

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](#)

Margarita Miñarro Yanini

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Jaime I*

1. Marco jurídico e interpretación judicial

Pese a la evolución de las relaciones laborales, la huelga continúa siendo el principal instrumento de defensa de los derechos de las personas trabajadoras. Esta importancia se evidencia, desde una perspectiva práctica, en el relevante papel que sigue desempeñando actualmente, impulsada por el ya conocido ámbito expansivo de su objeto, que la hace trascender de los márgenes de la reclamación netamente laboral, circunscrita al binomio empresa-persona trabajadora, para convertirla, más ampliamente, en un mecanismo de reivindicación social. Ejemplos de ello son la reciente Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 31/2020, de 15 de enero, relativa a la huelga en Cataluña de 8 de noviembre de 2017, y la casi coetánea de 13 de enero de 2020, que constituye el objeto de este comentario.

Asimismo, desde el punto de vista formal, su capital importancia queda reflejada en el rango de derecho fundamental que le reconoce la Constitución española (CE) en su artículo 28.2, como es sabido. No obstante, esta relevancia no se ha proyectado en la regulación que lo desarrolla, que, contenida en el preconstitucional Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, sigue mostrando una visión restrictiva del derecho, que no es acorde con su excelsa relevancia. Estas tachas quedan claramente reflejadas en algunos aspectos clave de su regulación, que o bien no fueron corregidos, o no en la medida suficiente, por la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 11/1981,

Cómo citar: 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. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 447, 193-199.

o bien, aunque lo fueron, han quedado obsoletos a tenor de los casi 40 años transcurridos desde que esta se dictó. En la primera situación se halla el [artículo 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977](#), que establece como garantía del derecho de huelga que:

[e]n 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 a la misma, salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número siete de este artículo,

a saber, los servicios de seguridad y mantenimiento, a los que habría que sumar los servicios mínimos en empresas encargadas de prestar servicios esenciales para la comunidad ex [artículo 28.2 de la CE](#). Esta concepción restringida de la prohibición de esquirolaje circunscrita al «externo» –sustitución de trabajadores huelguistas por otros contratados a tal efecto– constituye uno de los aspectos en los que más claramente se han evidenciado los déficits de esta vieja norma.

En este sentido, las enormes carencias del [artículo 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977](#) se han puesto de manifiesto en sede judicial en las muy numerosas ocasiones en las que se han cuestionado ciertas medidas empresariales que, sin ajustarse exactamente al modelo legal de esquirolaje, sustancialmente eran constitutivas de esquirolaje, por suponer la sustitución de los huelguistas, neutralizando con ello el ejercicio de la huelga. Tal examen es imprescindible a tenor de la interpretación actual y finalista a la que obliga el [artículo 3.1 del Código Civil](#), que cobra mayor importancia cuanto más antigua es la norma y más restringido su tenor, como es el caso. Aunque son muchas las sentencias que se han pronunciado sobre prácticas de sustitución de huelguistas que quedan fuera de la estricta literalidad del [artículo 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977](#), referenciales son las SSTC [123/1992](#) y [33/2011](#), que rechazaron una delimitación restrictiva del esquirolaje, al señalar que este se produce «cuando, sea de forma intencional, o sea de forma objetiva, dicha sustitución produzca un vaciamiento del contenido del derecho de huelga, o una desactivación o aminoración de la presión asociada a su ejercicio».

Coherentemente con este criterio, los órganos judiciales han flexibilizado la interpretación de la noción legal de esquirolaje, como ha quedado reflejado en las páginas de esta sección. En este sentido, el TS ha estimado que se produce esquirolaje en caso de sustitución de los huelguistas por trabajadores de otra empresa de su mismo grupo –[STS de 11 de febrero de 2015 \(rec. 95/2014\)](#), comentada en el [núm. 387 de esta revista](#)–, aunque no así cuando no existe vinculación entre las empresas –[STS de 16 de noviembre de 2016 \(rec. 59/2016\)](#)–. También ha considerado que se está ante un «esquirolaje interno indirecto» cuando la empresa, en el periodo previo a la huelga, ha aumentado y reordenado las actividades a fin de aumentar el *stock* y eliminar así los efectos de la medida –[STS de 20 de abril de 2015 \(rec. 354/2014\)](#), grupo Coca-Cola, comentada en el [núm. 388 de esta revista](#)–. Asimismo, por lo que respecta al llamado «esquirolaje tecnológico», tras una etapa de rechazo –[STS de 11 de junio de 2011 \(rec. 110/2011\)](#)–, lo aceptó como modalidad de esquirolaje

incardinable en el [artículo 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977](#), y, por tanto, conducta proscribida por lesionar el derecho de huelga –[STS de 5 de diciembre de 2012 \(rec. 265/2011\)](#)–, si bien con algún retroceso posterior.

No obstante, en relación con un supuesto de sustitución del trabajo de huelguistas valiéndose de cauces tecnológicos unidos a la acción de un trabajador no huelguista –un combinado de esquirolaje tecnológico e interno–, el TC, en su [Sentencia 17/2017, de 2 de febrero –comentada en el núm. 429 de esta revista–](#), pareció dar un paso atrás. En esta sentencia, que, como se verá, reviste particular interés a efectos del análisis de la [STS 13/2020, de 13 de enero](#), por referirse ambas al esquirolaje interno, el tribunal aplica un concepto estricto del derecho de huelga que supone reducir su protección, rompiendo con ello la tendencia expansiva seguida hasta el momento. De este modo, en una situación de huelga general, la empresa Telemadrid televisó un partido de fútbol, supliendo la ausencia de los trabajadores huelguistas a través de medios tecnológicos no habituales mediante los que se alteraba el procedimiento ordinario de emisión, valiéndose para ello de un trabajador no huelguista que hizo posible la activación de tal procedimiento. Pues bien, pese a tan claros indicios, en contra del criterio del fiscal y pretendiendo basarse en criterios protectores del derecho establecidos en otras sentencias, la mayoría del TC consideró que no se produjo esquirolaje, obviando elementos determinantes que el propio tribunal había considerado concurrentes y utilizando para ello argumentos poco elaborados e incluso contradictorios, que revelan la tensión interna de la sala, que también se manifestó en la formulación de un voto particular firmado por tres magistrados.

La [STS 13/2020](#), que constituye el objeto de este comentario, si bien expresa su alineamiento con este pronunciamiento constitucional, lo cierto es que retoma una progresión protectora del derecho de huelga que es radicalmente opuesta al espíritu restrictivo de aquella.

2. Breve síntesis del supuesto de hecho

Los hechos básicos que anteceden al planteamiento del recurso de casación que resuelve la sentencia comentada son, sintéticamente, los que siguen.

Las organizaciones sindicales USO, CUT, COBAS, AST, CNT, UGT, CC. OO. y CIG convocaron para el jueves 8 de marzo de 2018, coincidiendo con el Día de la Mujer Trabajadora, una jornada de huelga general, en modalidad de paros parciales o del día completo, siendo el sindicato CUT el único en Galicia que convocó huelga de 24 horas. La huelga iba dirigida a todas las trabajadoras y todos los trabajadores de Galicia, independientemente del sector, actividad o vínculo. El objetivo general de la huelga era la consecución de la igualdad real de las mujeres en el ámbito laboral.

En reunión celebrada el 27 de febrero de 2018 entre la Corporación de Radio y Televisión de Galicia (CRTVG) y los comités de huelga, estos últimos solicitaron que solo se incluyera a

hombres en la relación de servicios mínimos o que, de no ser así, se permitiera a las mujeres intercambiar su servicio con un hombre durante la jornada de huelga. Asimismo, proponían que se limitase la duración de los servicios para que pudieran irse en cuanto terminase su trabajo. Esta reunión terminó sin acuerdo.

El 7 de marzo de 2018 se publicó en el DOGA el Decreto 26/2018, de 1 de marzo, por el que se establecían los servicios esenciales para la huelga, incluyendo los correspondientes a la CRTVG. Esta remitió a la Xunta la relación de servicios mínimos, con indicación nominal de los trabajadores y las trabajadoras que los cubrirían, sin que la primera incluyera el programa Galicia Noticias Mediodía –uno de los programas de más audiencia de la cadena– ni la segunda a la trabajadora que habitualmente lo presentaba.

Esta trabajadora, nominada en la sentencia de referencia como Purificación, redactora de CRTVG, decidió sumarse a la convocatoria de CUT, acogiéndose a la jornada de huelga de 24 horas, por lo que el 8 de marzo no acudió en ningún momento a su puesto de trabajo. No obstante, aunque ese día no se emitieron otros programas de la cadena, sí lo fue Galicia Noticias Mediodía, si bien su presentación corrió a cargo de su editor. La sentencia precisa que, a tenor del convenio colectivo de la CRTVG, los editores desarrollan funciones más amplias que los redactores y ocupan una posición superior a la de estos en el escalafón de puestos. Por lo que respecta al editor de Galicia Noticias Mediodía, es la persona que sustituye a su presentadora habitual, la redactora, cuando debe ausentarse por vacaciones, permisos, bajas o situaciones similares.

Considerando que tales hechos eran constitutivos de vulneración de derecho de huelga, CUT presentó demanda de tutela de derechos fundamentales y reclamación de indemnización por daños y perjuicios contra CRTVG. En esta, solicitaba al Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Galicia que declarara vulnerado el derecho de huelga de CUT, la declaración de nulidad de la sustitución de la trabajadora y la decisión de la empresa de emitir el programa, una indemnización de 15.625,5 euros en concepto de daños y perjuicios, la lectura del fallo o del fundamento que el tribunal estime oportuno durante la emisión del programa Galicia Noticias Mediodía y la publicación de la sentencia en la intranet de la empresa. El TSJ de Galicia, en Sentencia 10/2018, de 26 de abril, consideró que tal sustitución fue constitutiva de esquirolaje interno, por lo que estimó las tres primeras peticiones del sindicato recurrente, desestimando las dos últimas.

Frente a esta sentencia, CRTVG interpone recurso de casación, que da lugar a la [STS 13/2020, de 13 de enero](#), que constituye el eje de este comentario.

3. Claves de la posición del órgano judicial

La empresa apoya su recurso en dos motivos, pretendiendo el primero de ellos la revisión de dos hechos probados, relativos a la no inclusión en la cobertura de los servicios

mínimos de mujeres con presencia en pantalla y a que el trabajador sustituto era «editor y presentador», que son rechazados por fundamentarse en prueba testifical, medio probatorio no idóneo a estos efectos. Como segundo motivo, aduce infracción de la jurisprudencia, indicando, con mención directa a la STS (*sic*) –es [STC– 17/2017, de 2 de febrero](#), que no se ha producido esquirolaje porque:

[...] para apreciar la vulneración del derecho de huelga es preciso que la sustitución de los huelguistas se realice sin causa habilitante y acudiendo a un trabajador contratado *ex novo* o asignado de forma irregular a la tarea de los huelguistas.

El informe del Ministerio Fiscal mantuvo la desestimación del recurso por quedar acreditado que se produjo esquirolaje interno.

La cuestión es, en consecuencia, determinar si el trabajador sustituto fue «asignado de forma irregular» a realizar la función que habitualmente desempeñaba la trabajadora huelguista. El TS da una respuesta afirmativa, desestimando el recurso de casación con base precisamente en la doctrina que invoca la parte recurrente, que cita generosa y recurrentemente. De este modo, a la luz de esta, examina las condiciones en las que se realizó tal sustitución, que son, por tanto, las que determinan la calificación de la medida empresarial.

Aunque el tribunal no parece seguir un orden expositivo en su argumentación, como eje de su examen y clave de la solución debe situarse el hecho de que en este supuesto se produce «la sustitución del trabajo que debía haber desempeñado la huelguista por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones», que es precisamente la circunstancia que la [STC 17/2017](#), que transcribe, contemplaba como constitutiva de esquirolaje interno. Por lo tanto, siguiendo la sentencia de instancia, constata que en el caso examinado la sustitución de la trabajadora huelguista por el editor del programa:

[...] supuso la atribución de funciones distintas a las que habitual y ordinariamente venía atendiendo porque [...] esa habitualidad no se identifica con la de presentador, recogiendo en los hechos probados su condición de editor. Tampoco se puede identificar función habitual con la ocasional, consistente en presentar el programa cuando la trabajadora suspendía su relación por vacaciones, permisos, etc. Además, incluso desde esa condición de sustitución ocasional, no se puede identificar la habitual sustitución con la proveniente de una situación de conflicto, en la que se quiere sustituir a trabajadores huelguistas para no suspender la actividad o, lo que es lo mismo, no permitir el efecto propio del ejercicio de huelga.

La sala incide particularmente en el aspecto de la motivación de la sustitución que suscitó la empresa en la instancia, al señalar que esta potenció los efectos de la huelga, y al que ya el TSJ había dado cumplida respuesta al destacar que lo relevante a efectos de determinar la lesión es que:

[...] las funciones de los huelguistas han sido desarrolladas por quienes tenían asignadas otras diferentes en la misma empresa, de forma que sea de forma intencional, o sea de forma objetiva, dicha sustitución produ(ce) un vaciamiento del contenido del derecho de huelga, o una desactivación o aminoración de la presión asociada a su ejercicio.

Al respecto, el TS no duda en destacar el efecto lesivo de la conducta de la empresa, al incidir en que la intención de tal medida fue:

[...] limitar el derecho de huelga [...] para neutralizar el efecto propio y esencial del ejercicio de aquel derecho fundamental como es la paralización de la actividad, máxime en una como la que afecta a la entidad demandada, donde la falta de emisión de programas televisivos se presenta también como medio de difusión del seguimiento de aquel ejercicio y del cumplimiento de sus objetivos.

En consecuencia, concluye que la sustitución realizada debe calificarse como «ejercicio abusivo del *ius variandi* empresarial, derecho que, con los límites legalmente previstos, corresponde al empresario en otras situaciones», pero nunca en el marco de una huelga legítima. Como recuerda la misma sentencia, esta regla se altera solo en caso de incumplimiento de servicios mínimos o de mantenimiento y seguridad, circunstancias que no se producen en el presente supuesto. En suma, la legítima aplicación del *ius variandi* no es indiferente a la causa de la sustitución, pues si bien será válido en situaciones ordinarias, no lo es en las «propias y específicas del derecho de huelga, en donde el conflicto viene expresado mediante medidas de presión de que disponen los trabajadores en defensa de sus intereses».

4. Trascendencia de la doctrina y posibilidad de consolidación futura

La [STS de 13 de enero de 2020](#) es un pronunciamiento relevante que, valorado desde una perspectiva amplia, contribuye a delimitar las conductas constitutivas de esquirolaje más allá del restringido ámbito del [artículo 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977](#), y, con ello, a proteger el derecho de huelga. Desde una óptica más concreta, se considera que su importancia es aún mayor, puesto que delimita el esquirolaje interno de forma sencilla y directa, incidiendo en su carácter lesivo del derecho de huelga. De este modo, aunque manifieste lo contrario, se aparta sustancialmente de la [STC 17/2017](#), que, con argumentos pretendidamente continuistas con la doctrina constitucional más protectora de la huelga, que sesgó a su conveniencia, y con una interpretación parcial de los hechos, se pronunció sobre esta cuestión de forma tan oscura como regresiva para la protección del derecho.

De este modo, la importancia y el valor de la [STS de 13 de enero de 2020](#), comentada, radican precisamente en definir el esquirolaje interno como la realización de tareas

normalmente desempeñadas por las personas huelguistas por parte de otras no huelguistas que no las realizan habitualmente. Es cierto que esta sentencia no es pionera en la delimitación de este tipo de esquirolaje, sin embargo, su relevancia es especialmente intensa por cuanto actúa como contrapunto de la [STC 17/2017](#), que enturbió de forma considerable esta categoría. De este modo, la sentencia comentada supone dar un giro en favor de la protección del derecho a la interpretación regresiva de este tipo de esquirolaje contenida en la [STC 17/2017](#). Con ello, arroja luz sobre la categoría del esquirolaje interno y la reconduce a las conductas prohibidas por el [artículo 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977](#), marcando con ello los límites de las conductas de la empresa lesivas de la huelga, reforzando así el derecho fundamental.

Por todo lo anterior, se considera que la [STS de 13 de enero de 2020](#), comentada, establece un criterio definitorio del esquirolaje interno que no solo es positivo para la tutela del derecho, sino que era imprescindible establecer tras la confusión sembrada por la [STC 17/2017](#). En consecuencia, se espera que esta línea interpretativa se consolide y proyecte en sucesivos pronunciamientos judiciales sobre la materia.