



Universidad de Valladolid

FACULTAD DE CIENCIAS EMPRESARIALES Y DEL TRABAJO DE
SORIA

Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos

TRABAJO FIN DE GRADO

**Límites del derecho de huelga. El caso del
esquirolaje tecnológico.**

Presentado por Patricia Fernández Ibeas

Tutelado por: Graciela López de la Fuente

Soria, enero de 2018.

CET

FACULTAD de CIENCIAS EMPRESARIALES y del TRABAJO de SORIA

RESUMEN

El presente trabajo trata sobre el «esquirolaje», un término que alude a la sustitución de trabajadores huelguistas por parte del empresario sea mediante la contratación de personal, a través de trabajadores de la propia empresa o bien mediante la utilización de medios técnicos.

Esta práctica se encuadra en el Real Decreto Ley 17/1977, dentro de la regulación del derecho fundamental de huelga. Dicha normativa está tan poco adaptada al presente que trae consigo multitud de problemas interpretativos, generadores de debate y controversia entre los Tribunales, además de generar malestar social.

Se pretende ahondar en el esquirolaje tecnológico, por ser la tipología más novedosa, actual y polémica, ya que no hay normativa que la regule y apenas existe jurisprudencia consolidada al respecto.

Para llevar a cabo este estudio será necesario conocer cómo se regula la huelga en nuestro país. Se tratará la sustitución de trabajadores huelguistas a través de sus distintas modalidades y se analizará la evolución jurisprudencial del esquirolaje tecnológico. A continuación, se comentará la última sentencia que ha dictado el Tribunal Constitucional respecto a la utilización de medios técnicos en situaciones de huelga. Esta sentencia goza de una gran relevancia, ya que da un giro de 180 grados a la jurisprudencia establecida con anterioridad.

Finalmente, se extraerán una serie de conclusiones y recomendaciones.

Palabras clave: Huelga, derecho fundamental, esquirolaje, jurisprudencia, medios técnicos.

ÍNDICE

Introducción	9
--------------------	---

CAPÍTULO I MARCO NORMATIVO DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE HUELGA.

1.1 Concepto de huelga y fundamento jurídico.....	15
1.2 Clasificación y modalidades de la huelga.....	16
1.2.1. Según las causas que las motivan	16
1.2.2. Según la forma de ejecución	16
1.2.3. Según su consideración jurídica.....	17
1.3. Régimen jurídico de la huelga.....	19
1.3.1 Primera fase: Preparación de la huelga.....	19
1.3.2. Segunda fase: Negociación colectiva.....	20
1.3.3. Tercera fase: Finalización de la huelga.....	21
1.4. Mecanismos de protección del derecho esencial de huelga	21
1.4.1. Garantía constitucional del derecho de huelga	21
1.4.2. Mecanismos de tutela del derecho de huelga	23
1.5. Los efectos de la huelga en los trabajadores.....	25
1.5.1. Efectos de la huelga para los trabajadores huelguistas.....	25
1.5.2. Efectos sobre los trabajadores no huelguistas	27

CAPÍTULO II EL ESQUIROLAJE. LÍMITES DE LA PROHIBICIÓN LEGAL.

2.1 Concepto de esquirolaje	31
2.2 Límites de la prohibición legal del esquirolaje.....	32
2.2.1 Huelga ilegal.....	32
2.2.2 Huelga y servicios esenciales.....	33
2.2.2.1 Movilidad funcional	35
2.2.3 Huelga y servicios de seguridad y mantenimiento	35
2.2.2 Huelga y servicios esenciales.....	20

CAPÍTULO III
MODALIDADES DE ESQUIROLAJE.
PRÁCTICAS ABUSIVAS.

3.1 El esquirolaje externo.....	41
3.1.1 Nuevas contrataciones.....	41
3.1.2 Subcontratación.....	43
3.2 El esquirolaje interno.....	44
3.2.2 Movilidad funcional	47
3.2.2 Movilidad geográfica	50
3.2.2 Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.....	52

CAPÍTULO IV
LA PARTICULARIDAD DEL
ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO.

4.1 Concepto de esquirolaje tecnológico	57
4.2 Evolución jurisprudencial	58
4.2.1. Primera etapa (1999-2006).....	58
4.2.2. Segunda etapa (2006-2012).....	60
4.2.3. Tercera etapa (2012-actualidad).....	62
4.3 Análisis del último pronunciamiento del TC sobre la materia (STC 17/2017).....	64
4.3.1 Hechos probados	64
4.3.2 Fundamentos de derecho.....	65
4.3.3 Fallo.....	67
4.3.4 Síntesis del voto particular formulado por Valdés Dal-Ré.....	68
Conclusiones	71
Índice de abreviaturas	77
Bibliografía	83
Anexos	85



Introducción

La tecnología ha revolucionado todos los ámbitos de nuestras vidas, incluido el de las relaciones laborales. Este fenómeno afecta, sobre todo, a la automatización de los procesos y a la gestión empresarial.

Por un lado, hace que la actividad productiva se vea enormemente agilizada, pero, por otro, la tecnología puede provocar perjuicios para la esfera de los derechos fundamentales de los trabajadores y el poder empresarial.

En un contexto de conflicto laboral, los empresarios y los trabajadores pueden adoptar medidas de presión o de fuerza para defender sus intereses. Las principales son el cierre patronal y la huelga. El ejercicio del derecho a huelga se ha visto reducido notoriamente en las últimas décadas y el cierre patronal está en desuso. (Ver anexo I).

Desde hace cuarenta años, el Real Decreto Ley 17/1977, de Relaciones de Trabajo (RDLRT en adelante) es el encargado de regular el derecho de huelga y las conductas empresariales que pueden dar lugar a la transgresión del mismo. Las previsiones de esta norma han demostrado ser insuficientes, por lo que se ha tenido que interpretar por el Tribunal Constitucional en sucesivas ocasiones, en base a los criterios que ha ido sentando respecto al derecho de huelga.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril, de 1981 (STC 11/1981 en adelante) declaró ilícito el cierre patronal como medida ofensiva de presión empresarial. A partir de entonces, los empresarios tuvieron que reorientar su conducta, pasando de utilizar esta medida* de manera activa a utilizarla sólo como mecanismo de defensa ante situaciones ilícitas o peligrosas.

“Hace ya décadas, la doctrina advirtió que, frente a la técnica de responder a la huelga mediante el cierre patronal o provocando el desgaste de los huelguistas, las empresas habían claramente reorientado sus tácticas hacia el mantenimiento de la producción” (Baylos Grau, 1998).

Estas nuevas prácticas de resistencia empresarial pueden encuadrarse en tres categorías (Sanguinetti, 2006). Una primera es la que pretende perturbar la actividad laboral intimidando al personal, la segunda se basa en el refuerzo de las medidas de vigilancia y un tercer y último grupo pretende minorar los perjuicios económicos reorganizando la producción, anticipando trabajos, desviando el trabajo hacia otros centros, sustituyendo a los trabajadores huelguistas por nuevos trabajadores, externos, de la propia plantilla, o por las propias máquinas dando lugar al bautizado «esquirolaje virtual». (Torrente Gari, 2000).

También Baylos Grau coincide con Sanguinetti. Denuncian que, en muchas ocasiones, la producción no puede paralizarse debido a la imposición de servicios mínimos que resultan ser abusivos y dejan sin efecto la huelga.

INTRODUCCIÓN

Por otro lado, ciertos sectores poseen un alto grado de automatización en los procesos y, gracias a esta tecnología, la producción puede mantenerse, aunque la huelga tenga un seguimiento muy elevado en la plantilla.

Este estudio desarrolla la problemática que ha supuesto y supone la sustitución de trabajadores huelguistas, haciendo especial énfasis en la modalidad tecnológica.

Como se verá más adelante, la ley sólo prohíbe expresamente el esquirolaje externo. Al no haber normativa directa, se ha tenido que utilizar la doctrina jurídica y la jurisprudencia, siendo ambas fuentes fundamentales para comprender los supuestos de hecho tal y como son.

En cuanto a la metodología, se ha optado por combinar el método deductivo y el inductivo.

Respecto al método deductivo, el proyecto analiza de forma general la aplicación del ordenamiento jurídico (a través de normas y jurisprudencia sobre el derecho fundamental de huelga) a un supuesto concreto (el esquirolaje). Con ello busca analizar los límites en los que se puede plantear si hay o no lesión al derecho fundamental de huelga. El fin último es poder ofrecer una solución al problema.

Por otro lado, una gran parte de este Trabajo Fin de Grado es un estudio sobre los pronunciamientos que han emitido los órganos jurisprudenciales en materia del esquirolaje a lo largo del tiempo. Se han buscado, leído y sintetizado varias sentencias para, finalmente, poder dar una opinión crítica y objetiva respecto al problema de sustitución de trabajadores huelguistas.

La información obtenida ha sido extraída de libros, e-books, revistas y artículos electrónicos, manuales de derecho sindical y del trabajo, estadísticas de organismos oficiales, legislación y normativa actualizada, así como sentencias que han tratado el tema del esquirolaje desde sus inicios.

Los motivos por los que he escogido este tema han sido los siguientes:

Desde el punto de vista histórico, por la importancia que la huelga posee como motor del cambio social, pasando de ser una práctica reprimida a un derecho constitucional que, además, es uno de los dieciséis fundamentales (Ver anexo I).

En el ámbito económico, la huelga y los conflictos derivados de su ejercicio tienen graves efectos para todos los agentes implicados, directa o indirectamente con ella: empresarios, trabajadores y ciudadanos.

En términos sociológicos, en un mundo cada vez más individualista y automatizado, el ejercicio de huelga tiene un alto valor simbólico, como recuperación de la identidad y honra colectiva de los trabajadores.

El esquirolaje es un tema por explorar, que todavía no ha sido objeto de la atención que merece, debido, entre otros aspectos, a la escasez y obsolescencia de la normativa que lo regula, así como la falta de información tanto para los trabajadores, como para la ciudadanía.

Se ha profundizado en la modalidad del esquirolaje tecnológico por ser la que ha aparecido más recientemente. También por la gravedad de las consecuencias futuras que pudiera tener, ya que la tecnología sigue avanzando a un ritmo imparable.

Por último, el hecho de que doctrina y jurisprudencia estén divididas respecto a la licitud de esta práctica es muy sugestivo de cara al estudio, ya que hace que se expongan distintos puntos de vista que generan un interesante debate.

Los objetivos fundamentales que se persiguen con este estudio son:

- Estudiar la huelga como principal medida de conflicto de los trabajadores, su fundamento constitucional, tipologías, tutela, efectos en el contrato de trabajo, límites y formas de ponerle fin.
- Dar a conocer la práctica del esquirolaje y sus diversas modalidades, a través de la jurisprudencia y la doctrina, sintetizando las ideas más importantes.
- Distinguir las prácticas de sustitución de trabajadores lícitas de las abusivas, detallando las posibles sanciones por incumplimiento a las que se puede enfrentar el empresario.
- Ahondar en la modalidad del esquirolaje tecnológico, a través de la evolución doctrinal, comentando el último pronunciamiento del Tribunal Constitucional al respecto.
- Emitir una recomendación o solución que subsane el problema jurídico.

Respecto a la organización del documento, queda estructurado de la siguiente manera:

En primer lugar, se desarrolla el marco normativo del derecho de huelga. Para ello, se define el concepto de huelga y se trata el fundamento jurídico, la clasificación de las huelgas, el régimen jurídico, los mecanismos de protección de este derecho fundamental y los efectos que causa la huelga en los trabajadores huelguistas y en los no huelguistas.

En segundo lugar, se estudia el concepto del esquirolaje y los límites de la prohibición legal del mismo: las huelgas ilegales, los servicios esenciales de la comunidad y los servicios de mantenimiento y seguridad. También se habla de los efectos que conlleva el incumplimiento de garantizar dichos servicios.

En tercer lugar, se analizan las formas de esquirolaje prohibidas por ley y por jurisprudencia: la modalidad externa (contratación de nuevos trabajadores y subcontratación) e interna (movilidad geográfica, funcional y modificaciones

INTRODUCCIÓN

sustanciales de las condiciones laborales).

En cuarto y último lugar, se profundiza en la modalidad del esquirolaje tecnológico. Tras conceptualizar correctamente el término, recorre la evolución jurisprudencial y se analiza el último pronunciamiento sobre el tema: la importante sentencia del Tribunal Constitucional 17/2017, de 2 de febrero: El caso de Telemadrid.

Tras el estudio, el proyecto finalizará con una serie de conclusiones y recomendaciones que pretenden servir para aportar sugerencias o soluciones a un problema que lleva décadas teniendo una solución indeterminada



CAPÍTULO I.

Marco normativo del derecho fundamental de huelga

En el Capítulo I se va a desarrollar el marco legal del derecho fundamental de huelga, analizando sus tipologías, el procedimiento de actuación huelguística, los mecanismos que la protegen y las consecuencias que genera para los trabajadores.

1.1. Concepto de huelga y fundamento jurídico.

En el ámbito nacional, la normativa aplicable se encuentra, mayoritariamente en el art. 28.2 de la Constitución (CE) y se mantiene vigente el Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (RDLRT), que tuvo que ser parcialmente modificado por un recurso de inconstitucionalidad por la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril (STC 11/1981).

El artículo 28.2 CE no ofrece una definición oficial de huelga, pero incluye este derecho como uno de los fundamentales en los siguientes términos: *“Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La Ley que regule el ejercicio de este derecho fundamental establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales a la comunidad»*.

Tampoco lo hace la legislación preconstitucional del RDLRT 17/1977, sin embargo, en su art. 7.1 señala que el ejercicio de la huelga se llevará a cabo *“mediante la cesación de la prestación de servicios por los trabajadores afectados”* y *“sin ocupación del centro de trabajo o sus dependencias”*.

Posteriormente, el Tribunal Constitucional en su STC 11/1981 define a la huelga como *“una perturbación que se produce en el normal desenvolvimiento de la vida social y en particular en el proceso de producción de bienes y de servicios que se lleva a cabo en forma pacífica y no violenta, mediante un concierto de los trabajadores y de los demás intervinientes en dicho proceso, que puede tener por objeto reivindicar mejoras en las condiciones (...) de trabajo y que puede suponer una protesta en repercusión en otras esferas o ámbito”* (FJ 10).

En este sentido, la noción de huelga está integrada por los siguientes elementos conceptuales:

- **Derecho fundamental:** Se encuadra dentro de los derechos y libertades fundamentales de la Constitución Española.
- **Medida de conflicto colectivo:** Es el instrumento básico de autotutela de los trabajadores.
- **Titularidad individual y ejercicio colectivo.** La convocatoria de huelga es una acción grupal, pero cada trabajador, de manera individual, decide

se adhiere o no a la misma. También puede desistir de ella sin esperar a que se desconvoque.

- Supone una **cesación del trabajo temporal**.
- Su finalidad es **defender los intereses socio-económicos** de los trabajadores.

Teniendo en cuenta a estos rasgos, podemos definir el término de huelga como «el cese temporal, colectivo y acordado del trabajo, decidido por iniciativa de los trabajadores con el fin de presionar al empresario para conseguir mejorar o proteger sus intereses económicos y/o laborales».

Como hemos señalado al principio del capítulo, el derecho de huelga se regula por una norma preconstitucional: el RDLRT 17/1977. Con la entrada en vigor de la nueva constitución en 1978, este RDL tuvo que ser revisado y adaptado por el Tribunal Constitucional (STC 11/1981), eliminando ciertos artículos y modificando otros. "Además, existen hay otras sentencias posteriores del Tribunal Constitucional, dictadas en amparo o conflictos de competencia que matizan lo dispuesto en el RDLRT". (Sala Franco, T., 2017)

De esta manera, se conservó la constitucionalidad del RDLRT, pero vinculó la interpretación de muchos de sus preceptos. Si se hubiera derogado completamente el Real Decreto Ley, se hubiera creado una situación de vacío legal. (Rentero Jover, 2002)

Es cierto que el artículo 28.2 CE establece que será necesario una ley que regule en concreto el ejercicio de la huelga. Dicha ley deberá tener rango de Ley Orgánica, aprobada por mayoría absoluta en el Congreso de los Diputados (Art. 81.1 CE).

Tal ley no ha sido aún aprobada, por lo que, hasta que eso no ocurra seguirá aplicándose lo previsto en el RDLRT 17/1977, siempre que no sea contrario a la Constitución (STC 11/1981). Esta norma contiene toda la regulación del derecho de huelga: elementos, garantías, las medidas que se deben adoptar, el procedimiento, etc.

Sólo en 1992 estuvo cerca de aprobarse una legislación de características similares. El 14 de mayo de ese año, el gobierno aprobó en el Consejo de Ministros un Proyecto de Ley Orgánica de Huelga y Medidas de Conflicto Colectivo (PLOH en adelante), que se enviaría al Parlamento. Tras varios meses de negociaciones, se alcanzó por primera vez un acuerdo con los sindicatos más representativos (UGT y CCOO) el 9 de noviembre de 1992. Logró una aceptación en el Senado y quedando semanas para su votación definitiva en el Congreso, el proceso parlamentario quedó interrumpido por la disolución de las Cámaras por parte de Felipe González (presidente del gobierno en ese momento) y la convocatoria de elecciones generales. (López Cumbre, 2015).

La adaptación consistió en derogar algunos artículos y aclarar determinados aspectos (Ver Anexo II)

1.2. Clasificación y modalidades de la huelga

“Cada huelga es un caso aislado, con factores diferenciados dependientes de muchas variables por lo que resulta infructuoso cualquier intento de clasificación”. (Monreo, 1993).

Vamos a clasificar los tipos de huelga en función de las causas que la motivan, de la forma de llevarla a cabo y de la calificación jurídica.

1.2.1. Según las causas que las motivan:

- **Huelga revolucionaria:** Responde a propósitos de subversión política, más que a reivindicaciones de índole económico-social.
- **Huelga política:** Responde a motivos políticos o con cualquier otra finalidad ajena al interés profesional de los trabajadores afectados.¹
- **Huelga de solidaridad o apoyo:** Los trabajadores defienden un interés ajeno a su relación contractual, solidarizándose con un conflicto o problema que afecta a terceros.
- **Novatoria:** Tiene por objeto alterar, dentro de su período de vigencia, lo pactado en un Convenio Colectivo.
- **General:** Afecta simultáneamente a todas las actividades laborales de un lugar.

1.2.2. Según la forma de ejecución:

- **Con ocupación ilegal del centro de trabajo:** Los trabajadores permanecen en el centro de trabajo durante la huelga, habiendo accedido a él de manera ilegal.
- **De brazos caídos:** La protesta se practica en el puesto habitual de trabajo permaneciendo inactivo.
- **Salvaje:** Se produce bruscamente o por sorpresa, sin cumplir los requisitos legales como puede ser el plazo de preaviso.
- **A la japonesa:** La realizan los trabajadores aumentando el rendimiento de su trabajo para crear a la empresa un excedente de producción.
- **De celo o reglamento:** Consiste en aplicar con meticulosidad el reglamento y realizar así el trabajo con especial lentitud, para que descienda el rendimiento y se retrasen los servicios.
- **Huelga articulada:** Tiene el objetivo de causar el mayor perjuicio al empresario

- **Huelga rotatoria:** Es la que se realiza, con la finalidad de afectar a la coordinación de la producción, de modo sucesivo en las diferentes unidades productivas de una empresa, alternándose sucesivamente en el paro del trabajo.
- **Huelga intermitente:** su ejecución se divide en varios momentos, distribuidos dentro del día o en ciclos temporales superiores y deben fijarse de antemano los periodos de interrupción.
- **Huelga estratégica:** Aquella que alterna periodos de trabajo con periodos de inactividad.

1.2.3. Según su consideración jurídica:

“Respecto a las huelgas ilícitas y abusivas, la STC 11/1981 precisó que se trata de una presunción *iuris tantum* de abuso del derecho de huelga, destruible, por tanto, mediante prueba en contrario de los huelguistas”. (García-Perrote, 2017).

1.2.3.1. Huelgas ilegales:

Aquellas en las que se produce un daño grave e intencionado de tal naturaleza que sobrepasa la mera presión en que consiste la huelga. Se regulan por el Art. 11 RDLRT.

- **Huelga política:** (Art. 11. a) RDLRT). Son legales, sin embargo, las huelgas contra decisiones de los poderes públicos cuando afecten directamente al interés profesional de los trabajadores (huelgas socio-profesionales).
- **Huelga de solidaridad o apoyo:** Huelga ilegal salvo que afecte, directa o indirectamente, al interés profesional de quienes la promuevan o sostengan (Art. 11 b) RDLRT)
- **Huelga novatoria:** Huelga ilegal salvo que [Art. 11 c RDLRT]: – exista incumplimiento empresarial del convenio colectivo, – proceda la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus, o – se trate de conflictos sobre cuestiones no incluidas en el convenio
- **Huelga con ocupación ilegal del lugar de trabajo:** Huelga legal salvo que los trabajadores accedan ilegalmente al centro de trabajo, se nieguen a cumplir una orden legítima de desalojo o puedan afectar a derechos de terceros (Art. 7.1 RDLRT)
- **Huelga que incumpla lo previsto en el RDLRT o en el Convenio Colectivo.** (Art. 11 d) RDLRT)

1.2.3.2. Huelgas abusivas:

Aquellas que provocan la absoluta descoordinación de la producción empresarial. Se prevén abusivas o ilícitas (Art. 7.2 RDLRT) las siguientes manifestaciones de huelga por su efecto multiplicador o intencionalidad.

- Huelga rotatoria.
- Huelga estratégica.
- Huelga de celo o reglamento.

Para que una huelga se considere abusiva no basta con que se cause un daño a la empresa, sino que el daño debe de ser grave y consecuencia directa de la actuación de los huelguistas. (Alonso Olea, 1983)

Las huelgas no incluidas en los epígrafes anteriores son presuntamente legales. Corresponde al empresario acreditar su ilicitud, demostrando que ha habido un daño grave que va más allá de lo que es razonablemente necesario por el conflicto y la presión que la huelga implica. Un ejemplo de ello sería la huelga intermitente.

1.3. Régimen jurídico de la huelga: el procedimiento de actuación huelguística

1.3.1. Primera fase: Preparación de la huelga.

Cuadro 1.1. Etapas de la preparación de la huelga.

EXIGENCIA DE UN ACUERDO

- Adoptado directamente por los trabajadores o a través de sus representantes (unitarios o sindicales) por decisión mayoritaria, levantándose acta. (Art. 3.2 a RDLRT).

MEDIACIÓN

- Los convocantes deberán formular su solicitud por escrito incluyendo: objetivos de la huelga, gestiones realizadas y fecha prevista para el inicio de la misma. Se debe enviar copia al empresario (Art. 17 ASAC).

COMUNICACIÓN

- El escrito de comunicación debe especificar los objetivos de la huelga, la mediación, fecha de inicio y composición del comité. El plazo de preaviso comienza a contar desde la fecha de la adopción del acuerdo de huelga.

DESIGNACIÓN DEL COMITÉ DE HUELGA

- No puede exceder de 12 miembros, que serán elegidos de entre trabajadores del propio centro de trabajo afectado por el conflicto.
- Este límite no opera cuando la huelga afecte a varios centros de trabajo.

FIJACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SEGURIDAD Y MANTENIMIENTO

- Se fijan por el empresario con la participación del Comité de Huelga (Art. 6.7 RDLRT 17/1977).
- Los trabajadores nombrados para prestar los servicios de seguridad y mantenimiento están obligados a realizarlos, si se niegan puede considerarse causa de despido.

*Fuente: Elaboración propia a partir de "Esquemas de derecho del trabajo II"
(De la Puebla et Al, 2016).*

1.3.2. Segunda fase: Negociación colectiva.

Cuadro 1.2 . Etapas de la negociación colectiva

NEGOCIACIÓN

- El comité de huelga y el empresario están obligados a negociar para llegar a un acuerdo que ponga fin al conflicto (Art. 8.2 RDLRT).

PUBLICIDAD

- Se permite: Requerir de otros trabajadores la participación en la huelga, repartir octavillas en las proximidades del centro y publicar la convocatoria en la Web del sindicato.
- Se prohíbe: Coacciones, intimidaciones, amenazas y actos violentos (ATC 71/1992)

NO OCUPACIÓN DEL CENTRO DE TRABAJO

- Se permite: Ejercer el derecho de reunión por los trabajadores en los locales de la empresa
- Se prohíbe: Acceder de forma ilegal a los locales de la empresa, vulnerar el derecho de libertad del empresario o de los trabajadores no huelguistas, dañar las instalaciones o bienes de la empresa o los trabajadores, producir desórdenes, desobedecer la orden de desalojo motivada por la policía.

*Fuente: Elaboración propia a partir de "Esquemas de derecho del trabajo II"
(De la Puebla et Al, 2016).*

1.3.3 Tercera fase: Finalización de la huelga

Cuadro 1.3. Causas de la finalización de la huelga.

POR CUMPLIMIENTO DEL TÉRMINO

- La huelga puede finalizar, sin mediar previo acuerdo ni desconvocatoria, cuando se cumpla el término previsto en la convocatoria.

POR DESISTIMIENTO

- Expreso: Acordado por el Comité de Huelga en cualquier momento (incluso antes del inicio).
- Tácito: Por la mera comparecencia de los trabajadores en el centro para incorporarse a sus puestos.

POR ACUERDO ENTRE LAS PARTES

- La eficacia del pacto tiene valor de Convenio Colectivo (Art. 8.2 RDLRT)

POR ARBITRAJE OBLIGATORIO

- Cuando la duración de la huelga sea muy prolongada o se deriven consecuencias muy graves de la misma.
- Cuando no ceda ninguna de las partes.
- Cuando fuera un perjuicio grave para la economía nacional.

Fuente: *Elaboración propia a partir de “Esquemas de derecho del trabajo II”*

(De la Puebla et Al, 2016).

1.4. Mecanismos de protección del derecho fundamental de huelga

Se va a dar a conocer la protección privilegiada que otorga el ordenamiento jurídico al derecho de huelga: primero a través de la Constitución y a través de los mecanismos de tutela fundamentales de la libertad sindical¹, que se regula igual que el derecho de huelga.

1.4.1. Garantía constitucional del derecho de huelga

“Hoy es comúnmente aceptado que un derecho vale jurídicamente lo que valen sus garantías. Por ello, para asegurar la efectividad de los derechos fundamentales se deben establecer mecanismos jurídicos de protección especiales²” (Abellán, 2003).

¹ La libertad sindical incluye el derecho de constitución de organizaciones sindicales, el derecho de afiliación y pertenencia a las mismas y el derecho a desarrollar la actividad sindical. *“La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos”.* (Art. 28.1 CE)

² Los regulados en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I (Artículos 14 y 15 al 29 CE).

La huelga pertenece a ese colectivo de derechos fundamentales y la Constitución le otorga la máxima protección.

El art 53.2 CE señala que cualquier ciudadano *“Podrá recabar la tutela de las libertades y los derechos reconocidos en el Art. 14 CE y la Sección Primera del Capítulo II mediante: a) la protección ante los tribunales ordinarios a través de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, b) y la protección en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este recurso será aplicable también a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”*.

La garantía especial que protege a *«los derechos fundamentales y libertades públicas»* es el recurso de amparo a través de su vía constitucional. Tiene carácter subsidiario, es decir, requiere el agotamiento de la vía judicial ordinaria. Los *«derechos fundamentales»* comparten otras garantías con los derechos reconocidos en la Sección 2ª, *«derechos y deberes de los ciudadanos»*, (arts 30-38) de este mismo Capítulo: eficacia inmediata, la reserva de ley y la tutela de su contenido esencial a través del control de constitucionalidad de las leyes.

1.4.1.1. Principio de vinculatoriedad o eficacia inmediata de los derechos:

Significa que son invocables directamente ante los Tribunales de Justicia sin necesidad de otra norma que los desarrolle, y que, en el caso de que tal desarrollo se produzca, operan como un auténtico límite al legislador.

“No hay necesidad de mediación del legislador ordinario (...) puesto que de acuerdo con tales preceptos hayan de regularse por ley, con la necesidad de que ésta respete su contenido esencial, estos derechos existen ya con carácter vinculante para todos los poderes públicos desde la entrada en vigor de la Constitución”. (STC 80/1982, de 20 de diciembre).

1.4.1.2. Principio de reserva de Ley Orgánica³.

“Sólo por ley, que en todo caso tendrá que respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades (53.1 CE).

³ Es el conjunto de materias que de manera exclusiva la Constitución entrega al ámbito de potestades del legislador, excluyendo de su ámbito la intervención de otros poderes. (Enciclopedia jurídica, 2014).

” El art 81 CE establece que la Ley deberá de ser Orgánica, no pudiendo regularse por las autonomías (STC 11/1981 de 8 de abril de 1981, y 33/1981, de 5 de noviembre de 1981).

1.4.1.3. Control institucional de las leyes.

Cualquier ley puede ser llevada ante el Alto Tribunal para someterla al juicio de constitucionalidad.

Es de suma importancia recalcar el término «contenido esencial» contenido en el apartado b).

El Tribunal Constitucional entiende este concepto desde la perspectiva de que es necesario *“buscar los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos”, pues existe una “esencialidad del contenido del derecho (...) absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”*. Este derecho quedaría vacío si *“queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”* (STC 11/1981)

1.4.2. Mecanismos de tutela del derecho de huelga

1.4.2.1. Tutela judicial

La tutela de los derechos de libertad sindical se regula a partir de un procedimiento especial establecido en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, ajustándose a la doctrina constitucional⁴ (Arts. 177-184 LJS).

En este sentido, y dentro de la vía judicial ordinaria, la LJS otorga un carácter preferente y sumario a los derechos fundamentales y libertades públicas:

- a. Es preferente respecto a cualquier otro procedimiento que se estén dando en ese Juzgado o Tribunal. (Art. 179.1 LJS).
- b. La sumariedad del procedimiento viene dada por:

⁴ Se exceptúan las siguientes materias: despido colectivo y extinción del contrato, vacaciones, materia electoral, impugnación de Estatutos de Sindicatos e Impugnación de CC (Art 184 LJS)

- La brevedad de los plazos: los actos de conciliación y juicio tendrán lugar en los cinco días siguientes a la admisión de la demanda, y la sentencia se dictará en los tres días siguientes a la celebración del juicio, siendo notificada a las partes y publicada inmediatamente (art. 181 LJS). Para todos estos trámites es hábil el mes de agosto (art. 43.4 LJS).
- La simplicidad de los trámites. No requiere de conciliación ni reclamación administrativa previa (arts. 64.1 y 70.1 LJS).
- La ejecutividad inmediata de la sentencia, con independencia de que sea recurrida (art. 303.1 LJS).

1.4.2.2. Tutela Administrativa

Se regula en la Ley de Infracciones y Sanciones sobre el Orden Social (LISOS) lleva a cabo a través del procedimiento administrativo sancionador regulado en la LISOS. Se imponen sanciones cuando se han cometido infracciones previstas en esta normativa. Los arts. 7 y 8 de la citada ley establecen las infracciones por vulneración de derechos sindicales, y los arts. 39 y siguientes fijan el grado de responsabilidad, la cuantía y el procedimiento sancionador. El sujeto infractor es siempre el empresario.

El artículo 8.10 LISOS manifiesta que *“Son infracciones muy graves los actos del empresario lesivos del derecho de huelga de los trabajadores consistentes en la sustitución de los trabajadores en huelga por otros no vinculados al centro de trabajo de su ejercicio, salvo en casos justificados por el ordenamiento jurídico⁵”*.

Hablaremos de la práctica de sustituir a trabajadores huelguistas en el siguiente capítulo.

1.4.2.3. Tutela Constitucional

El Tribunal Constitucional, como el propio nombre indica, vela por el cumplimiento de la Constitución. Cuando alguna conducta contraviene lo establecido en la Constitución, el Tribunal puede hacer uso de varios procedimientos sobre recurso de inconstitucionalidad, cuestión de inconstitucionalidad y del recurso de amparo. Los tres se regulan en los arts. 27 – 58 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del TC.

⁵ Se refiere a los servicios de mantenimiento y a los esenciales, así como los casos de huelga ilegal.

1.4.2.4. Tutela Penal

En cuarto lugar, se encuentra la Tutela Penal. Se ejecuta a través del procedimiento penal cuando se dan los ataques más graves, ya que se impide o limita el ejercicio de la libertad sindical, según tipifica el art. 315 del Código Penal. Se sanciona a los empresarios con penas de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses, incluyendo en esta sanción conductas como el dolo, el engaño o el abuso de necesidad.

Asimismo, se imponen penas superiores en grado cuando las conductas se llevan a cabo con fuerza, violencia o intimidación. En este último caso se hablaría de penas de prisión de un año y nueve meses hasta tres años o con multa de dieciocho a veinticuatro meses.

1.5. Los efectos de la huelga en los trabajadores

El ordenamiento jurídico establece una serie de efectos laborales y de seguridad social. Lógicamente, no pueden ser los mismos efectos en el supuesto de que la huelga sea legal o ilegal o abusiva.

Por otro lado, tampoco pueden aplicarse los mismos efectos a trabajadores que hayan secundado la huelga y a los que han mantenido su actividad laboral.

Vamos a ver qué situaciones se pueden dar y cuáles son las repercusiones tiene el ejercicio (o no) de huelga en cada caso. La normativa que justifica dichos efectos se encuentra en el Art 6 RDL 17/1977, 45 ET y 106.5 y 125.6 de la LGSS.

1.5.1. Efectos de la huelga para los trabajadores huelguistas

1.5.1.1. En caso de huelga legal

Se regula en el Art. 6 RDLRT 17/1977, 45.1 y 2 ET y STC 13/1984. Los efectos son los siguientes:

En primer lugar, suspende el contrato de trabajo. El huelguista no trabaja y el empresario no tiene que pagarle la retribución de los días que ejerza su derecho a huelga⁶.

⁶ Si la huelga sólo afecta a parte de la jornada, el trabajador percibirá la retribución correspondiente a las horas de trabajo

Dentro de la retribución se incluye el salario base y los complementos salariales y extrasalariales, además de la parte proporcional de pagas extraordinarias y de beneficios, de los descansos semanales. (*Dirección General de Tributos de 8/06/2010*).

Respecto a la SS, el trabajador huelguista pasa a una situación de alta especial, sin cotización, sin perjuicio de que puedan acordar con la SS un convenio especial que incluya incapacidad permanente, muerte y supervivencia, contingencias comunes y jubilación y servicios sociales.

No se tiene derecho a cobrar la prestación por desempleo mientras dure la huelga, ni a la prestación económica por incapacidad temporal que se haya iniciado después del comienzo la huelga, cuando derive de una enfermedad común o un accidente no laboral. (Art. 6 del RDL 17/1977 y art. 3 de la OM de 30 de abril de 19)

1.5.1.2. En caso de huelga ilegal

Se da un incumplimiento contractual grave que puede ser sancionado con el despido, el contrato queda en suspenso y afecta a la duración y retribución de las vacaciones.

Se da de baja en la SS y se interrumpen las cotizaciones. El empresario puede sustituir a los trabajadores porque no tiene que limitar el ejercicio de su poder de dirección ante tal situación.

Cuadro 1.4 Efectos para los trabajadores huelguistas en caso de huelga ilegal.

	EFECTOS LABORALES		EFECTOS EN LA SEGURIDAD SOCIAL	
	Suspensión del contrato	Sanción	Alta y cotización	Derecho a prestaciones
HUELGA LEGAL	Sí. Se suspenden las obligaciones de trabajar y remunerar.	Sí, si hubiera conductas antijurídicas. La participación no es sancionable.	Situación de alta especial, no se cotiza.	No se tiene derecho a la incapacidad transitoria ni a la prestación por desempleo. (6.3 RDLRT)
HUELGA ILEGAL	Sí. Se suspenden las obligaciones de trabajar y de remunerar.	Sí. Admite sanción, incluso despido disciplinario.	Es lícito que el empresario diera de baja al trabajador	No.

Fuente: Elaboración propia a partir de RDLRT, ET y LGSS, (2017).

1.5.2. Efectos sobre los trabajadores no huelguistas

1.5.2.1. En caso de huelga legal

Se respeta la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quieran adherirse a la huelga, y se les mantienen todas las condiciones laborales y de SS habituales.

Pudiera ocurrir que el número de inasistencias al trabajo o las irregularidades que conlleve la huelga impidan gravemente el proceso de producción. En ese caso, la empresa puede optar por el cierre patronal o por la suspensión del contrato de los trabajadores no huelguistas por fuerza mayor (art. 12.1 del RDL 17/1977 y art 45 del ET).

Sin embargo, si a posteriori el cierre patronal fuese ilícito, el empresario tendría que abonar a esos trabajadores no huelguistas que hubiesen dejado de trabajar como consecuencia del cierre la totalidad de los salarios devengados durante ese periodo.

1.5.2.2. En caso de huelga ilegal

Las consecuencias son idénticas a las de la huelga legal.

Cuadro 1.2 Efectos para los trabajadores no huelguistas en caso de huelga ilegal.

	EFECTOS LABORALES		EFECTOS EN LA SEGURIDAD SOCIAL	
	Suspensión del contrato	Sanción	Alta y cotización	Derecho a prestaciones
HUELGA LEGAL	No	No	Sí	Sí
HUELGA ILEGAL	No	No	Sí	Sí

Fuente: Elaboración propia a partir de RDLRT, ET y LGSS.



CAPÍTULO II.

El esquirolaje. Límites de la prohibición legal.

En este capítulo se va a definir la práctica del esquirolaje y sus modalidades, además de analizar en qué casos está prohibido estrictamente por ley o jurisprudencia.

2.1 Concepto de esquirolaje

Según la RAE, esquirol es un trabajador que no se adhiere a la huelga. También es la persona que se ofrece a ocupar el puesto de un huelguista.

El término *esquirolaje*, de carácter peyorativo, proviene de esta segunda acepción. Tiene su origen en L'Esquirol, un municipio barcelonés de donde procedían los obreros que ocuparon el puesto de trabajo de los tejedores de Manlleu durante una huelga en el siglo XIX. (Bonney, J.C.M, 2012).

«Esquirolaje» es la práctica llevada a cabo por algunos empresarios, que consiste en sustituir a trabajadores huelguistas por otros trabajadores.

El art. 6.5 del RDLRT establece que “en tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número 7 de este artículo⁷. En esta materia hay una importante divergencia entre lo que determina la ley y lo que establece la jurisprudencia.

La ley pretende limitar la libertad del empresario para contratar nuevos trabajadores que sustituyan a los huelguistas, ya que, de darse esta situación, se dejaría sin efecto la huelga al no verse parada o reducida la actividad laboral.

La contratación de trabajadores no vinculados a la empresa no es la única vía de esquirolaje posible. Existen otras vías como pueden ser los arrendamientos de obra o servicio, la subcontratación, la sustitución por trabajadores vinculados a la empresa, etc.

Todas estas vías no están reguladas expresamente en ninguna ley, como el 6.5 RDLRT, pero la jurisprudencia ha extendido la prohibición de sustitución expresando que no es lícito utilizar el *ius variandi* empresarial para neutralizar la huelga.

No obstante, hay varias modalidades de esquirolaje y cada una tiene su particularidad, esto se analizará en el capítulo III.

⁷ El art. 6.7 establece que durante la huelga el comité de huelga tendrá que garantizar la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquiera otra atención que fuese precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa

2.2 Límites de la prohibición legal del esquirolaje.

2.2.1 Huelga ilegal

Aunque ya se ha desarrollado en el capítulo anterior, podríamos preguntarnos si el empresario podría optar por la sustitución de trabajadores mientras se diera una huelga ilegal, ya que la ley no se pronuncia expresamente.

La STS de 23 de octubre de 1987 (Ar 6908), desde una perspectiva finalista afirma que la Ley únicamente pretende proteger la eficacia de la huelga legal. No obstante, de seguirse esta opción, al no saberse inmediatamente si la huelga es o no ilegal, se correrá un riesgo, ya que es una vez se ha sustituido al trabajador cuando la calificación judicial considera la huelga legal o ilegal.

Por otro lado, una minoritaria perspectiva sistemática afirma que sólo se pueden sustituir trabajadores huelguistas cuando lo diga la Ley. Si estuviéramos ante un caso de huelga ilegal, el empresario sólo podría defenderse, cuando procediera legalmente a través del cierre patronal ⁸.

2.2.2 Huelga y servicios esenciales

2.2.2.1 Concepto

El derecho a la huelga es reconocido, como hemos visto anteriormente, en el art. 28.2 CE. Este aplica una restricción: *“la ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”*.

El art 32.7 CE también establece este límite, cuando el precepto habla sobre el derecho de adopción de medidas de conflicto colectivo.

El RDLRT 17/1997 prevé que, cuando la huelga se desarrolle en empresas encargadas de la prestación de servicios públicos, o de reconocida o inaplazable necesidad y concurren circunstancias de especial gravedad,

⁸ Art 12 RDLRT. Procede cuando exista un notorio peligro de violencia para las personas o de daños graves para las cosas; cuando hay una ocupación ilegal de centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias, o un peligro cierto de que ésta se produzca; o cuando el volumen de la inasistencia o irregularidades en el trabajo impiden gravemente el proceso normal de producción

La Autoridad gubernativa ⁹ podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios. Al tratarse de un concepto tan abstracto, cada vez más servicios se han considerado «*esenciales*», lo que ha sido criticado por restringir el ejercicio del derecho a huelga.

Por un lado, está el interés de los trabajadores que ejercen la huelga como medida de mejorar lo mantener sus condiciones de trabajo; por otro, el interés de la comunidad, que exige que se asegure una cobertura mínima de los servicios afectados por la huelga, dada la importancia de los intereses que hay de por medio (sanidad, educación, seguridad, etc); y, finalmente, el interés del empresario de tener a pleno rendimiento la cadena de producción.

2.2.2.2 Construcción jurisprudencial

El TC en su sentencia 26/1981 de 17 de julio reconoce que es un «concepto jurídico indeterminado», indicando que hay dos maneras de entender la esencialidad y que ambas son susceptibles de ser entendidas por la jurisprudencia. La estricta se refiere a actividades de interés vital y la amplia, se refiere a *“los derechos fundamentales, las libertades públicas de los ciudadanos y los bienes constitucionalmente protegidos”*. La STC 51/1986 ratifica la segunda acepción, la amplia.

A veces se confunde el concepto “servicio esencial” con el de “servicio público” y es un error, ya que hay servicios esenciales prestados por entes privados y viceversa. Un ejemplo podrían ser las prestaciones sanitarias otorgadas por hospitales privados.

El TC expuso que *“En la medida en que la destinataria y acreedora de tales servicios es la comunidad entera y los servicios son al mismo tiempo esenciales para ella, la huelga no puede imponer el sacrificio de los intereses de los destinatarios de los servicios esenciales. El derecho de la comunidad (...) es prioritario respecto del derecho a la huelga”*. (STC 11/1981, de 8 de abril). Es decir, es un derecho fundamental tanto que los trabajadores se adhieran a una huelga como que la comunidad siga recibiendo los servicios esenciales, pero es preeminente el segundo, ya que en el caso de que los ciudadanos no perciban dichas prestaciones, el perjuicio puede ser mayor.

La STC 43/1990 de 15 de marzo expone que, a priori, *“no existe ningún tipo de actividad productiva que, en sí misma, pueda ser considerada como esencial y que los servicios esenciales no quedan lesionados (...) por cualquier situación de huelga, siendo necesario en cada caso examinar las circunstancias concurrentes en la misma”*

⁹ Término que alude a la Delegación del Gobierno o al órgano de la CCAA con competencia en materia de orden público, de conformidad con el Estatuto de Autonomía

En la misma sentencia concluye que *“para que el servicio sea esencial deben ser esenciales los bienes e intereses satisfechos”* (STC 8/1992, de 16 de enero). Sólo serán esenciales aquellos servicios en los que la garantía de los bienes o intereses constitucionalmente tutelados exija el mantenimiento de su continuidad, y siempre en la medida y con la intensidad imprescindible para asegurar su satisfacción.

La jurisprudencia ha considerado servicios esenciales al transporte público (TC 26/1981), el sector hospitalario (TC 26/1989), las residencias de ancianos (TC 122/1990), la producción y suministro de energía eléctrica (TC 8/1992 y Art. 2 Ley 54/1997), la telefonía fija y móvil (RD 530/2002 de 14 de junio), los servicios públicos de radio y televisión (Ley 4/1980, TS 17 de enero de 2003, Art. 2 Ley 17/2006) y los servicios de salvamento marítimo (TS 28 de octubre de 2003).

Por tanto, como critica Cruz Villalón, no se ha fijado una definición de servicio esencial *“ni un listado de las actividades principales que éstos deberían garantizar.”* *“Los tribunales han llegado a decir que ir al Museo del Prado es un servicio esencial”* (TC 362/1993), lamenta Julia López. (El País, 2013).

También se han considerado servicios esenciales a la seguridad privada, centrales nucleares, ayuntamientos, enseñanza, administración de justicia, producción, almacenamiento y transporte de productos petrolíferos, abastecimientos de aguas, servicios forestales de prevención de incendios, etc. (Martínez Fons y Solá Monells, 2007).

2.2.2.3 Las garantías del mantenimiento de los servicios esenciales

Las garantías específicas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales durante la huelga son:

- Publicidad: El preaviso de diez días naturales (Art. 4 RDLRT)
- Fijación de servicios mínimos. Se establecen por acto administrativo, en base a los criterios de proporcionalidad y motivación de la decisión administrativa.

Por el momento, cada vez que haya una huelga se tendrá que discutir si el servicio es esencial o no y, en el caso de que sí lo sea, establecer los mínimos correspondientes. (STC 26/1981, de 17 de julio; 148/1993, de 29 de abril).

Las STC de 24 de abril de 1986 y de 5 de mayo de 1986 señalan que *“la consideración de un servicio como esencial no significa la supresión del derecho de huelga de los trabajadores ocupados en tal servicio”* y que *“la adecuación del programa de servicios mínimos que ha de ser adoptada está en relación directa con el interés de la comunidad, que debe ser perturbado por la huelga sólo hasta extremos razonables”*.

Las empresas, oídos los representantes de los trabajadores, designan a los trabajadores que han de prestar los servicios mínimos. (Espín Sáez et Al, 2014).

También se puede recurrir lícitamente a la contratación de trabajadores para sustituir a los huelguistas en los siguientes supuestos:

En casos excepcionales que justifiquen la declaración del estado de alarma (Art. 116 CE), el Gobierno puede utilizar a sus trabajadores (funcionarios y cualquier trabajador que preste su servicio para la Administración Pública) a ocupar temporalmente fábricas, industrias o locales de cualquier naturaleza para asegurar su funcionamiento en caso de paralización de los servicios mínimos esenciales para la comunidad.

2.2.3 Huelga y los servicios de seguridad y mantenimiento

2.3.3.1 Concepto

Se contempla en el art 6.7 RDLRT *“El comité de huelga habrá de garantizar durante la misma la prestación de los servicios necesarios para la **seguridad** de las personas y de las cosas, **mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra alteración que fuese precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa**”*.

La constitucionalidad de este precepto fue admitida por la STC 11/1981, de 8 de abril, argumentando que *“la huelga es un derecho de hacer presión sobre el empresario, colocándose los trabajadores fuera del contrato de trabajo, pero no es, ni debe ser (...) una vía para producir daños o deterioros en los bienes de capital”*. Esta sentencia otorga especial protección a los bienes personales y materiales del empresario.

Por «servicios de mantenimiento» a aquellos que pretenden evitar daños irreparables por la actividad que trae consigo la huelga, tratan de preservar la seguridad de las instalaciones (González Biedma, 1992).

Los «servicios de seguridad» son aquellos que pretenden evitar robos, daños y agresiones en las personas y en las cosas, por parte de terceros y de los propios huelguistas (Torrente Gari, 1992).

El art. 6.7 RDLRT también hace referencia a *“cualquier otro servicio que fuese necesario para posibilitar la reapertura de la empresa una vez que la huelga finalice”*.

Tales servicios deben ser entendidos en el sentido genérico de que con ellos sean evitados daños o deterioros que impidan la vuelta a la actividad y normalidad tras la huelga. A esta cuestión se refiere también la problemática de

la “desorganización”, comprendida en sentido global, que puede ocasionar la huelga, y que debe evitarse para que sea factible el reinicio no traumático de la actividad cuando aquélla finalizase. (Vicente Palacio y García Ninet, 1993).

2.3.3.2 Procedimiento:

- Se fijan por el empresario ¹⁰ con la participación del Comité de Huelga (Art. 6.7 RDLRT 17/1977).
- En caso de desacuerdo, el empresario puede proceder a la designación de los servicios de seguridad o de mantenimiento sin perjuicio de la posterior revisión judicial. (STS 28 de mayo de 2003).
- La determinación de unos servicios de seguridad y mantenimiento excesivos puede lesionar el derecho de huelga, porque reduce la presión que se ejerce sobre la parte empresarial al neutralizar la perturbación que lleva implícita la cesación de trabajo. ” (STC 80/2005; Martínez Fons y Solá Monells, 2007)
- Los conflictos que se susciten pueden resolverse por mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos y, en su caso, por la vía judicial mediante el proceso de conflicto colectivo.
- Los trabajadores nombrados para prestar los servicios de seguridad y mantenimiento están obligados a realizarlos con independencia de su intención de participar en la huelga (STC 80/2005). Pueden participar en actividades vinculadas con la huelga, como las de carácter informativo o propaganda.

2.3.3.3 Diferencias entre los servicios mínimos esenciales y servicios de mantenimiento y seguridad.

La diferencia entre este tipo de servicios y los esenciales para la comunidad es que, en estos, el ciclo productivo es el protagonista, mientras que en los anteriores se tiene en cuenta el interés de la comunidad. (Baylos Grau, 1978).

Mientras que en los servicios de mantenimiento se trata de realizar labores distintas a la realización de la actividad productiva, en los servicios esenciales se pretende mantener parte de esa actividad, e independientemente de la misma, habrá servicios de mantenimiento o no (Torrente Gari, 1992).

¹⁰ Estos servicios son adoptados por el empresario en el ejercicio de su poder de policía cuando resulten necesarios, con el fin de que el trabajo pueda reanudarse sin dificultad cuando la huelga finalice.

Cuadro 2.1 Diferencias entre los servicios mínimos de mantenimiento y seguridad y los servicios esenciales.

SERVICIOS DE MANTENIMIENTO	DIFERENCIAS	SERVICIOS ESENCIALES
La productividad de la empresa	Interés jurídico protegido	Derechos y bienes constitucionales
Empresario con participación de trabajadores	Entidad decisora	Autoridad gubernativa
Empresario con la participación del comité de huelga	Quién designa a los trabajadores	El empresario
Orden social	Control judicial	Orden contencioso administrativo y social

Fuente: Adaptación a partir de De la Puebla Pinilla, A. et al, (2014.)

2.3.3.4 Efectos del incumplimiento de garantizar los servicios de mantenimiento y seguridad

El Art. 5 LOLS establece que “ El Sindicato no responderá por actos individuales de sus afiliados, salvo que aquéllos se produzcan en el ejercicio regular de las funciones representativas o se pruebe que dichos afiliados actuaban por cuenta del sindicato”.

Sala Franco (2017) señala la necesidad de distinguir entre las obligaciones del comité y las de los trabajadores designados para realizar los servicios:

a) Los efectos del incumplimiento de la obligación del comité de huelga de garantizar la prestación de los servicios de seguridad y mantenimiento serán similares a los convertir la huelga en ilícita, por abusiva (STC 11/1981) con la consecuencia de que el empresario podrá sancionar a todos los trabajadores en huelga y no sólo a los que hubiesen incumplido su obligación de prestar los servicios (art. 16 RDLRT).

Si se demuestra, surge una responsabilidad para el comité o para los sujetos convocantes de la huelga en forma de una indemnización de daños y perjuicios.

b) Los efectos del incumplimiento de la obligación de prestar los servicios por parte de los trabajadores afectados o designados, cuando el comité de huelga hubiese no obstante cumplido su obligación, serán estrictamente los del

posible despido de los concretos trabajadores incumplidores (STCT de 1 de septiembre de 1982, Ar/4640). Ahora bien, la huelga no se convertirá por ello en ilícita por abusiva y no podrá sancionarse a los restantes trabajadores en huelga.

Sin embargo, en este último caso el empresario podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, según admite expresamente el art. 6.5 del RDLRT.

En el caso de los servicios mínimos esenciales, el comité no es el responsable de designar los trabajadores. Deriva, entonces, como anteriormente, de la dificultad de calificar como ilegal una huelga en estas circunstancias. Por tanto, los trabajadores que hayan sido designados y no hayan prestado efectivamente esos servicios incurrirán en causa justa de despido.



CAPÍTULO III.

Modalidades de esquirolaje y prácticas abusivas .

En este capítulo se van a tratar las diferentes tipologías de esquirolaje, diferenciando esta práctica de otras lícitas que el empresario puede utilizar. Se analizará la ley y la jurisprudencia que hay al respecto, así como distintas posiciones doctrinales.

3.1 Esquirolaje externo

La sustitución de los trabajadores en huelga se regula exclusivamente en el artículo 6.5 del RDLRT 17/1977. Este artículo expone que "en tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a trabajadores huelguistas por trabajadores que no estuvieran vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma" (sustitución externa de trabajadores), salvo en el caso de incumplimiento de la obligación de prestar los servicios necesarios para garantizar la seguridad de las personas y las cosas.

Está expresamente prohibido ya que se trata una práctica abusiva cuya finalidad es mermar la eficacia de la huelga.

Sin embargo, el artículo citado es ambiguo y plantea dificultades interpretativas. No especifica el alcance de la prohibición: si se aplica cuando la huelga sea ilegal, si los trabajadores huelguistas pueden ser sustituidos por trabajadores que estén vinculados a la empresa o incluso por personas ajenas a la relación laboral (familiares, amigos), etc.

3.1.1 Prohibición del esquirolaje externo

Como ya se ha dicho, el empresario no puede sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuvieran vinculados con la empresa una vez hecha la comunicación de huelga (salvo en los supuestos mencionados en el epígrafe 3.1).

3.1.1.1 Nuevas contrataciones

Según el art. 6.5 queda claro que el empresario no podrá hacer uso de su libertad de contratación para estipular, de forma personal y directa, contratos con trabajadores externos a la empresa en el momento de comunicarse la huelga. Tampoco podrá formalizar contratos por la vía indirecta (a través de Empresas de Trabajo Temporal, en adelante ETT) mediante contratos de puesta a disposición.

Haciendo alusión al último caso, queda prohibido realizar contratos de puesta a disposición según el apartado 8.a de la Ley 14/1994 de 1 de junio, de ETT (LETT en adelante), el cual manifiesta expresamente que "*las empresas no podrán celebrar contratos de puesta a disposición en los siguientes casos*

para sustituir a trabajadores en huelga en la empresa usuaria".

Esto pone de manifiesto la intención del legislador de limitar la contratación mercantil y con ello, cualquier vía de escape (Baylos Grau, 2005).

El art 55.5 del Estatuto de los Trabajadores (ET en adelante) prohíbe la contratación definitiva para sustituir a huelguistas, ya que expone que *“será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación a derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”*.

Cabría preguntarse si el empresario y/o sus familiares o amigos están legitimados para prestar servicios mientras dure la huelga.

El Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) excluye en sus arts. 3.d a *«los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad»* y 3.e a *«los familiares del empresario»* (salvo que se demuestre la condición de asalariados). Al no tener condición de *«trabajadores dependientes y por cuenta ajena»*, como determina el art 6.5 RDLRT, quedan fuera de la aplicación mismo. Lo mismo ocurre con la figura del empresario, tampoco es asalariado.

Según Sala Franco y López García de la Riva (2013) afirman que *“el problema debe enfocarse según una interpretación finalista de la norma”*. Por tanto, el trabajo familiar o benévolo actúa de la misma manera que la contratación laboral, mientras que debe prevalecer el proteger la eficacia del derecho de huelga, impidiendo que se vacíe su contenido con estas actuaciones, que, aunque no estén reguladas expresamente son poco lícitas.

Esta práctica es considerada ilegítima, ya que el empresario persigue mantener la actividad productiva a través de su círculo familiar o de amistad para subsanar el paro de trabajo ocasionado por los trabajadores huelguistas. No utiliza a dicho círculo personal como medio necesario para la buena marcha de la empresa, sino para atenuar el efecto de la huelga. (STC 123/1992). Este tipo de actuaciones atentan contra el recíproco deber de lealtad y buena fe que perdura durante el paro y lesiona gravemente el derecho de huelga. (STSJ País Vasco, de 12 de julio de 2005)

Sin embargo, la STS, de 18 de septiembre de 1997 no dictaminó vulneración al ejercicio de huelga ya que *“el empresario individual o colectivo suple con su actividad, desinteresada económicamente, la labor de los huelguistas, o que apela a los servicios benévolos de sus familiares inmediatos.”* También la STS de 8 de mayo de 1995 sigue esta doctrina.

La problemática de estos supuestos recae en que no están regulados expresamente en ninguna ley y, además, no existe jurisprudencia unificadora por parte del Tribunal Supremo.

La doctrina y “los Tribunales Superiores de Justicia se decantan preferentemente a favor de una interpretación extensiva del precepto legal”, por lo que concluimos con que la prohibición del esquirolaje afecta a figura del empresario así como la de sus familiares y amigos. (López García de la Riva y Sala Franco, 2013).

Por último, es pertinente comentar una las excepciones. Hay nuevas contrataciones que pueden ser lícitas al no guardar relación con la huelga ni con sus efectos.

Esta posibilidad ha llegado a ser admitida por la jurisprudencia si el propósito no es el de sustituir a los trabajadores huelguistas y menoscabar la eficacia de la huelga. Hay casos en los que se consideran lícitas las nuevas contrataciones mientras se da una huelga, pero para ello estas nuevas altas no tienen que ver ni con la huelga ni con sus efectos.

Por ejemplo, la STC 66/2002 de 21 de marzo, cuestiona si se vulneró el derecho de huelga al despedir primero a varios trabajadores y, más tarde, contratar eventualmente con ocasión de convocatorias de huelga. En este caso, las nuevas contrataciones fueron anteriores a la convocatoria de huelga y estaban fundadas en causas objetivas de la producción.

En la misma línea, la doctrina judicial (STSJ de Andalucía, de 29 de febrero de 2000), calificó como lícita la contratación eventual de trabajadores durante la huelga para cubrir la mayor ocupación cíclica, entendiendo como mayor ocupación cíclica al incremento de afluencia de clientes en unos determinados momentos del tiempo, que se repiten año tras año. La doctrina emanada por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra en su sentencia de 28 de enero, así como la sentencia 123/1992 del TC fueron consideradas como aplicables para este caso.

3.1.1.2 Subcontratación

No hay una ley que prohíba expresamente la subcontratación de empresas y trabajadores autónomos para sustituir a trabajadores huelguistas, pero la mayoría de la doctrina jurisprudencial considera que es una medida que atenta al derecho de huelga ya que se pretende mermar su eficacia.

En algunas ocasiones el Tribunal Supremo ha considerado lícita esta conducta, como en la STS de 17 de septiembre de 1999.

La SAN 29 de julio de 2013, relativa al “Caso Pressprint”, calificó como lícito que, cuando hubiera dos empresas del mismo grupo (A Y B), siendo B la huelguista y A la cliente, A solicitara los servicios de una tercera empresa C, bajo el fundamento de que la huelga en una de las empresas del grupo no podría afectar a todas las demás.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 11 de febrero de 2015 anuló la anterior, considerando que violaba el derecho de huelga y de libertad sindical.

La doctrina mantiene, por tanto, que la subcontratación en estos casos, aun con el vacío legal existente, no se puede admitir ya que se reduciría la eficacia de la huelga y atentaría contra uno de los derechos fundamentales, además de quebrantar lo dictado por la normativa. (Romera Hernández, 2011).

Otra sentencia con gran trascendencia doctrinal es la STC 75/2010, de 19 de octubre, "Caso Samoa". En este caso la empresa huelguista era la contratista, y por ese motivo la empresa principal decidió poner fin al contrato mercantil que la vinculaba con ella. Como consecuencia, los trabajadores de la contratista fueron despedidos objetivamente por la propia contratista, ya que su contrato era de obra o servicio. La sentencia declaró nulos estos despidos y la contratista tuvo que readmitir a los trabajadores.

La STS de 16 de noviembre de 2016, relativa al "Caso Altrad", ha dado lugar a mucha confusión y a diversas interpretaciones. En este caso, la contrata y la principal no pertenecían al mismo grupo, la huelga fue secundada por los trabajadores de una empresa que ya estaba subcontratada por otra. En este caso el Tribunal Supremo sí consideró oportuno que la empresa cliente contratase servicios con una tercera. *"Lo que se pretende es que clientes ajenos a una empresa puedan acudir a otros proveedores de servicios cuando ella no pudiera prestarlos debido a la huelga"* (Sánchez-Arévalo Torres, 2017).

Si esa intervención de otra empresa del sector limita el efecto de la protesta en el proveedor en huelga, puede ser un efecto indeseado, si bien es un efecto que no se puede imputar a la patronal concreta afectada por la huelga. Si es el cliente por su cuenta quien busca la solución, y esa solución no conlleva retribución a la empresa en huelga de forma directa o indirecta, el derecho a la huelga no está siendo vulnerado.

Muchos medios de comunicación alegaban que la doctrina del Supremo sobre el derecho de huelga había cambiado, pero esto no es cierto. No se puede suplir a los huelguistas mediante las subcontratas.

Por último, cabe decir que se considera lícito que las empresas sigan contando con sus colaboradores habituales o personal de refuerzo, estando en situación de huelga (STS 15 de abril de 2005). Sin embargo, para que las contrataciones sean de refuerzo, la plantilla debe estar al completo, ya que de lo contrario estaríamos ante una sustitución. (Hierro Hierro, 2004).

3.2 Esquirolaje interno

Se da cuando el empresario recurre a sus propios trabajadores para cubrir las necesidades de trabajo generadas por la ausencia de los huelguistas (Pedrajas y Sala, 2008).

La doctrina judicial ha considerado finalmente atentatorio el esquirolaje interno, aunque ante la inexistencia de una legislación que lo regule explícitamente, ha habido interpretaciones muy dispares.

Un sector doctrinal (Alonso Olea, Ojeda y Rodríguez Sañudo) y judicial (STCT de 13 de diciembre de 1988, Ar/613 o STSJ de Madrid, de 20 de julio de 1991) entendía que solamente se condena el esquirolaje externo en el art. 6.5 RDLRT, por lo que cabría interpretar que la utilización de trabajadores propios fuera legítima. Argumentan que “lo que no está prohibido, está permitido”.

Sin embargo, otro sector doctrinal (Cruz Villalón, De la Villa, García Becedas, García Perrote, Goerlich, Santana y Sala Franco) y jurisprudencial (STS de 23 y 24 de octubre de 1989) argumenta que esta actuación atentaba contra el contenido esencial del derecho de huelga, y se posiciona a favor de una interpretación extensiva de la prohibición del esquirolaje interno. Defienden que “cuando la ley ha querido establecer algún mecanismo de defensa empresarial frente a una huelga legal lo ha hecho expresamente”.

El TC se manifestó a favor de esta segunda interpretación, en la STC 123/1992, de 28 de septiembre, catalogando como ejercicio abusivo del «*ius variandi*» del empresario cuando la sustitución de trabajadores tenga el fin de “desactivar la presión producida por el paro en el trabajo”. En este caso fue el propio empresario el que reorganizó el trabajo de los no huelguistas, de forma que pudieran sustituir a los huelguistas.

Más recientemente, en la sentencia 33/2011, de 28 de marzo, el TC ratificó su doctrina al respecto. Esta sentencia va más allá de “paralizar” la potestad directiva del empresario como ocurrió en la STC 123/1992. La STC 33/2011 transforma la posición del empresario: de ser un agente pasivo, teniendo la obligación de respetar el ejercicio de huelga por parte de sus trabajadores pasa a tener un papel activo. Ahora tiene un deber, que es el de garantizar la eficacia de la huelga evitando que los trabajadores minimicen su impacto a través del esquirolaje.

La jurisprudencia ordinaria posterior dictada por el Tribunal Supremo ha seguido el mismo camino.

3.2.2 Prohibición del esquirolaje interno

En un primer momento, el empresario tenía la facultad de recurrir a los trabajadores no huelguistas de la empresa para cubrir las necesidades creadas por la ausencia de huelguistas. La sustitución de trabajadores pertenecientes a la empresa era legal. La única restricción que poseía el art. 6.5 RDTRL es la sustitución de los huelguistas con trabajadores no vinculados a la empresa.

Esta interpretación cambia para siempre gracias a la STS de 24 octubre 1989, en la que el Tribunal Supremo declaró ilícita la sustitución de huelguistas

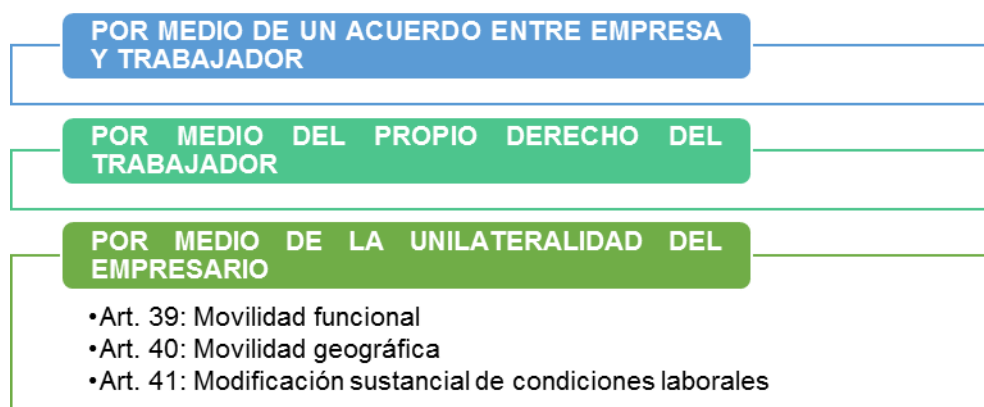
por trabajadores de otro centro de la misma empresa, pese a estar contratados con anterioridad.

A lo largo de una huelga, existen decisiones empresariales que conllevan cambios en las funciones que desempeña un trabajador (movilidad funcional).

El empleado también puede ser trasladado de centro de trabajo (movilidad geográfica) y sufrir cambios significativos en las condiciones de trabajo en general (modificación sustancial de las condiciones de trabajo). Esta facultad ejercida por el empresario se conoce como “*ius varandi*”, según la cual puede modificar, dentro de ciertos límites, las condiciones de trabajo y/o alterar unilateralmente, los límites de la prestación laboral, adaptando ésta a los cambios estructurales u organizativos de la empresa (Elergonomista.com, 2017).

El poder de dirección empresarial se encuadra dentro de las modificaciones de las condiciones de trabajo, como se puede apreciar en el siguiente esquema:

Esquema 3.1. Modificaciones de las condiciones de trabajo



Fuente: Elaboración propia a partir del ET.

El Proyecto de Ley Orgánica de Huelga de 1993(PLOH), en su art 18.3 preveía límites al derecho del ejercicio de huelga. “*Las facultades del empresario respecto de la movilidad funcional o geográfica de los trabajadores no podrán ser utilizadas con el objeto de limitar o impedir el derecho de la huelga.*” De haberse llevado a cabo, este proyecto de ley hubiera llenado de contenido este vacío legal con el que nos encontramos ahora.

Según el Fundamento jurídico nº 10 de la STC de 8 de abril de 1981, “*existe abuso en aquellas huelgas que consiguen la ineludible participación en el plan huelguista de los trabajadores no huelguistas*”. Se condena así la sustitución de trabajadores huelguistas por personal interno, sea mediante la movilidad funcional o geográfica de trabajadores de la misma empresa o grupo.

Tampoco se permite que el empresario abuse de su poder de dirección

modificando turnos, jornadas, salarios o sistemas de trabajo. En cambio, se ha considera lícito que, tras una huelga, los trabajadores recuperen el trabajo atrasado, incrementando para ello su rendimiento.

Eso no quita para que, el empresario esté facultado a organizar a los empleados que no secunden la huelga para mantener, en la medida de lo posible, una actividad parcial en la empresa (STSJ de Cataluña, de 18 de mayo de 1995). Lo que no puede hacer es hacer uso del esquirolaje pretendiendo paliar los efectos producidos por el paro del trabajo (STC 123/1992), ni *“para mantener esa actividad parcial pueden los trabajadores no huelguistas sustituir el trabajo de sus compañeros, sea por órdenes de un superior o por su propia voluntad”*. (STC 33/2011, de 28 de marzo). Las dos últimas sentencias declaran ilícita la sustitución interna de trabajadores huelguistas mientras dure el conflicto.

La complicación está en cómo aunar el interés de los trabajadores huelguistas – que la huelga sea eficaz-, el del empresario – hacer uso de una reorganización productiva para mantener parcialmente la actividad-, y el de los trabajadores no huelguistas -que se respete su decisión de trabajar y no secundar la huelga-.

3.2.2.1 Movilidad funcional

La movilidad funcional aparece cuando se da un cambio en las funciones que el trabajador realiza habitualmente, funciones para las cuales fue contratado. Se tiene que tener en cuenta la formación académica, además de respetar siempre la dignidad del trabajador (Art 39 ET).

Estas funciones se fijan a través del contrato de trabajo (Arts 20.2 y 22 ET), pero a su vez el trabajador ha de ser flexible ante cambios circunstanciales que se pudieran dar en la empresa.

Los trabajadores, en el contexto de una huelga no deberán de desempeñar funciones que habitualmente no tengan asignadas, ya que la presión ejercida legítimamente por los huelguistas quedaría anulada o aminorada. (STC 33/2011)

a. Movilidad funcional vertical:

Esta tipología aparece cuando hay grupos profesionales diferentes.

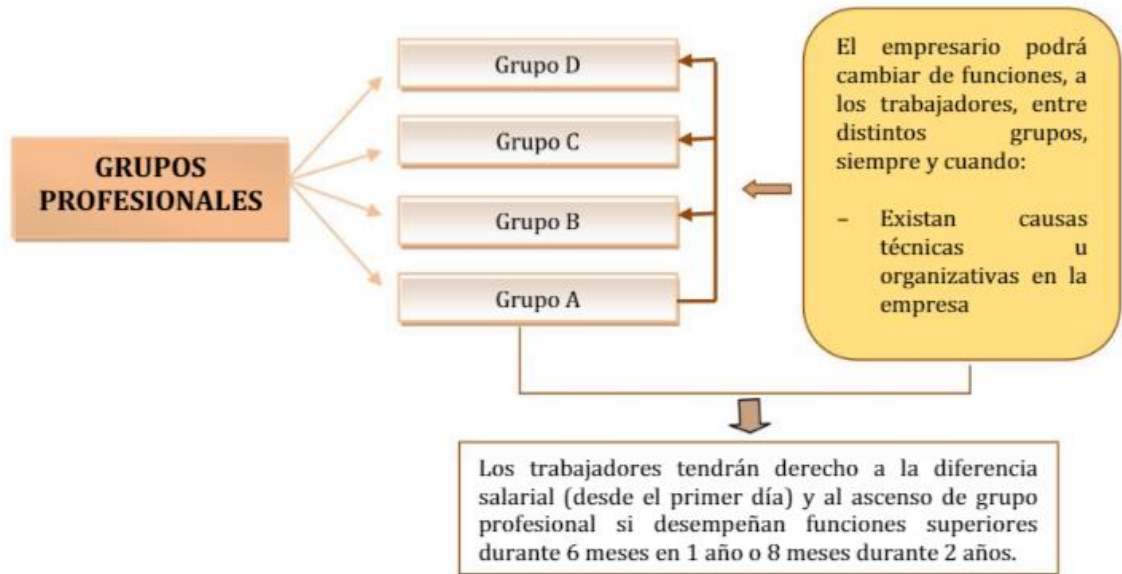
Según el art 39.2 ET, las funciones no correspondientes al grupo profesional sólo serán posibles de ejecutar por el empresario cuando hubiera causas técnicas u organizativas que lo justifiquen. Deberá limitarse al tiempo imprescindible, a l igual que comunicar su decisión y las razones de ésta al representante de los trabajadores.

La movilidad funcional vertical, puede subdividirse en ascendente y descendente dependiendo de si las nuevas funciones corresponden a un grupo

profesional superior o inferior, respectivamente.

Se añaden unos esquemas para facilitar la comprensión.

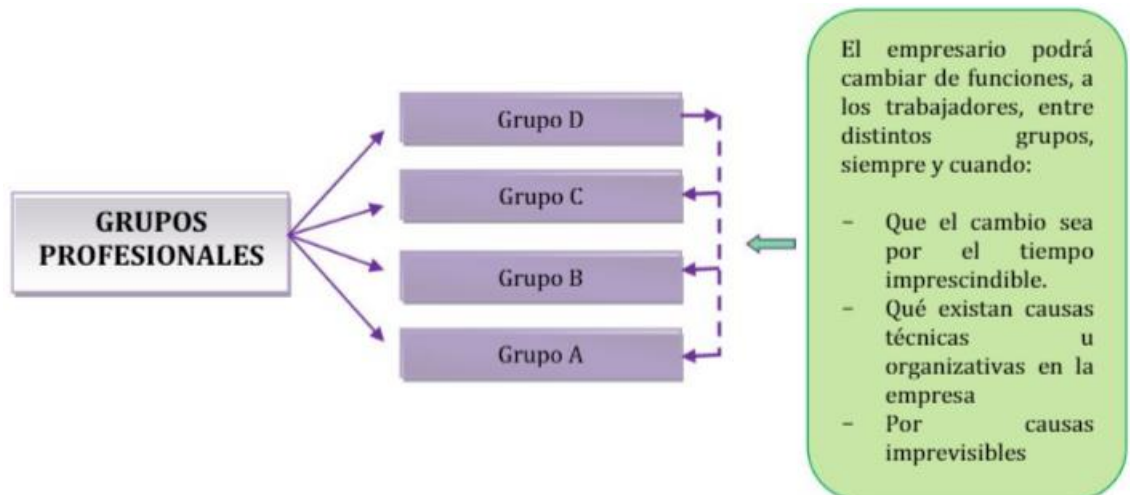
Esquema 3.2. Movilidad funcional ascendente



Fuente: Ruiz Luque, (2017)

Por ejemplo, una recepcionista que se encargue de la facturación, ya que la administrativa que realiza habitualmente dicha función está ejerciendo su derecho a la huelga

Esquema 3.3. Movilidad funcional descendente



Fuente: Ruiz Luque, (2017)

Podría ser el caso de una gobernanta de hotel que, sólo mientras el servicio de limpieza está ejerciendo su derecho a la huelga, realiza esta función.

Las sentencias del 123/1992 de 28 de septiembre y la STC 33/2011 de 28 de marzo son las más relevantes en cuanto a movilidad funcional (y esquirolaje interno) se refieren.

La primera (STC 123/1992) condenaba la conducta ejercida por el empresario de sustituir a trabajadores huelguistas por otros de nivel superior que no la habían secundado, entendiéndose que esta sustitución tenía como fin privar de efecto a la propia huelga.

«Cuando se utiliza para privar de efectividad a la huelga, mediante la colocación de personal cualificado en puestos de trabajo con una calificación mínima, deja inermes a los trabajadores manuales, cuya sustitución es fácil y puede privarles materialmente de un derecho fundamental, vaciando su contenido esencial». (STC 123/1992)

La segunda (STC 33/2011) ratifica esta doctrina. Argumenta que está prohibido que los trabajadores no huelguistas realicen tareas diferentes a las que les corresponde día a día, ya lo hicieran por su propia voluntad o por órdenes del empresario.

Ambas concluyen con que el ejercicio de la movilidad funcional vertical en situación de huelga vulnera este derecho fundamental. Además de las más relevantes, podemos citar otras que mantienen la misma doctrina como:

- La STS de 8 de mayo de 1995, sobre la sustitución de trabajadores huelguistas de RENFE por otros de categoría igual o superior.
- La STSJ de Andalucía, de 4 de mayo de 1999, referida a la sustitución de los trabajadores huelguistas por unos de la misma empresa y distinto departamento, y otros de categoría superior.
- La STS de 9 de junio de 2006 y la STSJ de Cataluña, de 31 de marzo de 2004, sobre la sustitución de trabajadores huelguistas por trabajadores con puestos de categoría superior.

b. Movilidad funcional horizontal.

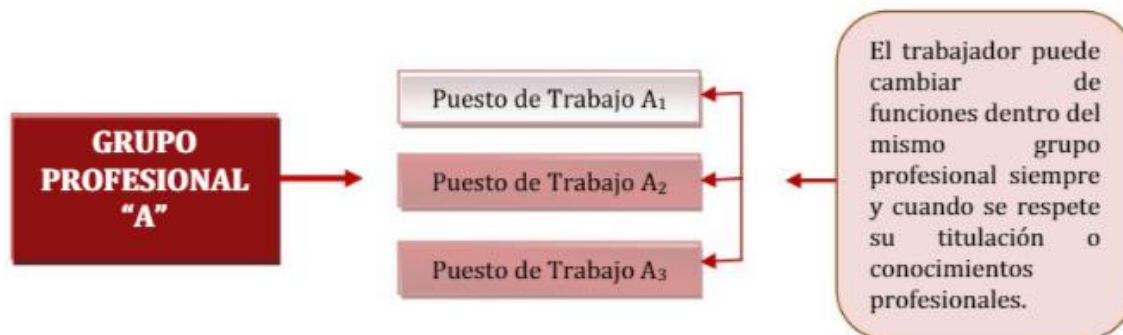
Se produce cuando el trabajador pasa a ejercer otras funciones manteniendo su categoría profesional, el salario, la titulación académica, los derechos profesionales, así como la promoción y formación profesional.

Puede adquirir tareas adicionales a las desempeñadas habitualmente o cambiar de departamento. No necesariamente tiene que haber una causa legal que lo motive, sino que el empresario tiene la facultad de hacerlo gracias a su

poder de dirección y control (Arts. 20 ET y 39)

No obstante, la decisión empresarial ha de estar justificada de algún modo.

Esquema 3.4. La movilidad funcional horizontal



Fuente: Ruiz Luque, (2017)

Dentro del contexto del trabajo esta práctica se daría cuando un trabajador no huelguista es sustituido por otro trabajador interno que habitualmente realiza las mismas o similares funciones.

Las sentencias más relevantes en la que se ha dado el esquirolaje entre trabajadores del mismo nivel jerárquico son la STSJ de Madrid, 46/2012, de 23 de enero y la STS de 3 de julio de 2012. En la primera no se consideró la sustitución como ilícita, mientras que en la segunda sí.

Esto depende de la situación particular de cada caso en concreto. El tribunal superior de justicia de Madrid, en su STSJ 46/2012, de 23 de enero no considera que se diera esquirolaje interno, ya que sólo un trabajador reforzó el servicio y no desempeñó otras tareas de las habituales en el puesto de trabajo. En cambio, la STS de 3 de julio declaró que se vulneró el derecho a huelga ya que se sustituyó al maquinista principal de RENFE-el cual era imprescindible, estratégico, clave para llevar a cabo la actividad de la empresa- por otro maquinista de la empresa.

La STSJ de Aragón de 6 de octubre de 2010 también trata sobre la sustitución interna de trabajadores huelguistas por compañeros que realizaban funciones casi idénticas y en el mismo centro.

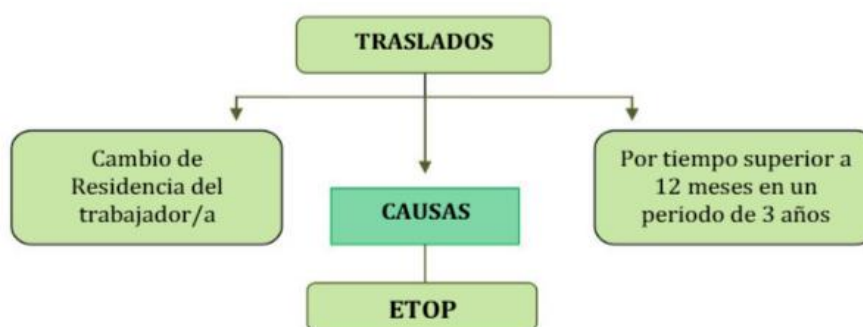
Esta práctica, como las anteriores, es ilícita cuando pretende desactivar la presión producida por el paro en el trabajo.

3.2.2.2 Movilidad geográfica

Se produce cuando aparece el cambio de lugar de trabajo.

- **Traslado**, es el cambio de localidad de un trabajador por razones económicas, técnicas, organizativas o de la producción, por un tiempo mayor de doce meses en un periodo de referencia de tres años.
- **Desplazamiento**, es el cambio de localidad de un trabajador por razones económicas, técnicas organizativas o de la producción, por un tiempo inferior a doce meses en un periodo de referencia de tres años.

Esquema 3.5. Movilidad geográfica



Fuente: Ruiz Luque, (2017)

Dentro de nuestro estudio, consideraríamos movilidad geográfica a la sustitución de un trabajador huelguista por otro no huelguista que, para ello, tiene que cambiar de centro de trabajo.

La LISOS en su art. 8 enumera las infracciones calificadas muy graves. Concretamente, en su art. 8.10 contempla la movilidad geográfica dentro del esquirolaje interno: *“los actos del empresario lesivos del derecho de huelga de los trabajadores consistentes en la sustitución de los trabajadores en huelga por otros no vinculados al centro de trabajo al tiempo de su ejercicio, salvo en los casos justificados por el ordenamiento”*.

Por tanto, según la ley, el empresario vulnera claramente el derecho a la huelga al llevar a cabo esta conducta para sustituir a uno o varios trabajadores.

Algunos ejemplos de sentencias en las que se condenaba al empresario por esquirolaje en materia de movilidad geográfica son:

- La STSJ de Canarias, de 23 de febrero de 2012 sobre movilidad funcional ascendente y modificación del sistema productivo
- La STSJ de Baleares, de 8 de abril de 1999, referida a la sustitución de trabajadores huelguistas por otros internos desplazados de otros centros y a la atención de pedidos para los clientes desde otro centro de trabajo en el que no había huelga

- La STSJ de Cataluña, de 10 de marzo de 1999, sobre la sustitución de trabajadores huelguistas por otros desplazados de otros centros.
- La STSJ de Castilla y León, de 17 de febrero de 2011, sobre la sustitución de trabajadores huelguistas de RENFE por otros de categoría similar procedentes de otro centro de trabajo.

3.2.2.3 Cambio de contenido: modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo

El art 41 *ET* “prevé que tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias:

- *Jornada de trabajo.*
- *Horario y distribución del tiempo de trabajo.*
- *Régimen de trabajo a turnos.*
- *Sistema de remuneración y cuantía salarial.*
- *Sistema de trabajo y rendimiento.*
- *Cambio de funciones que excede los límites de la movilidad funcional prevé el art. 39 del ET*.”*

Como se ha visto, el empresario puede hacer uso de su poder de dirección respecto de los trabajadores que no secunden la huelga, siempre y cuando no utilice este poder como mecanismo para privar de efectividad la huelga.

’Lo relevante es la intención empresarial, de forma que si lo que trata es eliminar o mitigar los efectos de una huelga legal, tal medida ha de entenderse ilícita”. (STC 123/1992).

Cosa distinta sería si, antes de anunciarse la huelga, el empresario decidiera, por ejemplo, incrementar la producción ya que prevé que haya escasez de suministro en los próximos meses.

Se van a numerar varias sentencias que han sido declaradas ilícitas:

- La STSJ de Cataluña, de 19 de septiembre de 2002 sobre sustitución de huelguistas mediante cambios de turno.
- La STSJ de Andalucía, de 6 de abril de 2010 sobre la prolongación de jornada y movilidad vertical descendente.
- La STSJ de Galicia, de 17 de diciembre de 2010 sobre la creación de un turno nocturno antes de la huelga.

Sin embargo, otras conductas como alargar la jornada laboral de un

trabajador no huelguista durante un solo día (STSJ del País Vasco, de 14 de septiembre de 2004) o incrementar el rendimiento los días posteriores a la huelga (STSJ de Aragón, de 20 de octubre de 2012) sí se han considerado legítimas.

Además, tal y como señala la doctora en Derecho Gema Martínez *“estos aspectos de la potestad directiva del empresario están imaginados para*

situaciones corrientes o excepcionales, incluso como medidas de emergencia, pero siempre en un contexto de normalidad con un desarrollo pacífico de la relación laboral, al margen de cualquier conflicto.”

Insiste en que la sustitución interna de huelguistas durante la medida de conflicto constituye un ejercicio abusivo del ius variandi empresarial, derecho que, con los límites legalmente previstos, corresponde al empresario en otras situaciones. Por tanto, el poder del empresario no puede alcanzar la sustitución de trabajo que deberían haber desempeñado los huelguistas por parte de otros trabajadores que habitualmente no se encargaran de tales funciones porque, de ser así, quedaría anulada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas mediante su cese en el trabajo.



CAPÍTULO IV.

La particularidad del esquirolaje tecnológico

4.1 Concepto de esquirolaje tecnológico

La tecnología ha influido en el ámbito laboral de manera incuestionable. Ha modificado los procesos de producción y la manera de realizar muchas tareas. Ya hay coches que funcionan de manera autónoma, sin conductor o impresoras 3D que crean tejidos celulares.

En este contexto, cabe preguntarnos ¿Qué ocurrirá con las huelgas? ¿Qué pasará si los trabajadores de una empresa de montaje secundan la huelga, pero el proceso automatizado hace que la producción no se detenga?

A finales de los 70s, la huelga y el cierre patronal eran los principales mecanismos de autotutela de los que disponían los trabajadores y el empresario, respectivamente. Como hemos visto, el RDLRT 17/1997 sólo prohibía expresamente el esquirolaje externo y, a partir de 1992, el TC interpretó como práctica prohibida también el esquirolaje interno y así se ha mantenido hasta ahora.

El contexto socioeconómico actual es muy diferente al que había a finales del siglo XX. Mientras que la huelga sigue siendo el principal mecanismo de presión que utilizan los trabajadores, el cierre patronal, como medida de autotutela del empresario, prácticamente ha desaparecido. Sigue habiendo conflicto colectivo, pero han surgido nuevas fórmulas que pueden utilizar los empresarios, entre ellas, el esquirolaje «tecnológico o virtual» (Torrente Gari, 2000).

Este término hace referencia a una práctica relativamente novedosa, que consiste en la utilización de medios técnicos por parte del empresario para continuar con la actividad y mitigar las consecuencias provocadas por la huelga.

En su ponencia “*El derecho de huelga*” (XI Congreso de la ACE, Barcelona, febrero 2013), Moralo Gallego ha señalado que ciertos sectores con un alto nivel de tecnificación (sobre todo la radio y la televisión), pueden reducir al mínimo la mano de obra necesaria en muchas fases del proceso productivo, llegando a suprimirse totalmente la necesidad de contar con trabajadores. Para ello, tan sólo han de programar los sistemas informáticos con antelación al inicio de la huelga.

A través de esta práctica, se puede dar la situación de que la huelga hubiera tenido un seguimiento del 90 % de la plantilla, y, sin embargo, el nivel de producción hubiera disminuido en un porcentaje ridículo.

“Se trata de establecer hasta que punto queda limitada la posibilidad de utilización de estos medios tecnológicos para minimizar las consecuencias derivadas de la huelga, si no es necesaria la intervención de los trabajadores huelguistas ni hacer uso de las facultades de movilidad funcional o geográfica

que pudieran dar lugar al esquirolaje interno " (López Luch, 2012).

A día de hoy, todavía es un tema que genera mucho debate y sobre el que versan distintas interpretaciones. No ha habido continuidad en la jurisdicción ordinaria. El Tribunal Supremo permitió desde sus inicios la sustitución de trabajadores por medios técnicos que estuvieran a disposición del empresario, con la excepción de la STS de 16 de marzo de 1998 (Rec. 1884/1997). Pero a partir de la STS de 5 de diciembre de 2012, adoptó la posición opuesta, argumentando que dicha práctica vulnera el derecho fundamental de huelga de los trabajadores. Se creía que la jurisprudencia posterior iría encaminada en la misma línea, pero no fue así.

El TC, recientemente ha tumbado esta última doctrina, considerado ilícito el uso de medios técnicos por parte de la parte empresarial para mantener, en la medida de lo posible, el nivel de producción. Se verá más detalladamente en el siguiente capítulo.

4.2 Evolución jurisprudencial

4.2.1 Primera etapa: El Tribunal Supremo permite el esquirolaje tecnológico (1999-2006)

Las primeras resoluciones judiciales que trataron este tema permitieron el uso de medios técnicos por parte del empresario, por considerarlos una herramienta de defensa ante la huelga, con la excepción de la **STC, de 16 de marzo (RC 1884/1997)**.

Esta sentencia fue la primera que trató el uso de medios técnicos por parte del empresario durante el ejercicio de una huelga. El supuesto de hecho consistió en que una empresa pública de televisión colocó una unidad móvil en la localidad de Carmona (Sevilla) al objeto de desviar la señal del centro de emisión de Málaga, emitiendo desde dicha unidad móvil la programación, cuando el centro de Málaga se encontraba en huelga, y otra unidad con la misma finalidad en Valencia de la Concepción (Sevilla) para poder así emitir los partidos correspondientes a la Eurocopa de Fútbol, fijados para los días de huelga, de manera que la huelga tuviera los menores efectos posibles sobre los usuarios del servicio.

En su fundamento 5, señala que *"Es cierto que el derecho constitucional de huelga (...) no es un derecho absoluto, y que cuando se trata de servicios públicos -como puede ser la televisión- han de mantenerse las garantías necesarias para sostener los servicios esenciales de la comunidad entre los que se encuentra el derecho a recibir la información, tutelado en el art. 20.1.d). pero esta limitación no puede enervar aquel derecho constitucional del trabajador, cuyo derecho quedaría vacío de contenido, si durante el periodo de huelga, se pudieran emitir y mantener, no solo informativos, sino también al resto de la programación habitual"*.

El TS considera que la empresa se excedió notablemente en cuanto a su programación. A partir de aquí, modificó su posición doctrinal drásticamente.

La **STS de 27 de septiembre de 1999** trata sobre la huelga que los trabajadores de la televisión catalana ejercieron durante la retransmisión de la final de la copa del Rey. Cuando comunicaron al resto de cadenas autonómicas la huelga, éstas concertaron los servicios de captación de imagen con otra empresa.

La actuación consideró legítima por el Alto Tribunal ya que “cuando una empresa que presta un servicio público es escenario de una huelga, el usuario de la misma tiene plena libertad para utilizar los servicios coincidentes de otra empresa que concurra con la que no puede prestarle el servicio”. Ni se contrataron trabajadores, ni “puede considerarse justo que el conflicto de los trabajadores contra la empresa tuviera que ser pagado por los usuarios de la cadena”.

Tiene una gran importancia la **STS de 4 de julio del año 2000 (RC 75/2000)**, durante una huelga de una emisora de radio, todos los trabajadores encargados del funcionamiento del control central *“abandonaron sus puestos de trabajo durante todo el período de la convocatoria”* pero aun así, *“se efectuó la transmisión, mediante grabaciones efectuadas con anterioridad y sin intervención de persona alguna, al realizarse de manera totalmente automatizada”*. Esto fue posible porque dos trabajadores que no secundaron la huelga estuvieron brevemente en el control central.

El TS recuerda la prohibición del esquirolaje interno, tanto por trabajadores del mismo puesto por puestos superiores, pero señala 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”*.

Si la audiencia hubiera optado por seguir esta la doctrina extensiva, que prohíbe la sustitución de trabajadores huelguistas bien a través de la contratación o bien a través de los propios trabajadores no huelguistas, también hubiera encontrado una dificultad en este caso, ya que no se hace referencia a personas, sino a máquinas.

En dicha sentencia, también señaló que *“este derecho garantiza el que los huelguistas puedan realizar los paros sin ser sancionados por ello, pero no asegura su éxito, ni en el logro de los objetivos pretendidos, ni en el de conseguir el cese total de la actividad empresarial”*. Se piensa que se refiere a que, a través de esta práctica, se salva a los trabajadores de tener que auxiliar en la realización de servicios mínimos, pudiendo ir en mayor número a la huelga.

Hay que recordar que objetivo último de la huelga es que cause efecto, que los trabajadores logren salvaguardar o mejorar sus intereses laborales, no conseguir una afluencia masiva de huelguistas. Lógicamente, cuanto mayor

sea el seguimiento, más presión recaerá sobre el empresario y más fácil será

conseguir el objetivo. Pero, aunque la huelga fuera secundada por una amplia mayoría de la plantilla, si éste utiliza los medios tecnológicos para compensar estas bajas y la producción o los servicios y logra que la producción se mantenga o disminuya en un porcentaje mínimo la dejará igualmente sin efecto.

Esta resolución fue acogida por la doctrina posterior. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 9 de enero de 2003 trató otro caso de esquirolaje tecnológico y reafirmó que el empresario puede hacer uso de sus propios medios y de los servicios mínimos para mantener, en la medida de lo posible la producción.

La sentencia fue recurrida y llegó al Tribunal Supremo, que en su **STS (Sala de lo Social) de 9 de diciembre de 2003 (rec. casación 41/2003)**, mantuvo el mismo criterio profundizando sobre algunos aspectos.¹¹

“Si la empresa se ve forzada en virtud de la huelga declarada (..) a la paralización de su actividad normal y sólo puede emitir el 50% de los informativos, y los espacios gratuitos de propaganda electoral (había en ese momento una campaña de elecciones catalana), no cabe, en buena lógica, admitir que viola la esencia del derecho fundamental de huelga al ocupar el resto de tiempo de esta última con material propagandístico ya enlatado con anterioridad, y para cuya emisión sólo se precisa pulsar un botón”.

La misma doctrina mantiene el Tribunal Supremo (Sala de lo Social), a través de la **STS de 15 de abril de 2005 (RC 133/2004)**¹² desestimando el recurso de casación contra la sentencia del STSJ de Extremadura (Sala de lo Social), de 15 de julio de 2004.

En resumen, de 1999 a 2006, el Alto Tribunal mantiene la doctrina de permitir la utilización de medios técnicos propios de la empresa para mantener la actividad productiva, sin distinguir entre los servicios mínimos, de índole informativa y el resto de programación.

4.2.2 Segunda etapa: El esquirolaje tecnológico vacía el contenido del derecho a huelga si se interpreta como servicio mínimo (2006-2012)

Hasta 2006 la jurisprudencia del TS existente permite la utilización de programas pregrabado, así como el uso de medios técnicos propios para continuar con la actividad empresarial.

¹¹ Comité de empresa de Televisió de Catalunya, S.A frente a Televisió de Catalunya, S.A.

¹² UGT Extremadura contra Televisión Española y Radio Televisión Española S.A.se

El **RDL 531/2002, de 14 de junio** por el que se establecen las normas para garantizar el funcionamiento de los servicios mínimos esenciales de radiodifusión sonora y de televisión, fijaba en su **Art. 3** como servicios esenciales de la comunidad: 1. *“la emisión, dentro de los horarios habituales de difusión, de una programación previamente grabada”*, 2. *la “producción y emisión de la normal programación informativa”* y 3. *“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»*.

Las sentencias del Tribunal Constitucional STC 183/2006, de 19 de junio y STC 191/2006, de 19 de junio declararon inconstitucionales y suprimieron los apartados 1 y 2 por ir en contra del derecho de huelga.

El TC no confeccionó una lista de servicios esenciales, pero siguió la línea interpretativa de la STC 26/1981, de 17 de julio donde considera que son esenciales “los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos.”

El derecho a la huelga está considerado como fundamental (28.2 CE), y lo mismo ocurre con el derecho a recibir información (20.1.d CE). En este caso, procede que los servicios mínimos en el caso de huelga en el sector radiotelevisivo sean aquellos que tienen que ver con el art. 20.1.d, que reconoce el derecho a comunicar y a recibir la información libremente, así como a expresar o difundir libremente pensamientos.

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, si bien éste hecho tendría que acreditarse o motivarse por el acuerdo u actuación administrativa.¹³

Diferente trato merecen aquellos programas televisivos que son «puro entretenimiento», sobre los 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 huelguista.

El TC afirma que al no interrumpirse el servicio de la radio y de la televisión, se priva de una repercusión apreciable a la huelga, da una apariencia de normalidad del servicio y por ende, la desvirtúa. Considera que los programas pregrabados lesionan el derecho de huelga.

¹³ Así lo estable el Tribunal Supremo (Sala de lo Social) en su sentencia de 11 de junio de 2012 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.

El RDLRT en su art.10.2 señaló 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 adecuada”*.

Este artículo fue derogado porque la potestad para fijar el mantenimiento de los servicios esenciales no recae en la autoridad gubernativa, sino en la jurisdicción ordinaria y en el recurso de amparo del propio TC. Sin embargo, el matiz de *“servicios de reconocida e inaplazable necesidad”* inspiró al TC para argumentar que la información pregrabada podría emitirse con posterioridad a la huelga y que, por tanto, dicha programación no debe incluirse en los servicios mínimos.

El Alto Tribunal acogió la misma doctrina en la STC (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 24 de julio de 2007 y siguientes.

4.2.3 Tercera etapa: El cambio doctrinal del Tribunal Supremo y la posición del Tribunal Constitucional. (2012-actualidad)

La **STS (Sala de lo social) de 11 de junio de 2012 (RC 110/2011)** fue sumamente importante. La confederación sindical ELA acusa a ETB y EITB de atentar contra la libertad sindical cuando ejecutaron los servicios mínimos del 29 de junio de 2010.

La demanda fue parcialmente estimada, no considerando como servicio esencial la publicidad pre-programada, pero admitiendo que se emitió sin utilizar para ello al personal destinado a cubrir los servicios esenciales: se emitió automáticamente. La sustitución de huelguistas no se dio, ni a través de personal externo ni a través de la propia plantilla. Por ello se considera que no se lesiona el derecho de huelga.

Un magistrado emite un voto particular, en defensa de que este hecho si vulnera el ejercicio del derecho de huelga. Lo fundamenta en base a que, con ese planteamiento, sería legal el uso de sistemas automáticos para películas, concursos y un sinfín de programas de entretenimiento que ocupan la mayor parte de la programación. Además, afirma que el límite a un derecho fundamental no se puede deducir interpretando ¹⁴.

¹⁴ A sensu contrario (basada en el hecho de que la legislación no contemple la utilización de medios técnicos como límite al derecho de huelga).

De nuevo, la confederación sindical ELA, seguida a instancia del sindicato LAB se entrentan a EITB y ETB, a través de la **STS de 5 de diciembre de 2012 (RC 265/2011)**. Reclaman que se vulneró el derecho fundamental de huelga por incluir programas no informativos durante la misma, en horario habitual y con programación pregrabada de contenido publicitario. Se formularon dos votos particulares

Este veredicto da un giro de 360 grados a la doctrina establecida hasta entonces. Se admite que *"no sólo en el supuesto de que se utilicen medios humanos (trabajadores asignados a la prestación de servicios mínimos) para la realización de actividades que exceden de los servicios decretados como esenciales, se lesiona el derecho de huelga, sino que también se lesiona este derecho cuando la empresa -como en el presente caso- emite publicidad por medios automáticos"*.

Se formularon dos votos particulares, en contra de lo expuesto en el párrafo anterior. El primer voto particular argumentaba que la propia etimología legislativa, en la que se incluían los términos de "esquirol" y "sustitución", dejaba claro que se refiere a personas. El segundo voto defiende que el derecho de huelga conviva con el resto de conflictos colectivos como uno más, que los huelguistas tengan la misma consideración que los empresarios y que los no huelguistas y que se tengan en cuenta las particularidades de cada caso.

En definitiva, esta particular sentencia ha roto con la jurisprudencia precedente doctrina de la Sala¹⁵. Deja la puerta abierta a diferentes interpretaciones que podrían darse en el futuro, ya que tampoco se puede considerar que a partir de ahora el esquirolaje tecnológico sea considerado una práctica abusiva, porque la doctrina está partida y todavía no hay jurisprudencia actualizada sobre el tema.

Como se ha visto al inicio del trabajo, los derechos fundamentales cuentan con una garantía especial una vez se agota la vía judicial ordinaria: el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

"El recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este Tribunal. En efecto, este Tribunal 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, y 33/2011, de 28 de marzo), pero no sobre la utilización durante la huelga de medios técnicos «de uso no habitual en la empresa».

¹⁵ 4 de julio de 2000 (RJ 2000, 6289) (rec. casación 75/2000); 9 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 9371) (rec. casación 41/2003), 15 de abril de 2005 (RJ 2005, 4513) (rec. casación 133/2004), y más recientemente, en el fundamento de derecho primero de la sentencia de 11 de junio de 2012 (RJ 2012, 6841) (rec. Casación 110/2011)

Para la sorpresa de todos, el Tribunal Constitucional tumbó la última doctrina aplicada por el Supremo, manteniendo de nuevo una posición restrictiva respecto al esquirolaje tecnológico.

En el epígrafe siguiente se analiza en profundidad la STC 17/2017, de 2 de febrero, por su relevancia actual y porque puede ser determinante a la hora de interpretar los derechos fundamentales en el futuro.

4.3 El último pronunciamiento sobre el tema: STC 17/2017, de 2 de febrero (RC 1168/2014).

4.3.1 Hechos probados

Los hechos se dieron durante la huelga general celebrada el 29 de septiembre de 2010. Telemadrid sólo emitió un partido de la Champions League. Este partido se transmitió utilizando un canal técnico distinto del habitual, porque el habitual estaba inoperativo debido a que todos los trabajadores que lo atendían (unidad de continuidad) secundaron la huelga.

La señal se envió desde los controles centrales al departamento de grafismo (distinto al habitual, que era el de continuidad), en el que se incorporó la «mosca» de Telemadrid. Esto fue posible gracias a la emisión de un codificador B que, habitualmente se utiliza como reserva pero en este caso se utilizó como principal, debido a que los trabajadores que atendían el habitual (Codificador A) secundaron la huelga.

Utilizaron los medios técnicos en los que sí había trabajadores (control central, grafismo, activación de los codificadores por parte de una empresa externa y cabina de locución, que fue abierta por un vigilante ajeno a la empresa).

Es relevante señalar que no hubo más de tres trabajadores: el de control central, el de grafismo que, a su vez, coordinaba el dpto., el locutor y el que comunicó el codificador que debía utilizar la empresa que distribuye la señal.

Según el sindicato demandante, Confederación General de los Trabajadores, se vulneraron los arts 14, 24 y 28 CE ya que se sustituyeron trabajadores de la empresa vía interna y a través de un comportamiento abusivo, además de utilizarse medios técnicos que no eran de uso habitual en la empresa para poder transmitir el evento.

El recurso de amparo se formula contra el Auto del TS de 26 de noviembre de 2013 (rec 169/2013), que no admite el recurso de casación para unificar la doctrina contra la STSJ Madrid, 23 de julio de 2012 (Rec 3623/2012). Esta última desestima el recurso de suplicación contra la Sentencia de la Sala de lo Social de Madrid nº 4, de 30 de noviembre de 2011.

Para el Ministerio Fiscal la actuación de la empresa efectivamente pretendió mermar los efectos de la huelga.

4.3.2 Fundamentos de derecho

El pleno señala que, “la mera cita como precepto también presuntamente vulnerado del art. 14 CE, sin desarrollo argumental alguno, no tiene otro alcance que el de reforzar el carácter discriminatorio que el sindicato recurrente pretende atribuir a lo que considera una sustitución interna de trabajadores durante la huelga, no planteándose en realidad cuestión alguna relacionada con un eventual tratamiento desigual o discriminatorio respecto de otra u otras personas o por alguno de los motivos prohibidos en el art. 14 CE o en la ley, razón por la cual prescindiremos de su análisis en la presente Sentencia. Y por lo que se refiere a la vulneración del art. 24 CE, como señala el Fiscal, constituye una queja manifiestamente redundante respecto de la alegación del art. 28.2 CE, pues la cita del art. 24.1 CE se plantea como un supuesto error de aplicación de determinadas consecuencias jurídicas a un relato de hechos probados, debiendo por ello entenderse subsumida esta vulneración en el ámbito propio del derecho de huelga.”

El Tribunal Constitucional debe pronunciarse sobre dos cuestiones:

- Analizar si los trabajadores no huelguistas suplantaron las funciones de los huelguistas, realizando tareas distintas a las habituales.
- Decidir si el empleo de medios técnicos no habitual constituye esquirolaje tecnológico.

Para centrar el asunto el propio TC hace una descripción del procedimiento de emisión de un partido de fútbol en una situación normal de trabajo para luego comparar lo que sucedió el día de la huelga.

En el fundamento 6º de la sentencia se observa que la única diferencia con un día normal fue que la señal se envió desde el dpto. central al de grafismo, en vez de al de continuidad. Es en el dpto. de continuidad donde se coloca la «mosca» de Telemadrid y el día de la huelga, la mosca se puso en una máquina del departamento de grafismo. *“A partir de ahí, un día normal una señal va directamente desde continuidad al codificador A –que es el que normalmente utiliza– y otra señal va a control central donde un trabajador la envía también al codificador B o de reserva. Pues bien, el día de la huelga únicamente se envió la señal desde control central al codificador B, porque en continuidad todos los trabajadores estaban en huelga y por eso la señal no se pudo enviar al codificador A”.*

El Tribunal Constitucional recurre a la doctrina jurisprudencial más relevante para emitir una resolución sobre si la emisión del se vulneró el derecho de huelga. Se basa en los siguientes fundamentos jurídicos de sentencias ya

resueltas:

- El **carácter limitado** del derecho de huelga (STC 11/1981). No obstante, debe atenderse a ciertos límites, que impidan interpretaciones restrictivas del derecho fundamental (SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 18, y 80/2005, de 4 de abril, FFJJ 5 y 6)
- La eficacia del derecho no es incondicional y debe quedar sometida a ciertas **restricciones** (SSTC 123/1992 y 41/1984). *“Como consecuencia del principio que reclama la efectividad de los derechos, también lo es que ello no constituye un valor absoluto al que deba sacrificarse cualquier otro o un principio que legitime cualquier modalidad de huelga o cualquier comportamiento durante su transcurso”*
- Deben restringirse las acciones del empresario para **neutralizar el derecho de huelga**. (Art. 6.5 RDLRT 17/1977). *“El empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número siete de este artículo”*. No se trata de un caso en el que se haya optado por la vía de **contratación** para sustituir a los trabajadores huelguistas (STC 123/1992), y tampoco el empresario ha **variado las funciones** de los trabajadores no huelguistas (STS 11/2013).
- **Criterio de proporcionalidad y sacrificio mutuos** (STC 11/981 y 41/1984), de manera que, si existe una desproporción entre los daños producidos al empresario y los asumidos por los huelguistas, la huelga será calificada de abusiva. Los daños producidos por la *huelga “no pueden ir más allá de lo que es razonablemente requerido por la propia actividad conflictiva y por las exigencias inherentes a la presión que la huelga necesariamente implica”* (STC 72/1982). Y ello, porque, ciertamente *“la huelga es un derecho de hacer sobre el empresario, colocándose los trabajadores fuera del contrato de trabajo, pero no es, ni debe ser en momento alguno, una vía para producir daños o deterioros en los bienes de capital”* (STC 11/1981)
- No hay ninguna ley o artículo que prohíba al empresario **utilizar los medios técnicos** de los que habitualmente dispone en la empresa para mantener su actividad. 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.
- Merece respeto la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no apoyen la huelga, así como que **se garantiza el derecho de huelga pero no el éxito de la misma** (STC 11/1981, 22/2012 Y 69/2016). Asimismo, no obligan al empresario a reducir la actividad empresarial más allá de lo estrictamente necesario (STC 11/1981).

4.3.3 Fallo

Se concluye con que no ha existido lesión del derecho de huelga: No se trata de un caso de esquirolaje interno, porque el empresario ha hecho un ejercicio regular de sus funciones de dirección y control y porque los trabajadores no huelguistas “no realizaron funciones distintas a las que les corresponden”.

Tampoco se trata de un caso de esquirolaje tecnológico, ya que el partido se pudo emitir gracias a los trabajadores que no secundaron la huelga y porque había medios técnicos dentro de la empresa que permitían hacerlo.

4.3.4 Síntesis del voto particular formulado por Valdés Dal-Ré

El magistrado Valdés Dal-Ré formuló un voto particular, al cual se adhirieron la Vicepresidenta, Adela Asya y el Magistrado Juan Antonio Xiol posteriormente. Valdés considera que se ha dado esquirolaje interno y tecnológico.

a. Respecto al esquirolaje interno:

Recuerda que “la imposibilidad legal y material de alterar los hechos no puede conducir a que el Tribunal Constitucional abdique de su función de protección del derecho fundamental” (STC 17/2003).

A su juicio, el Tribunal Constitucional, de manera autónoma, debe interpretar los hechos desde el principio, con independencia de que ya haya habido sentencias anteriores que lo hicieran. De lo contrario, el TC estaría delegando el control de la propia materia que le compete, su constitucionalidad, en otro órgano. (En este caso, en el Tribunal Supremo).

Una vez se hayan estudiado los hechos, solicita que se especifiquen qué comportamientos son abusivos en el ámbito de la sustitución interna y, si así procediera, corregir la calificación jurídica de la intervención de los trabajadores que prestaron sus servicios a Telemadrid.

Discrepa con la afirmación judicial “los trabajadores que no realizaban la huelga ese día (...) no llevaron a cabo funciones distintas de las que vienen desarrollando habitualmente”, ya que, realmente, el coordinador del departamento de grafismo que insertó la «mosca» en las imágenes, ocupaba un puesto de notable responsabilidad, supervisando diversos departamentos a parte del de grafismo.

Por tanto, “la sustitución de los trabajadores en huelga se efectuó por otros de superior nivel profesional, medida ésta que tacha de irregular e ilícita la sustitución interna y, por lo mismo, lesiona el constitucional derecho de huelga”.

b. Respecto al esquirolaje tecnológico:

Valdés no entra a valorar este supuesto con la misma minuciosidad que el interno, ya que si se hubiera admitido la anterior nunca se hubiera llegado al punto de tener que tratar esta.

No obstante, hace hincapié en un apartado concreto de los hechos: “día de la huelga, la señal se redireccionó, en lugar de al Emisor ordinario (Codificador A,) a uno alternativo (Codificador B), que normalmente se encuentra en situación de reserva”.

Critica que el uso de las nuevas tecnologías no servirle al empresario para lograr bloquear la finalidad por la que nacieron los derechos fundamentales.

Para finalizar, Valdés concluye con una reflexión muy interesante:

“Las renovadas fuentes de incidencia empresarial en la efectividad de los derechos fundamentales, al amparo de los nuevos medios técnicos a los que recurre para hacer más penetrante su actuación limitativa e impeditiva de la tutela constitucional, requieren respuestas constitucionales también nuevas, que garanticen la protección de los derechos más esenciales de los trabajadores en un grado asimilable al que ofreció nuestra jurisprudencia en el pasado, cuando dichos medios tecnológicos carecían del desarrollo y de la potencialidad restrictiva con los que ahora cuentan.

También en esto la Sentencia dictada por el Pleno da la espalda, de manera insensible, a la cobertura constitucional y a la necesidad de adaptarla a las nuevas circunstancias, a la evolución de la realidad laboral por razón de las transformaciones que se producen en el marco de las relaciones de trabajo. Más que una nueva oportunidad perdida, advierto en estos pronunciamientos 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”.



Conclusiones

Es incorrecto afirmar que en España no hay **regulación** sobre la huelga, ya que se aplican las normas establecidas en el Real Decreto Ley 17/1977, parcialmente modificado por el STC 11/1981. En la Constitución reconoce el derecho de huelga como **fundamental**, pero no tiene Ley Orgánica que lo desarrolle.

Esta situación ha provocado que **doctrina y jurisprudencia** incorporen mecanismos interpretativos para tratar de adaptar el derecho de huelga y, en concreto, el **esquirolaje** al contexto actual.

La **globalización** económica ha transformado el modelo productivo y de consumo (Vila, 2014). En un entorno tan competitivo como lo es el actual, se concede un excesivo protagonismo a la atención inmediata de las necesidades del mercado, reduciendo así la capacidad de resistencia de los empresarios a la paralización productiva.

Las **medidas de conflicto** colectivo se han transformado en las últimas décadas. Hasta los años 90s, el **cierre patronal** ha sido la medida de conflicto colectivo más utilizada por los empresarios para hacer frente a la huelga. El Tribunal Supremo declaró esta medida ilegal por su finalidad (STS 31/03/2000)

Actualmente, ciertos empresarios hacen uso de **métodos no regulados** que tienen como finalidad mantener la actividad productiva, a través de la contratación de personal (esquirolaje externo), desviando la producción a otros trabajadores (esquirolaje interno) o mediante el uso de medios automáticos (esquirolaje tecnológico). Estas prácticas proporcionan al empresario una ventaja estructural en los conflictos laborales.

El **esquirolaje externo** está expresamente prohibido en el Art 6.5 RDLRT. Ni la subcontratación, ni los grupos de empresas pueden servir para eludir la protección que la Constitución depara al derecho de huelga.

Sin embargo, si la colaboración interempresarial es eventual, no puede impedirse que el empresario lleve a cabo prácticas destinadas a mantener la producción en la medida de lo posible.

Respecto a las otras dos modalidades (esquirolaje interno y tecnológico), la **ausencia de límites conceptuales y normativos** a partir de los cuales poder valorar la licitud de estas prácticas ha determinado que haya puntos de vista distintos tanto doctrinal como jurisprudencialmente.

Los órganos jurisdiccionales superiores, el **Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo**, han llevado a cabo un análisis de los conflictos colectivos en numerosas ocasiones. Consideran abusivo e ilegal el hecho de sustituir a trabajadores huelguistas mediante contratación externa,(STC 11/1981) y también través de los propios trabajadores (STC 123/1992).

Sin embargo, sobre el esquirolaje tecnológico no hay una doctrina unificada. El TS lo consideró en un primer momento legal y, más adelante, una

CONCLUSIONES

práctica abusiva.

Ante todo pronóstico, ha sido finalmente el TC el que ha permitido que los medios técnicos se utilicen durante la huelga.

Independientemente de la posición que se defienda, estas dos sentencias han aportado argumentaciones muy interesantes, generando un gran debate. La existencia de votos particulares en ambos juicios y el corto periodo de tiempo en el que se dictan ambas sentencias hace que surjan muchas dudas respecto al futuro de la huelga en sectores tecnológicos.

Actualmente, se ha dado en **el sector audiovisual**, pero puede extenderse a teleoperadoras, fábricas, periódicos, etc.

Sánchez Pérez (2017) no piensa que las consecuencias que se desprenden de la última sentencia del TC deriven en una restricción del derecho de huelga que pueda apreciarse como sustancial.

A la inversa, otros autores creen que la huelga pierde su contenido esencial, su efecto, ante la utilización de medios técnicos para mantener la producción. (Preciado Domenech y Valdés, 2017).

Un informe publicado hace menos de un año por el *McKinsey Global Institute* señala que *“los recientes desarrollos en la robótica, inteligencia artificial y aprendizaje automático nos han puesto en la cúspide de la nueva era de la automatización.”* Este estudio afirma que con los procesos que existen actualmente, **se podrían automatizar el 45 % de las actividades que realizamos a lo largo del día en nuestros trabajos, pero sólo en el 5 % de los empleos.**

La tecnología avanza más rápidamente que la legislación. Los **Tribunales** tienen la función de **garantizar** la vigencia del derecho de huelga y de reconstruir el sistema del Derecho del Trabajo. Ha de recuperarse la **efectividad de las instituciones laborales** a través de la elaboración o actualización de una norma que abarque todas las modalidades de esquirolaje, eliminando así las ambigüedades que derivan del vacío legal existente.

Este caso pone una vez más de manifiesto la poca operatividad del sistema de justicia de nuestro país. Hasta que ha dictado el TC una sentencia contra la que no cabe recurso han transcurrido **7 años**.

Además del excesivo plazo, la sentencia emitida sigue siendo ambigua. Por cara 100.000 habitantes, en España sólo hay 11 Jueces y 5 Fiscales. Se lleva sin crear ningún Juzgado nuevo seis años y las plazas que se ofertan no cubren las jubiaciones.

Como decía Séneca (2000 a.C) *“nada se parece más a la injusticia que la justicia tardía”*, debemos **reclamar** una justicia más rápida, eficiente, digitalizada, objetiva, con más jueces, exigiendo que se traten ciertos aspectos

fundamentales sobre los que haya más vacíos legales.

El derecho de huelga merece **ser adaptado a los nuevos escenarios productivos** y dejar de seguir siendo interpretando literalmente por preceptos desfasados en la práctica, como sucede con la prohibición de esquirolaje. Para ello, **debería de diferenciarse cada modalidad y precisar sus límites**.

Lo idóneo sería que se elaborase una **Ley Orgánica**, ya que, como la Constitución dice, las modificaciones de un derecho fundamental deben reflejarse mediante esta vía. Para ello, esta Ley debería ser respaldada por una mayoría absoluta del Congreso de los Diputados y por UGT y CCOO.

Hasta que todos los organismos implicados llegaran a un acuerdo, es posible que pasara mucho tiempo. Por tanto, considero que la opción más eficaz sería la de **reformar parcialmente el artículo 6.5 RDLRT**, tratando dos temas fundamentales:

En primer lugar, los **límites de los servicios esenciales y mínimos**.

- Partidos y sindicatos deben elaborar conjuntamente una lista cerrada de servicios esenciales, en base a los criterios de la existencia de servicios alternativos, del grado de esencialidad y de la duración de la huelga, entre otros. Una vez delimitados estos servicios esenciales, el siguiente paso es fijar los mínimos que corresponderían a cada uno de ellos.

En segundo lugar, **la práctica abusiva que es sustituir a trabajadores huelguistas durante la huelga**:

- El empresario no tiene capacidad para sustituir a trabajadores huelguistas por otros que no estuvieran vinculados con la empresa en el momento en el que se comunicó el preaviso de huelga. Aquí se incluirían, a parte de la contratación externa directa, la subcontratación, las ETTs y la ayuda de amigos o familiares.
- El empresario no está facultado para utilizar la movilidad geográfica y/o funcional de los trabajadores con la finalidad de limitar el ejercicio del derecho de huelga, estando prohibido sustituir a los huelguistas por trabajadores que forman parte de la plantilla con anterioridad a la huelga.
- El esquirolaje tecnológico es una conducta abusiva cuando el fin que persigue el empresario es el de mermar los efectos de la huelga. Aunque éste tiene libertad de organización de recursos (Art 38 CE), el derecho de huelga por ser fundamental prevalece y debe de limitar la libertad del empresario.

Es posible utilizar los medios técnicos para evitar un daño grave para la empresa debido a la huelga, pero jamás se pueden utilizar para sustituir de manera encubierta a los huelguistas.

La ambigüedad normativa y el propio conflicto desembocan en la vía judicial muy habitualmente, gastando recursos y esperando años a que haya una

resolución. Cuando hay una sentencia firme, la huelga ha acabado. Por ello deben tomarse medidas de carácter urgente.



Bibliografía

ARTÍCULOS Y REVISTAS ELECTRÓNICAS

CARDONA RUBERT, M.B. (2003). La intervención administrativa en las huelgas en servicios esenciales a la comunidad. *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, 157-173.

Obtenido de : <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=149427>

ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J. (2012). “Esquirolaje interno como ataque al derecho fundamental a la huelga.” *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 116, 205-214.

Obtenido de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=94680>

FERRANDO GARCÍA, F. (2011). “Un nuevo avance en la doctrina constitucional sobre sustitución interna de huelguistas: del efecto “anestésico” de las facultades directivas a la obligación empresarial de garantizar la eficacia de la huelga.” *Revista de derecho social*, 54, 181-187.

Obtenido de: <https://app.vlex.com/#vid/avance-huelguistas-anestésico-rec-434808198>

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S. (2016). “¿Qué se suspende: El campeonato de fútbol o el derecho de huelga?”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 44, 265-276.

Obtenido de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5761125>

FERNÁNDEZ PRIETO, M. (2016). “Huelga ilegal, derechos de huelga, libertad sindical y libertad de expresión e información.” *Revista gallega de derecho social*, 2, 131 – 151.

Obtenido de: www.revistagallegadederechosocial.gal/index.php/RGDS/article/download/17/40

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (2005). “Derecho de huelga y libertad de empresa. *Revista jurídica de Castilla y León*, 5. 13- 54.

Obtenido de: www.jcyl.es/web/jcyl/binarios/592/572/RJ5-05-G.Perrote.pdf

GOERLICH PESET, J.M (1994). “Los efectos de la huelga”. Tirant to Blanch, Madrid.

GORDO GONZÁLEZ, L. (2012) “El contenido esencial del derecho de huelga: la prohibición del esquirolaje interno”. *Revista Aranzadi Social*, 3. 16.

Obtenido de : <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4067299>

HIERRO HIERRO, F.J (2008)., “Distintos cuestionamientos acerca de la actitud empresarial como vulneradora del derecho de huelga” *Revista Doctrinal Aranzadi* 842, 5.

SANGUINETI RAYMOND, W. (2016). “El derecho de huelga en la encrucijada del cambio tecnológico y productivo.” *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y Relaciones Laborales*, 14, 10-16.

Obtenido de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5411140>

MARTIN VALVERDE, A. (1986). “Los límites del derecho de huelga en la Administración Pública”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 18, 21-50.

Obtenido de : <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79334>

MORENO VIDA, M.N. (2014). “La intervención administrativa en las huelgas en servicios esenciales a la comunidad”. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 125, 269-304.

Obtenido de : www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/33_1492_3.pdf

MORENO DE TORO, C. y RODRÍGUEZ CRESPO, M.J. (2009). “Ejercicio y límites del lus Variandi del Empresario”. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 98, 201-211.

Obtenido de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2886503>

RIVERO LAMAS, J. (1993). “Infracciones y sanciones laborales y regulación de derecho de huelga: criterios jurisprudenciales y proyectos de reforma”. *Revista de relaciones laborales*, 1, 143-188.

Obtenido de: <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/229683.pdf>

TALÉNS VISCONTI, E.E. (2013) “Esquirolaje tecnológico. Interrogantes abiertos”. *Aranzadi social: Revista Doctrinal*, 6, 173-192.

Obtenido de : <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4491156>

TOSCANI GIMÉNEZ, (2017). “La prohibición de esquirolaje durante la huelga con especial mención al esquirolaje tecnológico”. *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 30, 82-86

Obtenido de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6040238>

TOSCANI GIMÉNEZ, D. (2014). “Algunas reflexiones acerca de los efectos de la huelga sobre el contrato: Puntos críticos.” *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 127, 121-142.

Obtenido de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/aleaut?codigo=149671>

E-BOOKS Y LIBROS

ALONSO OLEA, M. (1983) *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*. Civitas, Madrid.

HUTT, W.H. (2016). *La amenaza de huelga : consecuencias económicas de la contratación colectiva*. Unión Editorial, Madrid.

JIMÉNEZ, D.P. (2014). *Manual del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Esic, Madrid.

LÓPEZ CUMBRE, L. (2016). " «Esquirolaje» en la empresa principal. Análisis jurídico Gómez-Acebo y Pombo Abogados.

En: http://www.gomezacebo_pombo.com/media/k2/attachments/esquirolaje-en-la-empresa-principal.pdf

MERCADER UNGUINA, J; DE LA PUEBLA, PINILLA. A Et Al (2014). *Derecho sindical*. Tirant lo Blanch, Valencia.

En:<http://biblioteca.tirant.com.ponton.uva.es/cloudLibrary/ebook/show/9788490535639>

RENTERO JOVER, J. (2002). *El Comité de Huelga en el Derecho Español del Trabajo*. CES, Madrid.

En: <http://www.racmyp.es/R/racmyp//docs/anales/A70/A70-20.pdf>

ROMERAL HERNÁNDEZ, J. (2008), *Vulneración del derecho de huelga por modificación del turno de trabajo*. Aranzadi Social,5.

SALA FRANCO, T. y LÓPEZ GARCÍA DE LA RIVA, I. (2013). *Los mecanismos empresariales de defensa frente a una huelga*. Tirant lo Blanch, Valencia.

En:<http://biblioteca.tirant.com.ponton.uva.es/cloudLibrary/ebook/show/9788490339848>

SALA FRANCO, T. (2017). *Derecho sindical*. Tirant lo Blanch, Valencia.

En:<http://biblioteca.tirant.com.ponton.uva.es/cloudLibrary/ebook/show/9788490336571>

SOLÁ MONELLS, X. y MARTÍNEZ FONS, D. (2007). *Cambios en las relaciones de trabajo y derecho a la huelga*. Fundación Alternativas, Madrid.

En:

http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/estudios_documentos_archivos/xmlimport-efp5po.pdf

TORRENTE GARI, S. *El derecho de huelga y las “innovaciones tecnológicas.* En Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 2. 2000.

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

LEGISLACIÓN

Constitución Española. (Arts. 14- 29 y 37 CE)

Arts. 4 y 20 Estatuto de los Trabajadores.

Real Decreto Ley 17/1977, sobre Relaciones de trabajo.

Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Real Decreto 531/2002, de 14 de junio, sobre servicios mínimos.

Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril.

Sentencia del Tribunal Constitucional 66/83, de 21 de julio

Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1992, de 28 de septiembre

Sentencia del Tribunal Constitucional 80/1982, de 20 de diciembre

Sentencia del Tribunal Constitucional 184/2006, de 19 de junio

Sentencia del Tribunal Constitucional 191/2006, de 19 de junio

Sentencia del Tribunal Constitucional 33/2011, de 28 de marzo

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1987

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2000

Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2003

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2005

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2009

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2012

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2012

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2013

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2012

PÁGINAS WEB

BAYLOS Y GRAU, A. (2017). “Huelga ,esquirolaje, contratas”. Según Antonio Baylos...

En: <http://ignasibeltran.com/2017/02/20/huelga-y-esquirolaje-interno-y-tecnico-un-paso-atras-a-la-luz-de-la-stc-2217/>

BELTRÁN, I. (2017). “Huelga y esquirolaje interno y técnico: Un paso atrás a la luz de la STC 2/2/17”. Una mirada crítica a las Relaciones Laborales

CENTRO DE ASISTENCIA TÉCNICA Y APOYO A EMPRESAS EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES, (2015). Obligación para los trabajadores de aceptar la designación o asignación como recurso preventivo de presencia por parte de la empresa. CEOE Tenerife.

Obtenido de: <http://ceoe-tenerife.com/wp-content/uploads/2016/07/N39-2016.pdf>

GARCÍA MARTÍNEZ, G. (2016). *¿Vulnera el derecho fundamental a la huelga, el esquirolaje interno?*

<http://www.legaltoday.com/practica-juridica/social-laboral/laboral/vulnera-el-derecho-fundamental-a-la-huelga-el-esquirolaje-interno>

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, (2017). *Estadística de Huelgas y Cierres Patronales.* Subsecretaría de Empleo y Seguridad Social.

ROJO TORRECILLA, E. (2014). “Derecho constitucional de huelga y límites a la movilidad funcional por parte empresarial. Empresas importantes condenadas por vulnerar el derecho. Sobre la sentencia de 29 de octubre de la AN (caso Liberbank), y dos sentencias de JS de Pamplona, (casos Volkswagen).” El nuevo y cambiante mundo del trabajo.

En: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/11/derecho-constitucional-de-huelga-y.html>

SAN MARTÍN, C., SEMPERE, A. (2014). “¿Puede una empresa minorar los efectos de la huelga?”. Noticias breves Gómez-Acebo y Pombo Abogados.

En:<http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/puede-una-empresa-minorar-los-efectos-de-la-huelga.pdf>

Índice de abreviaturas



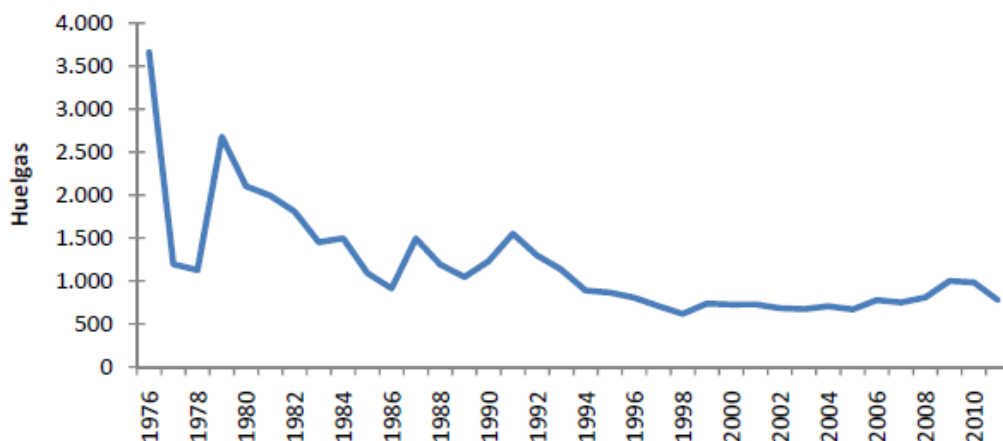
Art.:	Artículo
CCOO.	Comisiones Obreras
CE:	Constitución Española
FJ:	Fundamento jurídico
LETT:	Ley por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal
LOLS:	Ley Orgánica de Libertad Sindical
MEYYS:	Ministerio de Empleo y Seguridad Social
PLOH:	Proyecto de Ley Orgánica de Huelga de 1994
RDLRT:	Real Decreto Ley sobre Relaciones de Trabajo
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ:	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
ET:	Estatuto de los Trabajadores
LISOS:	Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social



ANEXOS

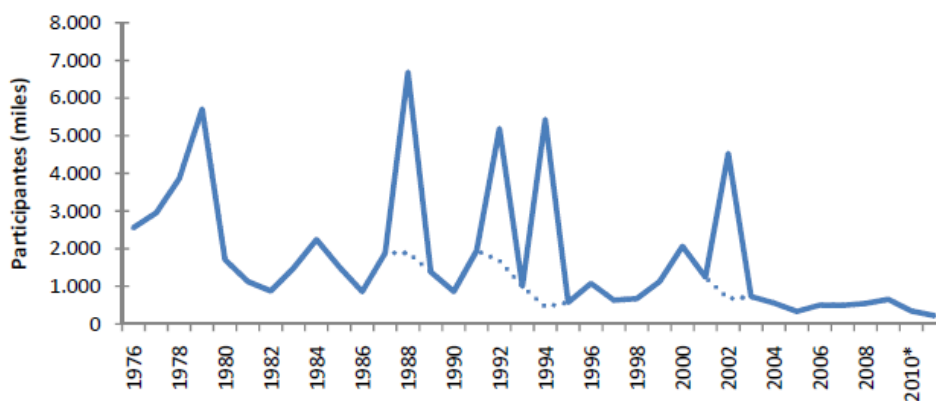
ANEXO I

1. Evolución del nº de huelgas (1976-2010)



Fuente: Elaboración propia a partir de Estadística de Huelgas y Cierres Patronales, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, (2016)

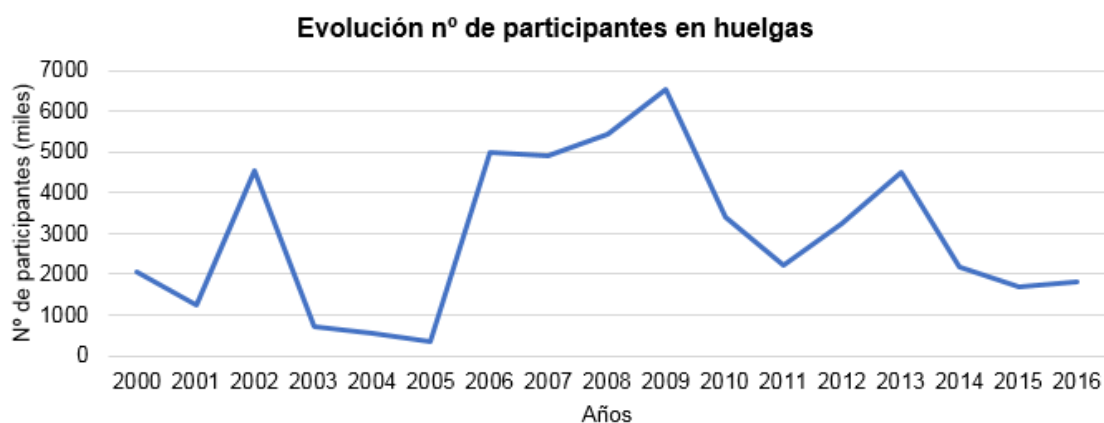
2. Evolución del nº de participantes en huelgas (1976 – 2010)



Fuente: Elaboración propia a partir de Estadística de Huelgas y Cierres Patronales, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, (2016)

En ambas gráficas, para 2010 no se incluyen datos sobre la Huelga del Sector Administración Pública y Sector Interinos Docentes Enseñanza No Universitaria de 8 de junio 2010, la Huelga de Educación Pública y Privada de 22 de mayo de 2012 y las Huelgas Generales de 29 de septiembre de 2010 y 29 de marzo y 14 de noviembre de 2012 ,la huelga de la enseñanza pública y privada de 9 de mayo de 2013 y la huelga del sector del Contact Center de los meses de septiembre a diciembre de 2016.

3. Evolución del nº de participantes en huelgas



Fuente: Elaboración propia a partir de Estadística de Huelgas y Cierres Patronales, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, (2016)

4. Evolución del nº de participantes en cierres patronales.



Fuente: Elaboración propia a partir de Estadística de Huelgas y Cierres Patronales, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, (2016)

El elevado número de jornadas no trabajadas por huelgas en 2004 se debió, fundamentalmente, a la huelga desarrollada durante los meses de septiembre y octubre en el sector “agrícola y ganadero” de la provincia de Sevilla, que sumaron, según las organizaciones sindicales que proporcionaron los datos, algo más de 3 millones de jornadas no trabajadas y 117 mil trabajadores participantes.

ANEXO II.

Tabla 2. Derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978

Artículo 14. Igualdad ante la Ley
Artículo 15. Derecho a la integridad física y moral.
Artículo 16. Libertad ideológica y religiosa
Artículo 17. Libertad personal
Artículo 18. Derecho al honor a la intimidad y a la protección de datos
Artículo 19. Libertad de residencia y circulación
Artículo 20. Libertad de expresión
Artículo 21. Derecho de reunión y de manifestación
Artículo 22. Derecho de asociación
Artículo 23. Derecho a la participación política.
Artículo 24. Derecho a la tutela judicial efectiva
Artículo 25. Principio de legalidad
Artículo 26. Prohibición de los tribunales de honor
Artículo 27. Derecho a la educación y libertad de enseñanza
Artículo 28. Libertad sindical y derecho a la huelga
Artículo 29. Derecho de petición

ANEXO III

Adaptación del RDLRT 17/1977 por la STC 11/1981

- El **art 3**, se declara constitucional, pero con el matiz de que “no lo son, en cambio, las exigencias de que el acuerdo se adopte fraccionadamente en cada centro de trabajo, la de que a la reunión haya de asistir un determinado porcentaje y la de que la iniciativa para la declaración de la huelga haya de estar apoyada por un 25% de los trabajadores.”
- El **art 5.1** es declarado inconstitucional cuando las huelgas comprendan varios centros de trabajo
- El **art 6.5** establece que “es responsabilidad del empresario designar a los trabajadores que deben efectuar estos servicios”, pero que el órgano encargado de garantizarlos es el comité de huelga.
- Que el empresario tuviera la potestad para designar a los trabajadores unilateralmente (**art. 6.7**) también se declaró inconstitucional, ya que priva a los empleados designados de un derecho fundamental. (STC 8 de abril de 1981 y STC 66/83, de 21 de julio).

Si la designación de trabajadores fuera llevada a cabo por el empresario estaríamos ante una presunción iuris et de iure, ya que siempre se llegaría a un efecto no deseado. La designación debe recaer en el propio comité de huelga.

- También se considera inconstitucional el párrafo 1º del **art. 10** ya que “no faculta al Gobierno para instituir un arbitraje obligatorio siempre que en él se respete el requisito de imparcialidad de los árbitros.” La misma sentencia establece las condiciones para que la huelga sea declarada constitucional:
 - La necesidad de preaviso y la existencia de un comité de huelga que ha de negociar el fin de ésta.
 - La potestad de la Administración de asegurar el funcionamiento de los servicios públicos mínimos esenciales a la comunidad
 - La obligación de los huelguistas de garantizar seguridad de personas, bienes y la prohibición de ocupar los centros de trabajo, con violencia sobre las instalaciones del empresario y presión sobre los trabajadores no huelguistas.
- También se considera inconstitucional el párrafo 1º del **art. 10** ya que “no faculta al Gobierno para instituir un arbitraje obligatorio siempre que en él se respete el requisito de imparcialidad de los árbitros.”
- Considera ilegal la expresión «directamente» de la letra b) del artículo 11 declarada inconstitucional por Sentencia TC (Pleno) de 8 de abril de 1981.