



Universidad de Valladolid

u

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Derecho de Huelga, Servicios Esenciales y Esquirolaje: un análisis legislativo y jurisprudencial.

Presentado por:

Carmela Amparo Rojo Alonso

Tutelado por:

Fernando Rey Martínez

Valladolid, 30 de junio de 2025

RESUMEN

El derecho de huelga, es un derecho fundamental reconocido en el artículo 28.2 de la Constitución española de 1978, que puede definirse como la cesación en el trabajo, que llevan a cabo los trabajadores, con el objeto de presionar al empresario, para que este atienda sus pretensiones.

Como límite al derecho de huelga se encuentra la fijación de los servicios esenciales, que son aquellos que satisfacen los intereses esenciales de la comunidad, es decir, los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos. Para garantizar dichos servicios esenciales, la autoridad gubernativa correspondiente habrá de fijar los servicios mínimos que deberán prestarse durante la huelga.

Dentro del ámbito de la huelga, queda prohibida la práctica del esquirolaje, en sus dos vertientes. Por una parte, el externo, que consiste en sustituir a los trabajadores huelguistas por personas que no estén vinculadas a la empresa en el momento de convocarse la huelga, y por otra parte, el esquirolaje interno, que supone la sustitución de los huelguistas por trabajadores de la empresa que no hayan secundado la huelga.

Además, se debate acerca de si existe un tercer tipo de esquirolaje, el tecnológico.

PALABRAS CLAVE

Derecho de huelga, Tribunal Constitucional, esquirolaje, trabajador, servicios esenciales, empresario, servicios mínimos, Real Decreto-Ley 17/77, Constitución española de 1978.

ABSTRACT

The right to strike is a fundamental right recognized in Article 28.2 of the 1978 Spanish Constitution. It can be defined as the cessation of work carried out by workers with the aim of pressuring their employer to comply with their demands.

The right to strike is limited by the establishment of essential services, which are those that satisfy the essential interests of the community, that is, fundamental rights, public freedoms, and constitutionally protected rights. To guarantee these essential services, the relevant government authority must establish the minimum services that must be provided during the strike.

Within the scope of the strike, both forms of scabbing are prohibited. External scabbing consists of replacing striking workers with individuals not affiliated with the company at the time the strike is called. Internal scabbing involves replacing strikers with company employees who have not joined the strike.

Furthermore, there is debate about whether a third type of scabbing exists: technological scabbing.

KEYWORDS

Right to strike, Constitutional Court, scabbing, worker, essential services, employer, minimum services, Royal Decree-Law 17/77, Spanish Constitution of 1978.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	4
2. EL DERECHO DE HUELGA.....	5
2.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA	5
2.2. REGULACIÓN LEGAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL..	7
2.3. PROCEDIMIENTO	8
2.4. COMITÉ DE HUELGA.....	10
2.5. HUELGAS ILEGALES	11
2.6. FINALIZACIÓN DE LA HUELGA.....	12
3. SERVICIOS ESENCIALES.....	14
3.1. CONCEPTO DE SERVICIO ESENCIAL	16
3.2. SERVICIOS MÍNIMOS	20
3.2.1. ¿QUIÉN ESTABLECE LOS SERVICIOS MÍNIMOS?	21
3.2.2. IMPOSICIÓN UNILATERAL DE SERVICIOS MÍNIMOS	23
3.2.3. FIJACIÓN DE LOS SERVICIOS MÍNIMOS	26
3.2.4. TRABAJADORES DESIGNADOS PARA PRESTAR SERVICIOS MÍNIMOS	27
4. EL ESQUIROLAJE.....	31
4.1. EL ESQUIROLAJE EXTERNO.....	31
4.1.1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 1717/2015 DE 20 DE ABRIL.....	32
4.1.2. SUBCONTRATACIÓN ENTRE EMPRESAS CUANDO HAY ESPECIAL VINCULACIÓN.....	33
4.2. EL ESQUIROLAJE INTERNO	39
4.2.1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 123/1992, DE 28 DE SEPTIEMBRE.....	39
4.2.2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 33/2011 DE 28 DE MARZO.....	42
4.3. EL ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO	45
4.3.1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 5579/2012 DE 11 DE JUNIO	45
4.3.2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 9176/2012 DE 5 DE DICIEMBRE.....	48
4.3.3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 17/2017 DE 2 DE FEBRERO....	49
5. CONCLUSIONES	54
6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	56

1. INTRODUCCIÓN

El derecho de huelga, como derecho fundamental de los ciudadanos, constituye un mecanismo esencial para la defensa de los intereses de los trabajadores, desde el plano colectivo. Pues es, en palabras del Tribunal Constitucional (TC), un derecho de titularidad individual, pero de ejercicio colectivo, constituyendo una de las medidas de conflicto colectivo reconocidas por la Constitución española.

El presente trabajo pretende una exposición del derecho de huelga partiendo de sus orígenes, cuando la huelga estaba tipificada como delito en el Código Penal, hasta la regulación vigente, con el Real Decreto-Ley 17/77 sobre relaciones de trabajo. Dicha regulación data de 1977, es decir, que es preconstitucional. Esta cuestión ha llevado a que el TC reinterprete la norma, modificando múltiples preceptos de la misma, e incluso declarando inconstitucional alguno de ellos. No obstante, y a pesar de la numerosa jurisprudencia que ha elaborado el TC, se pone de manifiesto la necesidad de una Ley orgánica que regule el derecho de huelga como lo que es, un derecho fundamental.

Sin perjuicio de que el derecho de huelga esté constitucionalmente reconocido en la CE, el propio artículo 28.2 de la misma, impone un límite. Este es el "mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad". Este trabajo ofrece un análisis de lo que entiende la jurisprudencia por "servicios esenciales", y del mecanismo para garantizarlos. Este son los "servicios mínimos", que deberá fijar la autoridad gubernativa, con el objetivo de proteger los intereses y necesidades de los ciudadanos, como usuarios de dichos servicios esenciales.

En último lugar, el trabajo pasa a analizar una práctica prohibida en el ámbito de la huelga, el esquirolaje, que tiene como objetivo atacar a la huelga, vaciando su contenido, es decir, aliviando la presión que esta supone para el empresario. El presente trabajo analiza los dos tipos de esquirolaje, a través de una serie de sentencias que recogen la jurisprudencia del TS y del TC. Por una parte el esquirolaje externo, que implica la sustitución de los trabajadores huelguistas, por otras personas ajenas a la empresa en el momento de la convocatoria de la huelga; y por otra, el interno, que tiene la misma finalidad de sustitución, pero esta se produce por trabajadores de la propia empresa, que en condiciones normales tienen otro puesto de trabajo.

Junto a estas dos figuras, aparece una tercera, el esquirolaje tecnológico, que surge a la raíz de la aparición de las nuevas tecnologías, y lo que plantea es la sustitución del trabajador huelguista por medios mecánicos y automáticos. En este trabajo se ofrece un análisis sobre la postura que han adoptado nuestros tribunales sobre el nuevo esquirolaje tecnológico.

2. EL DERECHO DE HUELGA

Por lo que se refiere al concepto de huelga, nuestro ordenamiento jurídico, ya sea la Constitución española de 1978 (CE) o el Real Decreto-ley 17/77, no ofrece ninguno. No obstante, la doctrina sí que ofrece alguna definición, como por ejemplo la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981 de 8 de abril.

En esta sentencia el Tribunal ofrece dos posibles definiciones. La primera se centra en los significados que el lenguaje le ha ido dando a la palabra "huelga". Los significados a los que hace referencia son los que aparecen en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en concreto son dos.

El primero dice que "huelga" es el "espacio de tiempo en que uno está sin trabajar" y el segundo, que es la "cesación o paro del trabajo de personal empleado en el mismo oficio, hecho de común acuerdo con el fin de imponer ciertas condiciones a los patronos"¹.

El segundo concepto que ofrece el Tribunal es más amplio que el anterior, y entiende que la huelga consiste en "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"².

Por tanto, se podría decir que la huelga es la cesación en el trabajo que llevan a cabo los trabajadores de manera concertada, con el objeto de presionar al empresario, para obtener mejoras de carácter laboral o económico, o incluso, para protestar contra la actuación empresarial, es decir, que el objetivo es la protección de los intereses laborales de los trabajadores.

2.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

A diferencia de otros derechos de acción colectiva, como el de manifestación y asociación, que fueron reconocidos en Europa en el siglo XIX, el derecho de huelga no fue reconocido hasta 1946 con la Constitución francesa.

Por lo que se refiere a España, la huelga era considerada un delito tipificado en el artículo 556 del Código penal de 1870, según el cual *"los que se coligaren con el fin de encarecer o abaratar abusivamente el precio del trabajo o regular sus condiciones serán castigados, siempre que la coligación hubiere comenzado a ejecutarse, con la pena de arresto mayor. Esta pena se impondrá en su grado máximo a los jefes y promotores de la coligación y a los que para asegurar su éxito emplearen violencias o amenazas, a no ser que por ellas merecieran mayor pena"*.

¹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, pág. 722.

² Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981 de 8 de abril, f.j.c.o.10.

Un poco más avanzado el siglo XIX es cuando se plantea la necesidad de que el Estado tome medidas respecto a los conflictos laborales, mediante la ley y no la fuerza.

En este momento, el principio de no injerencia estatal que regía en el contexto occidental, empezaba a abrir la veda a una tendencia más intervencionista, que contemplaba la posibilidad de la intervención del Estado en el ámbito socioeconómico. Uno de los motivos de este cambio fue la presión que llevó a cabo el movimiento obrero y la izquierda política³.

En 1908 el gobierno español, promulga una Ley destinada a la creación de comités paritarios, que iban a dedicarse a la conciliación en los conflictos colectivos. Más adelante, en 1922, bajo la Dictadura de Primo de Rivera, se crea la Organización Corporativa Nacional, integrada por comités paritarios, cuya tarea era la resolución pacífica de los conflictos colectivos mediante la negociación⁴.

A pesar del avance que supuso introducir la negociación como mecanismo de resolución de conflictos colectivos, la huelga seguía estando tipificada como delito en el Código Penal de 1928.

Los comités paritarios se convirtieron en la Segunda República en un sistema de jurados mixtos, que en lugar de a la negociación, se dedicaban al arbitraje de las condiciones de la contratación y a vigilarlas en la práctica⁵.

Los jurados mediaban en el conflicto laboral, y emitían un dictamen de conciliación que se presentaba a las partes en conflicto. Si el dictamen era rechazado por las mismas, el jurado tenía la facultad de remitirlo al Ministerio de Trabajo para tratar de solucionar el conflicto⁶.

La Ley que regulaba los jurados mixtos declaró como ilegales tanto la huelga, como el cierre de patronal, cuando estos contraviniesen lo dispuesto en los dictámenes de los jurados. En el ámbito penal, el Código Penal de 1932 ya no tipificaba la huelga como delito⁷.

Con la llegada de la Dictadura franquista, la Declaración XI.2 del Fuero del Trabajo de 1938⁸, declaró la huelga como delito; y el Código Penal de 1944 la tipificó como delito de sedición.

³ Eduardo Montagut: *El derecho de huelga en España*: <https://www.nuevatribuna.es/articulo/historia/derecho-huelga-espana/20160118150703124449.html>

⁴ Ídem

⁵ Ídem

⁶ Eduardo Montagut: *El derecho de huelga en España*: <https://www.nuevatribuna.es/articulo/historia/derecho-huelga-espana/20160118150703124449.html>

⁷ Eduardo Montagut: *El derecho de huelga en España*: <https://www.nuevatribuna.es/articulo/historia/derecho-huelga-espana/20160118150703124449.html>

⁸ “Los actos individuales o colectivos que de algún modo turben la normalidad de la producción o atenten contra ella serán considerados como delitos de lesa patria”.

No fue hasta 1977, con el Real Decreto-ley 17/77, que se puso fin a la legislación laboral franquista, y se reguló la huelga para que esta fuera legal. Un año después, con la Constitución de 1978, se reconoció constitucionalmente el derecho de huelga.

2.2. REGULACIÓN LEGAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

En el ámbito constitucional, la Constitución española de 1978 (CE), por una parte, reconoce el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, en concreto en el artículo 37⁹.

Ahora bien, una de esas medidas de conflicto, está reconocida de forma separada en el artículo 28.2¹⁰, dentro de la Sección Primera del Capítulo Segundo, que recoge los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos.

Dicha medida de conflicto colectivo, es la huelga. Esta se configura como un derecho fundamental, "de titularidad individual, pero de ejercicio colectivo", como así ha dispuesto el Tribunal Constitucional.¹¹

El TC en la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981 de 8 de abril, dispone que para entender porque el derecho de huelga es de carácter colectivo "debe señalarse que son facultades del derecho de huelga la convocatoria o llamada, el establecimiento de las reivindicaciones, la publicidad o proyección exterior, la negociación y, finalmente, la decisión de darla por terminada"¹².

La CE, en el artículo 28.2 dispone que será una ley la que regule el ejercicio del derecho de huelga, ahora bien, la única norma que contiene el régimen jurídico del derecho es el Real Decreto-Ley 17/77 sobre relaciones de trabajo, es decir, una norma preconstitucional.

Debido a ello, muchos preceptos han sido modificados, o incluso derogados, por lo que puede decirse que se trata de una norma en parte obsoleta, pues contiene la regulación de un derecho fundamental, y fue redactada antes de que la huelga fuese elevada a dicha categoría.

De esta manera, el Real Decreto ha de completarse con la jurisprudencia que ha emitido el Tribunal Constitucional, en concreto la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981 de 8

⁹ "Se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. La ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que puedan establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad".

¹⁰ "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 establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad".

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981 de 8 de abril, f.j.c.o. 15.

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981 de 8 de abril, f.j.c.o. 11.

de abril, en la que el TC se ha encargado de reinterpretar el contenido de la norma y fijar una doctrina esencial al respecto.

En dicha sentencia el Tribunal dispone que la regulación del derecho de huelga, efectivamente, es la que contiene el Real Decreto, siempre que no contravenga lo dispuesto en la Constitución, y hasta que se promulgue una ley orgánica que regule el derecho fundamental de huelga.

A pesar de la consideración general de necesitar una ley orgánica que ofrezca una nueva regulación del derecho, no ha sido posible su aprobación. Por ejemplo, en 1993 se elaboró un proyecto de Ley Orgánica, que aunque llegó al Senado, no se aprobó, debido a la paralización del mismo, debida a la convocatoria de elecciones, y con ella la disolución de la Cámara.

En el ámbito laboral, el derecho de huelga está reconocido dentro de los derechos de los trabajadores, que recoge el artículo 4.1 e) del Real Decreto Legislativo 2/2015¹³, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores.

También, en el ámbito laboral, el derecho huelga está reconocido para los funcionarios públicos, en el artículo 15 c) del Real Decreto Legislativo 5/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público¹⁴, que recoge los “derechos individuales ejercidos colectivamente”.

2.3. PROCEDIMIENTO

En primer lugar, hay que efectuar una declaración formal de huelga, mediante la adopción de un acuerdo expreso, para lo cual están legitimados según el artículo 3.2 del Real decreto-Ley 17/77:

- “Los trabajadores, a través de sus representantes”.
Para ello, el acuerdo ha de ser adoptado en una reunión conjunta de los representantes, y aprobado por mayoría.

¹³ “Los trabajadores tienen como derechos básicos, con el contenido y alcance que para cada uno de los mismos disponga su específica normativa, los de: a) Trabajo y libre elección de profesión u oficio; b) Libre sindicación; c) Negociación colectiva; d) Adopción de medidas de conflicto colectivo; e) Huelga; f) Reunión; g) Información, consulta y participación en la empresa”.

¹⁴ “Los empleados públicos tienen los siguientes derechos individuales que se ejercen de forma colectiva: a) A la libertad sindical; b) A la negociación colectiva y a la participación en la determinación de las condiciones de trabajo; c) Al ejercicio de la huelga, con la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad; d) Al planteamiento de conflictos colectivos de trabajo, de acuerdo con la legislación aplicable en cada caso; e) Al de reunión, en los términos establecidos en el artículo 46 de este Estatuto”.

El artículo 3.2 a), exigía un quorum del setenta y cinco por ciento de los representantes de los trabajadores, pero esta exigencia fue declarada inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981 de 8 de abril.

- *“Directamente los propios trabajadores del centro de trabajo, afectados por el conflicto”*. El acuerdo, deberá ser adoptado en una votación secreta y aprobado por mayoría simple.

El artículo 3.2 b) exigía que la iniciativa de efectuar la declaración fuese respaldada por el veinticinco por ciento de los trabajadores de la plantilla. Pero, esta exigencia, al igual que la anterior respecto al quorum, fue declarada inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981 de 8 de abril.

Por otra parte, el artículo 2.2 d) de la Ley Orgánica 11/1985 de Libertad Sindical¹⁵ confiere el derecho de huelga a las organizaciones sindicales.

El Tribunal Constitucional entiende que aunque la titularidad del derecho de huelga pertenece a los trabajadores, y que son ellos quienes, libremente, deciden unirse o no a la huelga, se trata de un derecho de ejercicio colectivo, y por ello “las facultades en que consiste el ejercicio del derecho de huelga corresponden tanto a los trabajadores como a sus representantes y a las organizaciones sindicales”¹⁶. De esta manera las huelgas organizadas y dirigidas por los sindicatos de trabajadores, a ojos del Tribunal son “perfectamente posibles”.

El TC a la hora de interpretar el artículo 3 del Real Decreto-Ley 17/77, dispone que hay que entender que el derecho de huelga “puede ser ejercitado por las organizaciones sindicales con implantación en el ámbito laboral al que se extiende la huelga”¹⁷.

De esta manera, “las organizaciones sindicales con implantación en el ámbito laboral al que la huelga se extienda”, también están legitimadas para efectuar la declaración de huelga.

Una vez que se ha adoptado el acuerdo de declaración de huelga, este ha de ser comunicado, en virtud del artículo 3.3 del Real Decreto-Ley 17/77, al empresario y a la autoridad laboral, para que esta pueda hacer pública la huelga, de manera que los usuarios del servicio afectado sean conscientes. Dicha comunicación deberán llevarla a cabo los representantes de los trabajadores.

¹⁵ “2. Las organizaciones sindicales en el ejercicio de la libertad sindical, tienen derecho a: d) El ejercicio de la actividad sindical en la empresa o fuera de ella, que comprenderá, en todo caso, el derecho a la negociación colectiva, al ejercicio del derecho de huelga, al planteamiento de conflictos individuales y colectivos y a la presentación de candidaturas para la elección de Comités de Empresa y Delegados de Personal, y de los correspondientes órganos de las Administraciones Públicas, en los términos previstos en las normas correspondientes”.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981 de 8 de abril, f.j.c.o. 11.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981 de 8 de abril, f.j.c.o. 11.

La comunicación debe hacerse con preaviso. El objetivo del mismo es evitar abusos, de manera que advirtiendo a los usuarios del servicio afectado, se les da la posibilidad de adoptar las medidas necesarias para cubrir sus necesidades.

Para el Tribunal Constitucional, las huelgas por sorpresa y sin aviso, pueden ser abusivas. De manera, que la exigencia del preaviso “no priva al ejercicio del derecho de su contenido esencial, siempre que los plazos que el legislador imponga sean plazos razonables y no excesivos”.

Por lo que se refiere al plazo, el artículo 3.3 del Real Decreto-Ley 17/77, exige un plazo de preaviso de “cinco días naturales de antelación a la fecha de iniciación de la huelga. Añade que cuando el acuerdo de declaración sea adoptado directamente por los trabajadores, el plazo empieza a contar desde que “los representantes de los trabajadores comuniquen al empresario la celebración de la huelga”

En caso de que la huelga afecte a empresas encargadas de algún servicio público, el artículo 4 del Real Decreto exige un plazo de preaviso de 10 días naturales.

En relación con el contenido de la comunicación el artículo 3.3 del Real Decreto dispone que la comunicación deberá contener “*los objetivos de la huelga, las gestiones realizadas para resolver las diferencias, la fecha de inicio y la duración prevista, y la composición del comité de huelga*”.

2.4. COMITÉ DE HUELGA

El comité de huelga es el órgano que representa a los trabajadores en conflicto durante la huelga, debiendo gestionarla y procurar la negociación y resolución del conflicto¹⁸.

La composición del comité y sus funciones están recogidas en el Real Decreto-Ley 17/77.

Por lo que se refiere a la composición, el artículo 5 del Real Decreto dispone que:

- El comité solo puede estar integrado por trabajadores del centro de trabajo afectado.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 11/1981 de 8 de abril, afirma que esta exigencia solo es constitucional cuando la huelga afecta a un único centro de trabajo, pero si su ámbito comprende varios, será inconstitucional.

- En todo caso, la composición del comité no puede exceder los 12 miembros.

¹⁸ Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz: *Derechos laborales de carácter fundamental*. Fundación para la Universitat Oberta de Catalunya. Pág. 82.

La composición, como se ha mencionado, debe ser comunicada a la autoridad laboral, y al empresario, con el acuerdo de convocatoria de la huelga.

En relación con las funciones del comité, estas vienen definidas por los artículos 5 y 6.7 del Real Decreto-Ley 17/77:

- El comité ha de participar en todas las actuaciones sindicales, administrativas o judiciales, que se realicen para la solución del conflicto (art.5).
- El comité deberá garantizar la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, el mantenimiento de los locales maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuese necesaria para la posterior reanudación de las tareas de la empresa (art.6.7).

2.5. HUELGAS ILEGALES

La ilicitud de la huelga viene determinada por el Real Decreto-Ley 17/77.

El artículo 11 del Real Decreto establece qué huelgas son ilegales:

- La huelga será ilegal cuando se inicie o se sostenga por motivos político o con cualquier otra finalidad ajena al interés profesional de los trabajadores afectados (art.11 a).
- La huelga será ilegal cuando sea de solidaridad o apoyo, salvo que afecte directamente al interés profesional de quienes la promuevan o sostengan (art.11 b).

La Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981 de 8 de abril, declara inconstitucional el inciso "directamente", y establece que "el adjetivo profesional que el texto que analizamos utiliza ha de entenderse referido a los intereses que afectan a los trabajadores en cuanto tales, no, naturalmente, en cuanto miembros de una categoría laboral específica"¹⁹.

- Cuando tenga por objeto alterar, dentro de su período de vigencia, lo pactado en un Convenio Colectivo o lo establecido por el laudo (art.11 c).

¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981 de 8 de abril, f.j.c.o. 21.

- Cuando se lleve a cabo contraviniendo lo dispuesto en el Real decreto-Ley 17/77, o lo expresamente pactado en Convenio Colectivo para la solución de conflictos (art.11 d).

Por otra parte, el artículo 7 del Real Decreto-Ley 17/77 dispone que la huelgas se consideran actos ilícitos o abusivos:

- Las huelgas rotatorias.
- Las huelgas efectuadas por los trabajadores que presten servicios en sectores estratégicos con la finalidad de interrumpir el proceso productivo.
- Las huelgas de celo o reglamento.
- En general, cualquier forma de alteración colectiva en el régimen de trabajo distinta a la huelga.

2.6.FINALIZACIÓN DE LA HUELGA

Según el artículo 8 del Real Decreto-Ley 17/77 la huelga puede finalizar de dos maneras:

- En primer lugar, los trabajadores podrán poner fin a la huelga en cualquier momento. Esto puede deberse a que, en virtud del artículo 17.3 del Real Decreto, los trabajadores se sometan al procedimiento administrativo de Conflicto Colectivo de Trabajo.
- En segundo lugar, el artículo 8.2 establece la exigencia de que los empresarios y el Comité de huelga, durante la misma, deben negociar y tratar de llegar a un acuerdo. Pues bien la huelga, puede finalizar porque, efectivamente, las partes lleguen a ese acuerdo.

El acuerdo, "va a tener la misma eficacia que lo acordado en Convenio Colectivo", en virtud del artículo 8.2 del Real Decreto.

Por otra parte, el artículo 10 del Real Decreto-Ley 17/77 prevé un arbitraje obligatorio que puede poner fin a la huelga.

El arbitraje ha de llevarlo a cabo el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo debiendo tener en cuenta las siguientes cuestiones:

- “La duración o las consecuencias de la huelga.
- Las posiciones de las partes.
- El perjuicio a la economía nacional” (art.10).

Si de estas circunstancias se considera oportuno, el Gobierno va a poder acordar un arbitraje obligatorio que ponga fin a la huelga.

3. SERVICIOS ESENCIALES

El derecho de huelga está reconocido en el artículo 28.2 de la Constitución Española de 1978 (CE), es decir, que forma parte del catálogo de derechos fundamentales.

Ahora bien, este derecho no tiene carácter absoluto, pues en ambos artículos se fija un límite. El art.28.2²⁰ CE dispone que la ley que regule el derecho de huelga debe establecer una serie de garantías que aseguren el “mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”; mientras que el artículo 37.2 CE²¹ establece que la ley que regule el ejercicio del derecho de los trabajadores a adoptar medidas de conflicto colectivo deberá fijar las garantías necesarias para asegurar el “funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad”.

La expresión “funcionamiento” del artículo 37.2 CE es más amplia que la expresión “mantenimiento” del art.28.2 CE. Pero, aunque ciertos sectores han entendido que hay una “reiteración parcial”, debido a la similitud en la redacción de ambos preceptos, el Tribunal Constitucional ha rechazado dicha reiteración.

Este rechazo lo hace en la Sentencia 11/1981 de 8 de abril de 1981. En ella el Tribunal afirma que a la hora de elaborar el texto constitucional se discutió ampliamente acerca de estos dos preceptos constitucionales, y que el resultado de dicho debate fue la separación de los mismos, ya que el constituyente quiso que el derecho de huelga fuese un derecho separado del resto de las medidas de conflicto colectivo.

El dicha Sentencia, el Tribunal fija una diferencia importante entre ambos artículos, que es su localización en la Constitución. Mientras que el artículo 28.2 se encuentra dentro de la Sección 1ª del Capítulo Segundo, que versa sobre los derechos y libertades fundamentales; el artículo 37.2 está localizado en la Sección 2ª del Capítulo 2º que habla de los derechos de los ciudadanos.

Esta colocación fue intencional, ya que el constituyente quería elevar el derecho de huelga a la categoría de derecho fundamental.

Ante este derecho fundamental, el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo es un mero derecho de los ciudadanos que no goza de esa categoría especial. Por ello el Tribunal rechaza que exista “reiteración parcial”, y que hay que separar ambos preceptos, pues el

²⁰ Artículo 28.2 de la Constitución española de 1978: “*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 establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad*”.

²¹ Artículo 37.2 de la Constitución española de 1978: “*Se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. La ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que puedan establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad*”.

derecho de huelga no es un derecho derivado del conflicto colectivo, sino que es autónomo y puede ejercerse por trabajadores que no estén inmersos en tal conflicto colectivo²².

Siguiendo con la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional en esta Sentencia 11/1981 de 8 de abril, voy a referirme a lo que considera el Tribunal que son los servicios esenciales.

Aunque se utilicen distintas expresiones en los artículos 28,2 y 37.2, "mantenimiento" y "funcionamiento" respectivamente, ambos significan que *"el derecho de los trabajadores de defender sus intereses mediante la utilización de un instrumento de presión, cede cuando con ello se ocasiona un mal más grave que le que los huelguistas experimentarían si su reivindicación o pretensión no tuviera éxito"*²³. Esto es lo que ocurre cuando se impide con la huelga el desarrollo de lo que la Constitución ha denominado "servicios esenciales de la comunidad".

Según el Tribunal, el derecho de la comunidad a recibir "dichas prestaciones vitales" se impone con preferencia al derecho de huelga, considerándose este un límite justificado y que no vulnera el contenido esencial del derecho fundamental.

El artículo 10 párrafo 2º, del Real Decreto-ley 17/1977 sobre relaciones de trabajo²⁴, se refiere a las huelgas convocadas por empresas que se dediquen a la prestación de servicios públicos, o servicios "de reconocida e inaplazable necesidad y concurren circunstancias de especial gravedad". En estos casos, según el precepto, la autoridad gubernativa está facultada para acordar las "medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios".

Esta norma es más estricta que la que contiene el artículo 28.2 CE, ya que no se está refiriendo solamente a "servicios esenciales", sino que añade la expresión "de reconocida e inaplazable necesidad", debiendo concurrir, además, "circunstancias de especial gravedad".

El Tribunal en esta sentencia decide no definir, por no considerarlo necesario, qué se entiende por servicios esenciales, y añade que el propio Tribunal se ira pronunciando al respecto a medida que surjan supuestos concretos.

Pero, lo que sí decide puntualizar es lo que hay que entender por "garantías de funcionamiento".

La sentencia en cuestión resuelve un recurso de amparo en el que se propone que "las medidas de aseguramiento de los servicios esenciales queden al arbitrio de los huelguistas".

²² Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981 de 8 de abril de 1981, f.j.c.o. 22.

²³ Ídem.

²⁴ Artículo 10 párrafo 2º, del Real Decreto-ley 17/1977 sobre relaciones de trabajo: *"Cuando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurren circunstancias de especial gravedad, la Autoridad gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios. El Gobierno, asimismo, podrá adoptar a tales fines las medidas de intervención adecuadas"*.

El Tribunal no sostiene esta tesis, y dispone que quien va a decidir sobre la adopción de dichas medidas no puede corresponderle a ninguna de las partes implicadas, sino que debe someterse a un "tercero imparcial".

Así, el Tribunal declara la constitucionalidad de que la autoridad gubernativa tenga potestad para establecer las medidas oportunas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales.

Por último, en relación con esta cuestión el Tribunal Constitucional afirma que no es inconstitucional esta atribución a la autoridad gubernativa, pues dicha atribución "no es genéricamente a la Administración pública, sino aquellos órganos del Estado que ejercen, directamente o por delegación, las potestades de gobierno"²⁵.

3.1. CONCEPTO DE SERVICIO ESENCIAL

Por lo que se refiere a la naturaleza del concepto de servicio esencial, hay distintas posturas.

Por una parte, hay un sector, que considera que el concepto de servicio esencial es una cláusula general. De este sector se puede destacar al profesor Sebastián Martín-Retortillo Baquer, que considera que la Constitución económica se formaliza a través de cláusulas generales, que se redactan intencionadamente de forma indeterminada, y que por ello necesitan concreción en cada caso²⁶.

Para otro sector, la esencialidad es un concepto abierto o estándar jurídico político. En este caso hay que destacar al profesor Ariño, que entiende que el concepto admite una alta gama de alternativas políticas²⁷.

Por otra parte, frente a estas consideraciones, mayoritariamente, hay otros autores que consideran que se trata de un concepto jurídico indeterminado, de manera que es precisa "una valoración de la esencialidad que debe realizar el legislador en cada etapa histórica en relación con los intereses económicos y sociales de la comunidad"²⁸.

La jurisprudencia ha reconocido, en efecto que el concepto de servicio esencial es indeterminado. En este sentido hay que destacar una serie de sentencias del Tribunal Constitucional. En primer lugar, la recién mencionada STC 11/1981 de 8 de abril, y en segundo lugar, la STC 26/1981 de 17 de julio, a la que me voy a referir.

En el fundamento jurídico N°10 de la STC 26/1981 el Tribunal se refiere a dos conceptos de "servicios esenciales para la comunidad", a los que denomina "amplio" y "estricto".

²⁵ Tribunal Constitucional 11/1981 de 8 de abril de 1981, f.j.c.o. 18.

²⁶ *Revista de Administración Pública*. ISSN: 0034_7639, núm. 170, Madrid, mayo-agosto, págs. 325-338.

²⁷ *Revista de Administración Pública*. ISSN: 0034_7639, núm. 170, Madrid, mayo-agosto, págs. 325-338

²⁸ Ídem.

De acuerdo con la primera idea, servicios esenciales son "aquellas actividades industriales o mercantiles de las que derivan prestaciones vitales o necesarias para la vida de la comunidad"²⁹. Este concepto se refiere a la naturaleza de la actividad, que se entiende que ha de ser vital o necesaria para la comunidad.

La segunda opción, atiende, para determinar la esencialidad del servicio, a la naturaleza de los intereses que se satisfacen con la misma. Es decir, que para que el servicio sea esencial "deben ser esenciales los bienes e intereses satisfechos".³⁰ Es decir, que cuando para satisfacer dichos intereses esenciales haya que llevar a cabo un servicio, este será considerado esencial³¹.

El Tribunal considera como intereses esenciales "los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionales protegidos".

Esta segunda línea, que se centra en "los intereses y bienes de la persona", es la que ha de ser tenida en cuenta, según el Tribunal Constitucional, por acercarse más a los principios constitucionales. Una de las sentencias del Tribunal en la que se sigue esta línea interpretativa es la STC 51/1986 de 24 de abril, que resuelve un recurso de amparo interpuesto por la Compañía "Aviación y Comercio, Sociedad Anónima" contra la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 16 de enero de 1985, por entender que esta vulnera el art.28.2 CE.

Lo relevante de dicha sentencia se encuentra en el fundamento jurídico 2º, en el que el Tribunal dispone, remitiéndose a la STC 26/1981, que "son servicios esenciales aquellos que presten satisfacer derechos e intereses que son, a su vez, esenciales"³². Además añade que como estos derechos se caracterizan "de manera no sustantiva, sino en atención al resultado por ellos perseguido, la consecuencia es que, a priori, no existe ningún tipo de actividad productiva que, por sí, pueda ser considerada esencial"³³. Es decir, que para poder determinar un servicio como esencial hay que atender a cada caso concreto, y a las circunstancias del mismo.

Esta sentencia tiene como objeto el servicio aéreo, el cual puede llegar a ser calificado de esencial, considerando que con dicho servicio los ciudadanos satisfacen el derecho fundamental a la libre circulación por el territorio nacional. Por lo que el Tribunal no tiene duda de que efectivamente el servicio es esencial.

Por último, en lo que respecta al concepto de servicio esencial, me voy a referir a la Sentencia del Tribunal Constitucional 8/1992 de 16 de enero, en la que el Tribunal fija una serie de conclusiones, sirviéndose de su propia jurisprudencia precedente.

²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 26/1981 de 17 de julio, f.j.c.o. 10

³⁰ Ídem.

³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 51/1986 de 24 de abril, f.j.c.o 2

³² Sentencia del Tribunal Constitucional 51/1986 de 24 de abril, f.j.c.o 2

³³ Ídem.

La sentencia resuelve un recurso de amparo interpuesto por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, contra el Real Decreto 518/1987, de 15 de abril, sobre prestación de servicios mínimos por "Unión Eléctrica Fenosa, Sociedad Anónima", y contra la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1988.

La Empresa convocó una huelga, y con motivo de la misma se dicta el Real Decreto 518/1987 de 15 de abril en el que se dice dispone que "el servicio público de suministro de energía eléctrica es de carácter esencial para los intereses generales, y por consiguiente, no puede ser interrumpido por el ejercicio del derecho de huelga. Por ello hay que conjugar el interés general con los derechos de los trabajadores afectados, adoptando las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento del servicio público, permitiendo, a su vez, que el mayor número posible de estos trabajadores pueda ejercer su derecho a la huelga"³⁴.

El artículo 2 del Real Decreto fija cuales son los servicios esenciales durante la huelga:

- "La seguridad de personas e instalaciones se mantendrá a los niveles operativos reglamentarios en todas las instalaciones afectas a servicio público de suministro de energía eléctrica.
- Se mantendrán disponibles las centrales nucleares, hidroeléctricas y de carbón.
- En caso de ser necesario el funcionamiento de alguna de las centrales anteriores para garantizar la cobertura del sistema eléctrico nacional, las órdenes emitidas por el Centro de Control Eléctrico de "Red Eléctrica de España, Sociedad Anónima", deberán contar previamente con la aprobación de la Delegación del Gobierno en la Explotación del Sistema Eléctrico.
- Las instalaciones de transporte, transformación y distribución, así como las auxiliares a aquéllas, deberán disponer del mantenimiento y control necesarios para garantizar la continuidad del suministro de energía eléctrica en los niveles de tensión y energía reactiva adecuados.
- La empresa determinará, con carácter estricto, y oído el Comité de Huelga, el personal necesario para cubrir los servicios señalados"³⁵.

³⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 8/1992 de 16 de enero, antecedente de hecho 2.

³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 8/1992 de 16 de enero, antecedente de hecho 2.

Para resolver el recurso, el Tribunal invoca su doctrina acerca del ejercicio del derecho de huelga en servicios esenciales para la comunidad³⁶, para fijar una serie de aspectos.

- El TC dispone que “la noción de servicio esencial hace referencia a la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se dirige, entendiendo por tales los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos, con la consecuencia de que a priori ningún tipo de actividad productiva puede ser considerado en sí mismo como esencial”³⁷, en virtud de la STC 51/1986, a la cual me he referido anteriormente en los mismos términos.
- Sigue diciendo, que “en la adopción de las medidas que garanticen el mantenimiento de los servicios esenciales, la autoridad gubernativa ha de ponderar la extensión territorial y personal, la duración prevista y las demás circunstancias concurrentes en la huelga, así como las concretas necesidades del servicio y la naturaleza de los derechos o bienes constitucionalmente protegidos sobre los que ella repercute”³⁸, en virtud de las SSTC 26/1981 Y 53/1986.
- Por otra parte, el Tribunal afirma que la decisión que impone el mantenimiento de los servicios esenciales ha de estar debidamente motivada. De esta manera, cuando esto produzca una restricción de los derechos fundamentales la autoridad que tome la decisión deberá ofrecer una justificación y los destinatarios han de conocer las razones por las que sus derechos se han visto limitados, en virtud de la STC 26/1981.

En atención a dicha jurisprudencia, el Tribunal pasa a examinar los motivos del recurso.

Uno de los motivos es la falta de motivación suficiente del Real Decreto. En este caso el Tribunal tiene que examinar si el Real Decreto, dispone explícitamente cuales son los intereses que se han tenido en cuenta para calificar como esencial el servicio prestado por la Empresa; y si los destinatarios eran conocedores de las razones por las que su derecho de huelga había sido “sacrificado”.

En este sentido, el Tribunal concluye que el Real Decreto no cumple con las exigencias constitucionales, recién mencionadas, pues se limita “a incluir en el preámbulo una declaración genérica según la cual <<el servicio público de suministro de energía eléctrica es de carácter esencial para los intereses generales>>”³⁹.

El Tribunal entiende que, aunque no sea discutible la necesidad de que no se interrumpa el suministro de energía, se debe ofrecer una motivación suficiente, pues ningún servicio es a

³⁶ Se refiere a las siguientes sentencias: STC 11/1981, 26/1981, 33/1981, 51/1986, 53/1986, 27/1989, 43/1990, 122/1990 y 123/1990

³⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 8/1992 de 16 de enero, f.j.c.o. 2.

³⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 8/1992 de 16 de enero, f.j.c.o. 2.

³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 8/1992 de 16 de enero, f.j.c.o. 3.

priori, por su naturaleza, esencial, sino que deben ofrecerse motivaciones técnicas que pongan de manifiesto la necesidad en cada caso concreto.

Por otra parte, otro de los motivos del recurso es que se imponen las prestaciones mínimas sin tener en cuenta la duración y las características específicas de la huelga. El Tribunal aprecia esta situación, y además afirma que tampoco se ha tenido en cuenta en el Real Decreto la extensión, ni la naturaleza de los derechos o bienes sobre los que repercute la huelga. El Real Decreto solamente establece "indicaciones genéricas, aplicables a cualquier conflicto, sin que sea posible saber cómo se ha llegado a valorar el carácter esencial del servicio"⁴⁰.

Por estos motivos, finalmente el Tribunal estima el recurso de amparo, entendiendo que se ha vulnerado, con el Real Decreto 518/1987 de 15 de abril, el artículo 28.2 CE.

3.2. SERVICIOS MÍNIMOS

Los servicios mínimos son una manera para garantizar los servicios esenciales. En ocasiones, una huelga puede afectar no solo al empresario y los trabajadores, sino también al resto de la sociedad, la cual puede verse privada de recibir los servicios esenciales.

Es decir, que el establecimiento de los servicios mínimos está dirigido a proteger los intereses, constitucionalmente garantizados, de la comunidad.

Una posible definición es aquella según la cual los servicios mínimos son "la parte de actividad que se juzga, no susceptible de interrupción, para no dañar irremediabilmente los derechos fundamentales, libertades públicas y bienes protegidos constitucionalmente en colisión con el derecho de huelga"⁴¹.

El Tribunal Constitucional, por su parte, también define los servicios mínimos en las Sentencias del Tribunal Constitucional 53/1986, de 5 de mayo y 183/2006, de 19 de junio. Según las cuales, se entiende por servicios mínimos "la prestación de trabajos necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que el propio servicio satisface, pero sin llegar a alcanzar el nivel de rendimiento habitual"⁴².

No se deben confundir servicios mínimos con servicios esenciales, pues citando al profesor Alarcón Caracuel, "una cosa es lo que hay que garantizar y otra la fórmula para hacerlo"⁴³.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 8/1992 de 16 de enero, f.j.c.o. 4.

⁴¹ Pérez Rey, J.: "El incumplimiento de los servicios mínimos y su revisión judicial en las huelgas que afectan a los servicios esenciales de la comunidad", en AA. VV: Estudios sobre la huelga, Bomarzo, Albacete, 2011, págs. 82 y ss.

⁴² Sentencias del Tribunal Constitucional 53/1986, de 5 de mayo, f.j.c.o. 3 y 183/2006, de 19 de junio, f.j.c.o. 3.

⁴³ Alarcón Caracuel, M.H: "Huelga en servicios esenciales de la comunidad", *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, nº2, 2010, págs. 71 y ss.

3.2.1. ¿QUIÉN ESTABLECE LOS SERVICIOS MÍNIMOS?

Como se ha mencionado anteriormente, el art.10 del Real Decreto-Ley 17/1977 de relaciones de trabajo y la doctrina del Tribunal Constitucional, disponen que es el Gobierno quien debe garantizar el ejercicio de los servicios esenciales.

Además, el TC en diversas sentencias, a las que me voy a referir, ha fijado doctrina, según la cual, el Gobierno también debe establecer los servicios mínimos, como órgano político.

Una de esas sentencias, entre otras⁴⁴, es la Sentencia del Tribunal Constitucional 296/2006 de 11 de octubre, la cual resuelve un recurso de inconstitucionalidad planteado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm.4 de Oviedo, contra el artículo 15.2 l) de la Ley 1/1992, de 2 de julio, del Servicio de Salud del Principado de Asturias, alegando que este pudiera ser contrario al art. 28.2 CE, al atribuir al Director Gerente del Servicio de Salud del Principado de Asturias (SESPA, en lo sucesivo) la facultad de “fijar los servicios mínimos en los casos de huelga del personal, previa consulta a las centrales sindicales más representativas”⁴⁵.

El Juzgado de Oviedo considera que el Director es un órgano administrativo, y que por ende no puede tener encomendada una decisión de carácter político, y que afecta a los intereses de la sociedad, siendo el Gobierno quien debe tomar este tipo de decisiones.

La tarea del Tribunal reside en determinar si al Director Gerente se le puede considerar o no, autoridad gubernativa.

Ha sido un debate recurrente en el seno del Tribunal Constitucional, el hecho de quién puede fijar los servicios mínimos. La postura del TC ha sido considerar que “la fijación de los mismos no puede abandonarse, de ningún modo, en manos de órganos que no tengan responsabilidad política, es decir, que no respondan ante la comunidad en su conjunto por unas decisiones que afectan de una manera muy importante al ejercicio de un derecho fundamental, como es el de huelga, de especial trascendencia para el buen funcionamiento de las relaciones laborales en un Estado social y democrático de Derecho, y a la marcha de servicios esenciales para aquélla”⁴⁶.

El Tribunal ha interpretado el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, de relaciones de trabajo, entendiendo que “debe ser responsabilidad de quienes tienen un mandato de tipo político y, por tanto, responden políticamente, de una manera directa o indirecta, ante dicha ciudadanía”⁴⁷.

⁴⁴ Sentencias del Tribunal Constitucional 310/2006 de 23 de octubre, y 36/2007 de 12 de febrero

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 296/2006 de 11 de octubre, f.j.c.o.1

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 296/2006 de 11 de octubre, f.j.c.o. 2

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 296/2006 de 11 de octubre, f.j.c.o. 2

Esto es, porque la autoridad gubernativa va a ser imparcial respecto a las partes implicadas en el conflicto, pudiendo atender objetivamente a las necesidades de ambas, y de los ciudadanos, para velar por sus derechos e intereses. Por ello, el Tribunal considera que no puede delegarse dicha tarea en quien tenga "una posición de parte interesada".

En la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981 de 8 de abril, el Tribunal aclaró que era totalmente constitucional la "atribución de la potestad de concreción de las medidas destinadas a fijar los servicios mínimos a la autoridad gubernativa"⁴⁸.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 26/1981 de 17 de julio, afirma que "la responsabilidad por la obstaculización de los derechos cívicos, además de ser una responsabilidad jurídica, es también, y fundamentalmente, una responsabilidad política, que debe exigirse por cauces políticos" y que "es algo que sólo puede ser llevado a cabo por quien tiene responsabilidades y potestad de gobierno"⁴⁹.

En el caso de la STC 296/2006, el Tribunal rechaza que el Director Gerente del Servicio de Salud del Principado de Asturias sea autoridad gubernativa, de manera que declara la inconstitucionalidad del artículo 15.2 l) de la Ley 1/1992, de 2 de julio, del Servicio de Salud del Principado de Asturias.

En conclusión, esta sentencia deja claro que para el Tribunal Constitucional solamente la autoridad gubernativa, puede decidir sobre los servicios mínimos. Garantizando una decisión imparcial, que vele por los intereses de todos, no solo de las partes implicadas en el conflicto, sino también de la ciudadanía, la cual puede ver limitados sus derechos fundamentales y libertades como consecuencia del ejercicio del derecho de huelga.

Por otra parte, no es solo se considera autoridad gubernativa el Gobierno estatal, sino también determinadas autoridades del autonómico, como por ejemplo las Consejerías. Esta doctrina la fija el TC en diversas sentencias, como la Sentencia del Tribunal Constitucional 33/1981 de 5 de noviembre.

En esta sentencia el TC dispone que "el que este Tribunal Constitucional (en las Sentencias, del Pleno del 8 de abril, o en la de la Sala de 17 de julio) haya dicho que el sujeto de la atribución de las potestades del art. 10, párrafo segundo⁵⁰, no es genéricamente la Administración Pública, sino aquellos órganos del Estado que ejercen las potestades de gobierno o en otros términos el Gobierno o aquellos órganos del Estado que ejerzan potestades de gobierno, no excluye a los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas, integrantes del Estado y dotados de potestades de gobierno"⁵¹.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981 de 8 de abril, f.j.c.o. 18

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 26/1981 de 17 de julio, f.j.c.o. 11

⁵⁰ Del Real Decreto-ley 17/1977 de Relaciones de Trabajo.

⁵¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 33/1981 de 5 de noviembre, f.j.c.o. 6

Por lo que el TC amplía el concepto de autoridad gubernativa entendiendo que también lo son aquellos órganos de gobierno autonómicos, que tengan atribuidas dichas potestades del Gobierno. En palabras del propio Tribunal, "el sujeto de dicha atribución no es genéricamente la Administración Pública, sino aquellos órganos del Estado que ejercen, directamente o por delegación, las potestades de gobierno"⁵².

Esta doctrina se ha reiterado en otras sentencias⁵³, en las que queda claro que la autoridad gubernativa puede serlo del Estado o de una Comunidad Autónoma, en función de a quien se le haya atribuido la competencia sobre el servicio esencial afectado.

3.2.2. IMPOSICIÓN UNILATERAL DE SERVICIOS MÍNIMOS

Ha quedado claro que ha de ser la autoridad gubernativa quien fije los servicios mínimos, por lo que la empresa, ya sea pública o privada, no puede imponer a sus trabajadores la imposibilidad de secundar la huelga, sin haber intervenido primero la autoridad competente⁵⁴.

En caso de que así sea, y se produzca la imposición unilateral de los servicios mínimos por parte de la empresa, dicha decisión vulneraría el derecho de huelga y, por ello, será nula. Esta doctrina ha sido recogida por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de febrero de 2021.

Dicha Sentencia resuelve un recurso de casación interpuesto por la empresa Irvia Mantenimiento Ferroviario S.A., contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de febrero de 2019, que resuelve una demanda en materia de tutela de derechos fundamentales, interpuesta por la Sección Sindical de UGT de Irvia Mantenimiento Ferroviario S.A., contra la misma.

En la demanda de tutela de derechos fundamentales se pedía al Tribunal que se declarase la vulneración del derecho de huelga, debido a que la empresa impuso unos servicios mínimos abusivos y que cubrían puestos de trabajo no esenciales, además de condenar a la empresa al pago de una indemnización por daños morales.

⁵² Sentencias del Tribunal Constitucional 11/1981 de 8 de abril, f.j.c.o 18 in fine y 26/1981 de 17 de julio, f.j.c.o. 8.

⁵³ Sentencias del Tribunal Constitucional 27/1989 de 3 de febrero, f.j.c.o. 2; 122/1990 de 2 julio, f.j.c.o. 2, y 233/1997 de 18 de diciembre, f.j.c.o. 3.

⁵⁴ Jiménez Remedios, Juan José: *La imposición unilateral de servicios mínimos vulnera el derecho de huelga*:

<https://capitalhumano.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAKMzI2NDA7WwY1KLizPw827DM9NS8kIS13MSSktQi24Ci1LLUvGSgDAAq--BxMgAAAA==WKE>

La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de febrero de 2019 falló a favor de la Sección Sindical y estimó que la empresa hubiese vulnerado el derecho de huelga, durante la huelga celebrada los días 21 y 24 de julio de 2017.

Por lo que se refiere al recurso de casación interpuesto por la empresa Irvia Mantenimiento Ferroviario S.A., la cuestión que ha de resolver el Tribunal, es si la actuación de la empresa durante la huelga, es decir, la imposición de los servicios mínimos en los diferentes centros de trabajo, es conforme o no a derecho.

El Tribunal Supremo destaca una serie de hechos:

- “El 6 de julio de 2017, el comité de empresa convoca una huelga en todos los centros de trabajo para la jornada completa del día 21 de julio de 2017, y paros parciales de dos horas los días 24,26 y 28 de julio.
- El 19 de julio la empresa notifica al comité de huelga los servicios mínimos que fijaba para huelga, en la siguiente medida: el 37% de los trabajadores de Montcada; el 35% del centro de Mataró y el 33% del personal de Vilanova.
- La huelga, finalmente, es desconvocada el día 24, por lo que no se produjeron los paros de los días 26 y 28”⁵⁵.

El Tribunal Supremo dispone que “la empresa carece de facultades para imponer unilateralmente cualquier servicio mínimo, sin el aval y previa resolución de la autoridad gubernativa, lo que determina la radical nulidad de las decisiones que pudiere haber adoptado al respecto”⁵⁶.

Por lo que la nulidad de la actuación empresarial, no radica en el número de trabajadores al que se le haya impuesto la prestación de los servicios mínimos, sino que es el hecho de que la empresa no obtuviere la autorización de la autoridad gubernativa correspondiente para dicha imposición.

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo 681/2021 de 9 de febrero, f.j.c.o. 2.

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 681/2021 de 9 de febrero, f.j.c.o. 4, ap.3

Según el Tribunal, "la intervención de la autoridad gubernativa es preceptiva, insoslayable y constitutiva de los requisitos de validez para la imposición de servicios mínimos"⁵⁷.

En este contexto, el Tribunal trae a colación la, anteriormente mencionada, Sentencia del Tribunal Constitucional 296/2006 de 11 de octubre, en la que se fija la doctrina respecto a la cual debido a la imparcialidad respecto a las partes del conflicto, la autoridad gubernativa tiene el papel irrenunciable de determinar los servicios mínimos. Como se ha dispuesto anteriormente en este trabajo, el objetivo de esta atribución en exclusiva a la autoridad es proteger a los ciudadanos, pues la huelga es un derecho que limita en parte a otras personas de los suyos, y por ello una decisión de esta naturaleza debe recaer sobre quien tiene la potestad del gobierno.

Esto no impide que la puesta en práctica de los servicios mínimos que haya fijado la autoridad sea delegada en los órganos de dirección y gestión de la empresa. Pero, si dicha delegación fuese más allá de la mera puesta en práctica, y afectase al contenido y delimitación de los servicios mínimos, ello provocaría "una incompatibilidad con la garantía de incompatibilidad que se busca por el art.10.3⁵⁸ del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo"⁵⁹.

Termina el Tribunal afirmando que, "la propia empresa carece de la facultad de imponer unilateralmente cualquier clase de servicio mínimo, por mucho que su actividad pudiere estar vinculada a la prestación de servicios públicos de carácter esencial"⁶⁰.

En conclusión, los servicios mínimos deben fijarse por una autoridad gubernativa, que pueda garantizar la imparcialidad para valorar todos los intereses en juego, de modo que, si los servicios mínimos fueren fijados por la empresa, quien no ostenta la condición de autoridad gubernativa, la consecuencia sería su nulidad, en virtud de sentencias como la recién expuesta Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2021 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2021.

De manera que, la fijación de servicios mínimos "no puede abandonarse, de ningún modo, en manos de órganos que no tengan responsabilidad política, es decir, que no respondan

⁵⁷Sentencia del Tribunal Supremo 681/2021 de 9 de febrero, f.j.c.o. 4, ap.3.

⁵⁸ "Cuando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurran circunstancias de especial gravedad, la Autoridad gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios. El Gobierno, asimismo, podrá adoptar a tales fines las medidas de intervención adecuadas".

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 193/2006 de 16 de junio, f.j.c.o. 10

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 681/2021 de 9 de febrero, f.j.c.o.4, ap.4

ante la comunidad en su conjunto por unas decisiones que afectan de una manera muy importante al ejercicio de un derecho fundamental, como es el de huelga”⁶¹.

3.2.3. FIJACIÓN DE LOS SERVICIOS MÍNIMOS

Por lo que se refiere al criterio en base al cual, la autoridad gubernativa, ha de fijar los servicios mínimos, el Tribunal Constitucional ha reiterado en múltiples sentencias que ese criterio ha de ser “restrictivo”.

Una de ellas es la Sentencia del Tribunal Constitucional 51/1986 de 24 de abril, la cual resuelve un recurso de amparo interpuesto por el Comité de Empresa de los Auxiliares de vuelo de la Compañía de «Aviación y Comercio, Sociedad Anónima», contra la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 16 de enero de 1985, alegando la vulneración del derecho de huelga. Más bien, según el Tribunal, la impugnación se dirige contra la Orden comunicada de 20 de febrero de 1984, por la que se fijan los servicios mínimos para la huelga convocada en la empresa.

Los recurrentes alegan, entre otros motivos, que “el nivel de servicios mínimos que impone es desproporcionado, y muy similar al normal en un día en que no haya huelga. Además, la Empresa ha realizado un uso abusivo de la referida Orden, ocupando un número de Auxiliares de vuelo superior al que ésta autorizaba”⁶².

En este sentido el Ministerio Fiscal, personado en el litigio, dispone que el establecimiento de los servicios mínimos, debe hacerse atendiendo al interés de la comunidad, que se pretende proteger con la prestación del servicio esencial.

El Tribunal afirma que el programa de servicios mínimos ha de fijarse con un criterio restrictivo, ya que en el “art. 28.2 de la Constitución se utiliza la expresión mantenimiento, que dista de equivaler lingüísticamente a desarrollo regular del servicio. El criterio restrictivo, favorable al ejercicio del derecho de huelga, ha de tener en cuenta que ésta ha de mantener una capacidad de presión suficiente como para lograr sus objetivos frente a la Empresa”⁶³.

Un argumento en el que, el Tribunal, ha basado sus decisiones en esta materia, es que como el derecho de huelga, en ocasiones puede ser abusivo, exige cierta proporcionalidad, y sacrificios mutuos, tanto por parte de los huelguistas, como por la de la empresa a la que se dirige la medida.

⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo 681/2021 de 9 de febrero, f.j.c.o.4. ap.3

⁶² Sentencia del Tribunal Constitucional 51/1986 de 24 de abril, f.j.c.o. 1

⁶³ Sentencia del Tribunal Constitucional 51/1986 de 24 de abril, f.j.c.o. 5

Porque, junto a los perjuicios que pueda causar la huelga al empresario, están los que pueden experimentar terceras personas, en concreto la sociedad, como receptora del servicio esencial que presta la empresa.

Así el Tribunal Constitucional en la Sentencia 11/1981 de 8 de abril, en su fundamento jurídico 10, dispone que “a los usuarios de los servicios de la empresa y público en general, no debe imponérseles más gravámenes o molestias que aquéllos que sean necesarios”⁶⁴.

Además, el Tribunal Constitucional ha dejado claro que la decisión gubernativa de imposición de servicios mínimos “responde no a los intereses empresariales sino a la necesidad de preservar servicios esenciales de la comunidad”⁶⁵.

3.2.4. TRABAJADORES DESIGNANDOS PARA PRESTAR SERVICIOS MINIMOS

Una vez que se han fijado los servicios mínimos que deben prestarse, hay que gestionar el personal que se va a encargar de garantizar su prestación. Hay dos posibilidades para efectuar la designación de los trabajadores que van a prestar los servicios mínimos.

Por una parte, mantener una prestación atenuada o mínima de los servicios esenciales, solamente con una parte de los trabajadores, los cuales no van a poder participar en la huelga, y por ende, no pueden ejercer el derecho de huelga, durante toda la duración de la misma⁶⁶.

Por otra parte, mantener el funcionamiento normal de los servicios esenciales con todos los trabajadores que, de forma normal y habitual desempeñan dichas tareas, y que lo hagan de manera rotatoria, por turnos o en determinadas franjas horarias⁶⁷.

Respecto a esta cuestión se pueden encontrar diversas sentencias. Me voy a referir a una de ellas en las que se contempla que sean aquellos trabajadores que no participan en la huelga quienes presten los servicios mínimos, o que sean trabajadores que están secundando la huelga, que tendrán que dejar de hacerlo.

Dicha sentencia, es la Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1990 de 2 de julio, en la que se resuelve un recurso de amparo interpuesto por cuatro trabajadores de la Empresa Municipal de Transportes de Madrid, S.A, contra la Sentencia de la Magistratura de Trabajo núm.10 de Madrid de 26 de febrero de 1988, que se dictó en un proceso de sanción laboral.

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981 de 8 de abril, f.j.c.o. 10

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 27/1989 de 3 de febrero, f.j.c.o. 3

⁶⁶ Poquet Catalá Raquel: *Servicios mínimos y retribución salarial ¿aspecto no resuelto?* IUSLabor 2/2019, ISSN 1699-2938, pág. 67.

⁶⁷ Ídem.

Los recurrentes son afiliados de la Central Sindical Comisiones Obreras (CC. OO) y son miembros de la Sección Sindical de CC.OO. en la empresa referida.

CC.OO. convocó una huelga general para el día 20 de junio de 1985, y la Sección Sindical de CC. OO. de la empresa, le comunicó a ésta su decisión de sumarse a la mencionada huelga. La Sección le comunicó a la empresa también los miembros que integran el Comité de Huelga, dentro de los cuales no estaban los recurrentes.

La Delegación del Gobierno de Madrid dictó una resolución en la que se fijaban los servicios mínimos que debían prestarse en la empresa. En concreto, los recurrentes fueron informados, por la Delegación de Gobierno, de que habían sido designados para la prestación de los servicios mínimos, y por ello debían ir a trabajar el día de la huelga.

Cuando llega el día 20 de junio, para el que estaba convocada la huelga, los cuatro recurrentes acudieron al trabajo, pero no prestaron los servicios. Se mantuvieron en las instalaciones de la empresa donde desempeñan sus labores, pero de manera inactiva, y sin avisar de su presencia.

Debido a esta conducta, la empresa "les instruyó expediente disciplinario, que terminó con la imposición de una sanción de suspensión de empleo y sueldo de tres meses"⁶⁸.

Los recurrentes, interpusieron una demanda contra dichas sanciones que fue desestimada por Sentencia de la Magistratura de Trabajo núm. 10 de Madrid, de 26 de febrero de 1988, que entendió que "los actores no habían sido objeto de trato discriminatorio por razón de su afiliación sindical, habiéndose limitado la empresa al correcto ejercicio de su potestad sancionadora, por haber incurrido aquéllos en falta sancionable, al no obedecer la orden de trabajo recibida"⁶⁹.

Los recurrentes alegan que el hecho de que se les designase para prestar los servicios mínimos no era razonable, porque eran dirigentes sindicales, y que la empresa debería haber designado a trabajadores no huelguistas para prestar los servicios.

No obstante, el Tribunal ha entendido que los recurrentes, aunque miembros del sindicato, no forman parte del comité de huelga, y que no tenían "un papel relevante en la dirección de la huelga".

Fija la doctrina en virtud de la cual "la pertenencia a un sindicato, incluso al sindicato convocante, no es razón que pueda eximir a un trabajador de la designación y de la realización de unas tareas correspondientes a un servicio cuyo mantenimiento se considera esencial"⁷⁰.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1990 de 2 de julio, antecedente de hecho 1.

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1990 de 2 de julio, antecedente de hecho 2.

⁷⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1990 de 2 de julio, f.j.c.o. 3

Ahora bien, cuando se trate de una huelga parcial, lo más razonable es que sean los trabajadores no huelguistas quienes lleven a cabo los servicios mínimos. Para favorecer a aquellos trabajadores que deseen ejercitar el derecho fundamental.

Así lo dispone el Tribunal, al decir que “no cabe negar que en determinadas circunstancias, en huelgas parciales o minoritarias de alguna duración el respeto al derecho de huelga puede llevar a dar preferencia para la realización de los servicios esenciales a los trabajadores que decidan libremente no sumarse a la huelga convocada”⁷¹.

Ahora bien, aunque sea lo más razonable, dicha elección será, sin perjuicio de lo que pueda decidir el empresario, que puede designar igualmente a aquellos que secunden la huelga.

Así lo afirma el Alto Tribunal al disponer que “sin embargo, esto no supone que pueda exigirse siempre y en todo caso a la empresa que excluya en principio de esos servicios a los trabajadores que deseen secundar la huelga”⁷².

Otra sentencia en la que se adopta este planteamiento jurisprudencial es la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de la Sala de lo Social de 3 de diciembre de 2004.

La Sección Sindical del Sindicato ELA interpuso una demanda de tutela de los derechos de libertad sindical contra la empresa Eusko Trenbideak - Ferrocarriles Vascos, S.A., en la que se denunciaba la interpretación y determinación que la empresa había hecho de los servicios mínimos fijados por el Gobierno Vasco.

En este sentido, lo que considero relevante de la sentencia es el siguiente pronunciamiento del Tribunal, según el cual “la designación de los concretos trabajadores que han de mantener los servicios mínimos corresponde a la dirección de la empresa afectada que incluso puede nombrar a los trabajadores huelguistas o miembros activos del sindicato declarante de la misma siempre que la decisión patronal no sea arbitraria”, dictado en virtud de la Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1990, recién examinada y en la Sentencia, del propio, Tribunal Superior de País Vasco de 5 de febrero de 2002.

El Tribunal sigue diciendo que “para el caso de huelga parcial, se exige que sean los trabajadores no huelguistas los que desempeñen tales servicios mínimos lo que no significa que pueda exigirse siempre y en todo caso al empresario que excluya de la realización de esos servicios a los trabajadores que deseen secundar la huelga”⁷³.

⁷¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1990 de 2 de julio, f.j.c.o. 3

⁷² Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1990 de 2 de julio, f.j.c.o. 3

⁷³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, de 3 de diciembre de 2004.

En conclusión, queda claro que el hecho de que los trabajadores secunden la huelga, no les excluye de poder ser designados por la empresa para prestar los servicios mínimos si es necesario. Sin perjuicio de que el empresario, tratándose de una huelga parcial o de duración reducida, decida, sin estar obligado a ello, designar solamente a aquellos trabajadores de la plantilla que no hayan secundado la huelga.

4. EL ESQUIROLAJE

El esquirolaje es una forma de atacar la finalidad principal de la huelga, que es, en definitiva, causar un perjuicio a la actividad empresarial. Este ataque consiste en sustituir al trabajador huelguista por otro que no secunde la huelga.

A continuación, me voy a referir a tres tipos de esquirolaje, el externo, el interno, y el nuevo esquirolaje tecnológico.

4.1. EL ESQUIROLAJE EXTERNO

El esquirolaje externo consiste en la sustitución que realiza el empresario de los trabajadores huelguistas, por personas que no estén vinculadas a la empresa en el momento de convocarse la huelga.

Esta sustitución impide que la huelga despliegue plenamente su eficacia, ya que si otras personas realizan el trabajo de los huelguistas, la empresa no va a experimentar la presión pretendida por aquellos.

El esquirolaje externo, queda prohibido por el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, en el artículo 6.5, según el cual *“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”*.

Siguiendo con la prohibición de esta práctica, la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, también prohíbe el esquirolaje externo en su artículo 8.1 apartado a): *“Las empresas no podrán celebrar contratos de puesta a disposición en los siguientes casos: a) Para sustituir a trabajadores en huelga en la empresa usuaria”*.

Por otra parte, la Ley de infracciones y sanciones en el orden social, tipifica en su artículo 8 las “infracciones muy graves”, dentro de las cuales se encuentra, en el décimo apartado *“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”*.

A parte de la prohibición legal del esquirolaje externo, la jurisprudencia también ha dejado clara su postura acerca de esta práctica en diversas resoluciones que responden a casos concretos, a las que me voy a referir.

La doctrina, en su mayoría, entiende que el artículo 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977 debe interpretarse según la finalidad pretendida de la norma, que no es otra que “censurar la sustitución de los trabajadores en huelga, por otros que no tenían encomendada esa tarea específica antes de iniciarse el conflicto”.⁷⁴

Interpretando de esta manera norma, la jurisprudencia ha considerado una serie de casos contrarios al derecho de huelga.

4.1.1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 1717/2015 DE 20 DE ABRIL

En primer lugar, voy a referirme a la Sentencia del Tribunal Supremo 1717/2015 de 20 de abril de 2015, en la que se concluye que el aumento de producción en un centro de trabajo para abastecer a otro de la misma empresa que está en huelga es contrario al derecho de huelga.⁷⁵

La STC 1717/2015 resuelve el recurso de casación interpuesto por el grupo de empresas constituido por la empresa matriz Coca Cola Iberian Partners (CCIP) y las siete empresas embotelladoras, siendo Casbega una de ellas, contra la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 12 de junio de 2014. Esta última sentencia resolvía las demandas que interpusieron los sindicatos UGT, CC.OO. y CSIF, frente al despido colectivo que llevo a cabo el grupo de empresas, que concluyó que el despido había sido inadecuado.

La Sentencia se refiere a los hechos probados de la sentencia de la Audiencia Nacional, y dispone que el comité de empresa de la fábrica de Fuenlabrada de Casbega convocó una huelga de carácter indefinido a partir del 31 de enero de 2014, a raíz del cierre de la fábrica. La huelga fue secundada por todos los trabajadores de la fábrica, y duró todo el periodo de consultas del despido colectivo, lo que conllevó que la producción de la fábrica de Fuenlabrada se paralizase por completo.

La plataforma logística de Madrid de la empresa matriz (CCIP), distribuidora del producto en la Comunidad Autónoma, advirtió que la huelga iba a provocar roturas de stock, y por ello dicha plataforma empezó a recibir suministros, desde mediados de febrero, de otras embotelladoras de la empresa procedentes de A Coruña, Burgos y Sevilla.

Es decir, que “durante el mes de febrero y las fechas subsiguientes el producto que dejó de fabricarse en la fábrica de Fuenlabrada como consecuencia de la huelga fue sustituido por el fabricado en otras embotelladoras de CCIP que no abastecían nunca hasta entonces la zona centro”⁷⁶.

⁷⁴ José Enrique Ruiz Saura (2021): “El esquirolaje en la empresa del siglo XXI. Repaso jurisprudencial del caso español”, Revista DELOS, (Especial noviembre 2021), pág. 38.

⁷⁵ Ídem.

⁷⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 1717/2015 de 20 de abril, f.j.c.o 2 ñ).

La sentencia recurrida en casación, declaró la nulidad del despido por, entre otras causas, la vulneración del derecho de huelga por parte de CCIP. La Audiencia Nacional entendió que la actuación por parte de la empresa tuvo como consecuencia “minorar las consecuencias del ejercicio por los trabajadores del centro de Fuenlabrada de su derecho de huelga”⁷⁷.

El Tribunal concluye afirmando que la conducta que llevó a cabo la empresa durante la huelga vulnera manifiestamente el artículo 28.2 de la Constitución, a través de la “indirecta modalidad de utilización del trabajo de otros empleados para suplir la ausencia de producción en la embotelladora en huelga”⁷⁸, y que de esa manera se redujeron los efectos pretendidos con la huelga. Finalmente se desestima el recurso de casación.

4.1.2. SUBCONTRATACIÓN ENTRE EMPRESAS CUANDO HAY ESPECIAL VINCULACIÓN.

En segundo lugar, voy a referirme a un caso concreto, el cual supone una excepción a una postura jurisprudencial. Esta postura consiste en que “la prohibición legal del esquirolaje no impide que aquellas empresas que tengan suscrita una contrata o subcontrata con una empresa contratista en huelga puedan utilizar los servicios de otra”⁷⁹.

Una de las sentencias en las que se fija esta postura jurisprudencial es la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 4 de julio de 2000, en la que se dispone que “el derecho fundamental de huelga no incluye en su contenido el poder de exigir a un tercero ajeno a la relación laboral entre empresa y trabajadores huelguistas que sufra una reducción en su proceso productivo o en los servicios que presta”⁸⁰.

La excepción a la que me refiero, es la especial vinculación entre las empresas. Esa especial vinculación hace que la subcontratación por parte de la empresa cliente de otra empresa para prestar el servicio que, normalmente, presta la empresa en huelga, suponga una vulneración del derecho fundamental.

En relación con este supuesto, voy a referirme a dos sentencias del Tribunal Supremo en las que el Tribunal confirma esta excepción.

⁷⁷ Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de junio de 2014.

⁷⁸ Sentencia Tribunal Supremo 1717/2015 de 20 de abril f.j.c.o. 4.

⁷⁹ José Enrique Ruiz Saura (2021): “El esquirolaje en la empresa del siglo XXI. Repaso jurisprudencial del caso español”, Revista DELOS, (Especial noviembre 2021), pág. 39.

⁸⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 4 de julio de 2000.

4.1.2.1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 1217/2015 DE 11 DE FEBRERO

La Sentencia del Tribunal Supremo 1217/2015 de 11 de febrero de 2015, resuelve un recurso de casación interpuesto por la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras contra una sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de junio de 2013, número de procedimiento 276/2013.

Esta sentencia resolvía una demanda de tutela de derechos fundamentales que presentó la citada Federación contra Ediciones el País S.L, Diario AS S.L, Estructura Grupo de Estudios Económicos S.A y Pressprint S.L.

En ella quedan probados una serie de hechos, de necesaria exposición para comprender la sentencia de casación del Tribunal Supremo.

En primer lugar, la empresa Pressprint S.L se dedica a la producción, impresión, publicación y difusión de publicaciones periódicas, por cuenta propia o ajena. En este caso, por cuenta ajena, es la empresa encargada de producir todas las publicaciones de prensa diaria del Grupo Prisa. El único socio de la empresa es Diario El País S.L, el cual ostenta el 100% del capital social y actúa como administrador único. Diario El País S.L, también forma parte del Grupo Prisa.

El Comité de Empresa y la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras, convocaron una huelga en los centros de trabajo de Pressprint de Madrid y Barcelona, que duraría del 13 al 27 de diciembre de 2012, durante toda la jornada laboral. El motivo de la huelga fue el despido colectivo que efectuó la empresa, que afectó a trabajadores de ambos centros, especialmente a los de Barcelona.

La huelga duró, finalmente, hasta el día 22 de diciembre, y se secundó por toda la plantilla de los dos centros. La cuestión del litigio se origina porque, aunque se paralizó la impresión de los diarios⁸¹, estos fueron impresos y distribuidos con normalidad. Esto fue posible, ya que dicha tarea se encargó a otras empresas dedicadas a la impresión.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional desestimó la pretensión de la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras, que consistía en una serie de indemnizaciones por la vulneración de los derechos fundamentales.

⁸¹ "En el centro de Madrid: EL PAÍS: parte de la edición nacional y de la totalidad de Madrid; -DIARIO DEPORTIVO AS: del que se imprimen las ediciones de Extremadura y Madrid; -DIARIO ECONÓMICO CINCO DÍAS: ediciones de Andalucía y Madrid; -EL MUNDO DEPORTIVO: edición Madrid; -LA VOZ DE GALICIA: edición Madrid; -LA VANGUARDIA: edición Madrid. En el centro de Barcelona: DIARIO EL PAÍS: edición Cataluña, -AS: edición Cataluña; -CINCO DÍAS: edición Cataluña".

Por lo que se refiere al recurso de casación interpuesto contra dicha sentencia, este se basa en tres motivos. El tercero de ellos, es el que interesa en este caso, y es "la interpretación errónea, del artículo 28.2 de la Constitución, en relación con el RD Ley 17/1977 de 4 de marzo, así como la doctrina vinculante del Tribunal Constitucional"⁸².

Se alega para apoyar este motivo, que la actuación por parte de la parte demandada, de sustituir a la empresa en huelga, supone una vulneración del derecho fundamental de huelga, no solo por tratarse de una sustitución externa de los trabajadores, sino también por la especial vinculación societaria que hay entre las empresas.

En el recurso se denuncia la vulneración del derecho fundamental de huelga, por quien no es el empresario del trabajador, y debido a que es un supuesto particular, el Tribunal se refiere a una serie de Sentencias en las que se fija doctrina acerca de esta cuestión. En primer lugar, se refiere a la STC 75/2010 en la que el Tribunal Constitucional dispone que "los derechos fundamentales de un trabajador pueden ser vulnerados por quien no es su empresario en la relación laboral, pero interviene o interactúa con él en conexión directa con la relación laboral".

En el presente caso, aplicando la doctrina de la citada sentencia del TC, el Tribunal Supremo entiende que la conducta de Ediciones el País S.L, Diario AS S.L, Estructura Grupo de Estudios Económicos S.A y Pressprint S.L., consistente en contratar la impresión de los periódicos a otra empresa, distinta a Pressprint, mientras esta estaba en huelga, supone una vulneración de derecho fundamental de huelga, y del derecho de libertad sindical.

El Tribunal ha apreciado dicha vulneración porque, aunque las empresas no tienen una relación laboral directa con los trabajadores de Pressprint, que secundaron la huelga, la sustitución por su parte perjudicó la finalidad de la huelga, pues los periódicos fueron publicados todos los días que duró.

Volviendo a la especial vinculación entre las empresas, hay que tener en cuenta que las empresas codemandadas y Pressprint pertenecen al mismo grupos de empresas, el Grupo Prisa. Por ello, el Tribunal entiende que los trabajadores huelguistas de Pressprint, empresa contratista, están vinculados directamente con la actividad productiva de las empresas principales⁸³, por ser estas las destinatarias últimas de su actividad laboral. De esta manera, la efectividad del derecho de huelga, en este caso, puede verse afectada por la conducta de los empresarios principales.⁸⁴

⁸² Sentencia del Tribunal Supremo 1217/2015, de 11 de febrero de 2015, f.j.c.o. 3.

⁸³ Ediciones el País S.L, Diario AS S.L, Estructura Grupo de Estudios Económicos S.A.

⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 1217/2015, de 11 de febrero de 2015, f.j.c.o. 12.

4.1.2.2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 3659/2018 DE 3 DE OCTUBRE

En segundo lugar, siguiendo con la jurisprudencia en esta materia, voy a referirme a la Sentencia del Tribunal Supremo 3659/2018 de 3 de octubre de 2018, que resuelve los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por Andaluprint S.L y por ABC Sevilla S.L, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 11 de enero de 2017.

ABC Sevilla y la representación de sus trabajadores acuerdan en 2010 constituir una sociedad que se encargase de la impresión, para evitar la externalización de dicho sector industrial, de manera que los trabajadores de ABC Sevilla que trabajaban en esa área fuesen recolocados en la nueva mercantil.

En ese mismo año se constituye la empresa Andaluprint, siendo socio único ABC Sevilla SLU, que iba a dedicarse a la explotación de una planta industrial de impresión en Sevilla. Ambas mercantiles pertenecen al Grupo Vocento. Se acordó que Andaluprint sería la empresa encargada de imprimir el periódico en Sevilla, y que si “por cual cualquier circunstancia ajena a la voluntad de Andaluprint no fuera posible realizar la impresión, el editor quedaría facultado para subcontratar temporalmente la impresión de las publicaciones recogidas en el contrato”⁸⁵.

El 22 de enero de 2015 los delegados de personal de Andaluprint, miembros del sindicato Comisiones Obreras, convocaron una huelga indefinida desde el 2 de enero, debido a que la empresa decidió cerrar el centro de trabajo de Andaluprint, y por consiguiente despedir a todos los trabajadores del mismo.

Debido a que la mayoría de la plantilla secundó la huelga, y por tanto, Andaluprint no podía imprimir el periódico, ABC Sevilla SLU contrató a dos empresas, no pertenecientes al Grupo Vocento, para que se encargasen de impresión durante la huelga.

La sentencia contra la que se dirigen los recursos de casación resuelve un recurso de suplicación contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm.7 de Sevilla de 28 de junio de 2015. El Juzgado en esta sentencia estimó la demanda interpuesta por los delegados de personal de Andaluprint y Comisiones Obreras, contra las dos mercantiles, Andaluprint SLU y ABC Sevilla SLU, por considerar que estas vulneraron el derecho fundamental de huelga de los trabajadores de Andaluprint, al contratar a las empresas Iniciativas de Publicaciones e Inspección S.L y Recoprint S.L para la impresión del periódico ABC durante la huelga.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 11 enero de 2017, sentencia recurrida, que resuelve el recién mencionado recurso de suplicación, confirma la postura del Juzgado de lo

⁸⁵ Sentencia del Tribunal Supremo 3659/2018 de 3 de octubre de 2018, antecedente de hecho 1.

Social de Sevilla, y entiende que, efectivamente, la conducta de las dos empresas, Andaluprint SLU y ABC Sevilla SLU, vulnera el derecho de huelga.

El debate casacional se centra en determinar la “calificación que cuadra a la conducta empresarial consistente en derivar tareas comúnmente desempeñadas por otra mercantil del grupo a empresas ajenas con motivo de la huelga convocada en la proveedora habitual”⁸⁶.

Las sentencias recaídas en el procedimiento, son las ya mencionadas Sentencia de 28 de julio de 2015 del Juzgado de lo Social N°7 de Sevilla, en la que se declara que la conducta empresarial vulnera el derecho de huelga; y la Sentencia de 11 de enero de 2017 del Tribunal Superior de justicia de Andalucía, que confirma la sentencia anterior, entendiendo que existe vulneración del derecho fundamental.

Por lo que se refiere a la postura adoptada por las partes, los recurrentes, Andaluprint SLU y ABC Sevilla SLU, defienden “la licitud de acudir a terceros para realizar las tareas no afrontadas por un contratista cuya plantilla está en huelga”⁸⁷.

Andaluprint invoca una sentencia dictada por el mismo Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 4 de febrero de 2015. En este caso, Andaluprint y ABC Sevilla encargaron la impresión del periódico a una tercera empresa, mientras los trabajadores de Andaluprint secundaban la huelga convocada el 14 de noviembre de 2012. El Tribunal en este caso concluye que no se había vulnerado el derecho de huelga, siendo lícita la actuación de las mercantiles, por entender que no existía un grupo de empresas patológico.

ABC Sevilla, por su parte, mantiene la misma postura que Andaluprint, e invoca, además de la Sentencia de 4 de febrero de 2015 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que es la sentencia de contradicción, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2016. Esta sentencia “avala el acierto de la doctrina de contraste: una empresa que sea cliente de otra no tiene por qué soportar las consecuencias de una huelga en la segunda”⁸⁸.

Por otra parte, los recurridos, es decir, los delegados de personal impugnan el recurso de casación, pues entienden que los hechos probados en la sentencia de instancia ponen de manifiesto la conexión entre las empresas, y la minoración que sufrió la presión que pretendía la huelga con la conducta de Andaluprint y ABC Sevilla.

El Ministerio Fiscal, por su parte, entiende que existe contradicción entre las sentencias, ya que la sentencia recurrida (STSJ de Andalucía 11 de enero de 2017) considera vulnerado el

⁸⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 3659/2018 de 3 de octubre de 2018, f.j.c.o 1.

⁸⁷ Ídem.

⁸⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 3659/2018 de 3 de octubre de 2018, f.j.c.o 1.

derecho fundamental y la sentencia de contraste (STSJ de Andalucía de 4 de febrero de 2015) entiende que no existe tal vulneración.

El Tribunal Supremo, hace referencia a tres sentencias⁸⁹ que recogen su doctrina sobre la huelga y la subcontratación de servicios. En las tres se descarta la vulneración del derecho fundamental, por el hecho de que es común en los tres casos que “la subcontratación se produce entre empresas independientes entre sí, que carecen de otro vínculo previo, salvo el contrato mercantil de subcontratación. Son casos en los que la descentralización productiva se produce libremente en el mercado y no en el seno de un grupo de sociedades”⁹⁰.

Por ello se rechaza la vulneración del derecho de huelga, por no haber entre las empresas una especial vinculación. La relación es puramente mercantil, pues ni siquiera compartían “estrategias conjuntas de producción, comerciales o de otro tipo”⁹¹.

Con todos los argumentos y doctrina expuesta en la sentencia, el Tribunal concluye afirmando que sí que existió por parte de ABC Sevilla y Andaluprint la vulneración del derecho de huelga que apreció la sentencia recurrida. Entiende, el Tribunal, que los huelguistas tenían intención de presionar a la empresa, y la sustitución, por parte de esta, de su actividad, como consecuencia de la huelga, “vacío de contenido” el derecho fundamental.

Finalmente, en el fallo el Tribunal decide desestimar los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos, respectivamente, por Andaluprint S.L. y por ABC Sevilla S.L., y declarar la firmeza de la sentencia de 11 de enero de 2017 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

Con esta sentencia, el Tribunal Supremo hace ver la diferencia que se produce cuando las empresas, entre las que existe la subcontratación y que se ven afectadas por la huelga, forman parte del mismo grupo empresarial y cuando no lo hace, es decir, cuando son empresas independientes entre las que solo existe un contrato mercantil de externalización.

De manera que, cuando, efectivamente, las empresas pertenecen al mismo grupo empresarial, como es el caso de ABC Sevilla y Andaluprint, el Tribunal Supremo entiende que debido a

⁸⁹ STS 16 de noviembre 2016 (rec. 59/2016; Altrad), STS 23 enero 2017 (rec. 60/2016; subcontratistas de Telefónica), STS 13 de julio 2017 (rec. 25/2017; Indra y Vodafone).

⁹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 3659/2018 de 3 de octubre de 2018, f.j.c.o 3.

⁹¹ Sentencia del Tribunal Supremo 3659/2018 de 3 de octubre de 2018, f.j.c.o 3.

la especial vinculación, y a las relaciones societarias entre la empresa contratista y la empresa principal, sí que se vulnera el derecho de huelga.⁹²

4.2. EL ESQUIROLAJE INTERNO

Si el esquirolaje externo implica la sustitución del trabajador huelguista por una persona ajena a la empresa, el interno supone dicha sustitución por otro trabajador de la empresa que no secunde la huelga.

En este caso, no ha sido la ley la que se ha encargado de regular esta práctica, sino la jurisprudencia en diversas sentencias. Para explicar en qué consiste, me voy a referir a dos sentencias del Tribunal Constitucional, en primer lugar, la Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1992 y, en segundo lugar, la Sentencia del Tribunal Constitucional 33/2011, que entre otras, ponen de manifiesto la doctrina del Tribunal acerca del esquirolaje interno.

4.2.1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 123/1992, DE 28 DE SEPTIEMBRE.

En primer lugar, la Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1992 de 28 de septiembre, resuelve un recurso de amparo interpuesto por el Comité de Empresa de la Compañía Envasadora Loreto Sociedad Anónima contra la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 13 de diciembre de 1988.

El recurso de amparo se interpuso por ser la Sentencia mencionada contraria al art.28.2 de la Constitución española que garantiza el derecho de huelga de los trabajadores.

Los hechos comienzan con la convocatoria de una huelga por los trabajadores fijos discontinuos, afectos a las labores de producción. La huelga fue convocada en tiempo y forma, y como huelga legal se llevó a efecto. No obstante no se adhirió a la misma el personal fijo de la plantilla, constituido por directores y administrativos. Lo que ocurrió fue que estos últimos, voluntariamente y a instancia de los órganos gestores de la Compañía, sustituyeron

⁹² VICENTE PALACIO, M.A (2019). Esquirolaje en supuestos de externalización en empresas pertenecientes al mismo grupo empresarial. *Revista de Jurisprudencia Laboral, Volumen 2/2019*, José Enrique Ruiz Saura (2021): “El esquirolaje en la empresa del siglo XXI. Repaso jurisprudencial del caso español”, *Revista DELOS*, (Especial noviembre 2021), pág. 43.

a los trabajadores huelguistas en sus puestos, los cuales eran de categoría inferior.⁹³ Esa sustitución tuvo como consecuencia que la huelga no tuviese los efectos pretendidos.

Esta situación se demandó ante la Magistratura de Trabajo de Sevilla, la cual desestimó la demanda, y declaró lícita la sustitución. Contra esta sentencia se interpuso recurso de suplicación ante el Tribunal Central de Trabajo, el cual también fue desestimado.

El Magistrado de Trabajo argumenta que lo único que prohíbe el Real Decreto-Ley 17/1977 es sustituir a los trabajadores huelguistas por personas ajenas a la empresa en el momento de la huelga, es decir, el esquirolaje externo.

Los recurrentes muestran su oposición a esta afirmación alegando que “la interpretación restrictiva de un precepto constitucional comporta una limitación incompatible con el contenido esencial del derecho fundamental de huelga”.⁹⁴

Por otra parte, la sentencia recurrida afirma que el hecho de que los huelguistas no trabajen, no ha de impedir que los trabajadores no huelguistas no lo hagan, aunque sea en un puesto de trabajo diferente, si estos lo aceptan.⁹⁵

Una vez que la demanda de amparo es admitida a trámite, el Ministerio Fiscal se pronuncia a favor de las alegaciones de los demandantes, entendiendo que la actividad de la empresa sí que vulneró realmente el derecho de huelga.

La Compañía demandada se mantiene firme en que el derecho fundamental no fue vulnerado, pues no se impidió a los trabajadores secundar la huelga, y alega que “la empresa se limitó a utilizar la facultad de movilidad funcional autorizada con un margen muy amplio en el convenio colectivo funcional”.⁹⁶

Por lo que se refiere a los fundamentos jurídicos, en el segundo de ellos el Tribunal decide aclarar lo que se entiende por huelga y cuál es su función social, refiriéndose al Real Decreto-Ley 17/1977 en su artículo 7.1, según el cual la huelga consiste en “*el cese de la prestación de servicios por los trabajadores afectados, sin ocupación de ellos del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias*”.⁹⁷

⁹³ Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1992 de 28 de septiembre, antecedente de hecho 1.

⁹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1992 de 28 de septiembre, antecedente de hecho 2.

⁹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1992 de 28 de septiembre, antecedente de hecho 2.

⁹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1992 de 28 de septiembre, antecedente de hecho 6.

⁹⁷ Artículo 7.1 Real Decreto-Ley 17/1977.

De esta manera, el Real Decreto-Ley repudia la figura del "esquirol"⁹⁸, prohibiendo la sustitución de los huelguistas por trabajadores no vinculados a la empresa en el momento de convocarse la huelga.

El TC se refiere a la Ley 8/1988 de 7 de abril sobre infracciones y sanciones en el orden social, en la que se tipifica como infracción muy grave "*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*".⁹⁹

Por otra parte, también se refiere a la interpretación a *contrario sensu* de la prohibición del Real Decreto-Ley. La norma prohíbe, solamente, sustituir a los huelguistas por personas ajenas a la empresa, pero nada dice sobre aquellas que ya forman parte de la misma en el momento de convocarse la huelga, y esto puede llevar a entender que la sustitución interna está permitida. Sobre todo, si se contemplan desde la perspectiva de la libertad, como dice el TC, "lo no prohibido expresamente por la Ley ha de considerarse permitido".¹⁰⁰

A continuación, en el fundamento jurídico tercero, el Tribunal se refiere a la facultad de movilidad interna del personal que ostenta el empresario. Así, el Tribunal hace referencia al artículo 23.4 del Estatuto de los Trabajadores¹⁰¹, que "permite al empresario destinar a cualquiera para realizar tareas correspondientes a categoría inferior a la suya, bien por necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva y por el tiempo imprescindible".¹⁰²

El derecho de huelga, como subjetivo, por su contenido, y fundamental, por su configuración constitucional, ostenta una preeminencia que produce que, durante su ejercicio, el resto de los derechos que en una situación normal tendrían plena eficacia van a verse "anestesiados". Según el TC, eso es lo que ocurre con la potestad directiva del empresario, la cual le permite la mencionada movilidad funcional del personal.

⁹⁸ Según la Real Academia Española: persona que se presta a ocupar el puesto de un huelguista.

⁹⁹ Artículo 8.10. de la Ley 8/1988 de 7 de abril sobre infracciones y sanciones en el orden social.

¹⁰⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1992 de 28 de septiembre, f.j.c.o 2.

¹⁰¹ Actualmente es el art.39 del Real Decreto Legislativo 2/2015 el que regula la movilidad funcional en la empresa. El art.39.2 dispone que "*La movilidad funcional para la realización de funciones, tanto superiores como inferiores, no correspondientes al grupo profesional solo será posible si existen, además, razones técnicas u organizativas que la justifiquen y por el tiempo imprescindible para su atención. El empresario deberá comunicar su decisión y las razones de esta a los representantes de los trabajadores*".

¹⁰² Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1992 de 28 de septiembre, f.j.c.o 3.

El Tribunal concluye que la sustitución interna, en el presente caso, supone un ejercicio abusivo del *ius variandi* que ostenta el empresario, en el momento en el que la potestad de movilidad funcional se ejercita para “desactivar la presión producida por el paro en el trabajo”, es decir, para limitar los efectos de la huelga.

De manera, que según el Tribunal Constitucional no puede considerarse lícita la sustitución de los trabajadores huelguistas por otros de la empresa que no la habían secundado, y que además pertenecen a un nivel profesional superior.¹⁰³

4.2.2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 33/2011 DE 28 DE MARZO

En segundo lugar, la Sentencia del Tribunal Constitucional 33/2011, de 28 de marzo de 2011 resuelve un recurso de amparo interpuesto por Emilio Altable Cerdeño y otra serie de personas contra la Sentencia de 27 de abril de 2004 y el Auto de 22 de julio de 2004, que fueron dictados por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, alegando la vulneración del artículo 24 de la Constitución, es decir, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías; y del artículo 28.2 de la Constitución, es decir, el derecho de huelga, que es lo que se centra esta exposición.

Por lo que se refiere a la vulneración del derecho de huelga, algunos de los hechos relevantes que señala el Tribunal en el antecedente número dos son los siguientes:

- Se convoca una huelga el 20 de junio de 2002 por parte de los sindicatos CC. OO y UGT, que tiene como objeto “frenar las reformas en materia de empleo emprendidas por el Gobierno de la Nación, concretadas en el Real Decreto-Ley 5/2002 de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad”.¹⁰⁴
- La huelga fue secundada por el comité de empresa del diario ABC, con la intención de que el día para el que fue convocada la huelga, el 20 de junio, no se publicase el periódico, y se fija la celebración de la huelga desde las 19:00 horas del 19 de junio hasta las 07:00 horas del 20 de junio.
- En los talleres del periódico y en el resto de las secciones (almacén, pre-impresión, rotativas, etc.) todos los trabajadores secundaron la huelga, a excepción de los jefes de sección de todos los turnos. Estos últimos, junto con directivos y jefes de área, editaron una tirada del periódico de 29.800 ejemplares, los cuales fueron distribuidos, tanto en tiendas como en televisión.
- El 17 de junio de 2003, los cuarenta y dos trabajadores que interponen el recurso de amparo, interpusieron una demanda sobre tutela de derechos fundamentales contra

¹⁰³Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1992 de 28 de septiembre, f.j.c.o 5.

¹⁰⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 33/2011 de 28 de marzo, antecedente de hecho 2.

el Diario ABC S.L, y otras sociedades anónimas, pero en el acto del juicio solo sostuvieron la acusación contra la primera.

En esta demanda se alegó que el hecho de que la empresa editase una tirada del periódico el 20 de junio vulnera el derecho fundamental de huelga, es decir, el artículo 28.2 de la Constitución.

- Esta demanda fue estimada parcialmente por sentencia del Juzgado de lo Social núm.33 de Madrid, en la que se declara que, efectivamente, del Diario ABC vulneró con su actuación el derecho de huelga, esta fue condenada pagar una indemnización a cada uno de los demandantes.
- En la sentencia, el Juzgado de lo Social hace referencia a la Ordenanza de prensa de 23 de marzo de 1971¹⁰⁵, según la cual *“los jefes de sección y las categorías superiores tienen como función organizar, controlar y distribuir el trabajo, y en su caso, atender incidencias, pero en ningún caso intervenir de modo directo en el proceso productivo en talleres”*.

Por ello, lo que entiende el Juzgado es que los jefes de equipo sustituyeron a los trabajadores huelguistas, a quienes correspondía la tarea de editar la tirada del periódico. Finalmente, la Sentencia recuerda que “no solo es contrario al derecho fundamental de huelga el “esquirolaje externo” sino también el interno, esto es, aquel que utiliza la movilidad funcional dentro de la empresa para cercenar la eficacia de la huelga”¹⁰⁶.

- Diario ABC interpuso recurso de suplicación, y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia “negó la lesión del derecho de huelga y absolvió a la empresa de las denuncias formuladas en su contra”¹⁰⁷, en sentencia de 27 de abril de 2004, ya que entendió que fueron los jefes de sección, quienes voluntariamente decidieron editar la tirada, sin tener nada que ver con ello la empresa.
- Contra la sentencia que resuelve el recurso de suplicación, la parte contraria promueve un incidente de nulidad de actuaciones, que fue desestimado por el Auto de 22 de julio de 2004 de la Sala de lo Social Tribunal Superior de Justicia.

Lo que denuncia la demanda de amparo es que la Sentencia de 27 de abril de 2004 y el Auto de 22 de julio de 2004, dictados por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, vulneran los artículos 24.1 y 2 y 28.2 de la Constitución. Los recurrentes basan la vulneración del derecho de huelga en que se produjo una sustitución interna, siendo esta responsabilidad de la empresa. El Ministerio Fiscal respalda esta postura.

¹⁰⁵ Derogada el 11/12/1976, pero es invocada en la STC 33/211 ya que la Ordenanza se mantiene vigente por remisión del convenio colectivo aplicable al caso concreto.

¹⁰⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 33/2011 de 28 de marzo, antecedente de hecho 2.

¹⁰⁷ Ídem.

El Tribunal para resolver si, efectivamente, los directivos y jefes de sección vulneraron aquel 2º de junio el derecho de huelga, recuerda la singular posición de la huelga frente al resto de medidas de conflicto colectivo, trayendo a colación, la mencionada anteriormente Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1992.¹⁰⁸

Siguiendo la línea acogida en dicha sentencia, el Tribunal dispone que la sustitución interna constituye un ejercicio abusivo del ius variandi empresarial, el cual durante el ejercicio del derecho de huelga no puede alcanzar a la sustitución del trabajo de los huelguistas por personas que no tienen asignadas esas funciones en situaciones normales, ya que esto supondría reducir la presión de los huelguistas.

Por este motivo entiende el Tribunal que “ni el empresario puede imponer a los trabajadores no huelguistas la realización de las tareas que corresponden a los que secundaron la convocatoria, ni los trabajadores que libremente decidieron no secundarla pueden sustituir el trabajo de sus compañeros”.¹⁰⁹

Finalmente, el Tribunal considera que los argumentos que se dan en la Sentencia impugnada, es decir que no fue la empresa quien vulneró el derecho de huelga, sino que fueron los jefes de sección quienes de forma autónoma decidieron no secundar la huelga, no se corresponden con la definición que el Tribunal Constitucional ha elaborado del derecho de huelga.

En efecto, la Sala afirma que la edición de la tirada, incluso si hubiese sido simbólica, supuso una aminoración de la presión que pretende la huelga. Por ello, descarta que hubiese circunstancias que legitimen la sustitución, y estima la demanda de amparo y declara la nulidad de la Sentencia de 27 de abril de 2004.

En conclusión, ambas sentencias del TC dejan clara la postura del mismo acerca del esquirolaje interno, el cual, queda prohibido, al igual que el externo, pues no cabe la posibilidad de que aquellos trabajadores que no secundan la huelga, decidan por cuenta

¹⁰⁸ Fundamento Jurídico Nº5 STC 123/1992: “el derecho de huelga, que hemos calificado ya como subjetivo por su contenido y fundamental por su configuración constitucional, goza además de una singular preeminencia por su más intensa protección. En efecto, la Constitución reconoce en su art. 37, el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo, pero desgaja de este marco general una de ellas, la huelga, para colocarlo en lugar preferente, el art. 28, confiriéndole –como a todos los de su grupo– una mayor consistencia que se refleja en el mayor rango exigible para la Ley que lo regule y en la más completa tutela jurisdiccional, con un cauce procesal *ad hoc* en la vía judicial ordinaria y el recurso de amparo ante nosotros (arts. 53, 81 y 161 C.E.)”

¹⁰⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 33/2011 de 28 de marzo f.j.c.o 4.

propia o por orden del empresario desempeñar las tareas que le corresponden al trabajador huelguista, pues esto vacía el derecho de huelga, en relación con la presión empresarial que pretende la misma.

4.3. EL ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO

El esquirolaje tecnológico es una nueva figura que ha surgido a raíz de la incorporación de las nuevas tecnologías a las empresas. La digitalización, como en muchos otros aspectos, ha influido en el ámbito empresarial, lo que en ocasiones está ocasionando la sustitución de trabajadores por dispositivos tecnológicos. Esta situación, como es de esperar, ha tenido repercusión en el ámbito del derecho de huelga, e incluso la ONU se ha pronunciado al respecto, y ha afirmado que “es fundamental que los trabajadores puedan disfrutar de todos sus derechos humanos, entre otros el derecho a la afiliación sindical y a la huelga”¹¹⁰.

La STS de 5 de diciembre define al esquirolaje tecnológico como “la sustitución de medios humanos por medios mecánicos y automáticos durante la huelga”. De manera, que no solo la sustitución del huelguista por medios humanos vulnera el derecho de huelga, sino que también puede suponer una vulneración del mismo la sustitución del trabajador por medios tecnológicos que habitualmente no utiliza, para mantener la actividad empresarial, ya que de esa manera se vacía igualmente el contenido del derecho fundamental¹¹¹.

La jurisprudencia al respecto del esquirolaje tecnológico no ha sido unánime, sino que ha ido evolucionando. En este punto voy a referirme a tres sentencias fundamentales en la materia, que han ido delimitando la postura de nuestros Tribunales al respecto de si esta nueva forma de esquirolaje vulnera o no el derecho fundamental de huelga.

4.3.1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 5579/2012 DE 11 DE JUNIO

La Sentencia del Tribunal Supremo 5579/2012 de 11 de junio, resuelve dos recursos de casación interpuestos por las Sociedades Públicas Euskal Telebisa- Televisión Vasca, S.A. U (ETB) y Euskal Irrati Telebisa- Radio Televisión Vasca (EITB), contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 22 de febrero de 2011.

Por lo que se refiere a la sentencia recurrida, la Central Sindical LAB interpuso demanda de tutela de los derechos de libertad sindical ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco contra ETB, y la Confederación Sindical ELA interpuso la misma

¹¹⁰ *Derechos humanos en la era digital. ¿Pueden marcar la diferencia? Discurso programático de Michelle Bachelet, alta comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Japan Society, Nueva York, 17 de octubre de 2019, Beatriz Sánchez-Girón Martínez: El derecho de huelga en la era digital: el esquirolaje tecnológico, pág. 31.*

¹¹¹ José Enrique Ruiz Saura (2021): “El esquirolaje en la empresa del siglo XXI. Repaso jurisprudencial del caso español”, Revista DELOS, (Especial noviembre 2021), pág. 45.

demanda contra EITB, solicitando que se declare que determinadas prácticas empresariales llevadas a cabo en la ejecución de los servicios mínimos aprobados para la programación del día 29 de junio de 2010, día para el que se había convocado una huelga, vulneraron el derecho fundamental de huelga.

La Sala tuvo por probados los siguientes hechos. El 29 de junio de 2010 determinadas Centrales Sindicales, entre ellas ELA y LAB, convocaron una huelga general para las Comunidades Autónomas del País Vasco y Navarra, para protestar por la reciente reforma laboral.

El 24 de junio de 2010 la Consejera de Empleo y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco emitió una Orden por la que se ordena garantizar, durante la huelga, los servicios esenciales, entendiendo que no emitir programas informativos de carácter institucional, político o social, supondría una limitación a los derechos y libertades de la ciudadanía, y por ello dispone la Orden que solo se emitirían los servicios informativos diarios en su horario habitual¹¹².

El día 29 de junio de 2010, ETB emitió publicidad ordinaria y publicidad de "Teletienda" entre los programas calificados como esenciales. Esta publicidad estaba programada y se emitió de forma automática sin intervención humana directa.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco estimó parcialmente las demandas y entendió que sí que se había producido una vulneración del derecho de huelga.

Frente a esta decisión las entidades que habían sido demandas, es decir, ETB y EITB, interpusieron dos recursos, que se analizan conjuntamente por tener motivos coincidentes.

El primer motivo por el que se interpone el recurso es la infracción del artículo 28.2 de la Constitución española, en relación con el art.20.1 d), 20.4, 14 y 38 de la misma, así como los artículos 6.4 y 6.6 del Real Decreto-Ley 17/1977 de 4 de marzo. El motivo se refiere al pronunciamiento de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que considera que se produjo una vulneración del derecho de huelga, al emitir las empresas recurrentes publicidad entre los programas esenciales¹¹³.

La sentencia recurrida fundamenta su decisión en la STC 183/2006, según la cual no se consideran servicios esenciales "los espacios de entretenimiento carentes de interés informativo, aun previamente grabados en la medida en que con estas emisiones pregrabadas se persigue la no interrupción del servicios de la radiodifusión sonora y de la televisión, con

¹¹² Gaur Egun, Teleberri, Gauberri, Egun On Euskadi, Euskadi Directo, Canal Vasco News, Iparraldearen Orena, Navarra Directo E Intercambios Señal Forta

¹¹³ Sentencia del Tribunal Supremo 5579/2012 de 11 de junio, f.j.c.o. 1.

lo que se priva de repercusión apreciable a la huelga¹¹⁴. Afirmándose en la misma sentencia que "el derecho de huelga no se vulnera solamente por la utilización de los medios personales en sustitución de las persona en huelga, sino también, por la realización de actividades que exceden de los servicios decretados como esenciales"¹¹⁵.

El Tribunal Supremo, siguiendo el señalamiento del Ministerio Fiscal entiende que la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en lugar de reforzar la garantía de los servicios mínimos, la cual ha de servir para establecer un mínimo de prestación en estos el cual los huelguistas no puedan rebasar, convierte el establecimiento de los servicios mínimos en un límite a la actividad empresarial¹¹⁶.

El Tribunal Supremo entiende que no puede compartirse la postura del Tribunal Superior de Justicia porque si la empresa emplea para desarrollar los servicios esenciales trabajadores que no han secundado la huelga o los medios técnicos de los que dispone, no vulnera el derecho de huelga, el cual solo se vería afectado si los trabajadores a quienes se les ha asignado prestar dichos servicios esenciales, se les asignare otros no esenciales¹¹⁷.

No obstante, el Supremo entiende que en el presente caso no puede aplicarse esta doctrina del Tribunal Constitucional, pues la publicidad emitida entre los programas considerados esenciales, no considerada como servicio esencial, estaba preprogramada y se ha declarado probado en la misma sentencia que se emitió de forma automática, sin haber mediado intervención personal, y por tanto no se ha producido ninguna vulneración del derecho de huelga.

Por todo ello, el Tribunal decide estimar el primer motivo del recurso, ya que considera que no vulnera el derecho fundamental si la empresa utiliza sus propios medios técnicos sin aplicación del trabajo humano¹¹⁸.

El segundo motivo de los recursos es la infracción del art.28.2 de la Constitución española, en relación con los arts.20.1 d) y 20.4 de la misma, oponiéndose a la consideración de la sentencia de recurrida de los programas "Buenos días Euskadi" "Euskadi Directo" cómo programas no informativos.

Tras examinar los hechos probados por el Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, el Tribunal Supremo decide desestimar el motivo.

En el fallo, el Tribunal Supremo ordena que en la sentencia recurrida se disponga que el derecho de huelga se vulneró exclusivamente por la programación de "Buenos días Euskadi" y "Euskadi Directo", y no por la emisión de publicidad.

¹¹⁴Sentencia del Tribunal Supremo 5579/2012 de 11 de junio, f.j.c.o. 1.

¹¹⁵ Ídem

¹¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 5579/2012 de 11 de junio, f.j.c.o. 1

¹¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 5579/2012 de 11 de junio, f.j.c.o. 1

¹¹⁸ Ídem.

En conclusión, el TC entiende que el hecho de que la empresa utilice los medios técnicos de los que dispone para hacer frente a las consecuencias de la huelga, no constituye un supuesto de sustitución de los trabajadores huelguistas, y por ende, no supone una vulneración del derecho de huelga.

4.3.2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 9176/2012 DE 5 DE DICIEMBRE

En la Sentencia del Tribunal Supremo 9176/2012 de 5 de diciembre de 2012, queda proscrito el esquirolaje tecnológico hasta la posterior Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2017 de 2 de febrero.¹¹⁹

Esta sentencia resuelve el recurso de casación interpuesto por Euskal Irrati Telebisa- Radio Televisión Vasca (EITB), contra la Sentencia de 18 de octubre de 2011 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

Por lo que se refiere a la sentencia recurrida, la Confederación Sindical ELA interpuso demanda en materia de derechos fundamentales frente a EITB, Comisiones Obreras, Komunikabideetako Langilen Batasuna (KLB), Comité Intercentros y Ministerio Fiscal, por la vulneración del derecho fundamental de huelga y de libertad sindical. Vulneración que fue estimada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, teniendo por probados los siguientes hechos.

El 27 de enero de 2011 se convocó una huelga general por Diversas Centrales Sindicales, entre ellas ELA y LAB. El 21 de enero de 2011 se citó Orden por la Consejera de Empleo y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco por la que se ordenó garantizar el mantenimiento de los servicios esenciales a la comunidad durante la huelga. En la Orden se declararon servicios esenciales de EITB los servicios informativos diarios a su horario habitual¹²⁰.

El día de huelga, el 27 de enero, EITB emitió publicidad ordinaria y publicidad de Teletienda entre los programas considerados esenciales, la cual se hallaba preprogramada y la emisión se produjo automáticamente, sin intervención humana, como en el caso anterior que resolvió la STS 5579/2012.

La Sala de lo Social entendió que se produjo la vulneración por parte de EITB al incluir en la programación del día de huelga los programas "Egun on Euskadi" y "Euskadi Diario" y

¹¹⁹ Grau Pineda, C: "El impacto de las nuevas tecnologías en el derecho de huelga: a propósito de la sustitución de los huelguistas por medios tecnológicos", en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 206, 2018 versión electrónica; MONEREO PÉREZ, J.L.: «Derecho de huelga y poderes empresariales 'reforzados' en la Era Digital». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum. No Extraordinario 2* (2024), pág.41.

¹²⁰ Gaur Egun, Teleberri, Gauberri, Egun On Euskadi, Euskadi Directo, Canal Vasco News, Iparraldearen Orena Y Navarra Directo

por emitir publicidad entre los programas considerados servicios esenciales, lo cual rebasó el límite establecido por la Orden de la Consejera.

Contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia se interpuso recurso de casación por EITB, basado en dos motivos.

El primer motivo es la infracción de los mandatos del artículo 28.2 de la Constitución española, en relación con el artículo 20.1 d), 20.4, 14 y 38 de la misma, y de los artículos 6.4 y 6.6 del Real Decreto-Ley 17/177 de 4 de marzo, argumentando que la emisión de la publicidad fue automática, mediante los medios técnicos de uso habitual de la empresa, sin que ningún trabajador interviniese¹²¹.

El segundo motivo denuncia la infracción de las normas del ordenamiento jurídico, en concreto el art.20.2 de la Constitución española en relación con el artículo 20.1 d) y 20.4 de la misma, en relación con los programas Egun on Euskadi y Euskadi Directo.

En este aspecto, el Tribunal Supremo invoca la doctrina sentada por el mismo en la Sentencia de 11 de junio de 2012, a la que me he referido en el apartado anterior. Finalmente, se estima el recurso y el Tribunal ordena que en la sentencia recurrida se señale que la vulneración del derecho de huelga se produjo solamente por la emisión de Egun on Euskadi y Euskadi Directo, por no considerarse programas informativos, y no por la emisión de la publicidad.

4.3.3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 17/2017 DE 2 DE FEBRERO

Una vez expuesta la doctrina del Tribunal Supremo, voy a referirme a la del Tribunal Constitucional. En concreto a la Sentencia 17/2017 de 2 de febrero de 2017, que resuelve un recurso de amparo interpuesto por la Confederación General del Trabajo (CGT) contra el Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2013 y contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de julio de 2012 y de la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Madrid de 30 de noviembre de 2011, en relación con la huelga en el ente público Radio Televisión Madrid, por considerar que vulneran los artículos 14,24 y 28 de la Constitución española.

Los antecedentes que el Tribunal Constitucional estima relevantes son los siguientes. En primer lugar, el 15 de septiembre de 2010, CGT comunica a la Dirección General de trabajo de Madrid la convocatoria de una huelga general el 29 de septiembre del mismo año, en el ente público Radio Televisión Madrid. A tal efecto, se efectuaron propuestas para establecer cuáles serían los servicios mínimos a prestar durante la huelga, pero no se llegó a ningún acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores.

¹²¹ Sentencia del Tribunal Supremo 9176/2012 de 5 de diciembre, f.j.c.o. 3.

El día de huelga, no se emitió ninguna programación, a excepción del partido de *Champions League*, debido a que todo el personal de la unidad de continuidad había secundado la huelga, lo que hacía imposible emitir publicidad y los programas grabados. La señal que se emitió durante el día de huelga fue un cartón anunciando la existencia de la misma.

Fueron tres trabajadores quienes no secundaron la huelga, y acudieron a trabajar. En concreto, un trabajador del control central, el coordinador del departamento de grafismo, y el jefe de los estudios.

A la hora prevista del partido de fútbol llegó a Telemadrid la señal del mismo, y se planteó la posibilidad de emitirlo ya que en control central se encontraba de servicio el trabajador no huelguista, quien tenía encomendada, entre otras, la función de conmutar señales.

Remitiéndome a los tecnicismos que utiliza el TC en la Sentencia, dicho trabajador “envió la señal al locutorio conforme le indicaron y al encontrarse el mismo encendido del día anterior y tras abrir el mismo el vigilante de seguridad. En el locutorio, el locutor, que no estaba en huelga, llevó a cabo la locución, devolviéndose la señal automáticamente a control central desde donde se envió a grafismo en lugar de a continuidad como es habitual, en donde el coordinador utilizando una máquina de uso habitual en grafismo había insertado en la misma previamente la «mosca» con el símbolo de Telemadrid. La señal capta la «mosca» y vuelve a control central automáticamente. En lugar de enviarse, como en un día habitual, la señal desde el departamento de continuidad al codificador A, se utiliza el codificador B o línea de reserva que es normalmente control central quien la envía a tal codificador. De este modo el trabajador de control central conmuta la señal que vuelve automáticamente desde grafismo y la envía por la línea que va al codificador B, siendo así que por el codificador A la señal emite un cartón negro y por el codificador B se emite el partido. Es un trabajador de la empresa que no estaba en huelga y encargado de tal labor el que llamó a Abertis y les dijo que activaran el codificador B que normalmente se utiliza en casos excepcionales y debido a ello desde Telemadrid se emitió el partido de *Champions*”¹²².

CGT interpuso demanda por vulneración de derecho fundamentales frente a Radio Televisión Madrid y su sociedad Televisión Autónoma Madrid S.A., alegando la vulneración del derecho de huelga. Por entender que los hechos que acontecieron durante el día de huelga fueron un acto de “sabotaje interno de la empresa y de esquirolaje”, sustituyendo a los trabajadores huelguistas del departamento de continuidad y de grafismo.

Esta demanda fue desestimada por la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Madrid de 30 de noviembre de 2021, pues no consideró la Sala que dicha conducta fuese vulneradora del derecho fundamental, debido “a la escasa duración de la emisión del partido en relación al resto de la jornada en la que Telemadrid no emitió programación alguna”, de manera que el propio sindicato, CGT, calificó la huelga como “exitosa”, lo que pone de manifiesto que

¹²² Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2017, de 2 de febrero, antecedente de hecho 2.

“la emisión del partido de *Champion League* no obstaculizó el ejercicio del derecho de huelga, ni el éxito de la huelga en la empresa”¹²³.

La Sala también aprecia que los trabajadores mencionados, que no secundaron la huelga, no realizaron ninguna función distinta a las habituales, sino que “con los medios técnicos que la empresa tenía a su alcance y con los trabajadores no huelguistas que tienen derecho desde luego a trabajar y a no secundar la huelga, se llegó a cabo esta emisión en un espacio breve de tiempo en relación con la duración de programación diaria”¹²⁴.

Contra dicha sentencia de 30 de noviembre, CGT interpone recurso de suplicación, alegando que los medios técnicos a los que se refiere no son los medios habituales de la empresa. El recurso fue desestimado por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de julio de 2012.

El Tribunal entendió que el empresario no tiene la obligación de colaborar al buen funcionamiento de la huelga, simplemente debe respetar el derecho de los trabajadores, que no es un “derecho de resultado”, por lo que es lícito que el empresario disponga de los medios que tiene en su poder para aminorar las consecuencias de la huelga en la empresa. Por ello, entiende la Sala, que Telemadrid utilizó los medios técnicos de los que disponía habitualmente, y que por ello la conducta no es contraria a derecho.

En respuesta, el CGT interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, el cual no fue admitido por el Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2013, contra el cual se dirige el recurso de amparo que resuelve la presente sentencia. En dicho recurso de amparo CGT alega la vulneración, de tres artículos de la Constitución española, concretamente de los artículos 14, 24, y 28.

La Sala Primera acuerda la admisión a trámite del recurso, por apreciar la concurrencia de especial trascendencia constitucional, ya que se plantea una cuestión, sobre la cual no hay doctrina del Tribunal Constitucional.

Considero adecuado para comprender el presente caso hacer referencia a la alegaciones que presentó el Ministerio Fiscal. El Fiscal considera que la cuestión planteada es si la prohibición de la sustitución externa que contiene el artículo 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977, se puede ampliar a los casos en los que la sustitución, no es de los trabajadores, sino de la capacidad de trabajo a través de medios tecnológicos, que por su naturaleza automatizada pueden realizar las labores de los trabajadores huelguistas. Refiriéndose, por tanto, al denominado esquirolaje tecnológico. El Fiscal, en efecto, considera que el esquirolaje tecnológico es un tercer supuesto, que debe sumarse al esquirolaje interno y externo.

¹²³ Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2017, de 2 de febrero, antecedente de hecho 2: Sentencia del Juzgado de lo Social núm.4 de Madrid de 30 de noviembre de 2021

¹²⁴ Idem.

Por ello considera el Fiscal, que en este caso concreto, debido a como se desarrollaron los acontecimientos, la empresa actuó en aras de "minimizar o excluir completamente los efectos de la huelga, sirviéndose para ello de la decisiva actuación de un trabajador que operaba en el departamento de control central que habitualmente no tiene por cometido el de cursar la señal televisiva, de otro que actúa como coordinador de la sección de grafismo, y de la redirección de la señal a un decodificador alternativo, que solo se emplea en casos excepcionales, si el predeterminado no pudiera transmitir la programación"¹²⁵.

De tal manera que para el Ministerio Fiscal la actuación empresarial provocó "la suplantación absoluta de las funciones encomendadas a los trabajadores mediante el empleo de medios inhabituales que solo buscaban el fracaso de la huelga"¹²⁶.

Expuesta la postura del Ministerio Fiscal, hay que aclarar la postura que del Tribunal Constitucional.

El sindicato recurrente alega la vulneración del artículo 28 de la CE, en concreto, del artículo 28.2, basándose en dos motivos. Por una parte la sustitución de los trabajadores huelguistas por otros de la empresa que no secundaron la huelga, es decir, que CGT alega que estos realizaron funciones que no les correspondían. Por otra parte, se alega que la empresa empleó medios técnicos que no se utilizan habitualmente para poder retransmitir el partido.

Por lo que se refiere al primer motivo, la Sala consideró que los trabajadores no huelguistas, no realizaron funciones distintas a las que desarrollan habitualmente. Es decir, no aprecia la sustitución de los huelguistas en sus labores, por lo que rechaza este motivo como vulneración del derecho de huelga.

Ahora bien, aunque la sustitución de los trabajadores no se produjo, estos sí que utilizaron medios técnicos que no son de uso habitual. Mientras que con normalidad se emplea para la emisión de la programación el "codificador A", la emisión del partido se hizo mediante el "codificador B", el cual se utiliza solo excepcionalmente cuando el anterior no puede utilizarse.

Es decir, que aunque el "codificador B" es un medio del que, efectivamente, dispone la empresa, no es el que se utiliza en situaciones de normalidad, por lo que para poder emitir del partido se siguió un procedimiento diferente al que está previsto en la cadena.

Ante esta situación, la Sala se plantea si la misma supone o no una vulneración del derecho de huelga, y que, por tanto, pueda asimilarse a los supuestos de esquirolaje.

Haciendo referencia a la doctrina del Tribunal, la Sala se refiere a la STC 123/1991 y 33/2011, para recordar que la sustitución interna constituye un uso abusivo del ius variandi del empresario, prohibiendo dicha sustitución. Pero en este sentido, señala que no hay ninguna norma que prohiba al empresario servirse de los medios técnicos que posee, aunque no sean de uso habitual, durante la huelga. El parecer del Sala, es que una limitación de ese tipo "supone imponer al empresario una conducta de colaboración no prevista legalmente". El

¹²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2017, de 2 de febrero, antecedente de hecho 8.

¹²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2017, de 2 de febrero, antecedente de hecho 8.

empresario simplemente está obligado a soportar los efectos de la huelga, ya que esta es un medio de presión empresarial, pero sería desproporcionado imponer la obligación de colaborar con la misma y su propósito.

Por ello entiende la Sala que no hay vulneración del derecho de huelga, ya que el empresario, haciendo uso del poder de organización que tiene como tal, ha llevado a cabo sus funciones regularmente, pues el partido se emitió a través de medios de los que disponía, y que no se adquirieron con el objeto de mermar los efectos de la huelga.

De manera que la Sala decide desestimar el recurso de amparo, sin perjuicio del voto particular formulado por el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré, al que se han adherido la Magistrada doña Adela Asua Batarrita y el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos.

En conclusión, el derecho de huelga no es un derecho de resultado, de manera que el empresario no está obligado a colaborar con los huelguistas para la consecución de sus objetivos. Tanto es así, que no hay ninguna norma que prohíba al empresario utilizar los medios técnicos que ostente la empresa durante la duración de la huelga, para poder soportar con mayor facilidad los efectos de la misma.

5. CONCLUSIONES

El derecho de huelga en nuestro ordenamiento ha sido objeto de evolución a lo largo de nuestra historia. Desde ser considerado un delito de sedición en varios de los Códigos Penales que ha tenido nuestro país, a ser considerado en la actualidad como un derecho fundamental, y un pilar esencial para la defensa de los intereses laborales de los trabajadores.

Sin perjuicio de que la Constitución española recoja el derecho de huelga dentro del catálogo de derechos fundamentales de los ciudadanos, nuestro ordenamiento aún necesita que este derecho sea objeto de desarrollo por una ley orgánica que actualice el contenido de la normativa actual, la cual debido a su pre-constitucionalidad no está a la altura de la nueva consideración del derecho de huelga como derecho fundamental.

Ha quedado plasmado en el presente trabajo que el ejercicio del derecho de huelga no es absoluto, queda limitado por la exigencia del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. Para ello se fijan los servicios mínimos que han de prestarse durante la huelga en dichos servicios esenciales, con el objetivo de garantizar la protección de los intereses esenciales, es decir, los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionales protegidos.

Dichos servicios mínimos habrán de fijarse por la autoridad gubernativa correspondiente, y no unilateralmente por la empresa, en cuyo caso la fijación será nula. Esta exigencia responde a la necesidad de que una figura imparcial, sea quien decida. Pues se entiende que la autoridad gubernativa va a velar por los intereses de todos los ciudadanos, y no solo por los intereses de las partes implicadas en el conflicto.

Frente a la huelga, se encuentra la práctica prohibida del esquirolaje, que tiene como objetivo limitar los efectos de la misma, mediante la sustitución de los trabajadores huelguistas.

Por una parte, está el esquirolaje externo, que consiste en la sustitución de los trabajadores que hayan secundado la huelga, por trabajadores no pertenecientes a la empresa en el momento de la convocatoria de la misma. Esta es una práctica prohibida por el Real Decreto-Ley 17/77, en su artículo 6.5, y ha sido objeto de desarrollo jurisprudencial por nuestros tribunales.

Por otra parte, el esquirolaje interno pretende también esa sustitución, pero en lugar de hacerla con trabajadores externos, se lleva a cabo la sustitución por trabajadores de la propia empresa, que en un contexto normal, tienen otro puesto de trabajo. Esta práctica no ha sido objeto de regulación legal, pero ha sido la jurisprudencia la que se ha encargado de declarar prohibida la misma. En este sentido el TC afirma que la prohibición del art.6.5 del Real Decreto-Ley 17/77 sobre el esquirolaje externo, puede ampliarse al interno, pues igualmente vacía de contenido a la huelga.

Junto con ambas figuras, aparece una tercera, el esquirolaje tecnológico. El debate acerca de si equiparar este último al esquirolaje externo e interno, surge debido a la digitalización, que ha introducido las nuevas tecnologías en las empresas, como en muchos otros sectores. En este caso, la sustitución del trabajador huelguista se plantea no por parte de otro trabajador, sino mediante medios técnicos o mecánicos, que lo que hacen realmente, no es sustituir a la persona del trabajador, sino su a capacidad de trabajo.

En este sentido, los tribunales han entendido que el derecho de huelga no es un derecho de resultado, y que por tanto, el empresario no tiene ninguna obligación legal de cooperar al buen desarrollo de la huelga, de manera que nada le impide utilizar, durante la huelga, los medios técnicos de los que dispone la empresa, aun no siendo estos los de uso habitual.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUTORES

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, IGNASI: *Derechos laborales de carácter fundamental*. Fundación para la Universitat Oberta de Catalunya.

REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. ISSN: 0034_7639, núm. 170, Madrid, mayo-agosto

PÉREZ REY, J.: “El incumplimiento de los servicios mínimos y su revisión judicial en las huelgas que afectan a los servicios esenciales de la comunidad”, en AA. VV: Estudios sobre la huelga, Bomarzo, Albacete, 2011,

ALARCÓN CARACUEL, M.H: “Huelga en servicios esenciales de la comunidad”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, nº2, 2010, págs. 71 y ss.

POQUET CATALÁ, RAQUEL: *Servicios mínimos y retribución salarial ¿aspecto no resuelto?* IUSLabor 2/2019, ISSN 1699-2938

JOSÉ ENRIQUE RUIZ SAURA (2021): “El esquirolaje en la empresa del siglo XXI. Repaso jurisprudencial del caso español”, *Revista DELOS*, (Especial noviembre 2021),

VICENTE PALACIO, M.A (2019). Esquirolaje en supuestos de externalización en empresas pertenecientes al mismo grupo empresarial. *Revista de Jurisprudencia Laboral, Volumen 2/2019*,

José Enrique Ruiz Saura (2021): “El esquirolaje en la empresa del siglo XXI. Repaso jurisprudencial del caso español”, *Revista DELOS*, (Especial noviembre 2021)

Derechos humanos en la era digital. ¿Pueden marcar la diferencia? Discurso programático de Michelle Bachelet, alta comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Japan Society, Nueva York, 17 de octubre de 2019, BEATRIZ SÁNCHEZ-GIRÓN MARTÍNEZ: *El derecho de huelga en la era digital: el esquirolaje tecnológico*

GRAU PINEDA, C: “El impacto de las nuevas tecnologías en el derecho de huelga: a propósito de la sustitución de los huelguistas por medios tecnológicos”, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 206, 2018 versión electrónica

MONEREO PÉREZ, J.L.: «Derecho de huelga y poderes empresariales ‘reforzados’ en la Era Digital». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum. No Extraordinario 2* (2024)

SENTENCIAS

Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981 de 8 de abril

Sentencia del Tribunal Constitucional 26/1981 de 17 de julio.

Sentencia del Tribunal Constitucional 33/1981 de 5 de noviembre

Sentencia del Tribunal Constitucional 51/1986 de 24 de abril

Sentencias del Tribunal Constitucional 53/1986, de 5 de mayo

Sentencia del Tribunal Constitucional 27/1989 de 3 de febrero

Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1990 de 2 de julio

Sentencia del Tribunal Constitucional 8/1992 de 16 de enero

Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1992 de 28 de septiembre

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 4 de julio de 2000

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, de 3 de diciembre de 2004

Sentencia del Tribunal Constitucional 193/2006 de 16 de junio

Sentencias del Tribunal Constitucional 183/2006, de 19 de junio

Sentencia del Tribunal Constitucional 296/2006 de 11 de octubre

Sentencia del Tribunal Constitucional 33/2011 de 28 de marzo

Sentencia del Tribunal Supremo 5579/2012 de 11 de junio

Sentencia del Tribunal Supremo 9176/2012 de 5 de diciembre

Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de junio de 2014.

Sentencia del Tribunal Supremo 1217/2015, de 11 de febrero

Sentencia del Tribunal Supremo 1717/2015 de 20 de abril.

Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2017, de 2 de febrero

Sentencia del Tribunal Supremo 3659/2018 de 3 de octubre

Sentencia del Tribunal Supremo 681/2021 de 9 de febrero

Sentencia del Juzgado de lo Social núm.4 de Madrid de 30 de noviembre de 2021

OTROS

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española

Eduardo Montagut: *El derecho de huelga en España:*

<https://www.nuevatribuna.es/articulo/historia/derecho-huelga-espana/20160118150703124449.html>

Jiménez Remedios, Juan José: *La imposición unilateral de servicios mínimos vulnera el derecho de huelga:*

<https://capitalhumano.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAKMzI2NDA7Wj1KLjzPw827DM9NS8kLS13MSSktQi24Ci1LLUvGSgDAAq--BxMgAAAAA==WKE>

LEGISLACIÓN

Real Decreto-ley 17/1977 de Relaciones de Trabajo

Constitución española de 1978

Ley 8/1988 de 7 de abril sobre infracciones y sanciones en el orden social