o en aquellas que empleen exclusivamente recursos tecnológicos, reduciendo al mínimo la mano de obra, pero nunca en empresas que no empleen ningún medio tecnológico⁹⁸. Por todo ello, como ya se ha mencionado anteriormente en las empresas que más conflictos han surgido en torno al esquirolaje tecnológico son las de telecomunicaciones, las de telefonía, las del sector bancario y las de cadenas de montaje automatizadas.

Por su parte, Grau Pineda contempla diferentes supuestos derivados del momento de activación de la maquinaria, ya que una vez activada considera que la misma es autónoma. Por un lado, si la activación la realiza normalmente un trabajador que secunda la huelga, y durante la misma la pone en funcionamiento el empresario u otro trabajador se estaría vulnerando el derecho a huelga a través de la figura del esquirolaje interno. Por otro lado, si el empresario se ha anticipado y ordena al trabajador que la programe para que se active de manera automática durante la jornada de huelga también se está vulnerando el derecho a huelga pues se está paliando el efecto de la ausencia del trabajador huelguista en la empresa⁹⁹. Lo mismo entiende Grau Pineda si el empresario prevé con antelación la celebración de la huelga y graba programas televisivos o de radio o graba lecciones en centros de enseñanza para utilizarlos en la jornada de la huelga. Estos hechos no afectan de forma directa durante el periodo de huelga, pero sí lo hacen indirectamente, ya que su resultado repercute en la jornada laboral en la que la actividad productiva se debería encontrar paralizada a causa de la huelga, y, sin embargo, habrá un aparente funcionamiento.

En cuanto al segundo requisito, referido a que la acción del empresario debe vaciar el contenido material del derecho a huelga, habrá que ver si la sustitución técnica ha conseguido mermar el impacto de la huelga en el proceso productivo y reducir las pérdidas que se hubiesen tenido con la ausencia del trabajador huelguista sin dicha sustitución¹⁰⁰. Para Taléns Visconti habrá que hacer una adecuada ponderación de los sacrificios que provoca la huelga y valorar en qué medida la sustitución técnica de los

⁹⁸ VALLE MUÑOZ, F.A., 2018. *La sustitución tecnológica...* cit. p. 31.

⁹⁹ GRAU PINEDA, C., 2018. *El impacto de las nuevas tecnologías en el derecho de huelga a propósito de la sustitución de huelguistas por medios tecnológicos*. Revista española de derecho del trabajo nº 206.

¹⁰⁰ GRAU PINEDA, C., 2018. *El impacto de las nuevas tecnologías...* cit. p. 32.

trabajadores huelguistas ha posibilitado seguir con la actividad productiva paliando las previsibles pérdidas derivadas de la huelga¹⁰¹.

C) Análisis jurisprudencial sobre el esquirolaje tecnológico.

Como ya se ha ido viendo estamos ante un debate no zanjado y muestra de ello, es el vaivén de la jurisprudencia constitucional y ordinaria sobre la materia, con pronunciamientos opuestos entre sí y que permite diferenciar las dos grandes tesis respecto al esquirolaje tecnológico: aquella que argumenta la prohibición del mismo, y la que defiende su permisión¹⁰².

Hasta el año 2005, el TS parecía tener claro el criterio y consideraba que el esquirolaje tecnológico no vulneraba el derecho a huelga. En la STS, de 27 de septiembre de 1999, se analiza la sustitución tecnológica que utilizó una cadena televisiva cuyos trabajadores encargados de retransmitir un partido secundaron una huelga, y la cadena utilizó la emisión de señal de otras cadenas y lo emitió sin comentarios¹⁰³. El TS consideró que la recepción y emisión automática de imágenes procedentes del centro de comunicaciones sin intervención de trabajadores no suponía una sustitución de los huelguistas, por lo que haciendo una interpretación literal del artículo 6.5 del DLRT no podía considerarse que la acción fuese ilegal. En el mismo sentido, la STS, de 4 de julio del año 2000 analiza el supuesto en que una emisora de radiodifusión utilizó los medios técnicos con los que contaba, y pese a tener a sus trabajadores en huelga, fue capaz de mantener de forma automatizada la emisión en antena de programas y música grabada, sin intervención del personal que no secundaba la huelga. El Alto Tribunal fue claro y afirmó que «no hay precepto alguno que prohíba al empresario usar los medios tecnológicos de los que habitualmente dispone en la empresa, para atenuar las consecuencias de la huelga.¹⁰⁴»

A partir del año 2006 la situación cambia y se considera que el esquirolaje tecnológico sí que vulnera el derecho a huelga. La Sentencia del TC número 183/2006, de 19 de junio establece que con la emisión de programas pregrabados para suplir la falta de contenido por el efecto de la huelga se «persigue la no interrupción del servicio de la

¹⁰¹ TALÉNS VISCONTI, E. E., 2013. *Esquirolaje tecnológico: interrogantes abiertos*. Aranzadi Social, revista doctrinal, nº 5.

¹⁰² VALLE MUÑOZ, F.A., 2019. *La sustitución empresarial...* cit. p. 22.

¹⁰³ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1999, nº recurso 1825/1998.

¹⁰⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio del 2000 (ECLI:ES:TS:2000:5515).

radiodifusión sonora y de la televisión, con lo que se priva de esta forma de repercusión apreciable a la huelga, substrayéndole su virtualidad como medio de presión y de inequívoca exteriorización de los efectos del paro laboral efectivamente producido mediante la exigencia de una apariencia de normalidad del servicio, como ya hemos señalado, al derecho de huelga.¹⁰⁵» En dicha sentencia se entra a valorar el conflicto de dos derechos fundamentales, por un lado el derecho a huelga y por otro el recogido en el artículo 20.1.d de la CE: «se reconocen y protegen los derechos: d) a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión.¹⁰⁶» Pero siendo ello así, no toda la programación de televisión tiene que ver con el referido derecho constitucional, existiendo una gran porción de espacio televisivo dedicada a puro entretenimiento y que por tanto, esta desprovista de todo contenido e interés legítimo. Y aun tratándose de información el contenido emitido habría que analizar si puede ser emitida con posterioridad a la jornada de huelga, sin que ello suponga un menoscabo del derecho a comunicar o recibir información¹⁰⁷.

En cuanto al TS es de vital importancia su Sentencia de 5 de diciembre de 2012, pues es la que lleva a cambiar la doctrina sentada en dicho Tribunal con anterioridad y que pasa a estar en línea con la ya sentada por el TC considerando que el esquirolaje tecnológico vulnera el derecho a huelga y establece que la emisión de forma automática de publicidad preprogramada puede vulnerarlo, aunque no se utilicen trabajadores para ello¹⁰⁸. En dicho pronunciamiento se señala que es contraria al derecho de huelga la emisión de programas televisivos cuyo contenido excedió de la condición de meramente informativos, que eran los autorizados por la resolución gubernativa¹⁰⁹. Así pues, la argumentación sentada por el TS establece que no sólo con la sustitución de los trabajadores huelguistas por otros trabajadores para la realización de actividades que exceden los servicios decretados como esenciales se lesiona el derecho a huelga, sino también cuando una empresa del sector de radiodifusión o televisión emita programas o publicidad por medios automáticos, ya sean mecánicos o tecnológicos, vaciando el contenido esencial del derecho a huelga¹¹⁰.

¹⁰⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional número 183/2006, de 19 de junio.

¹⁰⁶ Constitución Española... cit, p. 12.

¹⁰⁷ VALLE MUÑOZ, F.A., 2019. *La sustitución empresarial... cit. p. 22.*

¹⁰⁸ SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J. M., 2021. *Estatuto de los Trabajadores, comentado con jurisprudencia sistematizada y concordancias*. Colección Tribunal Supremo. 11ª edición.

¹⁰⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, 5 de diciembre de 2012, recurso nº 265/2011.

¹¹⁰ VALLE MUÑOZ, F.A., 2019. *La sustitución empresarial... cit. p. 22.*

Si bien el tema parecía zanjado, el Pleno del Tribunal Constitucional dio un paso atrás significativo en la confrontación entre tutela efectiva del derecho de huelga y ejercicio de los poderes empresariales en caso de huelga en su sentencia 17/2017, que resolvía un recurso de amparo promovido por la CGT contra la utilización por parte de la cadena televisiva Telemadrid de medios tecnológicos para la retransmisión en directo de un partido de fútbol, entendiendo el sindicato recurrente que se sabotó la huelga realizada por los trabajadores quedando frustrada su finalidad reivindicativa. El TC se pronunció con relación a la licitud de dicha acción resolviendo que no hay esquirolaje interno, dado que las funciones de los trabajadores que no secundaron la huelga eran iguales que las que desarrollaban normalmente y tampoco tecnológico, puesto que, aunque los medios que se emplearon para la emisión del partido de fútbol sólo se requieren en situaciones excepcionales, son medios tecnológicos con los que ya contaba la empresa. El TC señala que no hay duda de que la libertad del empresario, por lo que respecta a sus facultades de organización y dirección de los trabajadores, queda restringida por el derecho de huelga, pero no hay precepto alguno que, durante este ejercicio, prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que dispone habitualmente en la empresa para mantener su actividad. Además, añade que exigir al empresario que no utilice medios técnicos con los que cuenta la empresa sería imponerle una conducta de colaboración con la huelga no prevista legalmente.¹¹¹ Parece que la libertad de la empresa prevalece sobre el derecho fundamental de huelga pues «si la empresa emplea sus propios medios y a sus trabajadores, igual que no se puede considerar como una práctica ilícita de esquirolaje interno, tampoco cabe hacerlo de esquirolaje tecnológico.»¹¹²

Dicha sentencia tuvo un Voto Particular formulado por el Magistrado Valdés Dal-Ré (y al que se han adherido la vicepresidenta, Adela Asua, y el Magistrado Juan Antonio Xiol), que según Beltrán de Heredia es particularmente contundente evidenciando las omisiones en la transcripción de los fundamentos de la doctrina constitucional precedente y atesora una robustez de tal entidad que resulta difícil de comprender los motivos por los que no ha prevalecido¹¹³. El punto de partida radica en que la denuncia presentada está

¹¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2017, 2 de febrero de 2017. Recurso de amparo 1168/2014.

¹¹² SÁNCHEZ-GIRÓN MARTÍNEZ, B., 2021. *El derecho de huelga en la era digital: el esquirolaje tecnológico*. Tribuna de Actualidad, vol 9, p. 35 Ars Iuris Salmanticensis.

¹¹³ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., 2017. *Huelga y esquirolaje interno y técnico: un paso atrás a la luz de la STC 17/2017*. Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Una mirada crítica a las relaciones laborales.

motivada por dos manifestaciones, el esquirolaje interno y el esquirolaje tecnológico. En cuanto al esquirolaje interno, tras desmontar los argumentos esgrimidos en la decisión mayoritariamente adoptada por la STC 17/2017, el Magistrado discrepante concluye 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 la de los trabajadores que optaron por secundar la huelga. O por enunciar la idea en 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, por lo mismo, lesiona el constitucional derecho de huelga.» En cuanto a la ilegalidad del esquirolaje tecnológico la argumentación es menor, pues Valdés Dal-Re entiende que de haberse estimado la ilegalidad del esquirolaje interno no sería necesario tratar este, pero aun así indica que « el día de la huelga, la señal se redireccionó, en lugar de al emisor ordinario, el Codificador A, a uno alternativo, el Codificador B, que normalmente se encuentra en situación de reserva; esto es, que no se destina a canalizar con criterios ordinarios las emisiones televisivas o, como una vez más afirma la sentencia de instancia en sus hechos probados, se utiliza en casos excepcionales.» Valdés termina afirmando que hacen falta respuestas constitucionales nuevas que tengan en cuenta el desarrollo de los medios tecnológicos y que garanticen la protección de los derechos de los trabajadores, al igual que lo hacía la jurisprudencia del pasado, cuando los medios tecnológicos carecían de desarrollo y de la potencialidad restrictiva con los que ahora cuentan.

Ese mismo año, posterior jurisprudencia del TS parece seguir la línea del TC y apoyándose en los argumentos de la STC 17/2017 vuelve a legitimar el esquirolaje tecnológico y así, la STS 624/2017 señala que no constituye esquirolaje tecnológico el hecho de que durante una huelga en una empresa de servicio de telefonía y solución de averías se utilizara un dispositivo automático para redistribuir entre los demás contratistas del servicio los requerimientos de llamadas, tal y como se hace cuando en la empresa se producen picos de demanda¹¹⁴.

La doctrina laboralista ha dedicado especial atención a esta temática, siendo especialmente crítica con la STC 17/2017. La Sentencia es de vital importancia pues el

¹¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 624/2017, de 13 de julio de 2017. (ECLI: ES:TS:2017:3166).

TC se había venido mostrando más proclive a preservar el derecho de huelga y con dicho pronunciamiento vuelve a la jurisprudencia de los primeros años, muy permisiva con la utilización de medios tecnológicos y obviando en su argumentación parte de su propia doctrina. Cordero Gordillo habla de la obsolescencia del derecho a huelga en el ordenamiento jurídico español e indica que es necesario adaptarlo a las nuevas realidades sociales y realiza un análisis crítico de la jurisprudencia reciente del TC manifestando su preocupación por que el derecho de huelga «quede privado materialmente de contenido, al poderse minimizar, de manera exorbitante, el impacto de la huelga y, consiguientemente, su eficacia como medio de presión de los trabajadores en defensa de sus legítimos intereses.»¹¹⁵ Más duramente critica la sentencia del TC Pérez Rey al afirmar con contundencia que «no hay entre los razonamientos del TC ni uno solo que se preocupe de enfocar el problema desde esta perspectiva, que sin embargo a nuestro modesto entender es capital: ¿se redujo artificialmente la eficacia de una huelga que había sido objeto de un seguimiento casi absoluto?» y rechaza firmemente que la libertad de empresa y el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo «puedan servir de asideros en los que incorporar la capacidad técnica del empresario de reaccionar frente a una huelga» entendiendo que el empresario «no puede adoptar medidas destinadas a combatir el libre desarrollo del derecho de huelga, privándole de eficacia en orden a su incidencia en la producción.»¹¹⁶ En el mismo sentido Aguilar del Castillo realiza su reflexión crítica de la sentencia 17/2017 y concluye que el TC «hace una interpretación reduccionista del derecho de huelga, ignora su condición de derecho fundamental y su necesario juicio de constitucionalidad ante la colisión de derechos constitucionales en conflicto, y condiciona su ejercicio a la cobertura legal de una casuística concreta como es la utilización de la tecnología para impedir la imposición de límites al poder empresarial. Casuística que, por otro lado, en el año 1977 era impensable.»¹¹⁷ La crítica de Miñarro Yanini contiene mayor dureza e indica que la STC 17/2017 es clave porque ilustra perfectamente el tratamiento involutivo que están sufriendo los derechos colectivos por parte del TC y su tesis termina advirtiéndolo «que la modernidad – alta tecnificación – puede hacer retroceder la situación

¹¹⁵ CORDERO GORDILLO, VANESSA, 2021. *La sustitución de los trabajadores huelguistas por medios tecnológicos*. Revista de Derechos Sociales, nº 9.

¹¹⁶ PÉREZ REY, JOAQUÍN, 2017. *El Tribunal Constitucional ante el esquirolaje tecnológico (o que la huelga no impida ver el fútbol)*. Revista de derecho social, nº 77.

¹¹⁷ AGUILAR DEL CASTILLO, M^a CARMEN, 2018. *El uso de la tecnología y el derecho de huelga: realidades en conflicto*. Revista LaBour & Law, nº 77.

de los trabajadores a un siglo atrás, a un contexto de rivalidad del hombre con la máquina y de indefensión de aquel.»¹¹⁸

La misma autora considera de vital importancia la STS de 13 de enero de 2020, ya comentada en el presente trabajo, pues aunque no es pionera en delimitar el esquirolaje interno, incidiendo en su carácter lesivo del derecho a huelga, su argumentación actúa de contrapunto de la STC 17/2017 ya que se aparta sustancialmente del pronunciamiento el cual había supuesto tratar el esquirolaje tecnológico de una forma tan oscura como regresiva para la protección del derecho y da un giro en favor de la protección del derecho de huelga.¹¹⁹

VI. CONCLUSIONES.

Actualmente, el derecho a huelga está recogido en el artículo 28.2 de la CE, y por ello se trata de un derecho fundamental que goza de especial protección. Entre las particularidades de los derechos fundamentales se encuentra que la regulación de los mismos debe ser a través de una Ley Orgánica. No obstante, el derecho a huelga todavía no ha tenido el desarrollo legal correspondiente, lo que resulta sorprendente: se trata del único derecho que aún no tiene la respectiva ley orgánica de desarrollo y que sigue regulándose por una ley preconstitucional.

Desde mi punto de vista la ausencia de regulación postconstitucional del derecho fundamental de huelga es un déficit de nuestro ordenamiento que rompe con el principio de seguridad jurídica, pues al no haber una ley que claramente lo delimite hay que atender en cada caso a la jurisdicción sin saber cómo esta va a proceder. Hasta ahora el derecho de huelga se ha ido configurando conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, pero en muchos de los conflictos que surgen en torno a dicho derecho todavía no hay una doctrina asentada. Además de dicha incertidumbre acerca de la solución que van a dar los Tribunales, se suma el hecho de que los mismos actúan con posterioridad, es decir cuando

¹¹⁸ MIÑARRO YANINI, M., 2018. *Según el Tribunal Constitucional si es tecnológico no es esquirolaje: retos del derecho de huelga en la sociedad del trabajo digitalizado y externalizado. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 17/2017 de 2 de febrero*. Centro de Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social, nº429.

¹¹⁹ MIÑARRO YANINI, M., 2020. *El cambio de signo en la delimitación del esquirolaje interno como necesaria garantía del derecho de huelga. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 13/2020, de 13 de enero*. Centro de Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social, nº 447.

la huelga ya ha tenido lugar y ya se ha visto vulnerado el derecho a huelga habiendo afectado a los implicados mediante abusos del derecho, ya sean de los trabajadores o de los empresarios.

Hay que tener en cuenta que no son pocos los intereses en juego cuando se convoca una huelga. Por un lado, está el derecho a huelga de los trabajadores y por otro la libertad de empresa del empresario y el derecho al trabajo de los trabajadores que decidan no secundar la huelga y acudir al lugar de trabajo, pero además también se ven afectados terceros como los proveedores o los consumidores de la empresa en huelga. De ahí la importancia de la existencia de una ley que recoja los posibles conflictos que pueden surgir entre todos ellos y el tratamiento que se debería dar a los mismos.

Sin embargo, en los 45 años que lleva vigente la CE, parece que el legislador no se ha atrevido a afrontar la regulación del derecho de huelga, ya que se trata de un derecho muy conflictivo que desgastaría a los partidos políticos generando una polémica de la que no sacarían ninguna rentabilidad política. Se generaría un debate entre los representantes de los trabajadores y sindicatos que presionarían al parlamento buscando una legislación con una interpretación extensiva del derecho a huelga, y los empresarios que querrían una legislación restrictiva del mismo.

El DLRT prohíbe de manera expresa el esquirolaje externo, es decir, prohíbe al empresario contratar a otros trabajadores para sustituir a aquellos que secundan la huelga y la LISOS se refiere a dicho acto como una infracción muy grave del empresario. Así, la jurisprudencia ha venido entendiendo que no puede utilizarse la libertad de empresa como instrumento para privar la efectividad de la huelga mediante colocación de personal para desactivar la presión producida por el paro del trabajo. En cuanto al esquirolaje interno se plantean más dudas, dado que no aparece mencionado en la ley y ha dado lugar a diferentes interpretaciones entendiendo o no que el empresario puede utilizar el ius variandi para utilizar a los trabajadores no huelguistas de su empresa como más le convenga. No obstante, parece que la doctrina del TS está bastante asentada y entiende que en tanto resulte probado que las funciones de los trabajadores huelguistas han sido desarrolladas por quienes tenían asignadas otras diferentes se entenderá que ha habido un ejercicio abusivo del poder organizativo del empresario y se habrá vulnerado el derecho a huelga.

Esta falta de regulación e inseguridad jurídica todavía es más evidente si cabe cuando entran en juego las tecnologías, pues cuando se elaboró el DLRT en 1977 resultaba impensable que los avances tecnológicos fueran a tener un papel tan importante en el ámbito laboral. Actualmente, estamos en un punto en el que en algunas empresas las nuevas tecnologías son capaces de sustituir de manera perfecta el trabajo realizado por los empleados y aquí es donde cobra sentido el concepto del esquirolaje tecnológico, es decir, el hecho de que el empresario sustituya el trabajo realizado por los trabajadores huelguistas por tecnologías capaces de realizarlo de manera similar, vaciando el contenido del derecho a huelga. En este punto no hay una doctrina jurisprudencial clara, dado que, aunque a partir del año 2005 existen numerosas sentencias que consideran que sí que existe una vulneración del derecho a huelga cuando se utilicen medios tecnológicos para remplazar a los trabajadores huelguistas, la STC de 2 de febrero de 2017 supuso un paso para atrás primando la capacidad organizativa del empresario sobre el derecho a huelga de los trabajadores, considerando la licitud del esquirolaje tecnológico. Como respuesta a esta sentencia encontramos numerosa doctrina laboralista criticando el fallo del TC pues consideran que se vulnera claramente el derecho a huelga de los trabajadores.

Si los trabajadores deciden secundar la huelga, resulta evidente que no se pueda sustituir su trabajo para paliar los efectos de la huelga, ya que estos buscan que su ausencia en el puesto de trabajo suponga una pérdida productiva para el empresario, y ejercer presión sobre él para conseguir mejoras laborales. Ejerciendo la huelga también se busca un efecto público y que la sociedad sea consciente de los problemas que los trabajadores ven en torno a sus condiciones de trabajo, porque lo que también se busca, que, en una medida razonable, los usuarios y clientes de la empresa noten y sufran la falta de productividad de la misma durante la jornada de huelga. Hoy en día, es una evidencia que en muchos centros de trabajo las máquinas podrían realizar las mismas funciones que los trabajadores huelguistas y más evidente resulta en las empresas de radiodifusión y telecomunicaciones mencionadas en el presente trabajo. En estos casos, existe maquinaria que puede dejarse programada para que emita programas de televisión o de radio con total normalidad a la hora prevista, así como respuestas automáticas en las operadoras, sin que se aprecie el efecto del paro laboral fuera de la empresa.

En mi opinión, desde el momento en el que los medios tecnológicos son capaces de reemplazar el trabajo realizado por los trabajadores huelguistas, igual que lo harían otros trabajadores, debería tratarse de la misma manera y considerar que no se está respetando

el derecho a huelga pues se está manteniendo la productividad de la empresa y eso es contrario al fin último del derecho de huelga. Considero que es irrelevante la manera que utilice el empresario para paliar el efecto de la huelga, es decir que siempre que se aminoré el efecto que persiguen los huelguistas sustituyéndolos, ya sea por otros trabajadores o por tecnologías, debería considerarse que dicho comportamiento es ilegal.

Por todo ello, la doctrina del TC y del TS tendría que avanzar en dicho sentido hasta que se consolide, dando cierta seguridad a los trabajadores de que si ejercen su derecho a huelga, efectivamente va a tener los efectos que buscan sin que el empresario pueda aminorarlos. Del mismo modo, si en algún momento se procede a la elaboración de una Ley Orgánica del derecho de huelga, para que este derecho fundamental esté plenamente garantizado para los trabajadores, debería incluirse de manera expresa la prohibición del esquirolaje interno, externo, y por su puesto del tecnológico, ya que, si no se estaría redactando una ley obsoleta en este ámbito. Si en el ámbito laboral actual las nuevas tecnologías tienen un peso tan significativo, la ley no puede obviarlo y ha de tenerlas en cuenta para dar respuestas a la realidad social del momento.

VII. BIBLIOGRAFÍA.

LIBROS.

1. ALFONSO MELLADO, C.L., 2022. *Derecho del Trabajo*. Décima edición. Editorial Tirant lo Blanch.
2. GARCÍA BLASCO, J., DE VAL TENA, Á.L. Y ALCÁZAR ORTIZ, S., 2019. *Derecho Individual y Colectivo del Trabajo*. Novena edición. Editorial Kronos.
3. MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J., 2021. *Derecho del Trabajo*. Trigésima edición. Editorial Tecnos.
4. MORALES GALLEGOS, S., 2003. El ejercicio de la huelga y el impacto de las nuevas tecnologías y la descentralización productiva. Cuadernos de derecho judicial, nº 3.
5. MONREAL BRINGSVAERD, E., 2008. *Huelga en servicios esenciales, análisis de la jurisprudencia española*. Editorial Tirant lo Blanch.
6. PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., 2021. *Derecho del Trabajo*. Vigésimonovena edición. Editorial Universitaria Ramón Areces.
7. TORRENTE GARI, S., 1996. *El ejercicio del Derecho de Huelga y los Servicios Esenciales*.
8. SALA FRANCO, T. y LÓPEZ GARCÍA DE LA RIVA, I., 2013. *Los mecanismos empresariales de defensa frente a la huelga*. Editorial Tirant lo Blanch.
9. SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J. M., 2021. *Estatuto de los Trabajadores, comentado con jurisprudencia sistematizada y concordancias*. Colección Tribunal Supremo. 11ª edición.
10. VALLE MUÑOZ, F.A., 2019. *La sustitución empresarial de trabajadores huelguistas: el tratamiento jurídico-laboral del esquirolaje*. Editorial Atelier.

REVISTAS ELECTRÓNICAS.

1. AGUILAR DEL CASTILLO, Mª. C., 2018. *El uso de la tecnología y el derecho de huelga: realidades en conflicto*. Revista LaBour & Law Issues, nº 1, vol 4.
2. AGIS DASILVA, M., 1992. *La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el esquirolaje interno*. Revista de seguridad social y laboral, nº 24.
3. BAYLOS GRAU, A. P., 2005. *Continuidad de la producción o del servicio y facultades empresariales en casos de huelga*. Estudios sobre la huelga.
4. CALVO GALLEGOS, F.J., 2017. *Las comunicaciones empresariales a la plantilla en situaciones de Conflicto*. Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 199.

5. CORDERO GORDILLO, VANESSA, 2021. *La sustitución de los trabajadores huelguistas por medios tecnológicos*. Revista de Derechos Sociales, nº 9.
6. DE VAL TENA, A., 2001. *La prohibición legal de sustituir a los trabajadores huelguistas: sobre un posible comportamiento empresarial contrario al derecho de huelga*. Aranzadi Social nº 14.
7. DURAN LOPEZ, F., 1977. Artículo *La nueva regulación de la huelga y el cierre patronal*. Hacia un modelo democrático de relaciones laborales.
8. DURÁN LÓPEZ, F., 1988. Autorregulación de servicios mínimos en huelgas y paros laborales.
9. GRAU PINEDA, C., 2018. *El impacto de las nuevas tecnologías en el derecho de huelga a propósito de la sustitución de huelguistas por medios tecnológicos*. Revista española de derecho del trabajo nº 206.
10. GONZÁLEZ BIEDMA, E., 1990. *Los servicios de seguridad y mantenimiento en la empresa durante la huelga*. Revista crítica de teoría y práctica, nº 1.
11. LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, R. 2014. Significativos y cercanos pronunciamientos sobre la huelga. Revista Española de Derecho de Trabajo núm. 164/2014.
12. LÓPEZ GOMEZ, J.M, 1993. *La sustitución interna de los huelguistas: no huelguistas y esquirolas (a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de septiembre de 1992*. Resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.
13. MIÑARRO YANINI, M., 2018. *Según el Tribunal Constitucional si es tecnológico no es esquirolaje: retos del derecho de huelga en la sociedad del trabajo digitalizado y externalizado. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 17/2017 de 2 de febrero*. Centro de Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social, nº429.
14. MIÑARRO YANINI, M., 2020. *El cambio de signo en la delimitación del esquirolaje interno como necesaria garantía del derecho de huelga. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 13/2020, de 13 de enero*. Centro de Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social, nº 447.
15. MORÓN URBINA, J.C., 2013. *La visión jurisdiccional de la huelga en los denominados servicios públicos esenciales*. Revista IUS ET VERITAS, nº 46.

16. NOGUEIRA GUASTAVINO, M., 2021. *Comisión negociadora en huelgas simultáneas convocadas en una misma empresa*. Revista de jurisprudencia laboral, nº 8/2021.
17. PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., 1991. *Los derechos laborales en la constitución española*. Centro de estudios constitucionales. Cuadernos y debates nº 28.
18. PÉREZ REY, J., 2012. *Tertulias, reportajes de actualidad y esquirolaje tecnológico en la huelga general. A propósito de la STS de 11 de junio de 2012*. Revista de Derecho Social, nº. 59.
19. PÉREZ REY, J., 2017. *El Tribunal Constitucional ante el esquirolaje tecnológico (o que la huelga no impida ver el fútbol)*. Revista de derecho social, nº 77.
20. RUÍZ SAURA, J.E., 2021. *El esquirolaje en la empresa del siglo XXI. Repaso jurisprudencial del caso español*. Revista DELOS, especial noviembre 2021.
21. SÁNCHEZ-GIRÓN MARTÍNEZ, B., 2021. *El derecho de huelga en la era digital: el esquirolaje tecnológico*. Tribuna de Actualidad, vol 9, p. 35 Ars Iuris Salmanticensis.
22. TALÉNS VISCONTI, E. E., 2013. *Esquirolaje tecnológico: interrogantes abiertos*. Aranzadi Social, revista doctrinal, nº 5.
23. TORRENTE GARI, S., 1992. *Huelga, servicios esenciales, servicios de seguridad y mantenimiento: la nueva regulación*. Revista de Estudios Financieros.
24. VALDÉS DA-RE, F., 1975. *Notas para una reelaboración crítica del marco normativo de la huelga (1936-1975)*. Revista de trabajo, nº52.
25. VÁZQUEZ, A., 2017. *Validez del “esquirolaje tecnológico” en situaciones de huelga*. Observatorio de recursos humanos y relaciones laborales, nº 122.

RECURSOS ELECTRÓNICOS.

1. BACHELET, MICHELLE, 2019. *Derechos humanos en la era digital. ¿Pueden marcar la diferencia?* Discurso programático de Michelle Bachelet, alta comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Recuperado el 16 de diciembre de 2022 en <https://www.ohchr.org/es/2019/10/human-rights-digital-age>
2. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., 2017. *Huelga y esquirolaje interno y técnico: un paso atrás a la luz de la STC 17/2017*. Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Una mirada crítica a las relaciones laborales. Recuperado

- el 8 de enero de 2023 en <https://ignasibeltran.com/2017/02/20/huelga-y-esquirolaje-interno-y-tecnico-un-paso-atras-a-la-luz-de-la-stc-2217/>
3. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., 2021. *Vulneración del derecho de huelga por sustitución de huelguistas por responsables superiores a iniciativa propia y sin instrucciones de la empresa*. Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Una mirada crítica a las relaciones laborales. Recuperado el 5 de enero de 2023 en <https://ignasibeltran.com/2021/05/25/vulneracion-derecho-de-huelga-por-sustitucion-de-huelguistas-por-responsables-superiores-a-iniciativa-propia-y-sin-instrucciones-de-la-empresa/>
 4. TOSCANI GIMENEZ, 2017. *Prohibición de esquirolaje externo, interno y tecnológico durante la huelga*. Artículo publicado en LinkedIn. Recuperado el 20 de enero de 2023 en <https://www.linkedin.com/pulse/prohibici%C3%B3n-de-esquirolaje-externo-interno-y-durante-la-gimenez/?originalSubdomain=es>
 5. VALLE MUÑOZ, F.A., 2018. La sustitución tecnológica de trabajadores huelguistas. Comunicación presentada en las XXIX Jornadas Catalanas de Derecho Social. IUSLabor 3/2018. Recuperado el 10 de diciembre de 2023 en [file:///C:/Users/Portatil/Downloads/348580-Texto%20del%20art%C3%ADculo-502434-1-10-20190121%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/Portatil/Downloads/348580-Texto%20del%20art%C3%ADculo-502434-1-10-20190121%20(3).pdf)

NORMATIVA NACIONAL.

1. Constitución Española de 1978.
2. Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión.
3. Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.
4. Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.
5. 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.
6. Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.
7. Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo.
8. Resolución de 10 de diciembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VI Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (Sistema Extrajudicial). Publicado en el BOE N° 334, de 23 de diciembre de 2020.

JURISPRUDENCIA.

1. Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril, sobre recurso de inconstitucionalidad frente a DLRT (ECLI:ES:TC:1981:11).
2. Sentencia del Tribunal Constitucional, de 17 de julio de 1981 (ECLI:ES:TC:1981:26).
3. Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1992, de 28 de septiembre de 1992. Recurso de amparo 301/1989.
4. Sentencia del Tribunal Constitucional 66/2002, de 21 de marzo de 2002. Recurso de amparo 2331/1998.
5. Sentencia del Tribunal Constitucional 183/2006, de 19 de junio (ECLI:ES:TC:2006:183).
6. Sentencia del Tribunal Constitucional 69/2016, de 14 de abril de 2016. Recurso de amparo 3660/2013.
7. Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2017, 2 de febrero de 2017. Recurso de amparo 1168/2014.
8. Sentencia del Tribunal Supremo 1029/1989, de 23 de octubre de 1989.
9. Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de marzo de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:1710).
10. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1999, nº recurso 1825/1998.
11. Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio del 2000 (ECLI:ES:TS:2000:5515).
12. Sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de abril de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:2556).
13. Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de septiembre de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:6089).
14. Sentencia del Tribunal Supremo 33/2011, de 28 de marzo de 2011. Recurso de amparo 6171/2004.
15. Sentencia del Tribunal Supremo, 5 de diciembre de 2012, recurso nº 265/2011.
16. Sentencia del Tribunal Supremo 328/2019, de 25 de abril de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1626).
17. Sentencia del Tribunal Supremo 328/2019, de 25 de abril de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1626).

18. Sentencia del Tribunal Supremo 13/2020, de 13 de enero de 2020. Casación nº 138/2018.
19. Sentencia del Tribunal Supremo 153/2021, de 3 de febrero de 2021 (ECLI: ES:TS:2021:643).
20. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, 31 de marzo de 2004, recurso nº 1161/2004.
21. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, 25 de octubre de 2013, recurso nº 450/2013.
22. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 2790/2015, 24 de abril de 2015, nº recurso 879/2015. (ECLI: ES: TSJCAT:2015:3082).