

# El derecho de huelga: un derecho fundamental acorralado

**Santiago González Ortega**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad Pablo de Olavide*

---

## EXTRACTO

Las condiciones que se imponen al ejercicio del derecho de huelga, sobre todo si son considerados de forma conjunta, permiten hablar del derecho de huelga como un «derecho acorralado». Al análisis de estos límites es a lo que se dedica el presente trabajo, haciendo especial hincapié en la realidad española. No sin precisar que esos límites que obstaculizan el derecho de huelga y lo convierten en una forma de presión sensiblemente desactivada y de eficacia limitada pueden ser de muy diverso tipo. El que pocos derechos fundamentales se encuentren tan controlados como el de huelga obedece, sin duda, al hecho de que pertenecen a la categoría de derechos fundamentales que tienen una doble dimensión, a la vez individual y colectiva. Por esta razón, las normas que los regulan se acercan a los mismos con mayores cautelas, combinando reconocimiento y garantía con obstáculos de número y consistencia nada despreciables. Este estudio resalta tal contraste, que acaba decantándose a favor de las limitaciones del derecho de huelga.

**Palabras clave:** derecho de huelga; derechos colectivos; derechos fundamentales.

---

*Fecha de entrada: 25-09-2017 / Fecha de aceptación: 25-09-2017*

## The right to strike: a right fundamental cornered

Santiago González Ortega

---

### ABSTRACT

The conditions imposed on the exercise of the right to strike, specially if altogether considered, make it possible to speak of the right to strike as a «cornered right». The analysis of these limits is what the present work is dedicated to, with special emphasis on the Spanish reality. Not without specifying that those limits that impede the right to strike and turn it into a clearly deactivated and of limited effectiveness form of pressure may be very diverse. The fact that few fundamental rights are as controlled as the strike is due, no doubt, to the fact that they belong to the category of fundamental rights that have a double dimension, both individual and collective. For this reason, the regulations approach them with greater caution, combining recognition and guarantee with obstacles in a significant number and consistency. This study highlights such a contrast, which ends up favoring the limitations of the right to strike.

**Keywords:** right to strike; collective rights; fundamental rights.

---

---

## Sumario

1. Introducción
2. El reconocimiento constitucional del derecho de huelga y el arrastre de prejuicios ideológicos
3. La regulación de la huelga: un marco normativo obsoleto con una funcionalidad limitativa del derecho
4. La contradicción entre la finalidad de la huelga y la prohibición de algunas de sus modalidades. Uso y abuso de derecho, el enfoque contractual de la huelga y la equivalencia de sacrificios
5. La titularidad individual de la huelga y la encendida, desproporcionada y algo farisaica defensa del derecho al trabajo
6. Las limitaciones a la huelga derivadas de los servicios mínimos
7. Las huelgas ilegales y el deber de paz
8. El arbitraje obligatorio y el bloqueo de la acción colectiva
9. Las facultades de reacción del empresario: del cierre patronal a los distintos tipos de esquirolaje y otras posibles acciones empresariales de respuesta
10. Conclusiones

### Cómo citar este estudio:

González Ortega, S. (2018). El derecho de huelga: un derecho fundamental acorralado. *RTSS.CEF*, 418, 17-42.

## 1. INTRODUCCIÓN

Puede parecer un sinsentido referirse al derecho de huelga como un derecho acorralado. Sobre todo si se tienen en mente casos de huelgas como las que, por ejemplo, han afectado recientemente a la seguridad de los aeropuertos, a la estiba y desestiba de puertos y al transporte terrestre y aeronáutico; por no hablar de las huelgas en los sectores de sanidad y de educación o las de controladores y pilotos. Ciertamente, se trata de casos en los que la huelga se manifiesta con plenitud ya que afecta a un número muy amplio de personas, tiene un impacto mediático extraordinario así como una repercusión económica considerable, más allá de la empresa frente a la que se realiza la huelga. Pero hay que advertir de que no en todas las huelgas concurren esas circunstancias ya que muchas pasan desapercibidas para la información pública, tienen efectos económicos mucho más limitados y son también las que con más eficacia se combaten por los empresarios recurriendo a los instrumentos jurídicos, pero también económicos y sociales, de que disponen.

Sea en un caso o en otro, las condiciones, requisitos y límites que se imponen al ejercicio del derecho de huelga, sobre todo si son considerados de forma conjunta, permiten llegar a la conclusión que el título anticipa. Al análisis de estos límites es a lo que se dedica el presente trabajo, haciendo especial hincapié en la realidad española. No sin precisar que esos límites que obstaculizan el derecho de huelga y lo convierten en una forma de presión sensiblemente desactivada y de eficacia limitada pueden ser de muy diverso tipo: conceptuales, de contenido del derecho, formales, respecto de los modos de ejercicio, derivados del contraste con otros derechos fundamentales así como del recurso empresarial a sus instrumentos de conflicto y, sobre todo, a los poderes ordinarios usados con el fin de frenar la huelga, reducir su impacto o atenuar su efectividad.

El que pocos derechos fundamentales se encuentren tan controlados como el de huelga obedece, sin duda, al hecho de que, como el derecho de libertad sindical o el de reunión y manifestación pertenecen a la categoría de derechos fundamentales que tienen una doble dimensión, a la vez individual y colectiva. Es esta dimensión colectiva la que los convierte en derechos de acción, haciéndolos más incisivos, dotándoles de mayor repercusión social y convirtiéndolos en potencialmente más perturbadores de la normalidad de la convivencia y de la estabilidad de la estructura social y productiva. Por esta razón, las normas que los regulan se acercan a los mismos con mayores cautelas, combinando reconocimiento y garantía con obstáculos de número y consistencia nada despreciables. A resaltar este contraste, que, ya se anticipa, acaba decantándose a favor de las limitaciones del derecho de huelga, es a lo que se dedica el presente trabajo.

## 2. EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE HUELGA Y EL ARRASTRE DE PREJUICIOS IDEOLÓGICOS

La huelga es un fenómeno social que se alza como la herramienta más típica y poderosa de que disponen los trabajadores para disputar a los empresarios el reparto de los beneficios derivados de la actividad productiva. Hay que recordar, si es que fuera necesario, que la huelga es una acción colectiva y concertada de los trabajadores que, partiendo de la conciencia de una identidad de intereses, recurren a la paralización del trabajo con el fin de conseguir, mediante la presión, esencialmente económica pero también informativa, social, de imagen e incluso política, la mejora de sus condiciones de trabajo y de vida. Como acción de presión que es la huelga, basa su eficacia en su capacidad de doblegar la voluntad de la contraparte empresarial bloqueando la actividad productiva e impidiendo que la empresa obtenga los beneficios esperados. Una prueba de fuerza, un momento en el que se confrontan el poder colectivo que la huelga implica con la capacidad de defensa, de resistencia y de reacción de los empresarios.

No puede olvidarse, sin embargo, y tomo las palabras del Tribunal Constitucional (STC 11/1981, de 8 de abril), que la huelga ha pasado de ser considerada un comportamiento ilegítimo, tanto desde el punto de vista contractual como penal o de orden público, a ser reconocida como un derecho fundamental del máximo nivel. Ello supone varias cosas: una, la aceptación de que existe una confrontación social y económica de base entre los intereses de los trabajadores y de los empresarios, considerados como clases sociales contrapuestas típicas de las llamadas economías de mercado; dos, que dicha estructura social y económica es generadora de desigualdades en todos los planos y que en el marco de un Estado social y democrático de derecho, la huelga es un valioso instrumento colectivo para lograr la justicia material y la igualdad, y tres, que al concebirse como derecho, la huelga queda legitimada como medio de defensa de los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependiente.

Pese a todo, este enaltecimiento de la huelga no ha conseguido evitar una forma de concebirla que arrastra una valoración social negativa que el legislador no ha dejado de asumir y que muchas veces se proyecta en las interpretaciones que los jueces hacen de las condiciones de ejercicio del derecho. Lo que se manifiesta, por ejemplo, en la terminología que se usa para referirse a ella, por cierto, y no por casualidad, frecuentemente militar, asimilando la huelga a un conflicto armado y hablándose de la misma en términos de confrontación, de armas, de lucha, de imposición de condiciones, de conquista, de rendición, de armisticios y de afectación de la paz. Por no hablar de la habitual asociación de la huelga con la violencia, sobre todo cuando se hace referencia, en contraposición, a la llamada «solución pacífica de los conflictos».

Se trata de una valoración a la que seguramente no es ajena la incomodidad que produce, en el plano jurídico, considerar legítimo un comportamiento que se basa en la fuerza y en el poder fáctico de imponer a la otra parte concesiones que se deben exclusivamente a la presión que la huelga ejerce sobre sus intereses económicos. La legalización de la huelga se ve así como una especie de legitimación de la fuerza o, si se quiere, como la protección jurídica de una acción que recuerda, aunque no sea jurídicamente así, comportamientos amenazadores y coactivos que tienen como fin vencer la voluntad empresarial.

Como consecuencia de todos estos prejuicios conceptuales, la huelga acaba siendo, en el imaginario colectivo pero también en el plano jurídico, no tanto un instrumento legítimo y necesario para la realización de la justicia social y para la mejora de las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores asalariados, sino una herramienta incómoda, indeseable, nociva, desaconsejable por su impacto social y económico, de efectos perniciosos y a la que debe acudir solo cuando no existen otras alternativas. Es decir, la sutil, pero importante, transición desde una concepción positiva o activa a otra negativa o defensiva del derecho.

Lo que ha hecho que el acercamiento normativo a la huelga esté lleno de cautelas y prevenciones, considerándola como un comportamiento social que, más que potenciar, es necesario controlar, domesticar y reconducir a determinados límites. Un enfoque que no puede ser directamente represivo (no puede serlo debido a su condición de derecho fundamental) pero que sí tenderá a ser restrictivo y limitador; imponiéndosele controles para domeñar sus efectos y hacerlos asumibles por el empresario, y limitándola o prohibiéndola en sus aristas o expresiones más agresivas, paradójicamente las más eficaces vistas desde la lógica de la función de la huelga.

### 3. LA REGULACIÓN DE LA HUELGA: UN MARCO NORMATIVO OBSOLETO CON UNA FUNCIONALIDAD LIMITATIVA DEL DERECHO

El derecho de huelga está reconocido como un derecho fundamental en el artículo 28.2 de la Constitución española (CE), formando parte de los derechos que gozan de un mayor nivel de protección constitucional. Una protección que, entre otras cosas, implica que, como tal derecho constitucional, solo puede ser regulado por ley orgánica y el legislador ordinario está limitado en su actuación por el obligado respeto al contenido esencial del derecho.

En el caso español, esa regulación se encuentra, paradójicamente, en una norma preconstitucional como es el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo (RDL). No podemos detenernos en las razones de la posición del Tribunal Constitucional, establecida en la STC 11/1981, para sortear la prohibición constitucional de una regulación de un derecho fundamental mediante un tipo normativo vetado por la CE. Pero sí interesa tener presente lo que ello implica, que no es otra cosa que un derecho fundamental básico, e introducido novedosamente en la CE tras años de prohibición y de represión, se siga regulando por una norma elaborada en una etapa en la que la huelga carecía de dicho reconocimiento. No es que el RDL pueda ser calificado, al menos tras la manipulación a que fue sometido por la STC 11/1981, como una norma antihuelga, pero sí que se trata de una ley que incorpora y deja traslucir un enfoque manifiestamente limitativo de la huelga.

Muchos son los ejemplos de ese tratamiento restrictivo que se encuentran en el texto del RDL y que podrían citarse aquí, aunque es verdad que gran parte de estas previsiones han sido depuradas del ordenamiento jurídico y reinterpretadas por la STC 11/1981. Con lo que, por cierto, se ha dado origen a una norma atípica, despedazada, con artículos completos anulados por su carácter inconstitucional junto a otros que han mantenido su vigencia pero perdiendo en el camino frases o

términos concretos, y con otros, en fin, que manteniendo su tenor inicial, deben no obstante ser necesariamente reinterpretados conforme a lo establecido en la STC 11/1981, dando origen en la práctica a preceptos en algunos casos prácticamente antitéticos a lo que el texto legal dice literalmente.

Pero lo que interesa subrayar aquí es el rechazo del Tribunal Constitucional a entender, como así lo reclamaban los diputados socialistas que plantearon en su momento el recurso de inconstitucionalidad, la derogación total del RDL debido a su tratamiento claramente restrictivo de la huelga y a la discrepancia esencial entre la concepción global del derecho de huelga recogida en el RDL y en la CE. Una confrontación, por tanto, de conceptos o modelos de huelga.

Los argumentos del Tribunal Constitucional para justificar el rechazo de la inconstitucionalidad global del RDL van a significar que asuma, incluso diciéndolo expresamente, que el RDL puede ser una regulación restrictiva y poco generosa respecto del derecho de huelga. Una constatación que le permite escapar del plano de análisis del modelo de huelga protegido por la CE y afirmar que hacerlo sería un juicio político y no jurídico que, en consecuencia, no corresponde hacer al Tribunal Constitucional. Una afirmación de neutralidad política que hoy hará sonreír pero que tiene la consecuencia de eludir el debate de fondo para deslizarlo hacia el terreno, aparentemente menos comprometido políticamente, del control de constitucionalidad de cada uno de sus preceptos. Ignorando que la primera de las dimensiones condiciona fuertemente la segunda.

Además, si se acepta que pueden existir dentro de la CE distintos modelos del derecho de huelga, de más restrictivos a más generosos, es difícil compatibilizar esta visión con la garantía de la eficacia del derecho; a menos que se asuma igualmente que pueden existir distintos niveles de eficacia, haciéndola depender de la decisión del legislador ordinario de cada momento, en este caso, preconstitucional. Finalmente, lo que sucede es que el Tribunal Constitucional acaba equiparando el contenido esencial del derecho, que debe ser siempre preservado según su propia doctrina, con un contenido mínimo, haciendo que sea, al fin, no lo que el derecho es, sino lo menos que puede ser. Así pues, no solo se mantiene la vigencia de una norma preconstitucional aprobada en un contexto en el que la huelga no era aún un derecho fundamental, sino que se asume un tratamiento restrictivo de la huelga solo atenuado por las operaciones reconstructivas que el propio Tribunal Constitucional hace; lo que sin duda tiene como consecuencia que este concepto restringido y limitado de la huelga acabe impregnando la interpretación y la aplicación posterior del RDL.

#### **4. LA CONTRADICCIÓN ENTRE LA FINALIDAD DE LA HUELGA Y LA PROHIBICIÓN DE ALGUNAS DE SUS MODALIDADES. USO Y ABUSO DE DERECHO, EL ENFOQUE CONTRACTUAL DE LA HUELGA Y LA EQUIVALENCIA DE SACRIFICIOS**

De forma natural, todo reconocimiento normativo de un derecho también lleva consigo una serie de limitaciones. Si es la norma jurídica la que establece la frontera entre la legalidad y la ilegalidad, la regulación de la huelga crea inevitablemente la categoría de las huelgas ilegales. Se

trata de una regulación legal que está condicionada, ya se ha dicho, por el contenido esencial del derecho de huelga, que es donde encuentra su garantía, y es dependiendo de él que tales límites podrán ser más o menos amplios o más o menos incisivos, configurando bien un derecho de huelga ampliamente tutelado, garantizado y potenciado, bien otro fuertemente domesticado o constreñido.

Según la STC 11/1981, para establecer el contenido esencial de un derecho fundamental, hay que acudir a dos referentes: de una parte, a las «facultades o posibilidades de acción necesarias para que el derecho sea reconocible»; de otra parte, identificando qué contenido del derecho «es absolutamente necesario para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos». Es decir, que forman parte del contenido esencial del derecho de huelga, funcionando como valladar frente a la regulación legal (y así lo ha establecido con carácter general el propio TC en las Sentencias 123/1992, de 28 de septiembre, y 33/2011, de 28 de marzo), las facultades que hacen al derecho idóneo para el fin para el que se reconoce o que materializan su capacidad para alcanzar el efecto deseado, esto es, su eficacia como instrumento de presión de carácter laboral en defensa de los intereses de los trabajadores.

Es claro que la garantía de la eficacia de la huelga no puede llegar al aseguramiento de que logrará sus objetivos. Por el contrario, el concepto de eficacia que debe ligarse a la noción de huelga es el que la concibe como la capacidad, la idoneidad y la aptitud para alcanzar los objetivos propuestos sin que ello suponga necesariamente la consecución de los resultados esperados. La garantía de la eficacia del derecho de huelga, en consecuencia, se mueve en el terreno de la preservación de su potencialidad como medio de presión colectiva sobre los intereses empresariales para lograr los resultados que pretende. Si esto es así, y si la huelga tiene como finalidad forzar la voluntad empresarial en beneficio de las reivindicaciones de los trabajadores huelguistas, es obvio que su eficacia dependerá de la incisividad práctica de la presión ejercida.

Es algo considerado consustancial al derecho de huelga y donde reside precisamente su capacidad de convicción el que la huelga significa una amenaza de un daño a los intereses empresariales. En consecuencia, la capacidad de impacto de la huelga se mide, con carácter general, en función de la repercusión negativa que la misma pueda tener sobre los intereses económicos de la empresa, entendidos estos en un sentido amplio, abarcando también los referidos a su imagen y fiabilidad, a sus perspectivas de desarrollo o a sus decisiones de organización y de inversión. Lo que permite llegar a una conclusión: si la eficacia de la huelga depende de la capacidad de presión de la misma, directamente proporcional al posible daño a los intereses económicos de la empresa que puede ocasionar, toda limitación de ese impacto es, a la vez, una cortapisa de la eficacia del instrumento huelguístico.

Es en este punto, el relacionado con la eficacia del derecho de huelga, donde se aprecia una nueva concepción reductiva del mismo. De forma que, frente a la potenciación máxima de la huelga preservando su más alta capacidad dañosa, los intereses empresariales acaban quedando salvaguardados, lo que se consigue eliminando de la legalidad las formas de huelga más agresivas para ellos. Dicho de forma breve: sí a la garantía de la función dañina de la huelga pero no a sus expresiones más eficientes, colocándose frente a ellas la tutela del interés empresarial, que es



justamente aquel contra el que se dirige la huelga. Una conclusión cuando menos paradójica que requiere una construcción jurídica de base que le confiera validez y aceptabilidad.

Así se intenta mediante el recurso, en primer lugar, al concepto de abuso de derecho conforme al cual los derechos no pueden ejercitarse de forma abusiva. Se trata de un límite interno al propio derecho que veta su ejercicio, aunque esté dotado de apariencia de conformidad con la norma, para un fin diferente del que le atribuye el ordenamiento jurídico o buscando la satisfacción de un interés desviado respecto del que la ley le atribuye. Pero, a estos efectos, no debe olvidarse que la función legal de la huelga y de su ejercicio como derecho es, precisamente, causar un daño a la contraparte empresarial, por lo que solo se dará un uso abusivo del derecho de huelga cuando su finalidad última no sea la asignada objetiva e institucionalmente por el ordenamiento jurídico. Como puede suceder, por ejemplo, cuando la huelga no tiene como fin la mejora de las condiciones de trabajo, siendo el daño a la empresa un instrumento central para conseguir tal fin, sino cuando el daño a la empresa es un fin en sí mismo, de naturaleza emulativa o gratuita en términos, por ejemplo, de mera represalia.

Otra vía limitativa del derecho de huelga atiende más bien a la idea de que, aceptando que la huelga tiene como finalidad básica la producción de un daño económico a la empresa, deja de ser legal cuando se trata de un daño excesivo o desproporcionado. Ahora bien, el problema entonces es determinar cuáles son los criterios para establecer que la finalidad propia de la huelga, como es amenazar con un daño o incluso provocarlo, no puede ser admisible jurídicamente en un caso específico porque sus efectos concretos no son tolerables por excesivos. Para lo que el Tribunal Constitucional acude a una serie de parámetros: de una parte, a la llamada equivalencia o proporcionalidad de los sacrificios; de otra parte, a los efectos multiplicadores de la huelga, y, de otra, en fin, a la mala fe en el ejercicio del derecho.

En cuanto a lo primero, hay que advertir que el Tribunal Constitucional utiliza un enfoque inadecuado del problema al abordarlo desde una perspectiva contractual y no desde el punto de vista prioritario del propio derecho constitucional. Por tanto, exige del ejercicio del derecho de huelga el respeto al principio contractual de la equivalencia de prestaciones, aquí entendido como equivalencia o proporcionalidad de sacrificios, según el cual el ejercicio de un derecho que tiene como finalidad causar un daño económico al empresario solo puede hacerse legítimamente si los huelguistas pagan un precio proporcional o equivalente al daño que causan.

Se trata de un camino interpretativo poco satisfactorio porque si para hacer legítimamente huelga, los trabajadores han de soportar un coste económico similar al daño que pueden provocar, la huelga carecería de sentido. Lo que sucede es que más que de equivalencia de sacrificios, de lo que se habla es del coste mínimo de la huelga para los trabajadores, que se cifra en la pérdida de los salarios; y en la medida en que la huelga concreta suponga un coste menor para los trabajadores en su conjunto, se considerará ilícita por abusiva. De lo que se trata, en fin, es de rechazar una huelga *low cost* o a un precio inferior a lo que se considera normal, sin que existan tampoco criterios claros para establecerlo. La equivalencia de sacrificios acaba siendo, por tanto, una especie de penitencia, como contrapartida contractual que los trabajadores en huelga han de pagar nece-

sariamente como precio por su decisión colectiva y por las ventajas que esperan obtener mediante ella. Un argumento que sirve para descalificar, por ejemplo, las huelgas de celo o de reglamento.

En cuanto al criterio de lo excesivo del daño, se consideran huelgas ilícitas por abusivas aquellas en las que el daño producido a la empresa es excesivo o desproporcionado. La comparación, por tanto, para establecer lo excesivo no es ya entre los sacrificios o precios soportados por unos y otros, trabajadores y empresarios, sino entre el daño normal y el daño excesivo para la empresa. Por este motivo, las SSTC 72/1982, de 2 de diciembre, y 41/1984, de 21 de marzo, se hacen eco, entre otras, de expresiones como «daño superior al ordinario», «pérdidas normales» frente a «pérdidas innecesarias», daño buscado por los huelguistas «más allá de lo razonablemente requerido por la propia actividad conflictiva y las exigencias inherentes a la presión que la huelga necesariamente implica». Todos ellos, por cierto, conceptos jurídicos fuertemente indeterminados.

Para intentar concretarlos, la STC 11/1981 acude a la noción del efecto multiplicador de la huelga, conforme a la cual son abusivas las modalidades de huelga en las que «(...) a la perturbación de la producción que la huelga acarrea se la dota de un efecto multiplicador, de manera que la huelga desencadena una desorganización de los elementos de la empresa y de su capacidad productiva que solo puede ser superada mucho tiempo después de que la huelga haya cesado». Lo que sucede, por ejemplo, con las huelgas rotatorias.

Es evidente que en la mente del Tribunal Constitucional, como en la del legislador preconstitucional del RDL, el estereotipo de huelga lícita es la huelga tradicional que se inicia en un determinado momento y se finaliza sin interrupciones en un periodo posterior dando paso de forma inmediata a la normalidad productiva como si la huelga no hubiera tenido lugar. Y que todas las modalidades de huelga que tengan efectos más allá de su duración estricta son, al menos, sospechosas de ser abusivas. Una argumentación que no tiene en cuenta, por ejemplo, que muchas veces el mayor impacto económico de la huelga es posible debido a opciones productivas u organizativas empresariales que se tutelan cerradamente con base en la libertad de empresa como valor constitucional pero a las que no se hace asumir las consecuencias del ejercicio de dicha libertad organizativa.

La tercera vía argumental para considerar una huelga como abusiva consiste en relacionar la huelga abusiva con el ejercicio de mala fe del derecho. Lo que sucedería cuando, como señala la STC 11/1981, se reduce «formal y aparentemente el número de personas que están en huelga, disminuyendo el número de personas sin derecho a la contraprestación o al salario, es decir, los huelguistas reales simulan no serlo», siendo esto lo que sucede típicamente con las llamadas «huelgas estratégicas».

Olvida la interpretación jurisprudencial que la mala fe no puede presumirse y que el hecho de que un grupo de huelguistas provoque una paralización real difusa o más amplia de la actividad productiva no implica necesariamente que los trabajadores indirectamente afectados, cuando manifiestan su disposición a trabajar aunque no puedan hacerlo prácticamente, deban ser considerados simuladores de un propósito de trabajo que esta interpretación considera, con carácter general y sin excepciones, como falso. Incluyendo, por cierto, a los tradicionales esquirols, cuyo

derecho al trabajo tan solícitamente se protege en otras ocasiones. En todo caso, puede reproducirse la crítica basada en el hecho de que el efecto, también aquí multiplicador, de la huelga es posible debido a la concreta opción organizativa y productiva de la empresa, cuyas consecuencias debería estar obligada a arrostrar tanto al menos como dicha opción favorece el incremento de sus rendimientos empresariales.

La utilización de cualquiera de estas vías interpretativas, o la acumulación de ellas, conduce, no es necesario subrayarlo, a una fuerte limitación de las modalidades de huelga que pueden ser utilizadas sin sufrir un reproche de ilicitud. De manera que, finalmente, no serán abusivas solamente las huelgas que no causen un daño desproporcionado o que no provoquen más graves molestias que aquellos que sean necesarios teniendo como referente el modelo, que se ha llamado clásico o tradicional, del derecho de huelga. En definitiva, negando la cobertura del ordenamiento jurídico a los casos en los que la huelga se manifiesta más eficaz y expresa mejor la capacidad de presión de los trabajadores huelguistas.

En el resultado anterior tiene mucho que ver, una vez más, el RDL. En efecto, todo el discurso del Tribunal Constitucional sobre las huelgas ilícitas por abusivas parte de la vigencia del artículo 7.2 del RDL, para cuya redacción original eran huelgas abusivas todos los comportamientos colectivos de alteración de la normalidad productiva que no consistieran en el modelo de huelga clásica, incluyendo justamente aquellas diseñadas para causar un mayor daño a la empresa con un menor coste para los trabajadores huelguistas. Esto es, las huelgas rotatorias, las intermitentes, las estratégicas, las de celo o de reglamento, las huelgas con ocupación del lugar de trabajo, así como cualesquiera otros comportamientos semejantes, como la huelga de horas extraordinarias, la disminución voluntaria y continuada del rendimiento, la huelga a la japonesa o el boicot a determinados servicios de la empresa.

Naturalmente que una visión tan restrictiva de la modalidad de la huelga no podía ser asumida por el Tribunal Constitucional sin atentar al contenido esencial. Pero, sin embargo, preserva la vigencia del artículo 7.2 del RDL reconduciendo la prohibición absoluta hacia una menos rigurosa presunción de abusividad. Lo que, no obstante, sigue colocando a estas modalidades de huelga, las más efectivas por su impacto económico y organizativo, en un plano de sospecha: ahora se presumen abusivas, descargando sobre los huelguistas la prueba de la inexistencia de dicha abusividad.

No es baladí esta implantación jurisprudencial del concepto de abuso del derecho de huelga en relación con las modalidades de la misma que socava fuertemente su eficacia. Porque la huelga, como se ha repetido, es una medida de daño cuya eficacia depende tanto del daño en sí como del coste que la huelga tiene para los huelguistas. Por esta razón, la imaginación sindical ha dado a luz modalidades de huelga que se atienen a estos dos referentes, haciéndose habituales las huelgas que provocan un impacto evidente en la normalidad del trabajo, tanto en términos de alteración o de cesación del trabajo como de desorganización productiva, manteniendo la tensión conflictiva y la presión durante un periodo más amplio que el de los concretos días de huelga, con la subsiguiente menor pérdida de salarios de los trabajadores implicados (huelgas intermitentes, rotatorias, huelgas de celo, huelga a la japonesa). Por no hablar de las huelgas estratégicas con-

forme a las cuales un grupo de trabajadores, a veces muy reducido, tiene el efecto de paralizar la actividad total de la empresa.

Se trata, sin duda, de las modalidades más eficaces del derecho de huelga, sobre todo en un contexto sindical donde la capacidad económica de los sindicatos de apoyar la huelga mediante las llamadas «cajas de resistencia» es prácticamente inexistente y donde, en consecuencia, es muy limitada la propia capacidad de los trabajadores, sobre todo los de los más bajos salarios, de mantener un comportamiento huelguístico prolongado. A estas consecuencias tan determinantes del ejercicio del derecho de huelga lleva la tesis del coste mínimo y el rechazo por abusivas de las huelgas más coherentes con su finalidad.

## **5. LA TITULARIDAD INDIVIDUAL DE LA HUELGA Y LA ENCENDIDA, DESPROPORCIONADA Y ALGO FARISAICA DEFENSA DEL DERECHO AL TRABAJO**

La construcción jurídica en torno al derecho de huelga, considerado, con frase ingeniosa pero no por asumida exenta de problemas, como un derecho de titularidad individual pero de ejercicio colectivo, no tiene la exclusiva finalidad de conciliar su condición de derecho fundamental con esa dimensión colectiva. Por el contrario, acaba relegando esta dimensión colectiva, la verdaderamente esencial del derecho de huelga, hasta convertirla solo en el contexto donde ese derecho individual se ejercita. Lo que tiene consecuencias relevantes, una vez más disfuncionales y limitativas del derecho de huelga, que merecen ser destacadas.

Entre otras, la titularidad individual del derecho de huelga. Lo que ha influido en la revalorización del comportamiento de rechazo a la misma por parte de los trabajadores no huelguistas. Una dimensión negativa del derecho que ha recibido, por obra de la jurisprudencia, un tratamiento protector en el que se equiparan, como si de las dos caras de una misma moneda se tratara, el derecho a hacer huelga con el derecho a no hacerla; que, además, se refuerza con la apelación al derecho al trabajo, regulado en el artículo 35 de la CE. Se olvida que la huelga es un derecho de acción, creado con carácter instrumental para la obtención de los objetivos redistributivos que persigue. Por este motivo se potencia y protege. Pero no puede aceptarse que merezca una protección equivalente la actitud de quien se aparta de la acción sindical y se niega a secundarla, haciendo de este comportamiento incluso un arma de división en manos de la empresa. O lo que es lo mismo, que lo lógico es proteger la eficacia del derecho en cuanto se actúa pero no cuando se adopta una posición pasiva.

Sin embargo, sobre todo debido a la interpretación jurisprudencial, quien no secunda la huelga se ubica en una posición privilegiada en la que, sin asumir riesgos ni costes de ningún tipo, se beneficia de las ventajas obtenidas por los compañeros que sí participan en la huelga y le dan eficacia con su apoyo. Esta es una de las consecuencias de la prohibición de la cláusula de ventajas reservadas para los afiliados al sindicato merced a cuya actividad se obtienen mejores

condiciones de trabajo, prohibición que se argumenta afirmando que se trataría de una cláusula discriminatoria por razón sindical que atenta precisamente a la libertad negativa de no sindicarse o de no hacer huelga, protegidas, como se ha dicho, al mismo nivel que la libertad positiva.

La figura del trabajador autoestopista aparece así, nítidamente, como la expresión de una posición ventajista que, rechazando los inconvenientes de la huelga, se beneficia no obstante de sus logros. Pese a ello, el propio RDL, tan restrictivo y poco generoso en tantas otras partes del derecho de huelga, se empeña expresamente en la protección del no huelguista, estableciendo que «se respetará la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quisieran sumarse a la huelga». Una formulación, pese a todo, contenida, pero que la interpretación jurisprudencial ha elevado desde la condición de libertad a la categoría de derecho vinculado, como se ha dicho, al derecho al trabajo.

No hay figura más odiosa, y basta acudir para apreciarlo a la literatura, al arte, a la cultura sindical y al sentir de muchos trabajadores, que la del esquirol. Porque atenta a una de las condiciones que determinan la eficacia de la huelga: concitar el mayor apoyo posible a esta forma de presión, conscientes de que la ruptura de la unidad es una de las estrategias habituales de la empresa para contrarrestar el desafío que la huelga supone.

De aquí la equiparación del esquirol con el rompehuelgas, como alguien que, inmune a la conciencia de identidad con los otros trabajadores, manifiesta, como seguramente no lo haría en otras circunstancias, un irrefrenable deseo de cumplir su prestación laboral, aceptando, muchas veces de forma consciente e interesada, el impacto negativo que su comportamiento tiene sobre la eficacia de la huelga. La titularidad individual del derecho de huelga, unida a la libertad de trabajo, se convierte así, objetivamente, en un arma a disposición de los empresarios, ya que los esquiroles acaban cumpliendo el papel, no el de honrosos y dignos disidentes de la forma de manifestar el desacuerdo con la empresa y de la manera de dirigir y organizar la huelga, sino el de colaboradores con el empresario frente al que la huelga se plantea y cuyas posibilidades de éxito dependen muy directamente de la unión de los trabajadores que los esquiroles fragmentan.

Si los instrumentos de acción colectiva, y lo ha dicho el propio Tribunal Constitucional en la Sentencia 11/1981, suponen reequilibrar la posición débil del trabajador frente al empresario precisamente mediante la agrupación y el concierto colectivo, favorecer la ruptura de esa unidad es un atentado a la propia eficacia de la acción colectiva.

Por otra parte, sorprende esta vinculación de una postura abstencionista e insolidaria con un derecho como el derecho al trabajo, que, curiosamente, solo alcanza eficacia plena precisamente en este contexto, quedando relegado a un derecho meramente cívico de imposible satisfacción cuando de lo que se trata es de la aspiración del ciudadano a desarrollar una actividad productiva de la que obtener su sustento. El derecho al trabajo acaba siendo así un derecho que, llamativamente, solo se tutela al máximo nivel cuando de trabajar se trata en el contexto de una huelga y respecto de alguien que ya tiene un empleo, mientras que queda reducido a una mera expectativa dependiente de la iniciativa pública, de la situación del mercado de trabajo y de la marcha de la economía, cuando consiste en obtener una ocupación que garantice la subsistencia.

Podría argumentarse que, de la misma forma que el Tribunal Constitucional es tan ligero a la hora de presumir una intención fraudulenta en los trabajadores afectados por una huelga estratégica y cuya intención de trabajar no considera creíble, también podría considerarse que el ansia laboral de los no huelguistas no obedece en realidad a una pasión por el trabajo sino que es debida a otras razones en las que es posible apreciar factores subjetivos como el miedo, la falta de coraje, la ausencia de una conciencia de clase o de un sentimiento mínimo de solidaridad con quien pone en marcha una acción colectiva que tiene como fin mejorar la situación de todos los trabajadores, la utilización de su negativa a hacer huelga como una forma de lograr ganancias individuales frente a la empresa, las presiones empresariales o, en fin, la necesidad económica. Todas ellas motivaciones que poco o nada tienen que ver con el ejercicio leal, libre y honesto de la libertad de trabajar y que, en consecuencia, no deberían ser acogidas por el ordenamiento bajo la forma de protección del derecho al trabajo.

Finalmente, hay que subrayar que la aceptación poco crítica del tenor literal del artículo 6.4 del RDL y de su mención a la libertad de trabajo, convertido en derecho al trabajo con el apoyo constitucional del artículo 35, unido a una jurisprudencia, tanto constitucional como ordinaria, de enaltecimiento y particular protección del trabajador sindical y colectivamente inactivo, es otra consecuencia de la vigencia de dicha norma preconstitucional, casi siempre, como se viene viendo, limitativa del derecho de huelga.

## 6. LAS LIMITACIONES A LA HUELGA DERIVADAS DE LOS SERVICIOS MÍNIMOS

El propio artículo 28.2 de la CE, al reconocer el derecho de huelga como derecho fundamental, obliga a la ley a que regule el derecho a establecer las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. No interesa detenerse aquí, por ser algo sabido, en que la STC 11/1981, así como numerosa jurisprudencia constitucional posterior, como la STC 183/2006 de 19 de junio, ha avalado la constitucionalidad del apartado 2 del artículo 10 del RDL, conectándolo con la exigencia del artículo 28.2 de la CE.

Lo que es indudable es que los servicios mínimos, en la medida en que significan mantener la producción aunque en términos atenuados, reducidos o limitados, implican que habrá trabajadores encargados de la prestación de tales servicios mínimos que no podrán ejercitar su derecho a la huelga. Sin duda, una importante lesión del derecho que se justifica como la única forma de dar satisfacción, aunque incompleta por mínima, a los derechos fundamentales afectados por la huelga. Sobre la base, aquí sí más lógica y técnicamente adecuada, de una ponderación de los sacrificios que soportan los huelguistas a los que se impide el ejercicio de este derecho y los de los usuarios de los servicios esenciales, que deben conformarse con una atención mínima y de peor calidad (SSTC 26/1981, de 17 de julio, y 183/2006, de 19 de junio).

Los servicios mínimos a prestar en el caso de los servicios esenciales de la comunidad, dada su escasa regulación legal, han sido objeto de tratamiento por la jurisprudencia, que, en general, puede

considerarse tuteladora del derecho de huelga, tanto en cuanto a qué se entiende por servicio esencial, por servicios mínimos en relación con este, y quién y en qué condiciones puede imponerlos.

Pero toda esta interpretación judicial garantizadora choca, sin embargo, con una realidad práctica. Si normalmente una huelga que afecte a los servicios esenciales de la comunidad será una huelga en servicios públicos que reclama el preaviso de 10 días, este plazo es un tiempo muy breve en el que la autoridad gubernativa habrá de apreciar que se trata justamente de una huelga de este tipo y deberá fijar tanto el grado de afectación de los derechos fundamentales de los ciudadanos como los servicios mínimos que habrán de prestarse. Una decisión que, comunicada a las partes, podrá ser sin duda recurrida, si bien mediante procedimientos judiciales que, en todo caso, son incapaces de proporcionar una solución antes de que discurran los 10 días de preaviso. De manera que los servicios mínimos dictados, se esté o no de acuerdo con ellos, habrán de aplicarse en todo caso, siendo irrelevante a efectos de cada huelga el que, con posterioridad, una resolución judicial acabe declarando, posiblemente años después, que tales servicios mínimos no debieron ser fijados o eran excesivos.

En consecuencia, la autoridad gubernativa acaba siendo el árbitro de la cuestión, imponiendo criterios de afectación, grado, tipo de servicios y necesidad incluso cuantitativa de trabajadores que los titulares colectivos e individuales del derecho de huelga no pueden contradecir salvo que asuman el riesgo de desobedecer los servicios mínimos impuestos. Una desobediencia que, conforme a la STC 123/1990 de 2 de julio, ni siquiera quedará legitimada si posteriormente la autoridad judicial considera tales servicios mínimos contrarios al derecho de huelga ya que «del derecho de huelga (...) no cabe derivar (...) un derecho del trabajador designado para cumplir un servicio mínimo a examinar en cada caso la legalidad de la medida gubernativa...», salvo la posibilidad extrema de que se trate de servicios mínimos que manifiestamente vulneran el derecho fundamental de huelga. Pero se trata de un riesgo que lógica y normalmente los trabajadores no quieren asumir, aceptando cumplir los servicios mínimos impuestos aunque los consideren sin justificación o excesivos, pudiendo solo conseguir de la resolución judicial posterior una victoria moral que no habrá impedido que los servicios mínimos, con toda su funcionalidad limitativa del derecho de huelga, hayan tenido su efecto práctico inmediato.

Mucho más si a esto se une el muy relativo respeto por parte de la autoridad gubernativa de las resoluciones judiciales condenatorias, imponiendo en huelgas posteriores servicios mínimos similares o iguales a los que fueron anulados en su momento. La escasa o nula eficacia práctica de estas sentencias se manifiesta en que, no solo no impiden el daño al derecho de huelga al declararlo *a posteriori* y una vez producido, sino también en que dicha declaración no tiene tampoco efectos para el futuro debido a la posible alegación por parte de la autoridad gubernativa de que las circunstancias de cada huelga son diferentes, de forma que lo que pudo ser ilegal en una ocasión no necesariamente ha de serlo en otra posterior, aunque la huelga afecte al mismo sector y a semejantes o idénticas actividades.

La falta de iniciativa legislativa para afrontar la cuestión contrasta con la facilidad con la que alguna resolución judicial, como el Auto de la Audiencia Nacional de 14 de mayo de 2015,

es verdad que por ahora aislada, ha aceptado, contrariando la posición generalmente asumida de rechazar demandas relativas a conflictos futuros o cuando se trata de reclamaciones preventivas de la empresa, la suspensión de la huelga ya convocada como medida de precaución ante la demanda planteada por el empresario acerca de su licitud o legalidad. La huelga, por tanto, aun antes de ponerse en práctica, puede ser calificada, es verdad que provisionalmente, ya que sirve exclusivamente de fundamento a la medida cautelar de suspensión de la huelga. Lo que sucede es que lo provisional, debido a la dinámica de los conflictos colectivos, acaba siendo definitivo. Siquiera sea a efectos prácticos, ya que, finalmente, la huelga no podrá realizarse cuando estaba planificada, retrasándose su posibilidad hasta el momento en que la calificación sea definitiva y si esta fuera finalmente de legalidad de la huelga.

Esta posición interpretativa tiene el riesgo de abrir una alternativa consistente en la conveniencia, y casi necesidad, de convertir la intervención judicial, no por casualidad a iniciativa del empresario, en una especie de autorización previa para el ejercicio del derecho de huelga. Algo inaudito en relación con un derecho fundamental. Y que incorpora un argumento como el que «(...) si no media suspensión (en este caso de la huelga) se bloquearía efectivamente la tutela (judicial) reclamada puesto que la huelga se actuaría, aun cuando hubiera riesgo real de que se declare ilegal». Un argumento que, si bien se piensa, podría ser utilizado igualmente para paralizar determinadas decisiones de servicios de mantenimiento o de servicios mínimos con el fin de proteger el derecho de huelga en la medida en que, si no media la suspensión, se haría inútil la tutela judicial posterior ya que tales servicios se aplicarían, aun cuando existiera riesgo real de que fueran declarados lesivos del derecho de huelga.

## 7. LAS HUELGAS ILEGALES Y EL DEBER DE PAZ

Como se ha indicado antes, la regulación legal de la huelga crea una frontera entre el ámbito de la legalidad y de la ilegalidad en cuanto al ejercicio de la misma. Esta línea de demarcación está fijada en el artículo 11 del RDL, donde se recogen cuatro modalidades de huelgas ilegales que implican un repertorio de prohibiciones de determinados tipos de huelga, bien por razones formales, bien, sobre todo, por motivos relacionados con la finalidad de la huelga.

Los casos de ilegalidad de la huelga por incumplimiento del propio RDL, es decir, las huelgas con defectos de convocatoria, las que no cumplen las exigencias de publicidad, comunicación y preaviso, así como las huelgas políticas y de solidaridad, han sido atenuados de forma muy significativa mediante una interpretación flexible por parte del Tribunal Constitucional. Sin embargo, el artículo 11 del RDL se refiere a otro tipo de grupo de huelgas ilegales, como son las llamadas «huelgas novatorias». De manera que será ilegal la huelga que tenga por finalidad «alterar, dentro de su periodo de vigencia, lo pactado en un convenio colectivo o lo establecido por laudo». Lo que significa que la existencia de un convenio colectivo impone un deber de paz; o, dicho de otra forma, la prohibición de acudir legalmente a la huelga durante su vigencia.



En su momento, el recurso de inconstitucionalidad contra el RDL sostenía que la norma imponía un modelo de huelga enormemente limitado, cual es el de la llamada «huelga contractual», que solo se justifica legalmente en relación con y al servicio de la negociación del convenio colectivo; de forma que, una vez vigente el convenio y durante toda su duración, la huelga carece de justificación legal. Un modelo de huelga, en fin, continuaba la argumentación del recurso, que la ve como una herramienta subordinada a la negociación colectiva y que la contingenta temporalmente al permitirle solo cuando hay negociación, esto es, en periodos discontinuos de tiempo, separados entre sí, mientras se mantenga la vigencia del convenio suscrito. Algo muy vinculado a un concepto de convenio colectivo, retomando términos militares, como una suerte de tratado de paz durante el cual deben suspenderse obligatoriamente las hostilidades.

La STC 11/1981 rechazó, sin embargo, este motivo de inconstitucionalidad. Pero aceptando la existencia de un deber de paz impuesto por el convenio, esto es, una fuerte vinculación de la huelga al proceso de negociación, si bien afirma que se trata de un deber de paz relativo, referido solo a lo negociado y en ningún caso absoluto. Sin embargo, todo ello legitima en gran medida la idea de que la huelga es un tipo de acción que solo se justifica cuando hay un proceso negociador abierto con la finalidad de acordar un convenio colectivo; y que, fuera de estas hipótesis, debe considerarse al margen de la tutela legal.

Para justificar que el RDL impone solamente un deber de paz relativo, el Tribunal Constitucional acude a una serie de argumentos que no son plenamente convincentes. Afirma así que el RDL no impone un deber de paz absoluto, salvo pacto colectivo, ya que, vigente el convenio, todavía pueden justificarse acciones huelguísticas en cuatro contextos concretos: para propiciar una determinada interpretación del convenio colectivo, lo que en sí mismo no discute su vigencia ni trata de alterarlo; para establecer condiciones de trabajo en materias no reguladas por el convenio colectivo, lo que tampoco atenta a la integridad ni a la vigencia el convenio; en los casos de incumplimiento empresarial del convenio colectivo, se supone que grave y de cierta entidad, y, finalmente, cuando se haya producido un cambio radical de las circunstancias en las que se negoció el convenio colectivo.

Como puede apreciarse, de las cuatro excepciones al deber de paz absoluto que permiten hablar de un deber de paz solo relativo se desprende una lógica contractual que confirma la impresión de que la huelga se concibe preferentemente como un tipo de acción funcional a la negociación del convenio. Se parte, sin duda, de la inatacabilidad de lo pactado y de la obligación de las partes de respetar lo acordado durante todo el tiempo de la vigencia asignada al convenio colectivo, permitiéndose la huelga durante su vigencia en hipótesis que o bien son funcionales a la aplicación del convenio, como sucede con los muy habituales conflictos de interpretación y aplicación, o son marginales hasta el punto de propiciar muy pocas hipótesis reales de ejercicio. Lo mismo que sucede con la causa de incumplimiento empresarial, fácil de apreciar en el contexto de un contrato individual pero muy difícil de concretar en relación con un convenio colectivo; o con la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, también de obvia naturaleza contractual pero poco funcional para una norma como el convenio, caracterizada por su temporalidad y por estar sometida a un proceso constante de revisión.

De lo que puede concluirse que, efectivamente, el modelo de huelga que tolera el RDL, pese a la interpretación correctora del Tribunal Constitucional, es el de la huelga contractual, en la práctica subordinada a la negociación del convenio y condicionada por el respeto al mismo durante toda su duración. Un respeto de lo pactado y una defensa a ultranza de la integridad del convenio que el RDL realiza con contundencia.

Paradójicamente, todo este esfuerzo protector del convenio colectivo frente a la acción huelguística contrasta con la permisividad introducida por la reforma laboral de 2012 en cuanto a lo que se ha llamado la prevalencia aplicativa del convenio de empresa y a la inaplicación de parte de las condiciones establecidas en un convenio colectivo vigente (art. 82.3 del Estatuto de los Trabajadores). Particularmente, en cuanto a lo segundo, los llamados coloquialmente «descuelgues convencionales», que no requieren acuerdo y se dejan a la sola iniciativa empresarial, lo que constituye la mayor agresión legalmente permitida a la integridad y a la vigencia del convenio, justamente el mismo valor que se dice proteger mediante el modelo de huelga contractual.

De forma que, cuando se ponen en juego los intereses empresariales, no hay empacho en desplazar la vigencia y la aplicación de un convenio colectivo aplicable para sustituir sus previsiones por otras condiciones, indudablemente de peor calidad. Algo que se consigue finalmente mediante un arbitraje, obligatoria y unilateralmente, impuesto que, con toda su carga limitativa y lesionadora de la libertad sindical, del derecho a la negociación colectiva y del mismo derecho de huelga, ha encontrado el entusiasta respaldo del mismo Tribunal Constitucional en todas las sentencias relativas a la reforma laboral (por todas, las SSTC 119/2014, de 16 de julio, y 8/2015, de 22 de enero). Por el contrario, cuando se trata del derecho de huelga, la preservación de la integridad del convenio, un valor solo legal al fin, se impone al derecho fundamental.

Se ha hecho referencia antes a la renuncia colectiva al ejercicio del derecho de huelga prevista en el RDL como una manifestación de un deber de paz absoluto que complementa, con exclusión total del recurso a la huelga durante la vigencia del convenio, el deber de paz relativo que este siempre implica. Una renuncia cuya adecuación constitucional ha sido aceptada por el Tribunal Constitucional con argumentos discutibles.

Esencialmente, lo previsto en el RDL no es en puridad una genuina renuncia ya que, al no ser un acto permanente o definitivo sino solo temporal o transitorio, válido exclusivamente durante la vigencia del convenio al que se anuda, en realidad no se trata de la renuncia del derecho en sí sino solo de su ejercicio. Sin embargo, si un derecho existe como facultad de acción, la renuncia a su ejercicio, aunque sea temporal, tiene los mismos efectos prácticos que la renuncia al propio derecho ya que, en definitiva, en dicho periodo de tiempo las facultades que integran el derecho se desactivan o suspenden. Finalmente, la interpretación del Tribunal Constitucional acaba reforzando las posibilidades de un deber de paz absoluto, con lo que ello significa de desactivación del recurso a la huelga durante toda la vigencia del convenio colectivo en el que esa renuncia se plasma.

## 8. EL ARBITRAJE OBLIGATORIO Y EL BLOQUEO DE LA ACCIÓN COLECTIVA

El artículo 10 del RDL recoge una medida excepcional de intervención del Gobierno en el proceso huelguístico ya que puede imponer, a propuesta del Ministerio de Empleo, un arbitraje obligatorio cuya aplicación determinará la aprobación de un laudo arbitral que tendrá los mismos efectos que un convenio colectivo. El artículo 10 del RDL permite, por tanto, que el poder ejecutivo pueda establecer limitaciones al ejercicio de un derecho fundamental, como es el de huelga, tan graves como la prohibición de su ejercicio, imponiendo mediante un árbitro designado por el propio Gobierno una solución del conflicto de intereses con el mismo valor que si hubiera sido negociada. Una múltiple restricción, por tanto, de los derechos fundamentales a la libertad sindical, a la negociación colectiva y a la huelga, que solo puede ser asumida en el contexto de la CE si existen razones muy graves, con fundamentos muy sólidos, con requisitos muy exigentes y con carácter excepcional.

Paradójicamente, la STC 11/1981 afirma que el artículo 11 del RDL no avala una medida directamente restrictiva del derecho de huelga ya que las circunstancias legales de la «duración muy prologada de la huelga» o «unas posiciones de las partes excesivamente distantes e inconciliables» así como el «perjuicio grave para la economía nacional» no son parámetros útiles para recortar tan gravemente un derecho fundamental, al tratarse de conceptos jurídicos indeterminados, totalmente inconcretos y que ofrecen un amplio margen a la arbitrariedad. Afirmaciones que, aparentemente, llevan a una conclusión final de inconstitucionalidad del arbitraje obligatorio y a desactivar su papel limitativo del derecho de huelga.

Pero no es así ya que lo que para el Tribunal Constitucional no habilita para recortar el derecho de huelga, sí lo hace para imponer un arbitraje obligatorio, aunque ello suponga que esa imposición, al desembocar en un laudo de obligado cumplimiento con el mismo valor del convenio colectivo, hará que la huelga devenga ilegal por plantearse entonces contra lo establecido en el laudo, esto es, una huelga ilegal por novatoria. De forma que, siendo inconstitucional que el Gobierno imponga directa y unilateralmente el fin de la huelga, no lo es que fuerce un arbitraje obligatorio que finalmente tendrá el mismo efecto tras la emisión del laudo.

En todo caso, la aceptación de la constitucionalidad del arbitraje obligatorio del RDL por la STC 11/1981 está, como no podía ser de otra forma, llena de condiciones, tratándose de una potestad extraordinaria que debe ejercitarse solo en circunstancias excepcionales que se concretan esencialmente en que se trate de una huelga que, debido a su persistencia y malas perspectivas de solución, afecte de forma grave a la economía nacional. Exigencias respecto de las que, sin embargo, la deriva interpretativa ha ido en la línea de favorecer la posibilidad de un arbitraje obligatorio.

Así, en cuanto al alcance nacional de los perjuicios, se ha partido de la base, posiblemente lógica, de que la repercusión nacional de la huelga no necesariamente exige que esta sea igual-

mente de ámbito nacional. De aquí, sin embargo, se ha pasado a aceptar huelgas con repercusión económica mucho más reducida, asumiendo que también lo justifican huelgas de relevancia económica en ámbitos territoriales más reducidos, desde luego de comunidad autónoma y con impacto solo en dicha comunidad, pero también de ámbito local y, por lo tanto, de repercusión exclusiva o prevalente en dicho municipio. Finalmente, la exigencia de repercusión grave en la economía nacional se ha convertido únicamente en una repercusión económica generalizada de la huelga con efectos colaterales que exceden su específico ámbito. Lo que, desde luego, no cumple, por más que se diga e intente, la exigencia de la repercusión nacional de la huelga.

También se ha flexibilizado la otra exigencia de la gravedad de los perjuicios que la huelga ocasiona ya que, evidentemente, no es lo mismo requerir que la huelga tenga un impacto grave y notable en el conjunto de la economía nacional, algo de ocurrencia mucho más excepcional y que requiere de justificaciones mucho más solventes, que argumentar ese mismo impacto en espacios más limitados que pueden referirse, por hipótesis, al propio sector en el que la huelga tiene lugar. Y ello, aunque haya que insistir en la necesidad, para justificar el arbitraje, de que esos posibles perjuicios sean graves. Lo que quiere decir relevantes, de máxima entidad, hasta el extremo de desestabilizar el ámbito de que se trate excediendo de la capacidad de tolerancia del sistema económico que, en todo caso, debe ser igualmente notable.

Lo que sucede es que, en alguna medida, el juicio sobre las circunstancias que justifican el arbitraje obligatorio acaba desplazándose hacia el terreno, mucho más flexible, de la abusividad de la huelga, tendiendo a interpretar la gravedad de la repercusión económica de la huelga en los mismos términos y con la misma lógica que han servido para calificar algunas huelgas como abusivas: lo excesivo de sus efectos económicos en función aquí de lo que la huelga pretende o que baste que la repercusión económica tenga solo una cierta trascendencia superior a lo habitual. De manera que, llegados al extremo, puede ser el propio perjuicio que la huelga causa naturalmente, aun ejercitándose con todas las limitaciones derivadas de la prohibición de las huelgas abusivas y de la imposición de servicios de seguridad y mantenimiento o de los servicios mínimos, el que justificaría la imposición del arbitraje. Y ello aunque desde todos los puntos de vista la huelga sea legal.

Todo lo anterior tiene la consecuencia de que el arbitraje obligatorio, con todo lo que significa de negación y limitación del derecho de huelga, se esté configurando cada vez más como un recurso habitual y no excepcional para poner fin a las huelgas que tienen una cierta dimensión económica y social. Con lo que la huelga, una vez más, vuelve a arrinconarse como herramienta clave e instrumento central de las acciones de presión de los trabajadores para convertirse en algo indeseable, solo tolerable mientras no cause una alteración excesiva de la normalidad social y productiva. Producido lo cual, deja de ser legítima para ser sustituida por una solución unilateralmente impuesta. Finalmente, la capacidad de presión de la huelga deja de ser su valor más importante para convertirse en su propia sentencia de muerte.

## 9. LAS FACULTADES DE REACCIÓN DEL EMPRESARIO: DEL CIERRE PATRONAL A LOS DISTINTOS TIPOS DE ESQUIROLAJE Y OTRAS POSIBLES ACCIONES EMPRESARIALES DE RESPUESTA

Hasta ahora se ha analizado el variado conjunto de limitaciones del derecho de huelga que, en virtud de la regulación legal así como a consecuencia de la interpretación jurisprudencial, tienen una repercusión restrictiva indudable en la frecuencia, la intensidad y la eficacia del recurso a este instrumento de presión. Pero el ejercicio del derecho de huelga también debe soportar otras limitaciones impuestas por las actuaciones empresariales de reacción para la defensa de sus intereses.

El instrumento típico de respuesta empresarial a la huelga es el cierre patronal, es decir, la decisión empresarial de impedir a los trabajadores, sean o no huelguistas, el acceso al centro de trabajo y el desempeño ordinario de su labor productiva con la consiguiente pérdida de los salarios. Una acción empresarial que tanto puede ser una medida de presión en el contexto de un conflicto colectivo como una respuesta a una huelga ya convocada, iniciada o acabada, pretendiendo con ello asumir el empresario la iniciativa y el control del conflicto mismo.

Sin embargo, aceptar la legitimidad de este tipo de medida empresarial de manera equivalente a la posibilidad de que los trabajadores recurran a la huelga implica asumir el llamado «principio de igualdad de armas». Algo que el Tribunal Constitucional (STC 11/1981) ha rechazado conforme a argumentos relacionados con el diferente nivel de tutela constitucional del derecho de huelga frente al cierre patronal, pero también por causas funcionales, como es el hecho de que la huelga cumple la función de ser un contrapeso a la posición de supremacía y de poder del empresario y tiene como finalidad permitir una nueva relación de fuerzas entre ambos. De manera que el reconocimiento del derecho empresarial al cierre al mismo nivel que el derecho de huelga anularía esta función reequilibradora que la CE atribuye a esta última.

Descartado un papel real limitativo del cierre patronal en relación con la huelga, existen, sin embargo, otras formas empresariales, mucho más sofisticadas y más eficaces de reaccionar frente a la huelga, diferentes de la confrontación directa que el cierre patronal implica. Consisten en todo lo relacionado con el ejercicio de los poderes empresariales, ordinarios y extraordinarios, de contratación, de movilidad, de sanción o de despido. Unas actuaciones empresariales que, con carácter general, se juzgan legítimas o no en función de si tales medidas están o no orientadas, directamente o indirectamente, a paliar los efectos de la huelga (razón por la que se considerarían inconstitucionales) o se trata, por el contrario, de decisiones empresariales guiadas por motivos que no tienen ninguna conexión con la huelga, no siendo una respuesta empresarial, en términos de medida de conflicto, frente a ella (supuesto en el que se trataría de un uso legítimo de tales poderes).

Es cierto que el artículo 6.5 del RDL restringe expresamente los poderes empresariales en el momento de la huelga a la prohibición de que se sustituya a los trabajadores huelguistas. Se trata de un supuesto claro de tutela de la eficacia de la huelga al prohibir que la acción empresarial de

reacción frente a la misma consista en la contratación externa de trabajadores o en el recurso a trabajadores de empresas de trabajo temporal cuya tarea sea justamente la de suplir las ausencias de los trabajadores en huelga. De esta forma, el RDL da una respuesta negativa a la posibilidad empresarial de recurrir a una medida, tónica y tradicional en la historia de los conflictos laborales, como es contratar a trabajadores externos a la empresa y al conflicto que, normalmente movidos por necesidades económicas, se prestan a colaborar con el empresario para conseguir atenuar el impacto de la huelga, debilitando con ello la posición de los huelguistas.

Excluido este supuesto típico, el debate jurídico se plantea en torno, en primer lugar, al llamado «esquirolaje interno», es decir, la utilización de trabajadores no huelguistas de la empresa en huelga para tareas que no son las suyas habituales como una forma de cubrir las ausencia de los huelguistas y, con ello, atenuar el impacto de la huelga. Un comportamiento, en principio, igualmente prohibido por contrario a la garantía del derecho fundamental de huelga que reclama la tutela de su eficacia y que resultaría afectada seriamente al anularse o reducirse «la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo» (STC 123/1992 de 28 de septiembre). Y ello pese a que se ha intentado utilizar, incluso jurisprudencialmente, la regulación del artículo 6.5, prohibitiva expresamente solo del esquirolaje externo, como fundamento para habilitar otras conductas empresariales directamente atentatorias del derecho de huelga aunque no descritas en el RDL.

Pese a todo, el esquirolaje interno también está prohibido cualquiera que sea la forma y el contexto que adopte: sea por decisión del empresario imponiendo a los trabajadores no huelguistas tales tareas no habituales (STS de 18 de marzo de 2016 –rec. 78/2015–); sea aunque la prestación de estos servicios tenga lugar de forma voluntaria por propia iniciativa de los no huelguistas (el supuesto de la STC 123/1992 de 28 de septiembre); sea, incluso, como alegaba la empresa con escaso convencimiento, cuando la prestación del trabajo de los no huelguistas se realiza a propia iniciativa de estos trabajadores y sin conocimiento ni aprobación de la empresa, como sucedió, según el argumento de la empresa, para eludir su responsabilidad en el poco creíble supuesto de la edición autogestionaria del diario *ABC* por jefes y directivos que no secundaron la huelga (en el caso, resuelto por la STC 33/2011 de 28 de marzo).

Esta importante restricción de los poderes empresariales frente a la huelga ha sido asumida por la jurisprudencia si bien con no pocas resistencias. Como la que pone de manifiesto la STC 17/2017 de 2 de febrero, la cual, aceptando la tesis general de la prohibición del esquirolaje interno, sin embargo, ha centrado la cuestión, con la consecuencia de reforzar la posición empresarial y por tanto el margen de tolerancia respecto de sus medidas frente a la huelga, en el tema, más técnico y sutil, de qué tareas en concreto no pueden ordenarse a los trabajadores no huelguistas. O, dicho de otra manera, qué medidas de movilidad funcional puede ordenar el empresario aceptando que, siempre que se trate de la ordinaria o normal no necesitada de justificación, su uso no puede ser considerado una agresión al derecho de huelga. Una referencia a la movilidad funcional como paraguas legal de las medidas empresariales que se ha ampliado extraordinariamente, merced a la inclusión por la reforma laboral del concepto de grupo profesional como marco extenso de dicha movilidad.

No acaban aquí las polémicas, que pueden considerarse de plena actualidad, entre un enfoque garantizador del derecho de huelga, de acuerdo con su naturaleza de derecho fundamental del máximo nivel, y otro que tiende a ampliar, a costa de él, el ámbito de ejercicio de los poderes contractuales y organizativos del empresario.

Lo que se manifiesta en la mayor o menor tolerancia o permisividad frente a lo que se viene a calificar como «esquirolaje tecnológico», esto es, la posibilidad de que el empresario acuda a medios tecnológicos, cada vez más abundantes y eficientes, para sustituir el trabajo de los huelguistas consiguiendo el efecto de restar visibilidad y capacidad de impacto al derecho de huelga. Particularmente, en los sectores de actividad donde se han implantado las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información que tienen la capacidad de sustituir el trabajo humano, como sucede en las empresas de radiodifusión y de la comunicación audiovisual. Cuestiones como, si cabe, durante una huelga en una televisión, emitir programas pregrabados (STC 183/2006, de 19 de junio, y STS de 11 de junio de 2012 –rec. 110/2011–) o si es legítimo, el recurso a medios tecnológicos de los que dispone la empresa pero que no se usan habitualmente son una muestra de las que se plantean el tema del esquirolaje tecnológico.

Cuestiones que vienen recibiendo una respuesta judicial dubitativa ya que, junto a resoluciones en las que se considera que cualquier medida empresarial de esta naturaleza, que tenga el efecto de hacer casi imperceptible la huelga, debe ser considerada atentatoria del derecho fundamental, existen otras en las que la licitud del recurso empresarial a medios tecnológicos durante la huelga depende de que los mismos estén en poder y a disposición de la empresa de forma habitual antes de la convocatoria de la huelga, aunque se trate de sistemas excepcionales que no se utilizan normalmente para realizar el trabajo ahora afectado por la huelga.

No acaban aquí las posibilidades limitativas de la huelga a consecuencia del recurso empresarial a otras medidas, en este caso, de tipo organizativo o mercantil, consistiendo en lo que puede calificarse como esquirolaje estructural o comercial. Es decir, el caso de una empresa que, afectada por una huelga, acude a contratar, no a trabajadores, sino a otra empresa, externalizando temporalmente los servicios que los trabajadores en huelga no prestan; o el de una empresa cuyos trabajadores están en huelga y que presta sus servicios mediante un contrato de empresa a otra principal, lo que justifica que la empresa principal opte por la resolución del contrato mercantil que la vincula con la empresa afectada por la huelga, precisamente por el incumplimiento por parte de esta de sus compromisos contractuales, y contrate a otra empresa para realizar la prestación que la empresa en huelga no puede hacer.

Son comportamientos que, en algún supuesto, han sido considerados sin más contrarios al derecho de huelga (como sucedió en el caso Samoa, STC 75/2010 de 19 de octubre), y en otros solo en la medida en que las empresas implicadas pertenecían al mismo grupo y la decisión de encomendar la tarea imposible de realizar por causa de la huelga a otra empresa del grupo fue tomada por la empresa principal controladora del mismo (los casos del Grupo Prisa, STS de 11 de febrero de 2015 –rec. 95/2014– y de Coca-Cola, STS de 20 de abril de 2015 –rec. 354/2014–). Pero en otros casos, estas decisiones empresariales han sido entendidas como legítima expresión

de la libertad de empresa con el argumento de que una cosa es que la empresa tenga prohibido tomar decisiones que afecten a la eficacia del derecho de huelga y otra muy distinta que se exija de ella (mucho menos de la que no está directamente afectada con la huelga) que colabore activamente con el éxito de la misma (STS de 16 de noviembre de 2016 –rec. 59/2016–).

No puede olvidarse tampoco que, al margen de las decisiones de contratación, al empresario aún le restan muchos poderes cuyo ejercicio puede suponer una forma de impedir la huelga, de atenuar su impacto o de reaccionar frente a los trabajadores huelguistas. Basta con recordar aquí supuestos como las advertencias intimidatorias por parte del empresario, hechas públicas para conocimiento de los trabajadores antes del inicio de la huelga, acerca de la supuesta ilegalidad de la misma y/o de las consecuencias negativas que pueden derivarse de ella (sanciones, despidos, pérdida de contratos con otras empresas o con la Administración pública), que aborda la STS de 12 de febrero de 2013 (rec. 254/2011). O la grabación en vídeo de los participantes en un piquete informativo a las puertas de la empresa (STC 37/1998 de 17 de febrero). O los cambios de puesto de trabajo, de horarios y de organización hechos preventivamente por la empresa a causa de la huelga (STS de 8 de junio de 2011 –rec. 89/2010– y STC 90/1997 de 6 de mayo). O condicionar las promociones o mejoras contractuales previstas en el convenio por la situación de la empresa a consecuencia de la huelga (STC 66/2002 de 21 de marzo). O, en fin, las sanciones o los despidos, particularmente los colectivos o por causas objetivas, justificados por la repercusión de la huelga en la marcha de la empresa con la consiguiente necesidad de supresión de puestos de trabajo (STS de 20 de septiembre de 2013 – rec. 11/2013– y STS de 18 de julio de 2014 –rec. 11/2013–).

En definitiva, todo un mundo en el que, de nuevo, la confrontación a resolver refleja la permanente disputa en torno a si la huelga es la manifestación del ejercicio de un derecho fundamental de fuerte contenido social que debe ser protegido y no solo por la mejora que puede conseguir de las condiciones de trabajo de los huelguistas sino también por su impacto en la realización de la igualdad y de la justicia social en cuanto valores constitucionales máximos, o si, por el contrario, es un incómodo y disfuncional instrumento de redistribución de la riqueza que ha de ser controlado, domesticado y limitado en homenaje a los intereses económicos de la empresa que la reciente jurisprudencia constitucional ha elevado a un valor supremo.

## 10. CONCLUSIONES

El recorrido que se ha hecho, con la intención de poner de manifiesto el conjunto de limitaciones que impactan sobre el derecho de huelga, pone en evidencia la fuerte entidad y el amplio alcance de los obstáculos que se oponen a un uso eficaz de esta herramienta central de los trabajadores en el conflicto de intereses que los enfrentan a la empresa. Y ello pese a su reconocimiento constitucional como derecho fundamental del máximo nivel, merecedor, por el contrario, de una tutela normativa y jurisprudencial que, garantizando su ejercicio, se extienda al aseguramiento de su eficacia, como así lo exige su contenido esencial.



Todo el conjunto de limitaciones y obstáculos a que se ha hecho referencia se ha traducido en un uso decreciente de la huelga que, como señala el último informe del Consejo Económico y Social de España, se desprende de los datos que identifica al año 2015 como el año en el que se contabilizaron un menor número de huelgas desde el año 1975 (solo 615). Lo que hace la mitad de las ocurridas entre los años setenta y noventa, con una reducción constante de participantes, que en el año 2015 no alcanzaron ni los 175.000, esto es, un 1,1 % de los trabajadores asalariados. Y ello pese a que el deterioro de las condiciones laborales, fuertemente acentuado por las últimas reformas, podría justificar un recrudecimiento de la conflictividad laboral. Las acciones huelguísticas acaban, por tanto, siendo selectivas e intentando reservarse para ejercitarlas en las condiciones más eficientes por la capacidad que tienen de afectar a los intereses de la empresa. Huelgas que, a medida que amplían su eficacia, comienzan a ser vistas sospechosamente por el ordenamiento jurídico hasta derivar, no infrecuentemente, hacia la calificación de huelgas ilícitas por abusivas.

Visto con una perspectiva más general y de futuro, es posible que esta tensión entre eficacia y límites del derecho de huelga lo que ponga de manifiesto no sea tanto la inadecuación, indudable, de su regulación actual, sino la propia identificación de la huelga como la mejor arma en manos de los trabajadores. Así lo apunta el informe del CES afirmando que la huelga «se diluye como instrumento de presión sindical».

Ejercitada en un contexto de desorientación y de deslegitimación del sindicato como sujeto colectivo típico, en un marco de precariedad y de individualización de las relaciones laborales, superada por la nuevas tecnologías y las cada vez más complejas formas de organización empresarial y afectada directamente por la desintegración de la conciencia de pertenencia a una misma clase social, la huelga ha visto debilitarse los referentes que la han hecho durante toda la historia del movimiento obrero, a la vez, la forma tradicional de expresión del conflicto laboral y el medio más eficiente de obtener una más justa redistribución de los beneficios de la actividad productiva.

Lo dicho obliga a afrontar la huelga sin prejuicios históricos ni sentimentales de ningún tipo, a analizar si efectivamente conserva su condición de instrumento central de presión de los trabajadores, a dilucidar si incluso la funcionalidad dañosa de la huelga puede ser legítimamente utilizada como forma de presión o, incluso, si tales métodos deben ser sustituidos por otros menos agresivos. En definitiva, un debate que, a partir de su funcionalidad (o pérdida de ella) en el actual marco de relaciones laborales, debe determinar si la huelga debe conservar o no su centralidad como medio de acción colectiva; y si no es así, cuáles son las alternativas funcionales que se ofrecen y que deben garantizar una eficacia similar a la de la huelga. Algo que incluso podría afectar a su consideración como derecho fundamental y, con ello, ser una renuncia a su papel redistribuidor de los beneficios empresariales obtenidos gracias al trabajo humano.

No es pequeño el desafío que, como se ve, plantea la función actual de la huelga. No solo para los que la organizan y convocan y están llamados a ser agentes activos de la misma, sindicatos y trabajadores, sino también para quienes, empresas, poderes públicos, investigadores, operadores jurídicos y ciudadanos en general, intervienen o están afectados por ella.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0