

2018 - 10 - 16

Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo

2018

Núm. 206 (Febrero)

Estudios Doctrinales

Derecho de huelga

1. El impacto de las nuevas tecnologías en el derecho de huelga: a propósito de la sustitución de huelguistas por medios tecnológicos (CARMEN GRAU PINEDA)

Derecho de huelga

1 El impacto de las nuevas tecnologías en el derecho de huelga: a propósito de la sustitución de huelguistas por medios tecnológicos

CARMEN GRAU PINEDA

Profesora Titular Universidad. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Las Palmas de GC (ULPGC)

ISSN 2444-3476

Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo 206

Sumario:

- I. El impacto de las nuevas tecnologías en el derecho de huelga: nuevas formas de conflicto, nuevas manifestaciones del esquirolaje
- II. La sustitución de huelguistas por medios tecnológicos: algunos de los supuestos que se han ido planteando
- III. La conformación «ex constitutione» de la prohibición de esquirolaje: análisis de los principales asuntos
 1. El esquirolaje tecnológico no vulnera el derecho de huelga: el sexenio 2000-2006
 2. La permisividad con el esquirolaje tecnológico cuando de servicios mínimos se trata: el sexenio 2006-2012
 3. Del cambio de rumbo y de los caminos divergentes del TS y el TC en materia de esquirolaje tecnológico
 4. El nuevo estado de la cuestión: la STC 17/2017
- IV. Algunas conclusiones finales
- V. Bibliografía

RESUMEN:

El Tribunal Constitucional ha dictado en febrero de este mismo año, la última de las sentencias, por el momento, que aborda el polémico asunto del esquirolaje tecnológico como medio empresarial para desactivar la efectividad de una huelga legítimamente convocada y ejercitada. Se trata de una sentencia tan importante como lamentable para los derechos fundamentales de los trabajadores en España porque viene a desautorizar la doctrina del Tribunal Supremo en materia de esquirolaje tecnológico que, tras una primera línea restrictiva, dio paso a una interpretación más abierta, más contemporánea. Ahora, el TC interpreta que no es posible considerar opuesto al derecho de huelga el uso de los medios técnicos realizado por la empresa por dos razones principales: primero, porque no hay precepto alguno que prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa para mantener su actividad, ni le imponga una conducta de colaboración en la huelga; y segundo, porque la utilización de medios ya existentes en la empresa es compatible con el derecho de huelga y no puede extenderse, por vía analógica, a este supuesto la prohibición prevista en el art. 6.5 RDLRT, que se refiere al empleo de los recursos humanos en la empresa. El TC despacha así este asunto mediante una casi completa admisión de la práctica empresarial referida como vía para reducir los efectos de la huelga, eso sí, incorporando que tan sólo cabría dudar de la constitucionalidad del uso de medios técnicos cuando estos fueran adquiridos expresamente para hacer frente a los efectos de la huelga.

PALABRAS CLAVE: Conflicto colectivo - Huelga - TICS - Esquirolaje - Sustitución huelguistas

ABSTRACT:

In February 2017, the Spanish Constitutional Court passed the latest in a series of legal sentences addressing the controversial issue of technological strike-breaking as a means used by management to deactivate the effectiveness of a strike that has been legally convened and carried out. This sentence will have an important, although regrettable, impact on the fundamental rights of workers in Spain because it runs contrary to the ideology of the Spanish Supreme Court with regard to technological strike-breaking which, recently moved away from an initial restrictive interpretation of the law supporting a more open approach in accord with modern society. Now, the TC interprets that it is not possible to consider the use of the technical means carried out by the company as opposed to the right to strike for two main reasons: first, because there is no precept that prohibits the employer from using the technical means usually available in the company to maintain its activity or impose collaborative conduct on the strike; and second, because the use of existing resources in the company is compatible with the right to strike and cannot be extended, by analogy, in this case the prohibition provided for in art. 6.5 RDLRT, which refers to the use of human resources in the company. The TC closes this issue through an almost complete admission of the practice referred to as a way to reduce the effects of the strike, that is, incorporating that only the constitutionality of the use of technical means when they are expressly acquired to deal with the effects of the strike.

KEYWORDS: Collective conflict - Strike - New technologies - Strike-breaking or scrapping - Substitution strikers

Fecha recepción original: 20 de Noviembre de 2017

Fecha aceptación: 4 de Diciembre de 2017

I. EL IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL DERECHO DE HUELGA: NUEVAS FORMAS DE CONFLICTO, NUEVAS MANIFESTACIONES DEL ESQUIROLAJE

Entendida en su sentido más tradicional, la huelga supone «la cesación temporal del trabajo decidida por una colectividad de trabajadores, con abandono del centro de trabajo, con motivo de un conflicto y con el fin de presionar en la defensa de sus intereses⁴⁾». En consecuencia, su objeto o propósito no es otro que alterar o paralizar la

producción como forma de reivindicar un proyecto concreto de regulación del trabajo o impedir la efectividad de una propuesta empresarial restrictiva o contraria a los intereses de los trabajadores. Y esto significa que la huelga consiste en «subvertir la normalidad productiva a partir del rechazo del trabajo como instrumento de dominación ejercido por un poder privado sobre las personas porque revoca temporalmente el consentimiento voluntario del trabajador en la producción dirigida y controlada por el empresario y, por ello, despliega sus efectos en términos suspensivos de la relación obligatoria recíproca del contrato laboral²⁾». El espacio natural de desarrollo de la huelga es organizativo³⁾, porque paraliza o impide la extensión de los poderes de organización y de dirección del proceso de producción de bienes y de servicios que tengan por objeto disponer del trabajo, impidiendo su utilización para anular la eficacia de la huelga, y supone la facultad de incidir restrictivamente sobre las facultades empresariales y la libertad de empresa y, por tanto, no incorpora facultades de reaccionar contra ella y desvirtuar sus consecuencias.

Conviene recordar, desde estas primeras líneas, que la regulación legal del derecho de huelga en nuestro país se encuentra en el [RD 17/1977](#), de Relaciones de Trabajo (en adelante, RDLRT), norma preconstitucional, claramente hostil y deficiente que, pese a los intentos, especialmente, de los años 90 del siglo pasado, no ha encontrado desarrollo legislativo posterior acorde con la [CE](#)⁴⁾. Es por ello por lo que la regulación legal de este derecho ha sido calificada como «anomalía histórica⁵⁾», «anomalía permanente⁶⁾» o «insuficiencia crónica⁷⁾». Como consecuencia de lo cual ha podido constatarse, a lo largo de los años, la existencia de muchas dificultades para que el amplio reconocimiento de este derecho fundamental se traduzca en actos concretos de preservación del mismo y termine por considerarse, de forma incorrecta a nuestro juicio, que «la huelga es un “derecho” solo en cuanto se ejercita en el marco de una relación contractual individual o colectiva, y si resulta compatible con las exigencias de la productividad y de la organización de la empresa⁸⁾». En definitiva, es una regulación que es fruto de un tiempo histórico ajeno a la CE, concretamente post-franquista si bien depurado por la [STC 11/1981](#) (RTC 1981, 11), que obedece a un escenario productivo claramente superado y que, solo gracias a la interpretación jurisprudencial (*ex constitutione*), a través del método del caso concreto (*ad casum*), ha sido posible ir concretando. En este sentido hay quienes llaman la atención sobre el hecho de que solo «con la ayuda imprescindible de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ha efectuado una labor no solo interpretativa sino también reguladora [según la cual] viene considerando, como principio básico, que el criterio de interpretación debe ser el de la mayor amplitud posible del derecho y también el de la restricción de sus límites a lo necesario⁹⁾». Y esto contrasta sobremanera con el hecho de que «a pesar de que el ordenamiento laboral se caracteriza por una insoportable hipertrofia normativa que hace que la acción legislativa sea intensa e incesante, algunos de sus territorios, no precisamente recónditos, viven en una suerte de hibernación, ajenos a la acción del legislador. Así sucede de manera destacada con la huelga cuya anomalía regulativa no por conocida es llamativa¹⁰⁾».

La obsolescencia normativa contrasta con la profunda transformación de los conflictos laborales colectivos, no tanto en su morfología general, como en las actitudes y formas tradicionales de reacción de los empresarios frente a las huelgas¹¹⁾. Los conflictos colectivos presentan nuevas formas y manifiestan nuevas consecuencias. Así, las tradicionales formas de afrontamiento empresarial de las huelgas, basadas en la resistencia pasiva ante las demandas de los huelguistas, han perdido gran parte de la efectividad que demostraron en el pasado, al colocar a los empresarios ante el inminente e inevitable incumplimiento de unos compromisos que ni pueden posponer, ni atender con recursos acumulados. Como acertadamente se ha puesto de manifiesto «apelar al desgaste, confiando en que termine por dar al traste con la resolución de los huelguistas, deja así de convertirse en una estrategia adecuada siendo la única forma de plantar cara a

la medida de presión el intentar que la falta del trabajo afecte lo menos posible a los compromisos y la imagen de la empresa¹²⁾». Ahora, y frente a la técnica tradicional de no responder a la huelga, las empresas han reorientado sus tácticas hacia el mantenimiento a toda costa de la producción en un contexto en el que, para los trabajadores huelguistas, gana importancia el aspecto de exhibición pública del conflicto ante la dificultad que en muchas ocasiones reviste paralizar la producción de forma exitosa¹³⁾.

Las nuevas herramientas empresariales frente al conflicto para acometer con éxito las secuelas de las huelgas se han visto notablemente incrementadas como consecuencia del impacto de dos fenómenos concurrentes: el cada vez más alto grado de tecnificación de los procesos productivos, que hace posible que en algunos sectores un número cada vez más amplio de tareas puedan realizarse automáticamente o contando con muy poco personal, siempre que sean programadas para ello; y el auge de las formas reticulares de colaboración entre empresas, que permite que los pedidos que dejarán de ser satisfechos puedan ser desviados hacia colaboradores externos para su atención. Ambos fenómenos no hacen sino poner de manifiesto las renovadas fuentes de incidencia empresarial en la efectividad de los derechos fundamentales, al amparo de los nuevos medios tecnológicos o de las sofisticadas formas de organización empresarial a los que se recurre para hacer más penetrante su actuación limitativa e impeditiva de la tutela constitucional. Además de poner en evidencia la necesidad de respuestas constitucionales también nuevas, que frente a la obsolescencia del marco normativo de que se dispone, garanticen la protección de los derechos más esenciales de los trabajadores en un grado asimilable al que ofreció nuestra jurisprudencia en el pasado. Y es que «los derechos de libertad sindical y huelga son especialmente proclives para alentar una forma interpretativa evolutiva ajustada a la realidad de los tiempos e interrelacionándola con el [artículo 10.2](#) de la CE y con la observación de la realidad socioeconómica jurídicamente relevante en cada tiempo¹⁴⁾». La realidad es que ambos fenómenos no solo son plenamente constatables sino que, todo indica, van a ir *in crescendo* e intentar mantener la producción por cauces automatizados sin intervención de trabajo humano cuando ello sea posible o recurriendo a sofisticadas formas de organización empresarial ya sea en red o fruto de la descentralización productiva, no hace sino evidenciar cómo es preciso superar la concepción tradicional de la huelga –y su obsoleto régimen legal–, reconsiderar si el conflicto puede ser combatido desde otras prerrogativas constitucionales y, en especial, desde el reconocimiento de la libertad de empresa¹⁵⁾ y los supuestos de colisión de ésta con el derecho fundamental de huelga.

Y esto nos lleva directamente a la prohibición general de sustituir a los trabajadores en huelga o, como se la conoce más comúnmente, la prohibición de esquirolaje. El término «esquirolaje¹⁶⁾» hace referencia «no solo al obrero que trabaja cuando hay huelga, sino también al que se presta a realizar el trabajo, abandonado por un huelguista». A partir de esta segunda acepción, se viene a entender por «esquirolaje» «la sustitución de los trabajadores huelguistas, bien por trabajadores no vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la huelga (esquirolaje externo), bien por trabajadores de la propia empresa, no huelguistas, a los que se les modifica las condiciones de lugar, tiempo y/o modo del trabajo (esquirolaje interno)¹⁷⁾». La única y obsoleta referencia se encuentra en el [artículo 6.5](#) RDLRT sobre la prohibición de sustituir a los trabajadores en huelga por otros «que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma». Si bien en el desarrollo jurisprudencial posterior, esta forma de esquirolaje ha ido extendiéndose a supuestos no previstos inicialmente como el «interno» (movilidad funcional de trabajadores no huelguistas) dada la insuficiencia ostensible de esta prohibición ha tenido que ser integrada vía interpretación judicial o, en acertada expresión «a golpe de sentencia mediante una conformación *ex constitutione* del derecho de huelga¹⁸⁾».

Téngase en cuenta que, si bien hasta hace relativamente poco tiempo las unidades productivas funcionaban como universos cerrados y la producción no se encontraba organizada con el objetivo de atender de forma inmediata las oscilaciones de la demanda, de tal forma que solo a través del recurso al esquirolaje (sustitución física del personal en conflicto) posible de combatir de manera inmediata los efectos negativos de una huelga; sin embargo, la emergencia de nuevas formas de organización del trabajo y la creciente tecnificación de los procesos productivos, hacen posible que, en la actualidad, el impacto económico negativo de las huelgas pueda ser desvirtuado o reducido mediante el empleo de otro tipo de fórmulas, desconocidas hasta fechas recientes o escasamente utilizadas en el pasado. Estas nuevas maneras vaciar de contenido el derecho de huelga dan cuenta, a partir de principios de la década pasada, de un empleo cada vez más intenso de las mismas por parte del sector empresarial seguramente motivado porque los hace más vulnerables frente a los efectos del ejercicio del derecho de huelga. El resultado de todo ello es el más absoluto desbordamiento de la prohibición de esquirolaje, que se ha visto ampliamente rebasada por un catálogo cada vez más extenso de formas inéditas de suplir la ausencia de la prestación de trabajo de quienes participan en las huelgas, no encuadrables dentro de los precisos márgenes acotados por su redacción original. Esta es una situación que compromete seriamente la efectividad del derecho de huelga, toda vez que, de acuerdo con las previsiones legislativas vigentes, no existiría en principio ningún instrumento capaz de impedir a los empleadores afectados por su ejercicio recurrir a prácticas como las descritas con el fin de esquivar sus consecuencias, vaciándolo de contenido. No obstante, todo esto no implica una absoluta ilegalización del empleo de las prerrogativas empresariales durante el desarrollo de la paralización, pero sí una clara prohibición de uso desviado de las mismas, que impide que éstas se manejen con objetivos diversos de los previstos por el ordenamiento jurídico con el único propósito de vaciar de contenido la presión ocasionada por la no realización concertada del trabajo. La aplicación de este planteamiento a cualesquiera otras conductas empresariales distintas de la clásica sustitución externa (esquirolaje externo) o a la ampliada interna (esquirolaje interno) que tengan el mismo efecto de anular o atenuar la presión generada por la huelga, privando en los hechos a quienes la realizan de su derecho a llevarla a cabo, no sólo parece razonable, sino que constituye un imperativo ineludible si se quiere garantizar que el mismo sea capaz de cumplir la misión institucional que justifica y da sentido a su reconocimiento. O, en otras palabras, «la única forma de evitarlo es, así pues, consiguiendo que el espacio de su protección se extienda hasta cubrir estos nuevos riesgos¹⁹⁾».

El objetivo de este trabajo va a ser, por tanto, valorar el impacto que el alto grado de tecnificación/digitalización de los procesos productivos en el marco de la nueva revolución tecnológica o lo que se ha dado en llamar la Industria 4.0²⁰⁾ –y que está haciendo posible que, en algunos sectores, un número considerable de tareas puedan realizarse automáticamente, esto es, con pocos o incluso ningún trabajador «manual»–, está teniendo sobre el ejercicio del derecho de huelga, poniendo de manifiesto las renovadas fuentes de incidencia empresarial en la efectividad de los derechos fundamentales al amparo de los nuevos medios tecnológicos.

II. LA SUSTITUCIÓN DE HUELGUISTAS POR MEDIOS TECNOLÓGICOS: ALGUNOS DE LOS SUPUESTOS QUE SE HAN IDO PLANTEANDO

El elevado nivel de desarrollo al que está llegando la tecnología permite a las empresas sostener durante la huelga su proceso productivo pese a la menor, o incluso mínima, participación de los trabajadores, tan solo programando sus sistemas informáticos con antelación al inicio de la huelga, para que de forma automatizada, infalible y con total precisión y exactitud en el tiempo, puedan, por ejemplo, ponerse en funcionamiento mientras se mantiene la situación de conflicto, consiguiendo con ello minimizar

enormemente los efectos del paro y llegar a mantener una parte muy importante de su actividad. En ciertas actividades es ya perfectamente factible programar los sistemas informáticos con antelación al inicio de la huelga para que se pongan en funcionamiento en coincidencia con los días u horas en la que está convocado el paro, de forma que la actividad de la empresa pueda mantenerse con la mínima intervención de los trabajadores o, incluso, sin ella y, todo ello, de manera casi imperceptible para su clientela.

Al hilo de esta nueva realidad, e inmersos ya en plena revolución digital, el TS ha dictado dos importantes sentencias con relación al derecho de huelga y a la emisión automática de publicidad preprogramada por empresas de radiotelevisión, llegando a modificar la segunda de ellas, la doctrina contenida en la primera y en sentencias anteriores, con fundamento en la doctrina emitida por el TC sobre la materia hasta ese momento. Es paradójico constatar cómo, pese a la cercanía temporal, la distancia a nivel de conclusiones es enorme, tanto que ambas resoluciones llegan a conclusiones muy alejadas la una de la otra, y, además, contienen tres votos particulares de sumo interés, que contradicen con trascendentes argumentos la sentencia de la mayoría, convirtiendo el denominado «esquirolaje tecnológico» en una cuestión compleja y difícil de conceptuar²¹. Ha sido, por tanto, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, en el que hay que ubicar la extensión o ampliación de la prohibición de esquirolaje hacia nuevos supuestos de sustitución de huelguistas, ante la evidencia de la insuficiencia de su regulación legal. Las carencias del art. 6.5 RDLRT se han evitado por vía interpretativa, incorporando judicialmente a la prohibición inicial de esquirolaje externo (y más tarde interno), el denominado esquirolaje tecnológico por obra de la doctrina emanada por la Sala de lo Social del TS y, más recientemente, del TC a través de la [STC 17/2017](#) (RTC 2017, 17), última por el momento y que será objeto de análisis en las líneas que siguen.

Para que se produzca una sustitución de los huelguistas que lesione el derecho de huelga como resultado del esquirolaje tecnológico es preciso tener en cuenta que ha de tratarse de la sustitución de un trabajador en la realización habitual de sus funciones que serán, normalmente mixtas, esto es, tecnológicas y no tecnológicas. Y decimos esto porque, tanto en el supuesto de que el trabajo sea exclusivamente «manual» como cuando el trabajo sea exclusivamente «tecnológico» no se plantearan el tipo de problemas de sustitución que estamos abordando aquí. En el primer caso porque no hay intervención tecnológica alguna; en el segundo porque si la tecnología de que se trata puede llevar a cabo las funciones encomendadas de forma completamente autónoma, no se puede hablar de sustitución *per se* y, por tanto, *a priori* no existiría ninguna vulneración. Ahora bien, delimitado el supuesto –sustitución de trabajador huelguista, de sus funciones en el marco de un contrato de trabajo, por medios tecnológicos–, van a poder plantearse varias posibilidades que, sin ánimo exhaustivo sino meramente ejemplificativo, encuentran reflejo en las tres siguientes²²:

1. Un primer supuesto proviene de la **activación/desactivación** de la máquina que una vez activada es completamente independiente. Es el caso de la emisión preprogramada de anuncios que se afronta, por ejemplo, en la [STS de 5 de diciembre de 2012](#) (RJ 2013, 1751) (r. 265/2011) en cuyos hechos probados se establece que «la emisión se produjo de manera completamente automática, sin intervención humana directa», si bien «algún trabajador al menos tendrá que hacerlos funcionar (los medios mecánicos) o controlar y vigilar su funcionamiento». Si la activación es realizada habitualmente por un trabajador que se encuentre en huelga, si el propio empresario u otro trabajador ejecutasen dicha acción, el derecho a huelga se vería vulnerado en su vertiente de esquirolaje interno. Pero, incluso ordenar al trabajador que programe la máquina para que se active automáticamente durante la huelga vulneraría el derecho fundamental puesto que esas órdenes tendrían por objeto reducir los efectos de la huelga y las posibilidades

de ésta como medio de presión. Recuérdese que, según la jurisprudencia del TC, el empresario es sujeto pasivo de la huelga por lo que un acto de este tipo claramente sería una actuación de carácter combativo de las no permitidas.

2. Otro supuesto problemático es el del trabajo realizado por una máquina que requiere **supervisión humana** como ocurre, por ejemplo, en el metro sin conductor. En este caso el vehículo se mueve de manera autónoma, pero existe un supervisor que se asegura de que la tecnología funcione, es decir, que todos los vehículos circulen correctamente y se cumplan los horarios. En principio, durante una jornada de huelga en la que participasen los supervisores, el metro podría seguir funcionando normalmente y no podría hablarse propiamente de sustitución. Simplemente, durante la duración de la huelga la empresa contaría con un elemento menos de calidad en su proceso productivo, como es el supervisor, lo cual es una decisión del empresario, que es libre de tomarla, siempre que no estemos hablando de que el supervisor es *necesario* por cuestiones de seguridad.

3. Un último supuesto iría referido a la **anticipación del trabajo** (jornadas previas) que se debería realizar el día de la huelga. El supuesto estudiado por la jurisprudencia es la grabación de programas o galas televisivas de larga duración con objeto de emitirlas el día de la huelga y tener cubierta la parrilla. Pero este supuesto también puede aplicarse, entre otros, a la grabación de lecciones tanto en centros de enseñanza no universitaria como universitaria (plataformas Moodle muy extendidas) para ponerlas a los alumnos el día de huelga de profesores. Repárese en que este tipo de casos es muy similar al ya estudiado por la doctrina judicial respecto a la realización de horas extraordinarias *antes* de una huelga²³⁾ y que permite concluir que, aunque el trabajo se realice fuera del periodo señalado para la huelga, puede repercutir sobre los trabajos que debieron realizarse durante la jornada de huelga con la consiguiente limitación de sus efectos ciertamente perjudiciales. Esta doctrina aplicada al caso de la tecnología debe tener las mismas consecuencias, ya que el hecho de que permita realizar el trabajo previo para luego ser utilizado durante la jornada de huelga es una clara acción proactiva por parte del empresario para reducir el impacto de la huelga y disminuir con ello su función como medio de presión colectiva.

Sea como fuere, admitida la diversidad y pluralidad de situaciones o supuestos enfrentados y por enfrentar, antes de proseguir con el análisis más detallado de los casos judiciales habidos en este sentido, interesa sentar una premisa básica referida a la fuente aplicable a la prohibición de esquirolaje. Y es que dado el escueto y obsoleto marco regulador, adelantado líneas atrás, va a ser necesario recurrir o bien al origen legal obtenido de una interpretación finalista²⁴⁾ y extensiva²⁵⁾ o de una aplicación analógica del art. 6.5 RDLRT²⁶⁾; o bien acudiendo directamente al contenido esencial del derecho de huelga. Y ello porque, como acertadamente se ha apuntado, «la diferencia entre ambas es clave a ojos de una posible ley orgánica de huelga y de las capacidades de actuación que tendría el legislador [porque] en ambos casos el resultado será el mismo, ya que el Tribunal aplicará la misma sanción por ilicitud²⁷⁾». Y es que tanto si se entiende que la prohibición proviene de la aplicación analógica, como si proviene de una interpretación extensiva o finalista, el tribunal tendría libertad para interpretar el precepto en un sentido que impidiera la inclusión del esquirolaje tecnológico en el supuesto contemplado en dicho precepto o, todo lo contrario. Pero, por el contrario, si la prohibición de esquirolaje entendemos que proviene del propio contenido esencial del derecho fundamental de huelga, cualquier intervención del legislador en sentido contrario sería calificada de inconstitucional por antisindical. Nos decantamos, por tanto, por esta segunda opción, si bien el TC, hasta el momento, ha recurrido siempre expresamente a la interpretación extensiva o finalista del art. 6.5 RDLRT, con objeto de ampliar la

prohibición de esquirolaje a las nuevas situaciones de sustitución interna y tecnológica puesto que una interpretación literal del precepto que permitiera este tipo de sustitución. Si bien, añade a tal fundamentación que, de admitirse lo contrario, «vaciaría de contenido el derecho de huelga», lo que permite concluir que la prohibición de esquirolaje forma parte del contenido esencial del derecho de huelga.

III. LA CONFORMACIÓN «EX CONSTITUTIONE» DE LA PROHIBICIÓN DE ESQUIROLAJE: ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES ASUNTOS

Como se ha tenido ocasión de avanzar líneas atrás, la prohibición del esquirolaje externo, el referido a la contratación externa de trabajadores que sustituyan a los huelguistas, contenida en el [art. 6.5 RDLRT](#), norma pre-constitucional, ha resultado absolutamente insuficiente para abordar los problemas prácticos que con el devenir de los tiempos se han ido planteando y ha tenido que ser integrada vía interpretación judicial o a golpe de sentencia mediante una conformación *ex constitutione* del derecho de huelga²⁸). Pues bien, a ello y, más concretamente, a la prohibición de esquirolaje pretende dedicarse este epígrafe que, por razones metodológicas, ha decidido estructurarse en cuatro periodos temporales que facilite la comprensión de los vaivenes jurisprudenciales. Así, conviene comenzar, situándonos en los albores del siglo XXI, cuando se conviene no considerar el esquirolaje tecnológico como comportamiento vulnerador del derecho de huelga por no estar expresamente previsto en la normativa aplicable (1); para continuar con la inclusión de esta nueva forma de esquirolaje entre las prohibidas por el [art. 6.5 RDLRD](#) cuando se trata de servicios mínimos (2) y, después, volver a restringir los supuestos prohibidos de esquirolaje, o lo que es lo mismo, lo que hemos denominado «del cambio de rumbo y de los caminos divergentes del TS y el TC en materia de esquirolaje tecnológico» (3), hasta llegar al estado de la cuestión en los momentos en que se escriben estas líneas (4).

1. EL ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO NO VULNERA EL DERECHO DE HUELGA: EL SEXENIO 2000-2006

Los primeros pronunciamientos judiciales del siglo XXI optaron por permitir la utilización de medios técnicos por parte del empresario como método de defensa frente a la huelga realizada por sus trabajadores²⁹). El TS mantiene su línea doctrinal anterior y permite la utilización de los medios técnicos propios de la empresa, para dar continuidad a la actividad empresarial, sin distinguir entre si su utilización es para asegurar los servicios esenciales (mayormente informativos) o lo es para toda la programación. Así pues, en esta primera doctrina, el esquirolaje tecnológico no contraviene el derecho de huelga, tanto si el servicio que sustituye entra dentro de los servicios mínimos como si ocupa otras programaciones no esenciales.

En el año 2000, el TS abordó esta problemática en una sentencia calificada como «un tanto escueta y carente de excesiva fundamentación³⁰». Se trata de la [STS de 4 de julio del año 2000](#) (RJ 2000, 6289) en la que, sin realizar un análisis exhaustivo sobre el nudo gordiano del asunto en cuestión, se afirmó que «no hay precepto alguno que prohíba al empresario usar los medios tecnológicos de los que habitualmente dispone en la empresa, para atenuar las consecuencias de la huelga». Se acogía, de este modo, una interpretación literal del [artículo 6.5](#) del RDLRT en el que no hay referencia alguna al recurso tecnológico para atenuar las consecuencias de la huelga como, por otro lado, no podía ser de otro modo dada la antigüedad de la norma cuestionada. Es más, al asegurar que «este derecho garantiza el que los huelguistas puedan realizar los paros sin ser sancionados por ello» hay quienes han señalado que, en realidad, se está refiriendo a que «con esta práctica se salvaría a los trabajadores de tener que auxiliar en la realización de servicios mínimos, pudiendo lograrse así una mayor asistencia a la huelga. Se olvidan quizá con esta afirmación, que el objeto de la huelga no es tanto el conseguir una masiva afluencia,

sino el de ejercer presión sobre el empresario para la consecución de un fin legítimo. Claro está, que un seguimiento mayoritario de la huelga va a contribuir en mayor medida a la consecución del objetivo buscado. Pero los perjuicios económicos o la presión social no lograrían todo su efecto, por mucho que la huelga sea secundada por todos los trabajadores, si el empresario la contrarresta utilizando medidas automáticas³¹⁾».

Esta parca y parcial solución dada por el TS, fue rápidamente acogida tanto por la doctrina judicial menor como por la de la propia Sala³²⁾, que en su [STS de 9 de diciembre de 2003](#), y manteniendo el mismo criterio que el adoptado tres años antes, realiza un análisis un poco más exhaustivo. De modo y manera que tras abordar el contenido irreductible del derecho de huelga y la consideración de esencialidad del derecho a la información como servicio a la comunidad, argumenta que «es de significar que si la empresa se ve forzada en virtud de la huelga declarada en su ámbito a la paralización de su actividad normal y solo puede emitir el 50% de los informativos y los espacios gratuitos de propaganda electoral establecidos por la Junta Electoral (la huelga coincidió con la campaña de elecciones catalanas), no cabe, en buena lógica jurídica, admitir que viole la esencia del derecho fundamental de huelga al ocupar el resto del tiempo de esta última con material propagandístico, ya enlatado con anterioridad, y para cuya emisión solo se precisa pulsar un botón». En este mismo sentido, y sirviéndose del mismo criterio, se pronunciaría la [STS de 15 de abril de 2005](#) (RJ 2005, 4513) .

2. LA PERMISIVIDAD CON EL ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO CUANDO DE SERVICIOS MÍNIMOS SE TRATA: EL SEXENIO 2006-2012

Hasta el año 2006 el TS había ido creando una doctrina jurisprudencial sobre la permisividad de la utilización de los medios técnicos propios de la empresa para continuar con la actividad durante una huelga a través del recurso a programas o publicidad pregrabada. Como hemos tenido ocasión de ver, se alegaba por parte del TS una ausencia de regulación que contraviniera este tipo de prácticas, así como el derecho del empresario de intentar proseguir su actividad con los factores con los que cuenta, tanto personales como técnicos. Con mayor o menor fortuna, lo cierto es que la Sala Social del TS mantenía una doctrina unánime al respecto.

Sin embargo, esta situación cambió parcialmente tras la publicación de las [Sentencias del Tribunal Constitucional 183/2006](#) y [191/2006](#) (RTC 2006, 191)³³⁾ que se centró en la cuestión nuclear del recurso al esquirolaje tecnológico cuando se trata de garantizar los servicios esenciales de la comunidad en el ámbito concreto de la televisión. En estas dos ocasiones, el TC realiza un análisis exhaustivo sobre el derecho de huelga y el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad, perseverando en la línea defendida con anterioridad³⁴⁾, y afirmando que, *a priori*, si bien no existe ningún tipo de actividad productiva que pueda ser considerada como esencial, es evidente que «los intereses de los usuarios actúan como límite del ejercicio del derecho de huelga en la medida en que satisfacen sus valores, bienes y derechos constitucionalmente protegidos³⁵⁾». El hecho de que se tenga que prever un mantenimiento de servicios para la sociedad (por afectar a sus derechos constitucionales, bienes y libertades) no significa que tenga que alcanzarse el nivel de rendimiento o funcionamiento habitual, pues es lógico que éste sea menor durante la huelga.

En este caso concreto, los pronunciamientos analizan supuestos referidos al sector de la radiotelevisión –ya clásico en lo que al esquirolaje tecnológico se refiere– en el que no ha habido grandes problemas en admitir la limitación al derecho de huelga al establecer servicios mínimos por el derecho fundamental a recibir información consagrado en el [artículo 20.1 d\)](#) CE y según el cual se reconoce el derecho a comunicar y recibir libremente

información, así como a expresar o difundir libremente pensamientos. Aunque, obviamente, no se puede deducir el establecimiento de servicios mínimos para toda la actividad radiofónica o televisiva, sino solamente para aquellas que tengan relación con el citado precepto constitucional. De este modo, no se deberían considerar, sin más, como ajenas al derecho a la información y, por ende, prescindibles de los servicios mínimos, entrevistas o tertulias que acompañan a un programa informativo (de contenido más valorativo que informativo), si bien éste hecho tendría que acreditarse o motivarse por el acuerdo u actuación administrativa³⁶. Ahora bien «diferente trato merecería aquellas parcelas televisivas que son “puro entretenimiento”, sobre las cuales no existe previsión de servicios mínimos y su emisión va a depender del seguimiento que tenga la huelga, puesto que bien podrían llevarse a cabo con el personal no huelguista³⁷».

En definitiva, el TC consideró que con su utilización como servicios mínimos esenciales³⁸ para la comunidad «se persigue, como se indica en la exposición de motivos del Real Decreto recurrido, la no interrupción del servicio de la radiodifusión sonora y de la televisión, con lo que se priva de repercusión apreciable a la huelga, sustrayéndole su virtualidad de medio de presión e inequívoca exteriorización de los efectos del paro laboral efectivamente producido por la exigencia de una apariencia de normalidad del servicio». En consecuencia, declaró que la emisión como servicios mínimos de una programación previamente grabada, dentro de los horarios habituales de difusión, lesionaba el derecho de huelga, pero no por razón de su contenido sino por razones exclusivamente temporales. Esto es, la principal razón esgrimida en este caso fue la noción de temporalidad presente en el [artículo 10.2 RDLRT](#) cuando se refiere a los servicios de «reconocida e inaplazable necesidad» y se argumentó que la información pregrabada emitida, como parte de los servicios mínimos decretados, podría perfectamente emitirse con posterioridad a la huelga por no contener la actualidad e inmediatez necesarias³⁹.

3. DEL CAMBIO DE RUMBO Y DE LOS CAMINOS DIVERGENTES DEL TS Y EL TC EN MATERIA DE ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO

Llegamos ya a pronunciamientos relativamente recientes y que mantiene vivo el debate sobre la utilización de medios técnicos por parte del empresario en situaciones de huelga para sustituir a los trabajadores huelguistas. En esta nueva ocasión, el asunto también ha de ubicarse en el sector de la radiotelevisión, si bien, más concretamente, se aborda la controversia generada por la emisión enlatada de publicidad ordinaria y de la llamada Teletienda durante la jornada de huelga entre los programas que habían sido considerados como esenciales, ingresando la cadena por esta actuación una cantidad cercana a los 6.000 euros. La [STS de 11 de junio de 2012](#) (RJ 2012, 6841) conoció este caso y terminó por adoptar una solución continuista con la línea defendida por la jurisprudencia de la Sala. Y ello pese a que en la actualidad existe un escollo añadido que no existía en la pacífica doctrina de principios del siglo XXI, como son los pronunciamientos del TC sobre la utilización de programas pregrabados y su vulneración del derecho de huelga relatados líneas atrás, que de forma razonable es alegada por la parte demandante.

En esta ocasión, el TS se aparta de la línea del TC, argumentando que mientras la controversia dirimida ante el segundo lo fue sobre el carácter esencial o no de la emisión de programación previamente «enlatada» y, por tanto, el recurso al establecimiento de servicios mínimos; en el nuevo supuesto enjuiciado por el primero, es el empresario el que, *motu proprio*, decide emitir publicidad sin utilizar personal y de manera totalmente automática. Se llega a la conclusión de que, en este asunto, no existe lesión sobre el derecho de huelga y «lo que veda la doctrina del Tribunal Constitucional mencionada es que se califique como servicio esencial y que, por tanto, pueda ser atendida por

trabajadores asignados a estos servicios (por ejemplo, en labores de control, conexión y supervisión) la gestión de una programación pregrabada que no tiene valor informativo alguno y que, sin embargo, al emitirse, creando la imagen de una continuidad del servicio, puede perjudicar los objetivos de la huelga». En este sentido, se señala que no existe ningún precepto que prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone para continuar con las emisiones durante la huelga y que la actividad, en este caso publicitaria, «podría realizarse como cualquier otra, siempre que no se asignen a ella trabajadores encargados de los servicios mínimos, es decir, si se realiza con personal no huelguista y sin utilizar personal incluido en la prohibición de sustitución del [art. 6.5](#) del Real Decreto-Ley 17/1977, o si se realiza de forma totalmente automática». En definitiva, la posición mayoritaria que sustenta el fallo de la sentencia entiende que el derecho de huelga no se lesiona si la empresa emplea para mantener la producción sus propios medios técnicos sin aplicación de trabajo humano. O, en otros términos, «la actividad podrá realizarse [...] si se realiza de forma totalmente automática».

Esta inicial postura del TS se inscribía así en el camino que ya habían trazado anteriores sentencias⁴⁰⁾ al admitir una cierta capacidad beligerante del empresario –frente a la pasividad clásica– con respeto a la huelga que le afecta, así como en una interpretación estricta de la prohibición de esquirolaje: «No se impone [al empresario] el deber o la obligación de colaboración con los huelguistas en el logro de sus propósitos» y «no hay precepto alguno que prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa, para atenuar las consecuencias de la huelga». Sin embargo, no puede obviarse que frente a esta decisión de la Sala, se plantea un voto particular (VP), en el que opta por defender la tesis contraria, es decir, la vulneración del derecho de huelga⁴¹⁾. Para ello se basa en que la [STC 183/2006](#) (RTC 2006, 183) contiene elementos que deben extrapolarse más allá del caso concreto que resuelve y, para ello, el magistrado discrepante, el Profesor Alarcón Caracuel, fundamenta su oposición, primero, en que el [art. 28.2](#) CE (derecho fundamental a la huelga) debe ser prevalente al de libertad de empresa ([art. 38](#) CE)⁴²⁾ y, segundo, el límite a un derecho fundamental no puede extraerse a través de una interpretación *sensu contrario*, es decir, basada en el hecho de que la legislación no contemple la utilización de medios técnicos como limitación al derecho de huelga. La rotundidad de estos argumentos del VP, que tan hábilmente reconduce el problema a su esencia, no permitía descartar un cambio de postura del TS sobre el particular que, en efecto, se produjo meses más tarde.

Será la [STS de 5 de diciembre de 2012](#) (RJ 2013, 1751) (r. 265/2011), que también cuenta con votos particulares discrepantes, la encargada de poner límites al esquirolaje tecnológico. Y lo hará ponderando los derechos constitucionales en juego y terminando por afirmar que el derecho de huelga se lesiona «cuando una empresa del sector de radiodifusión sonora y televisión emite programación o publicidad por medios automáticos, en el caso de que dicha actividad empresarial, aun cuando sea mediante la utilización de medios mecánicos o tecnológicos, priva materialmente a los trabajadores de su derecho fundamental, vaciando su contenido esencial de manera que no cabe el uso de las prerrogativas empresariales, aun amparadas en la libertad de empresa, para impedir la eficacia del derecho de huelga, y ello por la propia naturaleza de este derecho y también del de libertad de empresa que no incorpora a su contenido facultades de reacción frente al paro». El Tribunal alegaba que la ya referida [STC 183/2006](#) (RTC 2006, 183) contiene planteamientos expansivos y que las diferencias del supuesto de uno y otro caso son irrelevantes a efectos de discurrir sobre el fondo del asunto. Basándose en las líneas doctrinales fijadas por el TC, se llega ahora a la conclusión de que, «también se lesiona el derecho cuando la empresa –como en el presente caso– emite publicidad por medios automáticos». En este sentido, la consecución de una apariencia de normalidad acabaría

por conseguir una nula transcendencia social de la huelga. No obstante, esta postura ya había sido objeto de crítica por parte de algún sector doctrinal, que la recelaba como «una involución democrática que erosiona y desvirtúa el alcance y el sentido de este derecho fundamental⁴³⁾». Pero no se había afrontado desde el propio orden jurisdiccional.

La doctrina del Tribunal Supremo se quiebra, pues, con la antedicha [STS de 5 de diciembre de 2012](#) (RJ 2013, 1751), y ante la cual, se alzaron varios Magistrados, concentrados en dos votos particulares y con dos adheridos a cada uno de ellos (un total de 6 magistrados de la Sala)⁴⁴⁾. En el primero se razona que una interpretación fundada en el resultado ocasionado, es decir, en la apariencia de normalidad, se excede de la garantía establecida en el [art. 6.5 RDLRT](#) y para ello se acude a la propia etimología de las expresiones «sustitución» y «esquirol» para considerar que es precisamente la sustitución del trabajador huelguista llevada a cabo por una persona (bien sea de forma externa o interna) lo que veda el ordenamiento y que la actividad productiva realizada de forma automática y en la que no intervienen trabajadores no produce esta situación de reemplazo. El segundo voto particular vuelve a centrarse en la idea de que la huelga guarda relación con el trabajo humano y es la sustitución realizada por personas lo que se veda por el ordenamiento. Se asevera también que el derecho de huelga reviste un carácter instrumental y por ello debe de convivir con los demás conflictos colectivos y con las medidas que pueda tomar el empresario. En base a ello, el derecho a participar en una huelga declarada no debería de interpretarse siempre a favor de los huelguistas y situarse en contra de los demás afectados, aunque tampoco se tendría que llegar siempre a la solución contraria, debiéndose realizar una ponderación en cada caso concreto (*ad casum*). Pretende con ello criticarse la doctrina general, dictada con ánimo de perpetuidad a la que aspira la [STS de 5 de diciembre de 2012](#) (RJ 2013, 1751), que como se ha dicho, al final no termina por aplicar su doctrina al caso concreto.

4. EL NUEVO ESTADO DE LA CUESTIÓN: LA STC 17/2017

Este era aproximadamente el estado de la cuestión hasta el último pronunciamiento del TC en la [STC 17/2017, de 2 de febrero](#) (RTC 2017, 17). La intervención del TC en esta materia no era desde luego descartable sino más bien todo lo contrario, de lo más previsible. Y es que el TC se ha pronunciado sobre la prohibición de que los trabajadores de la empresa realicen durante la huelga funciones distintas a las que normalmente desempeñan ([SSTC 123/1992, de 28 de septiembre](#) (RTC 1992, 123) y [33/2011, de 28 de marzo](#) (RTC 2011, 33)) pero no sobre la utilización durante la huelga de medios técnicos de uso no habitual en la empresa.

El caso que da lugar a la decisión del TC incorpora una evidente complejidad técnica por los mecanismos que la empresa televisiva utiliza para retransmitir un partido de fútbol durante la jornada de huelga general de 2010. *Grosso modo*, el día de la huelga, a diferencia de lo que ocurre en supuestos de normalidad productiva, Telemadrid transmitió el evento deportivo utilizando un canal técnico distinto del rutinario porque este última era inoperable al estar todos los trabajadores que lo atendían en huelga. En concreto la señal se envió desde los controles centrales a un departamento distinto del habitual (grafismo en lugar de continuidad), en el que se incorporó la «mosca» de la cadena gracias a la actuación del responsable de ese departamento, usándose también para la emisión un codificador que en circunstancias normales se usa exclusivamente como reserva, pero que en el caso se debió utilizar como canal principal ante la ausencia de los trabajadores del departamento que atendía el otro codificador. En realidad, parece claro que la cadena alteró profundamente el proceso técnico de retransmisión del partido de fútbol, que fue por otra parte la única emisión que llevó a cabo la emisora durante la huelga, para poder aprovechar el trabajo de los escasos trabajadores que no secundaron el

paro. De tal modo que se usaron los medios técnicos en los sí había trabajadores (controles centrales, departamento de grafismo, comunicación con la empresa que activa los codificadores y cabina de locución, que tuvo que ser abierta por un vigilante de seguridad, seguramente ajeno a la plantilla de la empresa) y se circunvalaron aquellos otros, los habituales, en los que la huelga había tenido un seguimiento total. Es preciso advertir, además, que los trabajadores utilizados para conseguir retransmitir el partido fueron muy pocos, no parece que fueran más de cuatro (un trabajador en los controles centrales, otro en grafismo que era además el coordinador del departamento, el locutor y el que comunicó el codificador que debía utilizar la empresa que distribuye la señal). A efectos prácticos, por tanto, un paro seguido de forma masiva por los trabajadores de la empresa no impidió la retransmisión de un evento de tanta transcendencia social como un partido de la *Champions League*.

Es evidente que el alcance real de la huelga se vio reducido como consecuencia de la actuación de la empresa. Como también lo es que el supuesto que se plantea en esta ocasión no constituye un esquirolaje tecnológico estricto o, al menos, no se presenta con la pureza con la que aquel tuvo lugar en el caso del que conoció el TS. Y ello porque lo que la cadena de televisión autonómica llevó a cabo fue la preprogramación de una serie de contenidos que se emitieron el día de la huelga de forma automática sin intervención de trabajador alguno, resultando probado que el uso de trabajo humano resultó imprescindible y que el proceso técnico se alteró con el fin de poder aprovechar la escasa plantilla de no huelguistas con la que la empresa podía contar. Tal circunstancia determina que en este caso el problema no se circunscriba tan sólo al esquirolaje tecnológico, sino que, como plantea el VP, es en primera instancia sobre todo un problema de sustitución o esquirolaje interno, esto es, que las tareas dejadas sin atender por los trabajadores que se sumaron al paro fueron realizadas por otros trabajadores de la plantilla que decidieron no secundar la huelga. En realidad, «las alteraciones técnicas tuvieron por objeto permitir esta sustitución interna y no constituyeron una fórmula de automatización completa de la producción⁴⁵⁾». Sin embargo, la mayoría del TC relega esta posibilidad y lleva a cabo una aplicación selectiva de su propia doctrina, evitando aquellos pasajes de esta que hubieran determinado un entendimiento diferente del supuesto.

Con todo, advierte el TC, alejándose del criterio contrario mantenido por el Ministerio Fiscal, que no es posible considerar opuesto al derecho de huelga el uso de los medios técnicos realizado por la empresa y ello porque no solo no hay precepto alguno que, durante el ejercicio del derecho de huelga, prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa para mantener su actividad, ni que le imponga una conducta de colaboración en la huelga; sino, principalmente porque la utilización de medios ya existentes en la empresa es compatible con el derecho de huelga y no puede extenderse, por vía analógica, a este supuesto la prohibición prevista en el [art. 6.5 RDLRT](#), que se refiere al empleo de los recursos humanos en la empresa, pero no a la utilización de sus recursos materiales y tecnológicos. De esta forma, el TC encuadra la huelga en el marco de un discurso de igualdad de armas, en el marco del cual la libertad del empresario queda restringida por el ejercicio del derecho de huelga, como no puede ser de otro modo, pero incorporando ahora una cierta permisividad respecto de la capacidad beligerante del empresario con respeto al conflicto que le afecta, todo ello combinado con una interpretación estricta de la prohibición de esquirolaje: «No se impone [al empresario] el deber o la obligación de colaboración con los huelguistas en el logro de sus propósitos» y «no hay precepto alguno que prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa, para atenuar las consecuencias de la huelga⁴⁶⁾».

La ¿nueva? doctrina del TC, concluye que «la efectividad del ejercicio del derecho de huelga no demanda del empresario una conducta dirigida a no utilizar los medios técnicos

con los que cuenta en la empresa o a abstenerse de realizar una actividad productiva que pueda comprometer el logro de los objetivos de la huelga, al igual que no obliga a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la protesta». Cualquiera que conozca la realidad laboral y tenga una mínima cultura de respeto a los derechos fundamentales – como es el caso de los firmantes del voto particular a la referida sentencia D. Fernando Valdés, Dña. Adela Asua y D. Juan Antonio Xiol⁴⁷–, no puede quedar indiferente ante esta nueva doctrina, que en realidad nos devuelve a algo ya conocido, incluso rancio, esto es, la ventaja tecnológica como medio empresarial de desactivación de los medios de protesta de los trabajadores. Y es que, a partir de esta sentencia, bastará que el día antes de la huelga se lleven a cabo las medidas necesarias para asegurar la continuidad de la actividad empresarial, o que se empleen medios empresariales tecnológicos ya existentes para desactivar la huelga, como sería el caso de la «publicidad pregrabada», y que venía siendo prohibida por la doctrina del TS. En suma, una interpretación en la que el ámbito de la empresa parece convertirse en un contexto de desprotección de los derechos fundamentales de los trabajadores frente al empleo por el empresario de las TICs y que, precisamente por su conexión con el futuro del trabajo y en un contexto de revolución tecnológica como el que vivimos conviene analizar hondamente para visibilizar problemas y proponer interpretaciones acordes tanto con el marco normativo específico – deficiente y obsoleto– como con el marco constitucional.

Lo que parece obvio es que ni la libertad de empresa ni el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo pueden servir de asideros en los que incorporar la capacidad técnica del empresario de reaccionar frente a la huelga. Por lo que a la libertad de empresa se refiere, y dejando de lado el argumento de la prevalencia del derecho de huelga frente a la libertad de empresa por razones de ubicación constitucional, la doctrina ha advertido que si «el derecho de huelga consiste esencialmente en el derecho de los trabajadores a la abstención temporal del trabajo, esto es, a suspender sus contratos de trabajo, limitando así la libertad de sus empresarios, es claro que a su ejercicio no pueden oponerse derechos constitucionales del empresario que neutralicen los efectos de aquel derecho, sean “fundamentales” o “cívicos” (o infraconstitucionales)». En este contexto, el contenido esencial del derecho de huelga no incorpora solamente la posibilidad de incumplir transitoriamente el contrato de trabajo, sino que también incluye el derecho a limitar la libertad del empresario (🔴 [STC 11/1981](#) (RTC 1981, 11), FJ 10), de forma que no cabe el uso de las prerrogativas empresariales, aun amparadas en la libertad de empresa, para impedir la eficacia del derecho de huelga y ello por la propia naturaleza de este derecho y también del de libertad de empresa que no incorpora a su contenido «facultades reaccionales» frente al paro. Se trata de incorporar al contenido esencial del derecho de huelga la preservación de su eficacia para interrumpir la actividad productiva. Así «el derecho de huelga no se identifica sin más con el nudo cese en el trabajo», sino que nuestra CE le reconoce en atención a sus fines, y como parte integrante del contenido esencial, la capacidad de limitar las facultades empresariales «en aras de garantizar el necesario perjuicio al empresario que se considera condición de eficacia de la medida de presión».

Pero tampoco podría el genérico derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo (🔴 [art. 37.2](#) CE) dar amparo a estas conductas empresariales de reacción técnica frente al paro. A las medidas empresariales dirigidas a contrarrestar los efectos de la huelga le serían aplicables los límites previstos para el cierre patronal, que es la medida de conflicto empresarial sobre la que más se han pronunciado la doctrina y la jurisprudencia, alcanzando, en apretada síntesis, la conclusión de que sólo es posible como instrumento defensivo de protección, pero, en ningún caso, como fórmula para vaciar de contenido o impedir la huelga. De este modo dentro de las medidas empresariales de conflicto colectivo no se incorpora en ningún caso la posibilidad de atenuar las consecuencias de la

huelga.

Sin embargo, en nada de esto se detiene el TC. Lejos de proceder a una oportuna delimitación de los derechos involucrados en caso de esquirolaje tecnológico, lo cierto es que el Alto Tribunal se contenta con ofrecer argumentos que se inscriben más en la óptica de la legalidad ordinaria (ausencia de un precepto que impida al empresario usar su infraestructura técnica, sin reparar en cómo decisiones anteriores del TC censuran expresamente esta fórmula interpretativa) que en la interpretación constitucional de los derechos controvertidos. Como se ha dicho «de nuevo la voz más autorizada para sentar doctrina en materia de derechos fundamentales aparece dividida [por los votos particulares con que cuenta], pudiendo dar la sensación de que el alcance de los derechos y libertades básicos es algo lábil y contingente, que puede quedar al albur de factores seguramente ajenos al razonamiento jurídico y a la propia dogmática constitucional⁴⁸⁾».

El resultado de todo ello es que «esta jurisprudencia da pie al uso abusivo de maquinaria y también de la informática para evitar el ejercicio del derecho de huelga. Es cierto que no es esquirolaje ni interno ni externo (únicos expresamente prohibidos), pero el Tribunal Constitucional bien podría haber recurrido a algún otro argumento que no fuera el de la falta de prohibición expresa en el RDLRT. Ha actuado aquí el Tribunal más como un juez ordinario que como el supremo juez protector de los derechos fundamentales. No hay duda de que se produjo esquirolaje tecnológico y muy posiblemente interno, pues el trabajador que introdujo la “mosca” no lo hacía habitualmente⁴⁹⁾». No es de extrañar entonces, como ya hemos sugerido, que se conforme con trasladar al terreno de la interpretación constitucional las antiguas posturas que al respecto mantenía el más elevado intérprete de la legalidad ordinaria, el TS, sin, por cierto, ni siquiera citar la posición actual de la Sala de lo Social (a diferencia de lo que hace el Ministerio Fiscal que sí trae a colación la doctrina del TS). De este modo, se coloca a la huelga, como ha hecho notar la doctrina más especializada, en un plano de legalidad referida exclusivamente a la relación contractual, sin que entre la función del derecho se admita alterar la asimetría de poder que establece la normalidad laboral regida por un principio de subordinación. No se trata de conciliar libertad de empresa y derecho de huelga, dando primacía a la libertad de empresa, sino más bien de anular la función constitucional –relacionada con la igualdad sustancial del  9.2 CE– y confinarlo en el puro plano contractual, como una facultad conferida por el legislador de suspender el contrato.

En definitiva, sin grandes esfuerzos interpretativos y con amplia desconsideración del papel constitucional de la huelga, el TC despacha el asunto mediante una casi completa admisión del proceder técnico empresarial como vía para reducir los efectos de la huelga sin entrar a valorar lo que debería ser el núcleo mollar: la capacidad del empresario para desactivar o minimizar los efectos de la huelga. Según éste, tan sólo cabría dudar de la constitucionalidad del uso de medios técnicos cuando estos fueran «adquiridos expresamente para hacer frente a los efectos de la huelga». Salvedad que impediría alterar, mediante su adquisición *ex novo*, las capacidades técnicas de la empresa para mantener la producción durante una huelga en curso, pero que no parece impedir que esas mejoras sirvan para enfrentar futuros conflictos. O, en otras palabras, «la resurrección, en suma y de la mano del viraje conservador del TC, de lo que la doctrina ha denominado “la intangibilidad de la disposición técnica del proceso de producción por parte del empresario”, sólo encontraría alguna reserva en el caso de la adquisición *ex novo* de mecanismos técnicos para enfrentar una huelga en curso⁵⁰⁾».

IV. ALGUNAS CONCLUSIONES FINALES

No es a estas alturas posible ignorar el vuelco que las posiciones del TC han dado en lo atinente a la interpretación de los derechos constitucionales de los trabajadores, también

desde luego, en materia de autonomía colectiva. Ya había advertido sin ambages el VP formulado con ocasión de la [STC 39/2016 \(de 3 de marzo\)](#) (RTC 2016, 39)), rubricado por el profesor VALDÉS⁵¹), que la doctrina más reciente del TC «se sitúa en esa senda, (...) preocupante, de retroceso en la protección de los derechos fundamentales de las personas que prestan un trabajo asalariado (...). Una senda que revela una orientación que tiende a vaciar de contenido sustantivo un modelo constitucional de relaciones laborales acorde con el Estado social y democrático de Derecho ([art. 1.1](#) CE)». Este sendero vuelve a resultar evidenciado en la última sentencia referida y así lo vuelve a poner de manifiesto el VP del mismo magistrado, pero ahora en la [STC 17/2017](#) (RTC 2017, 17), que a la misma se incorpora: «la repetida confirmación de interpretaciones que eligen la reducción progresiva de la tutela que el contratante débil en la relación laboral precisa de la norma fundamental». Es como si el TC estuviera «más interesado [en esta última etapa] en abrir espacios para el ejercicio incondicionado de los poderes empresariales, incluso cuando inciden sobre derechos garantizados por la Constitución⁵²». O, como también se ha señalado, «el Tribunal Constitucional da una respuesta del siglo XIX a un problema del siglo XXI, no muy sensible a la nueva perspectiva que tiene el ejercicio de los derechos fundamentales ante el avance imparable y despiadado de las nuevas tecnologías⁵³».

Y es que, acabando como empezamos, la huelga es un instrumento de conflicto colectivo que, elevado a rango de derecho fundamental, se convierte en un instrumento transformador de la situación económica, social y cultural de los trabajadores. Y, en este sentido, las últimas decisiones del TC sobre elementos capitales de la autonomía colectiva como el derecho de huelga no salen bien parados frente a la clara apuesta por exaltar la libertad de empresa en demérito de los derechos sindicales y laborales en general. No constituye, por tanto, una sorpresa que «la posición del TC sobre el esquirolaje tecnológico se sitúe en una perspectiva limitativa del contenido que surge del [art. 28.2](#) CE y suponga un retroceso respecto de las posiciones que sobre el particular venía estableciendo la propia Sala de lo Social del TS⁵⁴». En suma, en los últimos años y en su último pronunciamiento sobre esquirolaje especialmente, la labor del supremo intérprete de nuestra Constitución «parece haber mudado de orientación o verse influida por preocupaciones distintas, puesto que este, sin atreverse a abjurar de forma explícita de sus tesis iniciales, seguramente debido a su arraigo y solvencia, viene adoptando puntos de vista que las rectifican, incluso sustancialmente, en la práctica⁵⁵». En este sentido hay voces legitimadas que apuntan que «quizá no hubiera estado de más tener en cuenta datos del contexto (...) una valoración del contexto que sí llevan a cabo, en cambio, [en otras] sentencias (...) [echando] en falta un mayor esfuerzo de contraste de un acontecimiento con el alcance y sentido del propio derecho fundamental concernido».

En definitiva, «el modelo legal de huelga en nuestro país es susceptible de acabar produciendo interpretaciones, como sucede con la prohibición de esquirolaje, que están ancladas en un modelo productivo pretérito y, lo que es peor, que desafían la eficacia actual del derecho de huelga por lo que a sus repercusiones en la continuidad de la producción se refiere⁵⁶». Lo que ha intentado demostrarse en estas páginas es que el camino recorrido no es que haya demostrado ser insuficiente para resolver los nuevos problemas que plantea la nueva realidad y que seguirá planteando, sino que, más bien, ha sido sinuoso, tortuoso y escarpado, vistos los vaivenes judiciales analizados. Y que lejos de instalarnos en ese conformismo autocomplaciente que tanto gusta a los falsos optimistas, ha de servirnos de acicate para perseverar en la senda de incorporar, si no nuevas regulaciones –avistadas las dificultades y peligros en el horizonte político–, cuanto menos nuevas interpretaciones al albur de las situaciones emergentes siempre en un contexto de respecto de los derechos fundamentales que reconoce nuestro contemporáneo Estado Social y Democrático de Derecho.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALZAGA RUIZ, I., «La sustitución interna de los trabajadores huelguistas: un supuesto de vulneración del derecho de huelga», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º 4011, 2002.

BAYLOS GRAU, A., «Huelga y conflicto en una nueva transición constituyente», *Gaceta Sindical*, n.º 23, 2014.

– «Pérdida de la función y eficacia de la huelga, especialmente en los sectores de la información y de la telecomunicación. A propósito de las consecuencias de la huelga general de 20 de junio de 2002», *Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, n.º 5, 2004.

CASAS BAAMONDE, M.^a E., «Derecho de huelga y Constitución: ¿nuevas perspectivas?», *Revista Relaciones laborales*, 1994.

DE VAL TENA A. L., «[La prohibición legal de sustituir a los trabajadores huelguistas: sobre un posible comportamiento empresarial contrario al derecho de huelga](#)», *Aranzadi Social*, núm. 5214, 2001.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., y MERCADER UGUINA, J.R., «Los límites de la sustitución virtual de trabajadores y del recurso a procesos de descentralización durante la huelga en la doctrina reciente del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo», *Revista de Información Laboral*, n.º 6, 2017.

GOERLICH PESET, J.M., *Los efectos de la huelga*, Tirant lo Blanch, 1994.

GORDO GONZÁLEZ, L., «El contenido esencial del derecho de huelga: prohibición del esquirolaje interno», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º 20, 2012.

LÓPEZ LLUCH, M.^a I. «[El derecho de huelga: nueva doctrina sobre el “esquirolaje tecnológico” en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de diciembre de 2012](#)», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º 5, 2013.

LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, R., «Significativos y cercanos pronunciamientos sobre la huelga», *Revista Española de Derecho de Trabajo*, n.º 164, 2014.

MARTÍNEZ MORENO, C., «El ser o no ser de la huelga, el fútbol y el esquirolaje. A propósito de la [STC 17/2017, de 2 de febrero](#) (RTC 2017, 17), caso Telemadrid», *Derecho de las relaciones laborales*, n.º 9, 2017.

MOLINA NAVARRETE, C., «Despido colectivo y derecho de huelga: la invención judicial del “esquirolaje interno indirecto” [diálogo con la [Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de abril de 2015](#) (RJ 2015, 1249), rec. Núm. 354/2014 (Grupo Coca-Cola)]», *Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, CEF, n.º 388, 2015.

PÉREZ REY, J., «El esquirolaje tecnológico: un importante cambio de rumbo de la doctrina del Tribunal Supremo (STS de 5 de diciembre de 2012)», *Revista Derecho Social*, n.º 61, 2013.

– «El Tribunal Constitucional ante el esquirolaje tecnológico (o que la huelga no impida ver el fútbol)», *Revista Derecho Social*, n.º 77, 2017

–«Tertulias, reportajes y esquirolaje tecnológico en la huelga general (a propósito de la STS de 11 de junio de 2012)», *RDS*, n.º 59, 2012.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, 2015.

SALA FRANCO, T., y ALBIOL MONTESINOS, I., *Derecho Sindical*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

SALA FRANCO, T., *Derecho Sindical*, Tirant lo Blanch, 2017.

SANGUINETI RAYMOND, W., «¿El derecho de huelga en entredicho?», *Revista Trabajo y Derecho*, n.º 28, 2017.

SANGUINETI RAYMOND, W., «La tutela sustancial del derecho de huelga en las estructuras empresariales complejas», *Revista de Derecho Social*, n.º 74, abril/2016, p. 11.

SANZ PÉREZ, A.L., «El poco conocido caso de las máquinas que impidieron hacer huelga», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 8, 2017.

TALENS VISCONTI, E.E., «[Esquirolaje tecnológico: interrogantes abiertos](#)», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º 5, 2013.

TODOLI SIGNES, A., «El esquirolaje tecnológico como método de defensa ante una huelga (1)», *Revista Actualidad Laboral*, n.º 7-8, 2014. Del mismo autor, «Acerca del esquirolaje tecnológico», en *VVAA: Jurisprudencia Social a debate*, Tirant lo Blanch, 2015.

TOSCANI GIMÉNEZ, D., «La prohibición de esquirolaje durante la huelga con especial mención al esquirolaje tecnológico», *Revista Trabajo y Derecho*, n.º 30, 2017.

VALDÉS DAL-RÉ, F., «Sobre la fundamentación de las limitaciones del derecho de huelga en los servicios esenciales de la comunidad», *Revista Relaciones Laborales*, 1998.

VIDAL, P., «Puede la tecnología suplir a los trabajadores huelguistas», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 928, 2017.

NOTAS AL PIE DE PÁGINA

1

SALA FRANCO, T., *Derecho Sindical*, Tirant lo Blanch, 2017, p. 305.

2

BAYLOS GRAU, A., «Huelga y conflicto en una nueva transición constituyente », *Gaceta Sindical*, n.º 23, 2014, p. 287.

3

Pero también lo es político-democrático, en tanto en cuanto se le reconoce constitucionalmente como instrumento para transformar la situación económica, social y cultural de los trabajadores

en cuanto tales en un proyecto igualitario, que exige en su funcionamiento concreto impedir y restringir las prerrogativas ordinarias y extraordinarias del poder empresarial, derivadas del respeto a la libre empresa. BAYLOS GRAU, A., «Huelga y conflicto en una nueva transición constituyente», *Gaceta Sindical*, n.º 23, 2014, p. 287.

4

Es de justicia reconocer que hubo un intento de Proyecto de Ley Orgánica de Huelga presentado el 22 de mayo de 1992 que, finalmente, no vio la luz debido a la caducidad de su tramitación al convocarse elecciones generales.

5

BAYLOS GRAU, A., «Huelga y conflicto en una nueva transición constituyente», *op. cit.*, p. 286.

6

PÉREZ REY, J., «Tertulias, reportajes y esquirolaje tecnológico en la huelga general (a propósito de la STS de 11 de junio de 2012)», *RDS*, n.º 59, 2012, p. 198.

7

LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, R., «Significativos y cercanos pronunciamientos sobre la huelga»,  [Revista Española de Derecho de Trabajo](#), n.º 164, 2014, p. 1 de la versión electrónica.

8

BAYLOS GRAU, A., «Huelga y conflicto en una nueva transición constituyente», *op. cit.*, p. 286.

9

LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, R.,  [Significativos y cercanos pronunciamientos sobre la huelga](#), *op. cit.*, p. 2 de la versión electrónica.

10

PÉREZ REY, J., «El esquirolaje tecnológico: un importante cambio de rumbo de la doctrina del Tribunal Supremo (STS de 5 de diciembre de 2012)», *Revista Derecho Social*, n.º 61, 2013, p. 164.

11

SANGUINETI RAYMOND, W., «La tutela sustancial del derecho de huelga en las estructuras empresariales complejas», *Revista de Derecho Social*, n.º 74, 2016, p. 11.

12

Idem, p. 12.

13

PÉREZ REY, I., «El Tribunal Constitucional ante el esquirolaje tecnológico (o que la huelga no impida ver el fútbol)», *Revista Derecho Social*, n.º 77, 2017, pp. 152-153.

14

MOLINA NAVARRETE, C., «Despido colectivo y derecho de huelga: la invención judicial del “esquirolaje interno indirecto” [diálogo con la  [Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de abril de 2015](#) (RJ 2015, 1249), rec. Núm. 354/2014 (Grupo Coca-Cola)]», *Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, CEF, n.º 388, 2015, p. 190

15

PÉREZ REY, I., «El Tribunal Constitucional ante el esquirolaje tecnológico...», *op. cit.*, pp. 152-153.

16

Expresión peyorativa nacida para aludir al trabajador externo a la empresa que se presta a realizar el trabajo abandonado por un huelguista, si bien también se utiliza indistintamente para referirse al que no se adhiere a una huelga en clara referencia al personal propio, según la RAE. Sobre el origen de este término y sus homónimos en Italia (*crumiro*) y Francia (*jaune*), *vid.* SANTANA GÓMEZ, A., *El régimen jurídico de los trabajadores no-huelguistas*, Civitas, 1993, pp. 30 y ss. Solo destacar ahora la nota de traición a la colectividad que entraña el término y que lleva a calificarlo como «rompeshuelgas» en algunos países de tradicional anglosajona (*breaking-strike*). En el sentir popular se ha extendido la consideración según la cual dicho termino encuentra su origen ontológico en el siguiente relato: «Manlleu ha jugado un gran papel en la historia de la lucha social catalana. Una de las primeras huelgas de Cataluña tuvo lugar en el pueblo, en la época de mi padre. Para sustituir a los huelguistas, los patrones hicieron lo posible para que entraran a las fábricas los obreros de los pueblos colindantes. Uno de los pueblos que dio mayor contingente fue l'Esquirol, como es llamado popularmente Santa María de Corcó. Estos obreros de l'Esquirol fueron llamados esquiroles y esta palabra fue aceptada en la terminología social de todo el mundo para significar el fenómeno. Esto puede dar una idea de la impresión que en todas

partes hizo la solución de aquella huelga», en LUJÁN, N., «Boicot y esquirolaje», en *Cuento de cuentos. Origen y aventura de ciertas palabras y frases proverbiales*, Ediciones Folio, 1994, p. 31.

17

LÓPEZ LLUCH, M.^a I. «[El derecho de huelga: nueva doctrina sobre el “esquirolaje tecnológico” en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de diciembre de 2012](#)», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º 5, 2013, p. 1 de la versión electrónica.

18

PÉREZ REY, J., «El Tribunal Constitucional ante el esquirolaje tecnológico...», *op. cit*, p. 163.

19

SANGUINETI RAYMOND, W., «Esquirolaje», documento TOL4.124.963 en www.tirantonline.com.

20

El concepto Industria 4.0, también señalado como cuarta revolución industrial, Industria inteligenteo Ciberindustria del futuro, corresponde a una nueva manera de organizar los [medios de producción](#). El objetivo que pretende alcanzarse es la puesta en marcha de un gran número de «fábricas inteligentes» (*Smart factories*) capaces de una mayor adaptabilidad a las necesidades y a los procesos de producción, así como a una asignación más eficiente de los recursos, abriendo así la vía a una nueva [revolución industrial](#) o Cuarta revolución industrial.

21

LÓPEZ LLUCH, M.^a I. «[El derecho de huelga: nueva doctrina sobre el “esquirolaje tecnológico” en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de diciembre de 2012](#)», *op. cit*., p. 1 de la versión electrónica.

22

Siguiendo a TODOLI SIGNES, A., «El esquirolaje tecnológico como método de defensa ante una huelga (1)», revista *Actualidad Laboral*, n.º 7-8, 2014, pp. 4-5 de la versión electrónica. Del mismo autor, «Acerca del esquirolaje tecnológico», en *VVAA: Jurisprudencia Social a debate*, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 103 y ss.

23

STSJ de Madrid, de 16 de noviembre de 1992, comentada en IGLESIAS CABERO, M., «Efectos del ejercicio del derecho de huelga» , en VVAA : *El nuevo régimen jurídico de la huelga y el cierre patronal* , CGPJ, 1993.

24

SALA FRANCO, T., y ALBIOL MONTESINOS, I., *Derecho Sindical* , Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 482.

25

STC 123/1992, de 28 de marzo y STS de 5 de diciembre de 2012 (R. 9176/2012).

26

DE VAL TENA A. L., «[La prohibición legal de sustituir a los trabajadores huelguistas: sobre un posible comportamiento empresarial contrario al derecho de huelga](#)», *Aranzadi Social*, n.º 5214, 2001, p. 2 de la versión electrónica.

27

TODOLI SIGNES, A., «El esquirolaje tecnológico como método de defensa ante una huelga (1)», *op. cit.*, p. 6 de la versión electrónica.

28

PÉREZ REY, I., «El Tribunal Constitucional ante el esquirolaje tecnológico...», *op. cit.* , p. 153.

29

A excepción de algún caso aislado como el dirimido en la [STS de 16 de marzo de 1998](#) (RJ 1998, 2993) (r. 1884, 1997) en un supuesto de desvío de la señal a una unidad móvil para retransmitir un partido de fútbol durante la huelga.

30

TALENS VISCONTI, E.E., «[Esquirolaje tecnológico: interrogantes abiertos](#)», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º 5, 2013, p. 3 de la versión electrónica.

31

Idem .

32

Así, por ejemplo, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su [sentencia de 9 de enero de 2003](#) (AS 2003, 445) llegó a la misma conclusión que el Tribunal Supremo. Basó su fundamentación en la legitimidad de que el empresario puede hacer uso de sus propios servicios y en especial los servicios mínimos, para mantener en la medida de lo posible el proceso productivo. Dice el Sentencia que la «importante mecanización de la emisión de programas grabados permite emitir publicidad, sin que esto implique hacer uso de personal distinto del adscrito a servicios mínimos, o bien, puede realizarse con el que no participa en la huelga, la conducta empresarial no contraviene el derecho que el [artículo 28](#) de la Constitución consagra».

33

Esta misma doctrina fue acogida por el [Tribunal Supremo \(Sala de lo Contencioso-Administrativo\) de 24 de julio de 2007](#) (RJ 2007, 6909) y las [SSTS de 27 de junio de 2009](#) (RJ 2009, 6834) o de [24 de febrero de 2010](#) (RJ 2010, 2377).

34

La [STC 26/1981, de 17 de julio](#) (RTC 1981, 26), propuso dos formas para denotar la esencialidad de un servicio. Según la primera, «en la definición de los servicios esenciales estarían el carácter necesario de las prestaciones y su conexión con atenciones vitales». En virtud de la segunda, para que el servicio sea esencial deben ser esenciales los bienes e intereses satisfechos. Y es que así, «como bienes e intereses hay que considerar los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos».

35

VALDÉS DAL-RÉ, F., «Sobre la fundamentación de las limitaciones del derecho de huelga en los servicios esenciales de la comunidad», *Relaciones Laborales*, 1998, p.10.

36

Así lo establece el [Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de junio de 2012](#) (RJ 2012, 6841), que termina no acogiendo la entrevista y tertulia de un programa matinal no porque no los considere información estricta, sino todo lo contrario, sino porque no quedó acreditada su necesidad en la

Orden que fijó los servicios mínimos.

37

TALENS VISCONTI, E.E., «[Esquirolaje tecnológico: interrogantes abiertos](#)», *op. cit.*, p. 5 de la versión electrónica.

38

[Art. 3](#) del [RD 531/2002, de 14 de junio](#), por el que se establecen las normas para garantizar el funcionamiento de los servicios mínimos esenciales en el ámbito de la gestión indirecta de los servicios públicos esenciales de radiodifusión sonora y de televisión, bajo competencia del Estado, dice: «A los efectos previstos en el artículo anterior, se consideran servicios esenciales los siguientes: a. La emisión, dentro de los horarios habituales de difusión, de una programación previamente grabada. b. La producción y emisión de la normal programación informativa. c. La programación y difusión de los comunicados y declaraciones oficiales de interés general a que se refieren el [artículo 16](#) de la Ley 10/1988, de Televisión Privada y el apartado 3 de la [disposición adicional sexta](#) de la [Ley 31/1987](#), de Ordenación de las Telecomunicaciones». Los apartados a) y b) fueron suprimidos por el Tribunal Constitucional en [Sentencias 183/2006](#) (RTC 2006, 183) y [191/2006](#) (RTC 2006, 191), ambas de 19 de junio, por considerarlos contrarios al derecho de huelga.

39

Dice el [art. 10](#) RDLRT que «cuando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurren circunstancias de especial gravedad, la autoridad gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios. El Gobierno, asimismo, podrá adoptar a tales fines las medidas de intervención adecuadas».

40

Como la [STS de 4 de julio de 2000](#) (RJ 2000, 6289) (r. 75/2000)

41

Voto Particular formulado por el Excmo. Sr. D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel.

42

CASAS BAAMONDE, M.^a E., «Derecho de huelga y Constitución: ¿nuevas perspectivas?», *Relaciones laborales*, 1994, p. 49. Opina la autora que al ejercicio del derecho de huelga «no pueden oponerse derechos constitucionales del empresario que neutralicen los efectos de aquel derecho, sean “fundamentales” o “cívicos” (o infraconstitucionales). Ni el derecho de empresarial de adopción de medidas de conflicto colectivo ni el de libertad de empresa amparan tales facultades reaccionales de sus titulares». En idéntico sentido, «no se trata de que un derecho prime sobre otro, sino de que la huelga incorpora a su contenido la capacidad de incidir restrictivamente en las facultades empresariales y que, a su vez, la libertad de empresa no ampara la capacidad del empresario de reaccionar contra el ejercicio de un derecho fundamental, en este caso el previsto en el [art. 28.2 CE](#)», en PÉREZ REY, J., «El esquirolaje tecnológico: un importante cambio de rumbo de la doctrina del Tribunal Supremo...», *op. cit.*, p. 172.

43

BAYLOS GRAU, A., «Pérdida de la función y eficacia de la huelga, especialmente en los sectores de la información y de la telecomunicación. A propósito de las consecuencias de la huelga general de 20 de junio de 2002», *Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, n.º 5, 2004, p. 2.

44

El primero, y de forma predecible lo formula el magistrado Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete, quien fue ponente de la [STS de 11 de junio de 2012](#) (RJ 2012, 6841), al que se adhieren la Excmo. Sra. D.^a María Milagros Calvo Ibarlueca y el Excmo. Sr. D. José Luís Gilolmo López. El segundo voto particular lo formula el Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde, al que se unen el Excmo. Sr. D. José Manuel López García de la Serrana y el Excmo. Sr. D. Jesús Souto Prieto.

45

Idem , p. 160.

46

Estas afirmaciones, por ejemplo, en la [STS 4 de julio de 2000](#) (RJ 2000, 6289), rec. 75/2000, cuyo paralelismo con la doctrina que ahora sienta el TC es más que evidente. Se trata, además, de una fórmula de razonar que el propio TC ha censurado en anteriores ocasiones y muy especialmente en la [STC 123/1992](#) (RTC 1992, 123): no cabe interpretar a sensu contrario la prohibición legal de esquirolaje para entender que lo que ésta no prohíbe expresamente queda permitido.

47

De hecho, como se ha dicho, «empezamos a acostumbrarnos de forma harto peligrosa a que los

pronunciamientos sobre asuntos de la máxima trascendencia de nuestros supremos órganos jurisdiccional y constitucional se acompañen de votos particulares, en ocasiones de tanta o mayor repercusión para el abordaje del problema de que se trate que el corpus principal de la resolución, ofreciendo un panorama de inseguridad e incertidumbre nada aconsejable e impropio de un Estado de Derecho con un correcto funcionamiento institucional», en MARTÍNEZ MORENO, C., «El ser o no ser de la huelga, el fútbol y el esquirolaje. A propósito de la [STC 17/2017, de 2 de febrero](#) (RTC 2017, 17), caso Telemadrid», *Derecho de las relaciones laborales*, n.º 9, 2017, p. 2 de la versión electrónica (EDC 2017/511655).

48

MARTÍNEZ MORENO, C., «El ser o no ser de la huelga, el fútbol y el esquirolaje. A propósito de la STC 17/2017, de 2 de febrero, caso Telemadrid» , *op. cit .* , p. 2 de la versión electrónica (EDC 2017/511655).

49

SANZ PÉREZ, A.L., «[El poco conocido caso de las máquinas que impidieron hacer huelga](#)», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 8, 2017, p. 7 de la versión electrónica.

50

PÉREZ REY, J., «El Tribunal Constitucional ante el esquirolaje tecnológico...», *op. cit .* , p. 161.

51

Al que se adhieren la Magistrada doña Adela Asua Batarrita y el Magistrado Juan Antonio Xiol Ríos.

52

SANGUINETI RAYMOND, W., «¿El derecho de huelga en entredicho?», *Revista Trabajo y Derecho* , n.º 28, 2017, p. 13.

53

SANZ PÉREZ, A.L., «[El poco conocido caso de las máquinas que impidieron hacer huelga](#)», *op. cit .* , p. 7 de la versión electrónica.

54

PÉREZ REY, J., «El Tribunal Constitucional ante el esquirolaje tecnológico...», *op. cit.* , p. 157.

55

SANGUINETI RAYMOND, W., «¿El derecho de huelga en entredicho?», *op. cit.* , p. 13.

56

PÉREZ REY, J., «Tertulias, reportajes y esquirolaje tecnológico en la huelga general...», *op. cit.* , p. 197.