



# La configuración del derecho de huelga en España: especial atención al esquirolaje «tecnológico»

**Elena Criado Martos**

*Becaria en el Ministerio de Educación  
Máster en Abogacía. URJC-ICAM  
Graduada en Derecho y Ciencias Políticas  
y de la Administración Pública. UAM*

## Extracto

El presente artículo es la elaboración de un estudio jurisprudencial cuyo objeto es conocer la figura del esquirolaje «tecnológico» dentro del ámbito del derecho a huelga. Este fenómeno de reciente aparición y ligero estudio ha provocado que los distintos tribunales varíen sus decisiones y que no haya una línea clara de lo que es y de lo que supone. Se analizarán cuestiones en relación con los límites del derecho a la huelga, las modalidades de esquirolaje, con especial referencia al «interno» y al «tecnológico», su estudio jurisprudencial, la importancia de las nuevas tecnologías en el trabajo y su afectación a la huelga y los cauces de acción jurídica de los trabajadores. Todo ello de conformidad al marco legal y jurisprudencial existente en España. Como conclusión, observaremos la inseguridad jurídica que existe en torno a esta figura.

**Palabras clave:** derecho de huelga; esquirolaje «interno»; esquirolaje «tecnológico»; tecnología.

Fecha de entrada: 20-11-2019 / Fecha de aceptación: 27-12-2019

**Cómo citar:** Criado Martos, E. (2020). La configuración del derecho de huelga en España: especial atención al esquirolaje «tecnológico». *Revista CEFLegal*, 232, 119-146.





# The configuration of the right to strike in Spain: special attention to «technological» schirolage

Elena Criado Martos

## Abstract

This article is the elaboration of a jurisprudential study whose purpose is to know the figure of «technological» schirolage. This is a phenomenon of recent appearance and slight study that has caused that the different courts vary their decisions. There is no clear line of what it is and what it entails. Issues will be analyzed in relation to the limits of the right to strike, the modalities of schirolage, with special reference to the «internal» and the «technological», their jurisprudential study, the importance of new technologies at work and their impact on strike and the channels of legal action of the workers. All this in accordance with the legal and jurisprudential framework existing in Spain. In conclusion, we will observe the legal uncertainty that exists around this figure.

**Keywords:** right to strike; internal schirolage; technological schirolage; technology.

**Citation:** Criado Martos, E. (2020). La configuración del derecho de huelga en España: especial atención al esquirolaje «tecnológico». *Revista CEFLegal*, 232, 119-146.





## Sumario

1. Sobre los límites del derecho a la huelga
  2. Sobre el esquirolaje. Definición y modalidades. Especial referencia al esquirolaje «interno»
  3. Sobre el esquirolaje «tecnológico». Definición, situaciones, regulación normativa y evolución jurisprudencial
    - 3.1. Definición y tipología. Situaciones amparadas
    - 3.2. Ausencia de regulación legal
    - 3.3. Confrontación de intereses
    - 3.4. Evolución jurisprudencial, ¿existe evolución?
    - 3.5. Sobre la necesidad de regular el esquirolaje «tecnológico»
  4. ¿Puede la tecnología suplir a los trabajadores huelguistas?
  5. Cauce de acción de los trabajadores
  6. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

## 1. Sobre los límites del derecho a la huelga

En el ordenamiento español el derecho a la huelga se regula en el capítulo II, sección 1.<sup>a</sup> de la Constitución<sup>1</sup> (en adelante, CE), artículo 28.2, configurándose de esa forma como un derecho fundamental. El artículo «reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses» y añade, seguidamente, que «la ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad». Sin embargo, no se ha producido un desarrollo a través de ley orgánica del precepto, siendo el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo<sup>2</sup>, sobre relaciones de trabajo (en adelante, RDLRT), una norma preconstitucional, el instrumento normativo que fija la regulación del derecho a huelga y tipifica las conductas que lo limitan. A ello hay que sumarle la interpretación que el Tribunal Constitucional ha ido realizando tanto de los preceptos del RDLRT como de las situaciones novedosas que han ido ocurriendo en la realidad social y que han precisado una solución jurídica que el RDLRT no contempla.

En este sentido, el RDLRT tuvo que ser adaptado por la STC 11/1981<sup>3</sup>, después de que esta declarara inconstitucional algunos de sus preceptos. Ni la CE ni el RDLRT indican una definición clara del derecho a huelga ni de su contenido básico o límites. El artículo 7.1 del real decreto señala que la huelga se realiza «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». A su vez, la STC<sup>4</sup> antes citada expone que la huelga tiene la siguiente función:

Legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes, y entre los que se cuenta el de otorgar reconocimiento constitucional a un instrumento de presión que la experiencia secular ha mostrado ser necesario para la afirmación de los intereses de los trabajadores en los conflictos socioeconómicos.

La misma sentencia aclara que el derecho de huelga es un derecho subjetivo en cuanto a su titularidad y colectivo en cuanto a su ejercicio, es decir, sus titulares son los trabajadores en cuanto personas, pero para su ejercicio se requiere una declaración colectiva (Alfonso Mellado, 2016).

<sup>1</sup> Constitución española, 1978. BOE núm. 311.

<sup>2</sup> Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo. BOE núm. 58.

<sup>3</sup> STC de 8 de abril de 1981 (núm. 11/1981).

<sup>4</sup> Ídem, FJ 9.º

Por lo tanto, el derecho a huelga se puede definir como un derecho fundamental cuya titularidad poseen los trabajadores, que se ejercita de forma colectiva y se configura como una medida de conflicto colectivo, en tanto en cuanto es un instrumento de autotutela de los trabajadores consistente en la cesación de prestación de servicios, sin ocupación del centro de trabajo o sus dependencias, en aras de la defensa de los intereses socioeconómicos de los trabajadores en contraposición de los de los empresarios o autoridad laboral.

Dicho lo cual, y aun tratándose de un derecho fundamental, el derecho a la huelga tiene limitaciones. Limitaciones que, como señala la STC 183/2006, «nunca podrán rebasar su contenido esencial, hacerlo impracticable, obstruirlo más allá de lo razonable o despojarlo de la necesaria protección» y, en todo caso, deben justificarse en el respeto de otros derechos, libertades o exigencias de orden público<sup>5</sup>.

El artículo 7.2 del RDLRT proscribire las huelgas rotatorias, es decir, aquellas que realizan de modo sucesivo diferentes unidades productivas dentro de una empresa; las efectuadas por los trabajadores que presten servicios en sectores estratégicos con la finalidad de interrumpir el proceso productivo; las de celo o de reglamento, es decir, aquellas huelgas que consisten en el cumplimiento estricto del convenio o normativa laboral; y, en fin, cualquier forma de alteración colectiva en el régimen de trabajo distinta a la huelga se considerarán actos ilícitos o abusivos.

Por otro lado, se consideran ilegales las huelgas de carácter político (art. 11.a RDLRT), es decir, aquellas que se inicien o se sostengan «por motivos políticos o con cualquier otra finalidad ajena al interés profesional de los trabajadores afectados», las de carácter extralaboral, las de solidaridad o de apoyo (art. 11.b RDLRT) y las que pretendan alterar un convenio colectivo o lo establecido en un laudo (art. 11.c RDLRT) o contravengan normas legales (Montoya Melgar, 2013, pp. 5-6) (art. 11.d RDLRT).

El segundo límite o restricción al derecho a la huelga lo encontramos dentro de aquellos servicios que se consideran esenciales para la comunidad. El artículo 28.2 de la CE expone que «la Ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad».

Este límite es señalado por abundante jurisprudencia<sup>6</sup>, la propia STC 11/1981<sup>7</sup> señala la necesidad de garantizar los servicios esenciales de la comunidad, es decir, se garantiza una serie de prestaciones vitales en detrimento del derecho a la huelga.

<sup>5</sup> STC de 19 de junio de 2006 (núm. 183/2006).

<sup>6</sup> SSTC de 24 de abril de 1986 (núm. 51/1986), FJ 2.º; 5 de mayo de 1986 (núm. 53/1986), FJ 3.º; 3 de febrero de 1989 (núm. 27/1989), FJ 1.º; 15 de marzo de 1990 (núm. 43/1990), FJ 5.º, y 29 de abril de 1993 (núm. 148/1993), FJ 5.º

<sup>7</sup> STC de 8 de abril de 1981 (núm. 11/1981), FJ 7.º y 9.º

Dicho lo cual, cabe explicar qué se entiende por servicio esencial de la comunidad. Pues bien, el Tribunal Constitucional<sup>8</sup> ha entendido que conforman el núcleo de servicio esencial para la comunidad aquellas «actividades industriales y mercantiles de las que derivarían prestaciones vitales y necesarias para la vida de la comunidad». También señala que «no existe, a priori, ningún tipo de actividad productiva que, en sí misma, pueda ser considerada como esencial»<sup>9</sup>:

Solo lo será en aquellos casos en que la satisfacción de los mencionados bienes o intereses exija el mantenimiento del servicio, y en la medida y con la intensidad que lo exija, puesto que los servicios esenciales no quedan lesionados o puestos en peligro por cualquier situación de huelga, siendo necesario examinar en cada caso las circunstancias concurrentes en la misma<sup>10</sup>.

Por lo tanto, se debe analizar caso por caso la posible existencia de la prestación de un servicio esencial dentro de la empresa en que se produce la huelga para que se garantice su mantenimiento a través de medidas precisas, es decir, «para asegurar la prestación de los trabajos que sean necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que satisface dicho servicio, sin que exija alcanzar el nivel de rendimiento habitual ni asegurar su funcionamiento normal» (Mercader Uguina, 2016, pp. 804-805).

Pero ¿quién es el encargado de asegurar el mantenimiento de los «servicios esenciales»? El artículo 10.2 del RDLRT<sup>11</sup> le otorga esa misión a la autoridad gubernativa, a través de la declaración de servicios mínimos.

En un primer momento la autoridad gubernativa debe declarar por real decreto la esencialidad de un sector económico o empresa. Cualquier huelga que se produzca o vaya a producirse en estos ámbitos deberá tener en cuenta el establecimiento de unos servicios mínimos que garanticen el mantenimiento de los servicios esenciales. Dentro de una empresa o sector de actividad económica deben ser identificados las prestaciones particulares que deben mantenerse para conocer la intensidad y número de trabajadores que deben hacerse cargo de ellas.

Para decidir caso por caso, la autoridad gubernativa puede abrir un periodo de consultas y negociación con los representantes de los huelguistas o los propios interesados, sin

<sup>8</sup> STC de 17 de julio de 1981 (núm. 26/1981).

<sup>9</sup> SSTC de 17 de julio de 1981 (núm. 26/1981) y 29 de abril de 1993 (núm. 148/1993).

<sup>10</sup> STC de 29 de abril de 1993 (núm. 148/1993), FJ 5.º

<sup>11</sup> Artículo 10.2 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo. BOE núm. 58:

Cuando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurren 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.

embargo, tal como muestra la línea seguida por el Tribunal Constitucional<sup>12</sup>, este periodo no es obligatorio. Es decir, la decisión de la autoridad gubernativa será válida, aunque no se abra ese periodo de consultas, si bien es lo deseable.

Como antes se ha señalado, la declaración de esencialidad de los servicios debe justificarse y esta justificación debe hacerse teniendo en cuenta otros bienes o derechos constitucionales. La autoridad gubernativa ponderará estos y el derecho a huelga teniendo en cuenta el ámbito territorial donde se vaya a desarrollar la huelga, el ámbito personal, duración y demás circunstancias que pudieran ser relevantes.

Los servicios mínimos no pueden comprender una cantidad tal de trabajadores o de intensidad en el servicio que suponga un nivel de rendimiento igual en la empresa que un día en el que no haya huelga, ni puede significar la prestación de servicios en su totalidad aunque se trate de un servicio esencial para la comunidad, pues lo contrario supondría una vulneración del derecho de huelga. En este sentido se pronuncia la jurisprudencia constitucional<sup>13</sup>:

De modo que la consideración de un servicio como esencial no puede suponer la supresión del derecho de huelga de los trabajadores que hubieran de prestarlo, sino la necesidad de disponer las medidas precisas para su mantenimiento o, dicho de otra forma, para asegurar la prestación de los trabajos que sean necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que satisface dicho servicio, sin que exija alcanzar el nivel de rendimiento habitual ni asegurar su funcionamiento normal».

Los servicios mínimos son determinados por las empresas u órganos de la administración, encargados de prestar el servicio de que se trate. Tras oír a los representantes de los trabajadores, se determina el número de trabajadores necesarios que habrán de prestar el servicio y los puestos de trabajo que habrán de estar operativos. Después, es la propia dirección del servicio o la autonomía colectiva la que deciden las medidas acordadas para cada supuesto concreto de huelga. Los trabajadores que deban encargarse de los servicios mínimos se deben elegir sin ningún tipo de discriminación y teniendo en cuenta a aquellos que no quieran sumarse a la huelga en primer lugar. De ese modo, se respeta al máximo el ejercicio de la huelga. No obstante, si no se dispone de trabajadores no huelguistas suficientes, se deberán ocupar de los servicios mínimos los demás trabajadores y estos están obligados a realizarlos. Aun cuando los trabajadores designados estén en contra de los servicios mínimos que se hayan designado por ser estos excesivos o injustificados, deben prestar el servicio (Torrente Gari, 1992, p. 22).

<sup>12</sup> STC de 24 de abril de 1986 (núm. 51/1986).

<sup>13</sup> SSTC de 17 de julio de 1981 (núm. 26/1981), FJ 10.º; 5 de mayo de 1986 (núm. 53/1986), FJ 3.º, y 3 de febrero de 1989 (núm. 27/1989), FJ 1.º

De no cumplirse las medidas que hayan sido tomadas en relación con los servicios mínimos, el artículo 6.5 del RDLRT<sup>14</sup> otorga la posibilidad al Gobierno de sustituir a los huelguistas por otros trabajadores, por militares e, incluso, podrá recurrir a un arbitraje obligatorio<sup>15</sup>.

Las consecuencias para los trabajadores que, aun siendo designados para realizar servicios mínimos, no los realicen no son nimias, puesto que incurren en una causa de sanción, e incluso despido, y permiten a la empresa proceder a contratar a trabajadores ajenos a ella de forma legal, es decir, se daría un supuesto de esquirolaje «externo» permitido por el ordenamiento<sup>16</sup>. Así lo manifiesta el artículo 33 k) del RDLRT al indicar que son causas justas de despido disciplinario:

La negativa, durante una huelga, a 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.

El último de los límites que se van a analizar en el presente supuesto es el relativo al esquirolaje. A continuación, se analizará de forma detallada tanto su definición como sus tipos.

## 2. Sobre el esquirolaje. Definición y modalidades. Especial referencia al esquirolaje «interno»

Tradicionalmente se ha entendido el esquirolaje como la práctica realizada por el empresario consistente en la sustitución de los trabajadores huelguistas al tiempo de declararse la huelga por trabajadores contratados no vinculados a la empresa (Alfonso Mellado, 2016, p. 667). Existen varias modalidades: el «externo», que se concreta en la prohibición de contratar temporalmente trabajadores que no estaban vinculados a la empresa en el momento de comunicarse la huelga, extendiéndose a la contratación indirecta, a través de empresas de trabajo temporal. El «interno», que consiste en que el empresario movilice funcional o geográficamente a otros trabajadores de la misma empresa para que realicen las tareas de los huelguistas. Y, finalmente, el «tecnológico», que consiste en continuar prestando servicios a los clientes mediante la sustitución de los trabajadores por medios mecánicos o automáticos (Montoya Melgar, 2016).

<sup>14</sup> Artículo 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo. BOE núm. 58:

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.

<sup>15</sup> Artículo 10.1 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo. BOE núm. 58

<sup>16</sup> Artículo 10 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo. BOE núm. 58

Esta práctica se encuentra prohibida por el artículo 6.5 del RDLRT:

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 7 de este artículo.

No obstante, esta prohibición se puede saltar en dos casos, tal como señala el citado artículo refiriéndose a la obligación de garantizar los servicios de mantenimiento y seguridad y en el caso que expone el artículo 10 del RDLRT<sup>17</sup>, es decir, cuando se tengan que garantizar los servicios mínimos esenciales. Y solo en cuanto sea necesario para cubrir estos servicios (Alfonso Mellado, 2016).

En realidad, el tipo de esquirolaje prohibido que muestra el RDLRT es el denominado «externo», es decir, aquel en el que la sustitución de los huelguistas se produce por personal externo a la empresa. Ese concepto de personal externo también incluiría la contratación (subcontrata) de otras empresas y los empleados de estas para sustituir al personal huelguista<sup>18</sup>. En el mismo sentido el artículo 8 a) de la LETT<sup>19</sup> prohíbe a las empresas celebrar contratos de puesta a disposición para sustituir trabajadores en huelga en la empresa usuaria. Otras situaciones que la jurisprudencia ha entendido que caben dentro del esquirolaje «externo» y, por tanto, vulneran el derecho de huelga son, a modo de ejemplo, contratar con otras empresas para que presten servicios de refuerzo durante la huelga o acudir a trabajadores que pertenecen a sociedades que se encuadran dentro del mismo grupo que la afectada por la huelga<sup>20</sup>.

El incumplimiento empresarial de la prohibición de esquirolaje «externo» se considera una infracción muy grave por el artículo 8.10 de la LISOS<sup>21</sup>.

El esquirolaje «interno» se produce cuando se sustituye a los trabajadores huelguistas por otros trabajadores que ya se encuentran vinculados a la empresa en que se produce

<sup>17</sup> Artículo 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo. BOE núm. 58:

Cuando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurren 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.

<sup>18</sup> STS de 11 febrero de 2015 (rec. núm. 95/2014), FJ 8.º

<sup>19</sup> Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal. BOE núm. 131.

<sup>20</sup> STS de 25 de enero de 2010 (rec. núm. 40/2009).

<sup>21</sup> 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.

la huelga al momento de la declaración de esta<sup>22</sup>. Tanto el artículo 6.5 del RDLRT, al definir el esquirolaje, como el artículo 8.10 de la LISOS, al definir como infracción muy grave la práctica de este, solo tienen en cuenta el esquirolaje «externo» pero no el que se trata ahora. Como se comentaba al principio con los límites de la huelga y los servicios esenciales, en este punto se produce también un choque de intereses. Por una parte, los huelguistas quieren y tienen un interés en que la huelga sea efectiva para presionar al empresario o autoridad laboral, por otro parte, estos querrán mantener su actividad empresarial y para ello puede hacer uso legítimo del *ius variandi* (Leal López, 2015, pp. 14-21).

El *ius variandi* es el poder de dirección que un empresario tiene sobre las condiciones de trabajo, lo cual conlleva el poder de modificar, respetando los límites legales, esas condiciones de forma legítima. Estos cambios sobrepasan los límites fijados en los elementos del contrato de trabajo (Román de la Torre, 1992, pp. 96-110) y son decididos por el empresario de forma unilateral.

Estos dos intereses contrapuestos, el de huelguistas y empresarios, entran en conflicto, y para conocer hasta qué punto el *ius variandi* empresarial puede incluir la sustitución de los trabajadores huelguistas por otros ligados a la empresa y analizar si esto menoscaba o no el derecho a la huelga se debe acudir a la jurisprudencia, concretamente a la STC de 28 de septiembre de 1992 (núm. rec. núm. 123/1992), que va a ser clave al respecto.

En la citada sentencia el Tribunal Constitucional resuelve un recurso de amparo interpuesto por el comité de empresa de una compañía envasadora, Loreto, SA, alegando vulneración del derecho a huelga del artículo 28.2 de la CE de los trabajadores. Lo que ocurrió fue que se declaró un día de huelga en la empresa y esta solo fue secundada por los trabajadores fijos discontinuos, mientras que los fijos no se adhirieron. El empresario utilizó entonces a estos (que voluntariamente aceptaron) para cubrir los puestos de aquellos, aun cuando ambos grupos pertenecían a grupos profesionales distintos. De esa forma, la actividad empresarial ese día de huelga fue prácticamente normal. El Tribunal Constitucional admitió el recurso y otorgó el amparo, entendiendo que se había producido una lesión del derecho fundamental a la huelga y sentando doctrina respecto a la prohibición del esquirolaje «externo».

En primer lugar, el Tribunal Constitucional realiza una síntesis que confronta la situación de excepcionalidad de la huelga con la capacidad empresarial de movilidad geográfica y funcional, señalando que estas últimas tienen su sentido de ser en situaciones de normalidad, no cuando se produzca algún conflicto. Continúa relatando la función de protección o tuitiva del derecho a la huelga:

Esa paralización parcial o total del proceso productivo se convierte así en un instrumento de presión respecto de la empresa, para equilibrar en situaciones límite

<sup>22</sup> STC de 21 de marzo de 1984 (núm. 41/1984), FJ 3.º

las fuerzas en oposición, cuya desigualdad real es notoria. La finalidad última de tal arma que se pone en manos de la clase trabajadora es el mejoramiento de la defensa de sus intereses<sup>23</sup>.

Y, finalmente, el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la preeminencia del derecho de huelga sobre el *ius variandi* empresarial:

La preeminencia de este derecho produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial. Tal sucede con la potestad directiva del empresario<sup>24</sup>.

Por todo ello, el Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que la utilización de trabajadores ligados con la empresa para sustituir a los huelguistas es una práctica ilegal de esquirolaje:

En definitiva, la sustitución interna, en el supuesto que ahora y aquí nos ocupa, constituye el ejercicio abusivo de un derecho que en principio corresponde al empresario, el *ius variandi*, con una posibilidad de novación contractual, desde el momento en que su potestad de dirección se maneja con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico y en una situación conflictiva, no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo. En tal sentido, atenta al recíproco deber de lealtad y buena fe que perdura durante la huelga<sup>25</sup>.

El Tribunal Constitucional dejó claro desde ese momento que, aunque el artículo 6.5 del RDLRT solo contemple como prohibición el denominado esquirolaje «externo», tampoco es una práctica legal el «interno». A partir de esta sentencia surgieron muchas otras que tomaron la misma senda seguida por el Tribunal Constitucional. De esta forma, cabe mencionar la STC de 28 de marzo de 2011 (rec. núm. 33/2011)<sup>26</sup> resolviendo un recurso de amparo interpuesto por don E. A. C. contra el diario ABC basado en la vulneración del artículo 28.2 CE. En este caso fueron los directivos del diario ABC los que, en vista de que prácticamente la totalidad de la plantilla secundó la huelga, realizaron actividades que no les son propias y editaron los periódicos con el fin de que la actividad productiva de ese día no se viera gravemente perjudicada. El Tribunal Constitucional otorgó el amparo al demandante, pronunciándose de esta manera:

<sup>23</sup> STC de 28 de septiembre de 1992 (núm. 123/1992), FJ 2.º

<sup>24</sup> Ídem, FJ 5.º

<sup>25</sup> Ídem.

<sup>26</sup> STC de 28 de marzo de 2011 (núm. 33/2011), FJ 4.º

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

De nuevo se contempla la idea de que el *ius variandi* empresarial cede en nombre del derecho a huelga cuando los trabajadores no huelguistas realizan actividades distintas a las asignadas en su grupo profesional. De igual manera se han pronunciado los tribunales superiores de justicia<sup>27</sup>.

La línea jurisprudencial que se sigue y que se encuentra consolidada es, por tanto, la de entender que la movilidad funcional vertical consistente en atribuir la realización de tareas de un grupo profesional a trabajadores que pertenecen a otro grupo, utilizada el día de la huelga, atenta contra el derecho a esta de los trabajadores huelguistas. Ello es así porque constituye un ejercicio abusivo de la potestad empresarial que hace que se produzca un vaciamiento del derecho de huelga y se minoren sus efectos<sup>28</sup>. El *ius variandi* se convierte en abusivo cuando se utiliza con el fin de desactivar la presión producida por la huelga, es decir, cuando se hace uso de esa potestad no como medida objetiva necesaria para la buena marcha de la empresa (Mercader Uguina y Gorerlich Peset, 2018, pp. 5 y 705).

Pero no solo la movilidad funcional vertical menoscaba el derecho a huelga, puesto que la jurisprudencia también ha entendido que la realización de tareas diferentes (aun no siendo propias de otros grupos profesionales) a las que se realizan habitualmente en un día de huelga por los trabajadores que no la secundan puede ser constitutivo de un esquirolaje «interno» ilícito.

En este sentido se pronuncia la STS de 3 de junio de 2012<sup>29</sup>. En el supuesto que resuelve ocurrió que Renfe sustituyó a un maquinista que secundó la huelga por otro que no

<sup>27</sup> Entre otras, véanse STSJ de Cataluña de 10 de marzo de 1999 (AR 1471) y STSJ de Andalucía de 16 de diciembre de 1992 (rec. núm. 2609/1992).

<sup>28</sup> STS de 5 de diciembre de 2012 (rec. núm. 265/2011), FJ 3.º:

El efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial. Tal sucede con la potestad directiva del empresario, regulada en el art. 20 del Estatuto de los trabajadores [...] [que] cuando se utiliza como instrumento para privar de efectividad a la huelga, mediante la colocación de personal cualificado (en algún caso, con título universitario) en puestos de trabajo con una calificación mínima, deja inermes a los trabajadores manuales, cuya sustitución es fácil y puede privarles materialmente de un derecho fundamental, vaciando su contenido esencial.

<sup>29</sup> STS de 3 de junio de 2012 (rec. núm. 9294/2012).

aparecía dentro de los convocados para suplir los servicios mínimos. El Tribunal Supremo declaró vulnerado el derecho a la huelga puesto que entendió que la sustitución se produjo con el mero fin de minorar los efectos de la huelga.

En síntesis, se pueden sacar las siguientes conclusiones respecto al esquirolaje «interno».

- El ejercicio del *ius variandi* empresarial encuentra su sentido en situaciones normales en la empresa, no en situaciones excepcionales como la que se produce en un día de huelga.
- La preeminencia del derecho a la huelga de los trabajadores sobre esta facultad de *ius variandi*, ya que se entiende que al utilizar esta potestad en día de huelga lo que se pretende es desactivar o disminuir los efectos de la huelga, privando a esta de sentido. De modo que los trabajadores no huelguistas que realicen tareas diferentes a las que realizan habitualmente, bien por imposición del empresario, bien por decisión propia, están incurriendo en una conducta de esquirolaje «interno» prohibida.

### 3. Sobre el esquirolaje «tecnológico». Definición, situaciones, regulación normativa y evolución jurisprudencial

#### 3.1. Definición y tipología. Situaciones amparadas

Una vez analizado el supuesto en relación con la modalidad de esquirolaje «interno», a continuación se explicará qué se entiende por esquirolaje «tecnológico» y su regulación legal.

El esquirolaje «tecnológico» se define como la sustitución de trabajadores huelguistas a través de medios técnicos o tecnológicos. En este caso, ya no se trata de sustituir a los trabajadores huelguistas por personal externo a la empresa o por propios trabajadores de esta no huelguistas, sino que entra otro elemento, el tecnológico, compuesto de máquinas, instrumentos y herramientas preprogramadas. Sin embargo, «todos los tipos de esquirolaje tienen en común la intención de sustituir el esfuerzo productivo de los huelguistas» (Fernández Domínguez, 2018, p. 62). Este tipo de esquirolaje también es denominado «virtual» (Mercader Uguina, 2016, p. 852) y tiene lugar, especialmente, en cadenas de televisión, programas radiofónicos o cadenas de montaje durante los días en que se ha convocado una huelga. En el sector de la radiotelevisión ha sido común la utilización de programas automáticos de emisión de contenido pregrabado. En la prestación de servicios por internet también pueden utilizar medios algorítmicos que no precisen de una persona que los haga funcionar, en fábricas de trabajo en cadena se utilizan máquinas que hagan el trabajo autónomamente... de tal modo que, este tipo de esquirolaje puede tener cabida en más empresas o entidades de las que *a priori* se pudiera imaginar.

El concepto que se le otorga a esta modalidad de esquirolaje no es preciso, puesto que no está claro cómo una máquina puede sustituir a un trabajador en caso de huelga. Además, la utilización de recursos tecnológicos durante un día de huelga puede que tenga el fin de mantener una producción aceptable y no se utilicen para sustituir a los huelguistas. Por lo tanto, *a priori*, no se puede tomar la definición como un concepto unívoco, pudiendo clasificarse las diferentes conductas tal como lo hace Fernández Domínguez (2018).

En primer lugar, tenemos una situación donde los huelguistas son sustituidos mediante la utilización de máquinas que ya tenía la empresa en su poder y utilizándose los procedimientos habituales de realización de tareas con dichas máquinas. Estos casos no parece que contengan una situación de esquirolaje, puesto que se utilizan las máquinas que se utilizan normalmente y de la misma forma que en un día sin huelga. No obstante, se podría llegar a vulnerar el derecho de huelga si se vacía de contenido.

En segundo lugar, nos podemos encontrar con una situación en la que se utilizan medios tecnológicos con los que ya contaba la empresa, aunque no se utilizaran con asiduidad, usados con un procedimiento distinto al habitual y solo por ser día de huelga. En estos casos se aprecia un intento objetivo de sustituir a los trabajadores huelguistas y son ejemplos claros que pueden configurarse como esquirolaje «tecnológico», que violan el derecho a la huelga.

En tercer lugar, hay casos que se pueden definir como esquirolaje «mixto», puesto que confluyen alguno de los dos tradicionales («externo» e «interno») con el «tecnológico». Estos casos se caracterizan por la utilización de algún aparato tecnológico o máquina por parte de trabajadores no huelguistas. La licitud o no de la *conducta* dependerá de si los trabajadores son contratados *ad hoc* para la realización de esa conducta o si son trabajadores de la propia empresa, y dependerá de si realizan las funciones propias de su puesto y que vienen realizando de forma habitual o no, siendo este último caso el que constituiría una actuación ilícita.

En cuarto lugar, se puede producir una situación de esquirolaje «automático» en la cual la sustitución de trabajadores huelguistas se realiza mediante máquinas que no precisan de un trabajador que las active, puesto que funcionan con algoritmos preestablecidos que funcionan de forma automática. Habrá que estar a la intencionalidad del empresario y al efecto que produzca sobre la huelga para analizar si fuese lícito o no su utilización.

En quinto lugar, se encuentran situaciones de esquirolaje «previo o diferido», en el que la autoridad, con anterioridad a la huelga, pero sabiendo que va a ocurrir, encarga a trabajadores que no van a secundarla que tomen las medidas técnicas oportunas para que el día de la huelga la maquinaria funcione, de modo que dicho día se pueda mantener un nivel de producción lo más normal posible. Hay que ir caso por caso para conocer si se ha producido una vulneración del derecho a huelga, teniendo en cuenta variables tales como si son tareas habituales de los trabajadores, el fin de la medida, etc.

En sexto y último lugar, se puede imaginar una situación en la que se produzca un esquirolaje posterior, consistente en que la empresa refuerce la actividad con medios tecnológicos para recuperar la producción perdida el día de la huelga.

### 3.2. Ausencia de regulación legal

En cuanto a la regulación legal de este tipo de esquirolaje hay que decir que es inexistente. En el RDLRT<sup>30</sup> solo se menciona, tal como se vio más arriba, el esquirolaje más tradicional, el «externo». Parece lógico que una norma de 1977 no haya regulado al respecto teniendo en cuenta que la sustitución de trabajadores huelguistas por medios técnicos es una situación moderna que tiene su razón de ser en el desarrollo de las tecnologías. Este tipo de comportamiento puede entenderse prohibido por un precepto de la LET<sup>31</sup> que menciona el deber de buena fe contractual, que obliga a no abusar de los poderes de dirección. Sin embargo, este precepto no aclara más.

Esta ausencia de regulación legal hace que sea aún más complicado analizar un supuesto de hecho que encaje con esta situación y haya que acudir a los tribunales para conocer la interpretación que han ido haciendo de este problema. Por lo tanto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional son clave para conocer el esquirolaje «tecnológico». Aunque se analizará más adelante, hay que adelantar que ni siquiera la jurisprudencia cuenta con una línea clara y definida sobre las situaciones que pueden vulnerar el derecho a la huelga y las que no, por lo que habrá que ir caso por caso para apreciarlas.

### 3.3. Confrontación de intereses

Las situaciones que comprende el esquirolaje «tecnológico» siempre tiene que ver con la utilización de máquinas o medios técnicos para realizar las funciones propias de los huelguistas. Medios técnicos que pueden pertenecer o no a la empresa con anterioridad al momento de convocatoria de la huelga. Por ello surge una duda si se realiza un paralelismo con el esquirolaje «interno»; si el *ius variandi* de la autoridad estaba limitado por el derecho a huelga, prevaleciendo este último, puesto que se entiende que este está pensado para situaciones no excepcionales, ¿se puede entender como abusiva la utilización de medios técnicos en una situación excepcional de huelga?

La respuesta es afirmativa, aunque no se encuentre prohibida de forma expresa en ninguna norma legal, pues si acudimos al artículo 28.2 de la CE, que entiende el derecho a

<sup>30</sup> Artículo 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo. BOE núm. 58.

<sup>31</sup> Artículo 20.2 del 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. BOE núm. 255.

huelga como un derecho fundamental, entenderemos que cualquier actuación que lo vulnere se entiende como abusiva. El empresario podrá utilizar los medios de que disponga para mantener la productividad en relación con el número de trabajadores que no secunden la huelga y con las funciones que les sean propias. Tal como sucedía con el esquirolaje «interno», habrá que fijarse en factores como «el trabajo preparatorio o previo a la huelga, las instrucciones a los trabajadores no huelguistas, la habitualidad de las actuaciones realizadas, y sobretodo, el objetivo perseguido con las prácticas o actitudes de los empresarios» (Leal López, 2015, p. 30).

En fin, aquellas conductas que tengan por objeto mermar la efectividad de la huelga o vaciar de contenido el derecho socavarán el derecho a la huelga.

### 3.4. Evolución jurisprudencial, ¿existe evolución?

Si en los textos legales no hay ninguna referencia al esquirolaje «tecnológico», hemos de acudir a la jurisprudencia para ver cómo se ha delimitado y definido.

Hasta el año 2000 no existe jurisprudencia específica que se refiera concretamente al fenómeno del esquirolaje «tecnológico». Es en la STS de 4 de julio de 2000<sup>32</sup> donde por primera vez se resuelve un recurso presentado por la representación unitaria de la empresa Catalunya Radio SRG, después de que la empresa transmitiera programación en horas de parón por la huelga utilizando grabaciones pregrabadas y automáticas.

Para resolver el caso, el Tribunal Supremo se basa en el artículo 6.5 del RDLRT explicando que lo que prohíbe este precepto es la sustitución de trabajadores huelguistas por otros trabajadores externos y que, de forma análoga, la jurisprudencia ha entendido la prohibición también en casos de sustitución de trabajadores huelguistas por no huelguistas dentro de la misma empresa (esquirolaje «interno»). Lo que no prohíbe, continúa explicando, «es la utilización por parte del empresario de los medios técnicos de los que habitualmente se dispone en la empresa para atenuar las consecuencias de la huelga».

Al mismo tiempo, el tribunal señala que el empresario no está obligado a colaborar con la huelga ni con la efectividad de esta. Y, en fin, indica que los medios técnicos utilizados no estaban prohibidos por la normativa y, por lo tanto, no se había producido un esquirolaje ilícito.

De esta forma, por primera vez se pronunciaba el Tribunal Supremo de manera directa sobre el esquirolaje «tecnológico», sentando una doctrina de desprotección del derecho de

---

<sup>32</sup> STS de 4 de julio de 2000 (rec. núm. 6289/2000).

huelga en estos casos. Al no estar prohibida la utilización de medios tecnológicos en huelga para la sustitución de huelguistas, se entiende lícita la utilización de estos aun cuando repercutan negativamente en los efectos de la huelga.

Siguiendo esta estela se encuentra la STS de 15 de abril de 2005<sup>33</sup>, que aparte de hacer hincapié en la idea de que la utilización de medios tecnológicos en huelga no es una conducta prohibida, también reitera la idea de que el empresario no está obligado a colaborar para que la huelga sea efectiva. A este respecto, indica textualmente que:

Este derecho garantiza el que los huelguistas puedan realizar los paros sin ser sancionados por ello. No asegura su éxito, ni en el logro de los objetivos pretendidos, ni en el de conseguir el cese total de la actividad empresarial<sup>34</sup>.

Esta es la línea seguida por el Tribunal Supremo hasta mediados de los años 2000, momento en el cual el Tribunal Constitucional dio un giro importante al respecto. El Tribunal Constitucional entendió que la utilización de medios tecnológicos por parte del empresario en día de huelga podía suponer una práctica abusiva e ilícita al contrarrestar los efectos de la huelga. De esta forma, nos encontramos con la STC de 19 de junio de 2006, que resuelve un recurso de amparo interpuesto por UGT y Gestevisión Telecinco contra el real decreto de servicios mínimos que establecía las normas para fijar el funcionamiento de los servicios mínimos esenciales en el ámbito de la gestión indirecta de los servicios públicos esenciales de radiodifusión sonora y de televisión. El Tribunal Constitucional otorga el amparo, pues entiende que la emisión de una programación pregrabada y emitida el día de la huelga es innecesaria y no puede incluirse dentro de servicio esencial, puesto que la programación era superflua, infringiendo el derecho de huelga<sup>35</sup>:

Vulneraba el derecho de huelga (art. 28.2 CE), por cuanto carecía del requisito de la motivación y justificación, tal como esos deberes han sido interpretados por la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, y declaraba servicios esenciales la emisión, dentro de los horarios habituales de difusión, de una programación previamente grabada y la producción y emisión de la normal programación informativa, con infracción de los principios de ponderación y proporcionalidad de acuerdo con la interpretación dada por el propio Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional.

El derecho de huelga puede experimentar limitaciones o restricciones en su ejercicio, aunque nunca podrán rebasar su contenido esencial, hacerlo impracticable, obstruirlo más allá de lo razonable o despojarlo de la necesaria protección.

<sup>33</sup> Así como la STS de 9 de diciembre de 2003 (rec. núm. 41/2003).

<sup>34</sup> STS de 15 de abril de 2005 (rec. núm. 133/2004), FJ 2.º

<sup>35</sup> STC de 19 de junio 2006 (núm. 183/2006), FJ 3.º a) y d).

De modo que la consideración de un *servicio como esencial* no puede suponer la supresión del derecho de huelga de los trabajadores que hubieran de prestarlo, sino la necesidad de disponer las medidas precisas para su mantenimiento o, dicho de otra forma, para asegurar la prestación de los trabajos que sean necesarios para la cobertura mínima.

En fin, el Tribunal Constitucional concluye lo siguiente<sup>36</sup>:

La oportunidad del ejercicio del derecho a comunicar y recibir información durante la jornada de huelga respecto a una programación previamente grabada de posible contenido o interés informativo supone una restricción del derecho de huelga que, por la propia característica de la información que se quiere emitir, no encuentra justificación en la preservación del derecho a comunicar y recibir información.

También la doctrina judicial de los tribunales superiores de justicia continuó con esta línea de interpretación. Así pues, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en Sentencia de 9 de marzo de 2006 resuelve un recurso de suplicación interpuesto por el sindicato Alternativa Sindical de Trabajadores y el Sindicato de Comisiones de Base. En día de huelga, Telefónica impartió instrucciones a sus trabajadores en los centros de atención al cliente en todo el territorio nacional para que realizaran el registro de averías dentro del segmento pymes, actividad que no realizan los trabajadores de Telefónica habitualmente. Asimismo, les indicó las modificaciones informáticas que había que efectuar para que las llamadas recibidas en la opción de averías llegaran a Telefónica y no se desviarán a Atento, actividad que no realizan los trabajadores de Telefónica habitualmente. El Tribunal Superior de Justicia estima el recurso y entiende vulnerado el derecho a huelga<sup>37</sup>:

En el presente caso, la empresa Telefónica no solo ha movilizado sus propios medios tecnológicos y telemáticos, compartidos con Atento, para minimizar los efectos de la huelga afectante a esta última, sino también ha puesto a sus propios trabajadores de los centros de Barcelona a realizar una actividad que habitualmente no desempeñan por estar encomendada en exclusiva los trabajadores de Atento.

Esta línea va a seguir durante 2011 y en adelante. De esta forma en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia de 2 de marzo de 2011<sup>38</sup>, se analiza un caso en el que la Confederación General del Trabajo interpuso demanda alegando vulneración del derecho a huelga contra Televisión Autónoma Madrid, SA y Radio Televisión Madrid. Durante el desarrollo de una huelga que duró varios días, la entidad emitió programas que habían sido

<sup>36</sup> STC de 19 de junio de 2006 (núm. 183/2006), FJ 8.º

<sup>37</sup> STSJ de Cataluña de 9 de marzo de 2006 (núm. 2090/2006), FJ único.

<sup>38</sup> STSJ de Madrid de 2 de marzo de 2011 (núm. 174/2011).

previamente grabados con el fin de emitirse durante estos días. Por otro lado, se cambió el horario de algunos programas para evitar que coincidieran con los parones y poder ser emitidos. El Tribunal Superior de Justicia concluye que estas actuaciones vulneran el derecho a la huelga y que esconden una intención de aminorar la repercusión de esta.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, a pesar de seguir esta línea jurisprudencial, cambiará otra vez su planteamiento.

En Sentencia de 11 de junio de 2012, el Alto Tribunal se pronuncia en un recurso de casación interpuesto por Euskal Telebista y Euskal Irrati Telebista después de que el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco se pronunciara a favor de los sindicatos LAB y ELA y entendiera que se había vulnerado el derecho de los trabajadores a la huelga. Lo que ocurrió fue que durante las jornadas de huelga ETB emitió publicidad y teletienda de forma preprogramada y automática.

El Tribunal Supremo entiende que en este caso la programación pregrabada se considera esencial y, por lo tanto, no se vulnera el derecho de huelga al utilizar medios técnicos de las características expuestas:

No existe ningún precepto que prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa, para atenuar las consecuencias de la huelga y que, si las emisiones preprogramadas se realizaron sin ser interrumpidas, pero sin que los huelguistas fueran sustituidos por otros trabajadores, ni extraños a la empresa, ni de su propia plantilla, el derecho fundamental no se ha vulnerado<sup>39</sup>.

Solo se vulnera si los trabajadores asignados a la prestación de servicios mínimos se utilizan para cumplir servicios no esenciales, pero no si los servicios no esenciales se ejecutan por trabajadores no huelguistas o por medios automáticos<sup>40</sup>.

Más tarde, en STS de 5 de diciembre de 2012 el Tribunal Supremo resuelve otro de los recursos interpuestos con motivo del segundo día de huelga en ETB. Este pronunciamiento es clave para conocer la doctrina del Tribunal Supremo respecto del esquirolaje tecnológico. La sentencia comienza repasando las diferentes modalidades de esquirolaje que está prohibido por el ordenamiento hasta llegar al «tecnológico»:

En definitiva, la doctrina que, con carácter general, formulamos en la presente sentencia es la siguiente: No solo en el supuesto de que se utilicen medios humanos (trabajadores asignados a la prestación de servicios mínimos) para la realización de actividades que exceden de los servicios decretados como esen-

<sup>39</sup> STS de 11 de junio de 2012 (rec. núm. 110/2011), FJ 1.º

<sup>40</sup> Ídem. FJ 2.º

ciales se lesiona el derecho de huelga, sino que también se lesiona este derecho cuando una empresa del sector de radiodifusión sonora y televisión emite programación o publicidad por medios automáticos, en el caso de que dicha actividad empresarial, aun cuando sea mediante la utilización de medios mecánicos o tecnológicos, priva materialmente a los trabajadores de su derecho fundamental, vaciando su contenido esencial de manera que no cabe el uso de las prerrogativas empresariales, aun amparadas en la libertad de empresa, para impedir la eficacia del derecho de huelga, y ello por la propia naturaleza de este derecho y también del de libertad de empresa, que no incorpora a su contenido facultades de reacción frente al paro<sup>41</sup>.

Por primera vez el Tribunal Supremo toma una postura clara: cuando los medios automáticos priven materialmente a los trabajadores del derecho a huelga, vaciando su contenido o impidiendo su eficacia, se estará produciendo esquirolaje «tecnológico»<sup>42</sup>.

Cuando parecía que la doctrina del Tribunal Supremo se asemejaba a la del Constitucional en cuanto a entender que no hay libertad del empresario para utilizar medios técnicos en caso de huelga, sino que la utilización de estos se considera ilícita si aminora los efectos del derecho de la huelga o lo vacía de contenido, el Tribunal Constitucional revoca la doctrina del Supremo y toma una posición restrictiva en cuanto al esquirolaje «tecnológico».

Ello se aprecia en la STC de 2 de febrero de 2017. El Tribunal Constitucional resuelve un recurso de amparo interpuesto por la CGT que será desestimado. El conflicto radica en unas actuaciones realizadas por unos trabajadores no huelguistas en día de huelga dentro de Telemadrid. La situación es similar a la que ocurre en el supuesto de hecho que se ha de resolver: no se llegan a establecer servicios mínimos el día de huelga, Telemadrid no emite ninguna emisión salvo un partido de Champions League con la intervención de un trabajador de control central, el coordinador de grafismo y el jefe del estudio, que no se unieron a la huelga. Se utilizó el codificador de reserva B, que se usa solo en situaciones excepcionales y no el A para emitir la señal, siendo Abertis quien activa uno u otro codificador. El trabajador del control central envió la señal del partido al locutorio, llamó a Abertis y

<sup>41</sup> STS de 5 de diciembre de 2012 (rec. núm. 265/2011), FJ 3.º

<sup>42</sup> Esta sentencia tuvo un voto particular esgrimido por Aurelio Desdentado. Este entiende que el problema del esquirolaje tecnológico es más complejo, porque en él habría que distinguir al menos dos situaciones: 1.ª La utilización de medios ya existentes en la empresa para el mantenimiento de determinadas actividades automatizadas sin sustitución de los huelguistas y sin empleo de trabajadores afectados a los servicios mínimos cuando esas actividades no tienen ese carácter; 2.ª La utilización de esos medios para sustituir a los huelguistas, con dos variantes: a) el empleo para esa finalidad de medios ya existentes en la empresa, y b) la adquisición de esos medios para hacer frente a los problemas planteados por la huelga. Solo en esta segunda situación cabría plantear el problema de la compatibilidad con el derecho de huelga y su extensión por vía analógica a partir del artículo 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977, pues entiende que es el único caso donde se produce sustitución de huelguistas.

le dijeron que conectara el codificador B, pudiéndose emitir el partido. Ante esta situación el Tribunal Constitucional entró a valorar la posible vulneración del derecho a huelga, bien por la existencia de un posible esquirolaje «interno» o bien por uno de tipo «tecnológico».

La demanda en única instancia fue desestimada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Madrid (Sentencia de 30 de noviembre de 2011), puesto que se consideró que la emisión del partido de Champions tuvo escasa duración como para obstaculizar el derecho a huelga. Por otra parte, se entendió que los trabajadores no huelguistas desarrollaron funciones que normalmente realizaban y, finalmente, se consideró válida la utilización del codificador B para emitir la señal, ya que es un medio técnico con el que contaba la entidad. Contra esta sentencia se interpuso recurso de suplicación, que fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en Sentencia de 23 de julio de 2012. La sala entendió que el empresario ha de respetar el derecho de huelga, pero no ha de colaborar o favorecer este.

El Tribunal Constitucional argumenta que la única diferencia con un día normal fue que la señal se envió desde control central a grafismo, en vez de a continuidad; la mosca se puso allí y no en continuidad. Tras ello, un día sin huelga la señal va al codificador A, el día de huelga se envió al B, ya que todos los trabajadores huelguistas eran los que podían enviar la mosca al codificador A. Para el Tribunal Constitucional esta actuación no supone la realización de actividades distintas de las que venían haciendo los trabajadores no huelguistas<sup>43</sup>:

Los trabajadores que no secundaron la huelga y que colaboraron en la emisión del partido no llevaron a cabo funciones distintas de las que vienen desarrollando habitualmente. Así, el trabajador de control central conmutó señales dentro de sus funciones y en el departamento de grafismo se encontraba el coordinador, que aun cuando dada su específica función de coordinador normalmente se encarga de controlar el trabajo en los departamentos que coordina, entre otros el de grafismo, el mismo supervisa tal trabajo y sí tiene entre sus cometidos generar la «mosca» de Telemadrid que figura en la emisión. Este trabajador lo que hizo, según consta en las resoluciones recurridas, fue generar la mosca y en lugar de remitirla al departamento de continuidad, que suele ser el que añade la mosca a la emisión a través de un programa automático, la insertó en una máquina sita en el departamento de grafismo, y luego devolvió automáticamente la señal a control central. Por lo que se refiere al locutor, este no hacía huelga.

Para el Tribunal Constitucional, por lo tanto, no se produce una situación de esquirolaje «interno». Sin embargo, para la resolución del caso que nos ocupa ya se ha resuelto en el epígrafe 2 este problema jurídico, entendiendo que sí se produce dicha situación. Lo que nos ocupa ahora es entender si se ha producido esquirolaje «tecnológico». El Tribunal Constitucional expone que el día de la huelga se utilizaron medios técnicos con los que contaba

<sup>43</sup> STC de 2 de febrero de 2017 (rec. núm.) 1168/2014. FJ 6.º

la empresa, pero que no son de uso habitual, y se ha seguido un procedimiento diferente al normalmente previsto para poder retransmitir el partido de fútbol el día de la huelga<sup>44</sup>. No obstante, entiende que no se puede exigir al empresario que no utilice medios técnicos con los que cuenta la empresa, pues no se puede obligar a este a que colabore en la huelga; la utilización de medios ya existentes es compatible con el derecho a huelga. La efectividad del derecho de huelga no demanda del empresario una conducta dirigida a no utilizar los medios técnicos con los que cuenta la empresa. Por ello, no se ha producido una situación de esquirolaje «tecnológico».

Con esta exposición el Tribunal Constitucional da un giro en la línea que llevaba, en el sentido que tomaban las primeras sentencias del Tribunal Supremo.

Tras este análisis jurisprudencial se puede concluir que existe una evolución jurisprudencial del esquirolaje «tecnológico» y que no hay una doctrina unificada. Si el Tribunal Supremo en un primer momento lo consideró legal y después abusivo, el Tribunal Constitucional ha seguido el camino inverso. Lo cual muestra que habrá que realizar un análisis casuístico para determinar la vulneración del derecho a huelga por utilización de medios técnicos.

### 3.5. Sobre la necesidad de regular el esquirolaje «tecnológico»

Como se ha comprobado en los apartados anteriores, la figura del esquirolaje «tecnológico» no se encuentra recogida en ningún texto legal, sino que ha sido la jurisprudencia, sobre todo a partir del 2012, la que ha ido configurando la figura y determinando caso por caso si se había producido una situación de esquirolaje «tecnológico» y, por lo tanto, si se había producido un menoscabo en el derecho a huelga.

*A priori*, se podría comparar esta situación con la del esquirolaje «interno». Este tampoco está prohibido explícitamente por el artículo 6.5 del RDLRT y es la jurisprudencia la encargada de configurarlo. Sin embargo, hay una diferencia crucial que separa ambas figuras. El fenómeno del esquirolaje «interno» es más antiguo y, por ello, la jurisprudencia<sup>45</sup> al respecto está más consolidada y menos vacilante. Sin embargo, el esquirolaje «tecnológico» es una situación más moderna que ha empezado a tener lugar y cobrar importancia con el desarrollo de las nuevas tecnologías y la implementación en las empresas de diferentes medios técnicos, por ello los primeros pronunciamientos jurisprudenciales tuvieron lugar en la década de los 2000. De esta forma, tanto es Supremo como el Constitucional no han seguido una línea clara sobre el asunto desde el primer momento e, incluso, han seguido

<sup>44</sup> STC de 2 de febrero de 2017 (rec. núm.) 1168/2014. FJ 7.º

<sup>45</sup> La STC 123/1992 fue la encargada de clarificar la figura del esquirolaje «interno». Es decir, desde los años 90 ya ocurrían situaciones relacionadas con esta figura.

líneas opuestas dando lugar a incertidumbre sobre en qué casos se produce un abuso empresarial que vulnera el derecho a huelga y en qué casos no.

Si a ello le unimos la circunstancia de que el derecho de huelga está muy poco regulado en España, tal como vimos al principio, y que la norma que lo contiene data de 1977<sup>46</sup>, nos encontramos ante una regulación escasa y obsoleta. En 1992 hubo un Proyecto de ley orgánica de huelga<sup>47</sup> que no llegó a consolidarse como ley que, aunque, contemplaba el esquirolaje «interno», no contemplaba la sustitución de trabajadores por medios tecnológicos.

Que el esquirolaje «tecnológico» se haya ido construyendo sobre la jurisprudencia y, en especial, sobre la doctrina del Tribunal Constitucional genera algunos problemas como es la inseguridad jurídica. En cuanto a ello, las idas y venidas que han tomado tanto el Supremo como el Constitucional no deja claro a empresarios si su comportamiento es ilícito o no y a los trabajadores un tanto de lo mismo.

En palabras de Pérez Rey (2017, p. 167), la regulación de la huelga en nuestro sistema «permanece anclada en el pasado, encerrada en una norma que ni se compadece con la CE, ni con el escenario actual de las relaciones laborales». La tecnología progresa día a día y también lo hace la capacidad de los empresarios para utilizar estos medios con el fin de mantener la productividad durante las jornadas de huelga, y el problema es que España no cuenta con una regulación del derecho de huelga que contemple esto, puesto que no hay prohibición legal en la que encajar el conflicto (Talens Visconti, 2013a, pp. 173-192).

Por todo ello, la regulación del derecho a huelga, con especial mención al esquirolaje «tecnológico» a través de ley orgánica, sería positivo por varios motivos. El derecho de huelga se tornaría más garantista al detallar las situaciones amparadas por él, supondría una regulación moderna, adaptada a los cambios que están ocurriendo en la sociedad y más eficaz. Sería una norma que no se quedara solo en la regulación del esquirolaje, sino que contuviera avances importantes en la definición de huelga, su ámbito de ilegalidad, servicios de seguridad y mantenimiento, tutela del derecho o régimen disciplinario (Martín Aguado, 1993, pp. 206 y 207). También parece que con una ley reguladora del derecho de huelga se ganaría en seguridad jurídica, tanto por la parte de los trabajadores como de los empresarios. ¿Sería necesaria una ley orgánica de huelga que regulase con detalle los supuestos de esquirolaje y se adaptara a los tiempos presentes? Parece que sí, que sería conveniente, deseable o positivo para la regulación del derecho de huelga. Y, en especial, en lo relacionado con el esquirolaje «tecnológico», la elaboración y aprobación de una ley reguladora de la huelga que venciera la obsolescencia de la regulación con que contamos actualmente, de forma que incluyera la configuración del esquirolaje «tecnológico», limitan-

<sup>46</sup> Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo.

<sup>47</sup> Proyecto de Ley Orgánica de Huelga (121/000087), presentado el 22 de marzo de 1992 y calificado el 16 de marzo del mismo año.

do el empleo de medios técnicos automáticos con el fin de vaciar el contenido esencial del derecho a huelga, protegiendo este y no dejando a los trabajadores cada vez más desprotegidos frente al avance en las tecnologías.

#### 4. ¿Puede la tecnología suplir a los trabajadores huelguistas?

La figura del esquirolaje «tecnológico» plantea la duda de si la tecnología puede suplir a los trabajadores huelguistas. Lo cierto es que a través de varios supuestos de hecho que han ocurrido con motivo de huelga en diferentes entidades y empresas ya hemos visto que sí es posible, ya sea a través de la utilización de máquinas de grabación de radio o televisión preprogramadas o automatizadas, de medios técnicos en cadenas de montaje que funcionan sin necesidad de un trabajador que los controle o a través del manejo de estos instrumentos por parte de algún trabajador no huelguista. En este epígrafe se analizará en qué medida la tecnología puede suplir el trabajo humano y su incidencia en la huelga con el fin de responder a las dudas que se plantea el sindicato.

Esto depende en gran parte del nivel de tecnificación de los sectores de trabajo a los que nos refiramos, pues de momento en sectores de trabajo como el sanitario o educativo no se han dado casos de esquirolaje «tecnológico» durante la huelga, puesto que el componente humano no deja margen a los medios técnicos, mientras que en otros sectores, como el de la radiotelevisión o el trabajo en cadena, la incidencia de la tecnología será mayor. En estos últimos sería posible mantener la producción durante un día de huelga a través de la utilización de máquinas.

Por otra parte, hay que tener en cuenta el avance en la calidad y cantidad de las tecnologías. Si en 1977, año del real decreto de huelga, era impensable que la tecnología sustituyera a los trabajadores huelguistas, la realidad actual es muy diferente. De este modo, en el sector de la radiotelevisión hay medios técnicos con contenido pregrabado, tanto radiofónico como visual, que pueden programarse para que emitan durante la huelga, en el momento y con la duración que se haya preestablecido (Talens Visconti, 2013b, p. 5). En las cadenas de montaje también se puede programar la maquinaria para que actúe en el momento en que se quiera, también se pueden hacer funcionar a través de paneles de control vagones de metro y tren sin necesidad de que haya un conductor, se pueden prestar servicios por internet sin necesidad de intervención humana, pues un algoritmo es capaz de recoger los pedidos que desean los clientes y de dar una orden a un almacén para que lo procese... en fin, los avances en la tecnología, la informática, las telecomunicaciones y demás ha hecho posible de unos años atrás hasta este tiempo la sustitución de trabajadores por máquinas. Solo se puede pensar que en el futuro esta sustitución se podrá realizar en más sectores de actividad y que habrá que repensar el derecho fundamental a la huelga. Estos avances, en palabras de Escribano Gutiérrez (2017, pp. 227), provocan que «en ciertos sectores, la presencia permanente de trabajadores deje de ser imprescindible». Además, en los casos en que la tecnología no llega a poder sustituir por tiempo completo a un trabajador por no

estar demasiado avanzada, sí que podría sustituirlo durante un periodo corto de tiempo, como durante las jornadas de huelga (Todolí Signes, 2014, pp. 804 y ss.).

Para apoyar esta información los datos<sup>48</sup> nos muestran que, en 2017, aunque pocas profesiones pueden automatizarse completamente, el 60 % de ellas tienen por lo menos un 30 % de actividades automatizables. España se encuentra en la media alta dentro de los países que tienen un mayor porcentaje total en los que las actividades de los empleados se pueden automatizar si se usan las tecnologías probadas en la actualidad.

Por lo tanto, sí se puede afirmar que la tecnología puede suplir a los trabajadores en general y a los huelguistas en particular en España, ya que el desarrollo de esta y su utilización en los puestos de trabajo cada vez es mayor. Y es por ello por lo que es tan importante una regulación moderna y adecuada a los tiempos en que vivimos, que proteja el derecho a la huelga de los trabajadores, que parece que se restringe cada vez más por parte del Tribunal Constitucional.

## 5. Cauce de acción de los trabajadores

Finalmente, se analizará el cauce de acción de los trabajadores huelguistas y las consecuencias jurídicas de dichas acciones en el caso de que estos se encuentren ante una situación de esquirolaje «tecnológico».

Al ser menoscabado un derecho fundamental, como lo es el derecho de huelga, lo normal es que se articule una pretensión de tutela directa de derecho fundamental a través de la modalidad procesal correspondiente en el orden social. El artículo 179.3 de la LRJS exige que la demanda debe expresar con claridad los hechos que constituyen la vulneración, es decir, la actuación de los trabajadores no huelguistas al realizar tareas que no eran las que realizaban normalmente y al utilizar los medios técnicos de la entidad de formas diferente a la habitual, el derecho infringido, que es el derecho a la huelga, y la cuantía de la indemnización pretendida incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador.

Por otro lado, esta modalidad de tutela tiene la ventaja de que va a ser el demandado el que, después de que el sindicato actor justifique con indicios la violación del derecho a la huelga, tenga que aportar una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas durante la jornada de huelga y de su proporcionalidad<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> McKinsey Global Institute, 2017. En este informe se incluye un estudio cuantitativo sobre la utilización de medios tecnológicos en los trabajos y su incidencia en ellos, así como su potencial. La muestra que se toma es mundial.

<sup>49</sup> Artículo 181.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

El pronunciamiento judicial en el proceso de tutela del derecho fundamental a la huelga declarará la existencia de lesión o su no existencia o la nulidad radical. En el caso de que se declarara la vulneración del derecho, el empresario será condenado al abono de una indemnización que resarciría al sindicato convocante (sindicato de trabajadores de Canal Sur) o a los propios trabajadores afectados por los daños y perjuicios que se les hubiesen ocasionado<sup>50</sup>. En el supuesto presente, y en relación con el esquirolaje «tecnológico», es importante tener en cuenta, además, el nivel de alteración del proceso productivo a través de la tecnología, así como si la empresa ha conseguido mantener o no la normalidad productiva con sus actuaciones (Tascón López, 2018, pp. 111).

En cuanto a la indemnización hay que decir que esta se calculará según el daño moral sufrido, unido a la intensidad de la vulneración del derecho a huelga con los daños y perjuicios adicionales<sup>51</sup>. En todo caso, será el órgano judicial de instancia el que, atendidas las circunstancias de cada caso, fije el importe de la indemnización a su prudente arbitrio, sin que su decisión pueda ser revisada por el tribunal que conozca del recurso, salvo que sea claramente desproporcionada o irrazonable<sup>52</sup>.

En definitiva, tanto los trabajadores afectados como el sindicato convocante de la huelga tienen la opción de demandar a la entidad en la que trabajan por haber lesionado su derecho a la huelga y con el fin de obtener una indemnización por los daños y perjuicios causados.

## 6. Conclusiones

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, el presente artículo concluye lo siguiente:

- El derecho de huelga es un derecho fundamental que tiene sus límites y también sus mecanismos de defensa, especialmente en relación con la prohibición de la práctica del esquirolaje, consistente en la sustitución de los trabajadores huelguistas, bien sea por otras personas o por máquinas.
- En cuanto al esquirolaje «tecnológico» apuntar que se define como la sustitución de trabajadores huelguistas a través de medios técnicos o tecnológicos, que abarca múltiples situaciones de hecho.
- No existe una regulación legal del esquirolaje «tecnológico» en España, sino que son los tribunales los encargados de hacer frente a las situaciones que se les pre-

<sup>50</sup> Artículo 182 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

<sup>51</sup> Artículo 183 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

<sup>52</sup> SSTs de 25 de enero de 2010 (rec. núm. 3125/2010) y 18 de marzo de 2016 (rec. núm. 1828/2016).

sentan. Sin embargo, en esta materia no existe una línea jurisprudencial clara, en la medida en que destacan pronunciamientos jurisprudenciales heterogéneos, en concreto, del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. Si el Supremo en un primer momento consideró legal la utilización de medios técnicos para sustituir a trabajadores huelguistas y después lo consideró abusivo, el Constitucional ha seguido el camino inverso. Lo cual muestra que habrá que realizar un análisis casuístico para determinar la vulneración del derecho a la huelga por utilización de medios técnicos.

- Teniendo en cuenta la inseguridad que causa la ausencia de regulación normativa del esquirolaje «tecnológico», se propone la necesidad de regular este a través de una ley Orgánica moderna y protectora del derecho de huelga, adaptada a la situación de avance de las tecnologías.
- La figura del esquirolaje «tecnológico» muestra una realidad y es que la tecnología ha llegado a todas las áreas de nuestra vida y, en especial, ha transformado la forma de entender los trabajos y las relaciones laborales, de forma que se puede suplir a los trabajadores a través de medios técnicos, pudiendo quedar estos desprotegidos.

## Referencias bibliográficas

- Alfonso Mellado, C. (2016). Tema 22. Conflictos colectivos. En L. M. Camps Ruíz y J. M. Ramírez Martínez (Coords.), *Derecho del Trabajo*. (5.ª ed.). (pp. 660-695). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Escribano Gutiérrez, J. (2017). Derecho de huelga, «ius variandi» y esquirolaje tecnológico. *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 139.
- Fernández Domínguez, J. (2018). *El esquirolaje tecnológico*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- Leal López, S. (2015). *La problemática de la sustitución de trabajadores huelguistas* (trabajo fin de grado). Repositorio de la Universidad Autónoma de Barcelona. Recuperado de <<https://ddd.uab.cat>> (consulta: 7 de octubre de 2018).
- Martín Aguado, A. (1993). Derecho de huelga: por una regulación garantista y avanzada. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2.
- McKinsey Global Institute (2017). *Un futuro que funciona: automatización, empleo y productividad. Informe ejecutivo*. Recuperado de <<https://www.mckinsey.com>>.
- Mercader Uguina, J. R. (2016). Lección 24. Las medidas de conflicto colectivo. La huelga y el cierre patronal. En *Lecciones de Derecho del Trabajo*. (9.ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Mercader Uguina, J. R. y Gorerlich Peset, J. M. (2018). Capítulo 10. Conflictos colectivos y huelga. En *Practicum Social*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- Montoya Melgar, A. (2013). Los límites del derecho de huelga: presente y futuro.



- Árbol académico. En Á. Arias Domínguez (Coord.), *Cuestiones laborales de actualidad: Estudios jurídicos en homenaje al profesor Feliciano González*. Dykinson.
- Montoya Melgar, A. (2016). *Diccionario jurídico*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación - Aranzadi.
- Pérez Rey, J. (2017). El tribunal constitucional ante el esquirolaje tecnológico (o que la huelga no impida ver el fútbol). *Revista de Derecho Social*, 77.
- Román de la Torre, M. D. (1992). *Poder de dirección y contrato de trabajo*. Valladolid: Graphus.
- Talens Visconti, E. (2013a). ¿El esquirolaje tecnológico vulnera el derecho de huelga? *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 5(6).
- Talens Visconti, E. (2013b). *Esquirolaje tecnológico: interrogantes abiertos*. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 5. Recuperado de <<http://www.academia.edu>>.
- Tascón López, R. (2018). Capítulo III. La respuesta jurisprudencial a la figura del esquirolaje tecnológico. En *El esquirolaje tecnológico*. Pamplona: Aranzadi.
- Todoí Signes, A. (2014). El esquirolaje tecnológico como método de defensa ante una huelga. *Actualidad Laboral*, 7, tomo 1.
- Torrente Gari, S. (1992). Huelga, servicios esenciales y mantenimiento: la nueva regulación. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 113-114.