

Derecho de huelga y límites de los poderes de reacción empresariales: esquirolaje interno.

José Luis Monereo Pérez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

Resumen: STS-SOC núm. 1199/2024, de 16 de octubre (RCO núm. 211/2022). Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego. Procedimiento de Tutela de los derechos fundamentales por posible vulneración del derecho fundamental de huelga. Derecho de huelga en el servicio público de Canal Sur. Servicios esenciales. Se aduce la existencia de Esquirolaje interno. Se trata de decidir si la empresa ha vulnerado el derecho de huelga al ordenar la sustitución de la trabajadora que presenta habitualmente un determinado programa de radio. El esquirolaje interno se produce efectivamente por la sustitución de trabajadores huelguistas por otros que los suplen en circunstancias distintas.

Palabras clave: Huelga. Tutela de los derechos fundamentales. Perjuicio como elemento inherente al derecho fundamental de huelga. Límites de los poderes empresariales. Esquirolaje interno.

Abstract: STS-SOC No. 1199/2024, of October 16 (RCO No. 211/2022). Speaker: Mr. Sebastián Moralo Gallego. Proceedings for the protection of fundamental rights due to possible violation of the fundamental right to strike. Right to strike in the public service of Canal Sur. Essential services. The existence of internal scabbing is alleged. It is a question of deciding whether the company has violated the right to strike by ordering the substitution of the worker who usually presents a certain radio program. The internal scabbing is effectively produced by the substitution of striking workers by others who replace them in different circumstances.

Keywords: Strike. Protection of fundamental rights. Injury as an inherent element of the fundamental right to strike. Limits to corporate powers. Internal scabbing.

I. Introducción

Convocada lícitamente la huelga en el servicio público de “Canal Sur Mediodía Córdoba” (Comunidad Autónoma de Andalucía), una trabajadora adherida a la huelga proclamada –que es presentadora habitual del programa informativo- es sustituida por otro trabajador. En concreto, la dirección de la empresa, a través del Director Territorial del centro de Córdoba, y cinco minutos antes de empezar la emisión del programa el día 8 de marzo de 2021, le fue dada la orden a D. Teodoro, redactor del programa (y, por tanto, no presentador del mismo), que se encontraba de *servicios mínimos*, de proceder a la presentación del informativo, lo que normalmente no hacía.

El supuesto es calificable típicamente de “Esquirolaje interno”. Y no deja de sorprender que, teniendo en cuenta la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo al respecto, desde un empresa pública que gestiona un servicio público se lleve a cabo, con relativa frecuencia, este tipo de comportamientos ilícitos que vulneran frontalmente el derecho fundamental de huelga (artículos 28.2, 53, apartados 1 y 2 de la Norma Fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, interpretados necesariamente conforme a la norma de apertura constitucional ex art. 10.2, en relación con el grupo normativo integrado por los artículos 93 a 96 de la misma). En cualquier caso, la promulgación de una Ley Orgánica de Huelga (artículos 28.2 y 81 de la Constitución) podría garantizar la seguridad jurídica y una más adecuada garantía jurídica del derecho fundamental de huelga, al establecer una definición técnico-jurídica de los elementos tipificadores del esquirolaje interno y externo, en sus diversas manifestaciones. Y con ello, un acotamiento preciso de los límites de los poderes empresariales en relación con el ejercicio del derecho fundamental de huelga con todas las consecuencias legítimas que le son inherentes.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 1199/2024, de 16 de octubre.

Tipo y número de procedimiento: Casación

ECLI:

ES:TS:2024:5014

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1º. El sindicato CGT-A, al que está afiliada Doña María Esther, convocó huelga general de 24 horas para la jornada del 8 de marzo de 2021, mediante escrito registrado en la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía el día 22 de febrero de 2021. Dicha trabajadora que presta servicios en el centro de trabajo de Córdoba, es la presentadora habitual del programa informativo de radio "Canal Sur Mediodía Córdoba", que se emite de 11,55 a 13 horas, de lunes a viernes, ejerció su derecho de huelga, secundando la convocatoria de CGT-A. Muy ocasionalmente, el programa lo pueden presentar otros redactores del mismo que la sustituyen, cuando ella no trabaja por encontrarse de vacaciones u otra circunstancia análoga.

2º.- La dirección de la empresa, a través del Director Territorial del centro de Córdoba, Leandro , cinco minutos antes de empezar la emisión del programa el día 8 de marzo de 2021, le fue dada la orden a D. Marcial , redactor del programa, que se encontraba de servicios mínimos, de proceder a la presentación del informativo, lo que normalmente no hacía, sin que conste que en el año 2021, dicho trabajador lo hubiera hecho en alguna ocasión, aunque sí lo hizo en el año 2020, en momento temporal coincidente con una baja médica de la Señora María Esther que es la presentadora habitual del programa.

3º. Con fecha 1 de junio de 2022 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, en la que consta el siguiente fallo: "Con estimación parcial de la demanda interpuesta por Confederación General del Trabajo de Andalucía, Ceuta y Melilla (CGT) contra la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía (RTVA) y Sociedad Filial Canal Sur

Radio y Televisión, S. A. y el Ministerio Fiscal, debemos declarar y declaramos vulnerado el derecho de huelga de la actora al haber sustituido la empresa en la huelga del día 8 de marzo de 2021, mediante sustitución interna, a la trabajadora huelguista, D.ª María Esther , manteniendo la emisión del programa informativo de radio "Canal Sur Mediodía Córdoba". Condenamos a las demandadas a abonar al sindicato actor una indemnización por daño moral por importe de 7.500 €. Igualmente condenamos a las demandadas a que se dé cuenta de ello, como noticia, en el programa de radio "Canal Sur Mediodía Córdoba", en día de la semana lunes, con lectura del fallo de esta sentencia".

4º. Se formaliza recurso de casación por la Empresa. El recurso ha sido impugnado por CGT.

IV. Posición de las partes

1º. Posición de la empresa: El recurso de casación de la empresa se articula en un único motivo en el que denuncia infracción de los arts. 20.1 d), 35.1 y 38 CE; y de la doctrina jurisprudencial que invoca. Sostiene que no ha vulnerado el derecho de huelga, porque el programa de radio en cuestión carecía en realidad de un presentador habitual, en tanto que tales funciones podían ser realizadas por cualquiera de los diferentes redactores del mismo, de tal manera que la decisión de la empresa de encomendar la presentación del programa a otro de los redactores que no estaba en huelga se enmarca dentro del ejercicio ordinario de su poder de organización.

2º. Posición de parte social: En su escrito de impugnación el sindicato demandante interesa la desestimación del recurso, por cuanto la empresa pretende en realidad ignorar el relato de hechos probados al afirmar, contra lo establecido en los mismos, que la trabajadora sustituida no era la presentadora habitual del programa, siendo que su actuación supone en todo caso una vulneración del derecho de huelga.

Con similares argumentos el Ministerio Fiscal informa asimismo en favor de su desestimación.

V. Normativa aplicable al caso

-Artículos 20.1 d), 28.2, 35.1 y 38 de la Constitución Española de 1978

-Artículos 6.5 y 10 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo.

- Artículo 207 e) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.

VI. Doctrina básica

- Como en este particular, se trae a colación la doctrina sentada en la STS 962/2023, de 8 de noviembre (rec. 204/2021), en el sentido de que el art. 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo establece que "en tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número siete de este artículo". La recordada prohibición en modo alguno supone que sí es posible la sustitución de quienes secundan la huelga por otras personas ya integradas en la empresa y que no lo hacen. Esta Sala del Tribunal Supremo ha seguido la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el llamado esquirolaje interno, tal y como recordamos en la STS 153/2021 de 3 febrero (rec. 36/2019). En particular, respecto del esquirolaje interno, la doctrina constitucional parte de la consideración de que la sustitución interna de huelguistas durante la medida de conflicto constituye un abuso empresarial, en tanto que el poder de organización y dirección de la empresa "...no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones; ya que en tal caso quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del

trabajo ...por ello, 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. Esa regla general admite dos excepciones, conectadas a las previsiones legales sobre el aseguramiento de determinados servicios mínimos esenciales para la comunidad (art. 10 del Real Decreto-ley 17/1977)^[1] y a las previsiones sobre los servicios de seguridad y de mantenimiento en la empresa (art. 6.7 del Real Decreto-ley 17/1977)". Por todas, véase la STC 33/2011 de 28 marzo, seguida por nuestras SSTs de 8 junio 2011 (rec. 144/2010), 5 diciembre 2012 (rec.265/2011), 20 abril 2015 (rec. 354/2012) y 13 enero 2020 (rec. 138/2018), entre otras). Al conectar el ejercicio del derecho de huelga con el *ius variandi* empresarial y respecto de la sustitución interna de los huelguistas, es claro que tal proceder "constituye un ejercicio abusivo del *ius variandi* empresarial, derecho que, con los límites legalmente previstos, corresponde al empresario en otras situaciones. Pero en un contexto de huelga legítima el referido *ius variandi* no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones; ya que, en tal caso, quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo. Por ello, 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. Esa regla general admite dos excepciones, conectadas a las previsiones legales sobre el aseguramiento de determinados servicios mínimos esenciales para la comunidad (art. 10 del Real Decreto-ley 17/1977), y a las previsiones sobre los servicios de seguridad y de mantenimiento en la empresa (art. 6.7 del Real Decreto-ley 17/1977)" (STC 17/2017, de 2 de febrero)". De esa doctrina se desprende que ha de estarse a las circunstancias concretas del caso, para analizar si la empresa ejercita de manera regular sus facultades organizativas o vulnera el derecho de huelga, en razón de que imponga o permita la sustitución de los trabajadores huelguistas por parte de otros trabajadores que no realizan de ordinario sus funciones, a salvo de aquellas situaciones en las que pueda estar en juego el cumplimiento de servicios mínimos esenciales para la comunidad, o de servicios de seguridad y mantenimiento en las instalaciones de la empresa. 3.- Pues bien, en los incontrovertidos hechos probados de la sentencia recurrida se declara de forma expresa que el sindicato demandante convocó huelga general de 24 horas para la jornada del 8 de marzo de 2021; que la trabajadora María Esther es afiliada al mismo, que ejerció su derecho de huelga y presta servicios en el centro de trabajo de la empresa en Córdoba. En lo que es determinante para la resolución del recurso, se declara probado lo siguiente: 1º) Dicha trabajadora es la presentadora habitual del programa informativo de radio "Canal Sur Mediodía Córdoba, que se emite de 11,55 a 13 horas, de lunes a viernes"; 2º) Muy ocasionalmente, el programa lo pueden presentar otros redactores del mismo que la sustituyen, cuando ella no trabaja por encontrarse de vacaciones u otra circunstancia análoga; 3º) La dirección de la empresa, a través del Director Territorial del centro de Córdoba, y cinco minutos antes de empezar la emisión del programa el día 8 de marzo de 2021, le fue dada la orden a D. Teodoro, redactor del programa, que se encontraba de servicios mínimos, de proceder a la presentación del informativo, lo que normalmente no hacía; 4º) No consta que en el año 2021, dicho trabajador hubiera sustituido en alguna ocasión a la presentadora habitual, aunque sí lo hizo en el año 2020, en momento temporal coincidente con una baja médica de la Señora Florencia. El recurso no combate el relato de hechos probados para modificar ninguna de tan rotundas afirmaciones, pero sin embargo construye toda su argumentación jurídica bajo el presupuesto de que el programa carece de un presentar habitual, que lo puede presentar cualquier de los distintos redactores que esté de turno el día de su emisión, y que todos los distintos cuatro redactores que menciona, entre otros, lo han venido presentado. De esas consideraciones colige que la empresa no ha incurrido en la práctica de un esquirolaje prohibido, sino que simplemente se ha limitado a encargar ese día la presentación del programa a uno de los redactores que no se encontraba en huelga. El escrito de recurso se adentra de esta forma en una argumentación que

pasa por desconocer y no respetar el contenido de los hechos probados, para ofrecer un planteamiento que parte de presupuestos fácticos no recogidos en el relato histórico, sustentando sus razonamientos en afirmaciones que no vienen avaladas en los mismos, para incurrir de esta forma en un rechazable vicio procesal, cual es la llamada "petición de principio" o "hacer supuesto de la cuestión". Defecto que se produce cuando el recurso parte -sin pretender revisarlas de premisas fácticas distintas a las de la resolución recurrida (SSTS 3-5-2017, rec. 123/2016; 11-2-2016, rec. 98/2015; 3-2-2016; rec. 31/2015, entre otras muchas), y al construirse sobre bases fácticas erróneas incurre en el vicio procesal de la llamada "petición de principio" o "hacer supuesto de la cuestión", por sustentarse en unos hechos contrarios a los que declara probados la sentencia recurrida (STS 962/2023, de 8 de noviembre (rec. 204/2021). La sentencia declara expresamente probado, de manera rotunda, que la trabajadora sustituida era la presentadora habitual del programa, que solo ocasionalmente era sustituida por otros redactores cuando estaba de vacaciones u otra circunstancia análoga, que no consta que durante 2021 hubiere presentado el programa ese otro redactor, que sin embargo lo hizo en 2020 con ocasión de una baja médica. El recuso no intenta la modificación de ninguno de estos asertos, pero sin embargo desgrana sus razonamientos jurídicos con base en la consideración de que el programa no tenía en realidad un presentador habitual y que todos los redactores rotaban de alguna forma en su presentación, contra lo que en la resultancia fáctica aparece. 4.- Sentado lo anterior, no queda sino aplicar en este caso la misma doctrina de la STS 13/2020, de 13 de enero (rec. 138/2018), que conoce de un asunto sustancialmente idéntico al presente, en el que otra cadena de medios de comunicación, en circunstancias totalmente coincidentes con las del presente caso, sustituye el día de la huelga a la presentadora habitual de un programa de televisión que optó por acogerse a su derecho de huelga. Como en ella ponemos de manifiesto, la empresa vulnera el derecho de huelga al permitir que se emitiese el programa "a pesar de estar en huelga la trabajadora que habitual y normalmente lo presentaba, sin que la sustitución operada pudiera tener el efecto que entiende la recurrente, de potenciar más el efecto de la huelga ya que ello no se consigue sustituyendo con otros trabajadores ese puesto o todos los ocupados por trabajadoras. En el caso de la Sra. Josefa, ese efecto está más claramente ausente cuando resulta que el Sr. Luis Manuel era el que le sustituía ocasionalmente, en situación ordinarias de pacífico desarrollo de la relación, de forma que en el día de huelga la ausencia de la Sra. Josefa y, con ello, la no emisión del programa sí que daba visualización a la huelga y no la presencia del Sr. Luis Manuel.

Y, al hilo de lo anterior, debe entenderse que la presencia del Sr. Luis Manuel en el programa supuso la atribución de funciones distintas a las que habitual y ordinariamente venía atendiendo porque, como bien razona la sentencia de instancia, esa situación de habitualidad no se identifica con la de presentador, recogiendo en los hechos probados su condición de editor. Tampoco se puede identificar función habitual con la ocasional, consistente en presentar el programa cuando la trabajadora suspendía su relación por vacaciones, permisos, etc. Además, incluso desde esa condición de sustitución ocasional, no se puede identificar la habitual sustitución con la proveniente de una situación de conflicto, en la que se quiere sustituir a trabajadores huelguistas para no suspender la actividad o, lo que es lo mismo, no permitir el efecto propio del ejercicio de huelga. Precisamente, lo que no permite la ley es la sustitución en caso de huelga y, en el caso de la Sra. Josefa, cuando decide ejercer su derecho de huelga, la situación no es la corriente u ordinaria del desarrollo pacífico de la relación laboral, sino una situación como las propias y específicas del derecho de huelga, en donde el conflicto viene expresado mediante medidas de presión de que disponen los trabajadores en defensa de sus intereses". Y eso mismo es lo que cabalmente sucede en el presente asunto, pues con independencia de que el redactor que sustituyó a la presentadora habitual del programa pudiese ostentar su misma categoría profesional, lo cierto es que no se trataba de un supuesto de sustitución ordinaria en el que pudiese concurrir cualquier circunstancia excepcional que justificase el cambio de presentador, por razones incluso ajenas a la voluntad de la presentadora habitual, sino de una decisión empresarial claramente dirigida a menoscabar el legítimo ejercicio del derecho de huelga para visualizar ante terceros y

el público en general la menor incidencia de la protesta laboral manteniendo en antena la emisión del programa. No se trata por lo tanto de una sustitución habitual del presentador que pudiere enmarcarse dentro del *ius variandi* empresarial, sino de una decisión absolutamente extraordinaria, con una concreta y determinada finalidad claramente dirigida a perjudicar el ejercicio del derecho de huelga.

VII. Parte dispositiva

No se trata de una sustitución habitual del presentador que pudiere enmarcarse en el *ius variandi* empresarial, sino de una decisión absolutamente extraordinaria, con una concreta y determinada finalidad claramente dirigida a perjudicar el ejercicio del derecho de huelga. Por todo lo expuesto, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo decide desestimar el recurso de casación interpuesto por la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía (RTVA) y Canal Sur Radio y Televisión, S.A., contra la sentencia dictada el 1 de junio de 2022 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, en demanda sobre tutela de derechos fundamentales núm. 1/2022, seguida a instancia de la Confederación General del Trabajo de Andalucía, Ceuta y Melilla contra la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía (RTVA) y la Sociedad Filial Canal Sur Radio y Televisión, S.A., con intervención del Ministerio Fiscal, para confirmarla y declarar su firmeza. Se decreta la pérdida del depósito; dese el destino legal a la cantidad consignada; con imposición a la recurrente de las costas en cuantía de 1.800 euros.

VIII. Pasajes decisivos

Al conectar el ejercicio del derecho de huelga con el *ius variandi* empresarial y respecto de la sustitución interna de los huelguistas, es claro que tal proceder "constituye un ejercicio abusivo del *ius variandi* empresarial, derecho que, con los límites legalmente previstos, corresponde al empresario en otras situaciones. Pero en un contexto de huelga legítima el referido *ius variandi* no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones; ya que, en tal caso, quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo. Por ello, 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. Esa regla general admite dos excepciones, conectadas a las previsiones legales sobre el aseguramiento de determinados servicios mínimos esenciales para la comunidad (art. 10 del Real Decreto-ley 17/1977), y a las previsiones sobre los servicios de seguridad y de mantenimiento en la empresa (art. 6.7 del Real Decreto-ley 17/1977)" (STC 17/2017, de 2 de febrero)". De esa doctrina se desprende que ha de estarse a las circunstancias concretas del caso, para analizar si la empresa ejercita de manera regular sus facultades organizativas o vulnera el derecho de huelga.

IX. Comentario

El art. 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo establece que "en tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número siete de este artículo".

De este modo, durante el periodo de huelga los poderes empresariales de organización quedan en gran medida neutralizados ("*anestesiados*"). Respecto del esquirolaje interno, la doctrina constitucional parte de la consideración de que la sustitución interna de huelguistas durante la medida de conflicto constituye un abuso empresarial, en tanto que el poder de organización y dirección de la empresa no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales

funciones; ya que en tal caso quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo. Por ello, 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. Esa regla general admite dos excepciones, muy *matizables en la necesaria valoración jurídica en términos de facticidad y ponderación*, conectadas a las previsiones legales sobre el aseguramiento de determinados servicios mínimos esenciales para la comunidad (art. 10 del Real Decreto-ley 17/1977) y a las previsiones sobre los servicios de seguridad y de mantenimiento en la empresa (art. 6.7 del Real Decreto-ley 17/1977)". Por todas, véase la STC 33/2011 de 28 marzo, seguida por nuestras SSTs de 8 junio 2011 (rec. 144/2010), 5 diciembre 2012 (rec.265/2011), 20 abril 2015 (rec. 354/2012) y 13 enero 2020 (rec. 138/2018), entre otras).

Se ha de destacar que la referencia al comportamiento debido que ha de tener el empleador destinatario (directo o indirecto por los fines perseguibles por la huelga; reténgase el caso, paradigmático, de la llamada "huelga sociopolítica" dirigida frente a los poderes públicos) de una huelga ejercitada legítimamente. Una cuestión que se ha complejizado de manera harto significativa con la expansión de las nuevas tecnologías (señaladamente las tecnología digitales, algoritmos, inteligencia artificial, economía de plataformas) y las técnicas de externalización productiva, especialmente la técnica de la subcontratación productiva y funcional, las cuales ha permitido que los empleadores puedan neutralizar ilegítimamente la necesaria eficacia (en términos de perjuicios razonables que son inherentes al fenómeno huelguístico y a la garantía constitucional de la huelga como derecho fundamental con todas sus consecuencias legítimas en la "cultura del derecho"). Los efectos connaturales al derecho de huelga pueden ser neutralizados y obstaculizados a través del uso de los nuevos poderes directivos y organizativos del empleador. En coexistencia con los supuestos clásicos de manifestación de los fenómenos huelguísticos –y con ellos de nuevas formas de obstrucción al ejercicio del derecho de huelga- se vienen generalizando nuevas formas de huelga como las "huelgas de desconexión" (realizadas por los trabajadores de plataformas digitales) y también los distintos mecanismos de esquirolaje tecnológico, todo ello en el marco de un intenso proceso de innovación tecnológica en una fase histórica de digitalización de las organizaciones productivas (tanto públicas como privadas). La legislación, ni la doctrina jurisprudencial tienen ante sí el desafío de garantizar la efectividad del derecho fundamental de huelga en el contexto en el que la economía y el "sistema de empresas" se encuentran profundamente digitalizados. Es manifiesto que habría que establecer una regulación legal del derecho de huelga que desde el garantismo jurídico propio de un derecho fundamental establezca medidas que adapten su ejercicio a las nuevas tecnologías mucho más sofisticadas y muy especialmente predisponga de medios para evitar la obstaculización de su ejercicio legítimo frente a los reforzados poderes empresariales. La llamada a los protagonistas del conflicto es insuficiente, sino las instituciones reguladoras no se adaptan dinámicamente a las transformaciones digitales y a las cambiantes modelos de organización de los procesos productivos. El ordenamiento jurídico –legislación y negociación colectiva- no puede ignorar el potencial destructivo del uso empresarial de las nuevas tecnologías para vulnerar los derechos fundamentales.

Interesa resaltar, en relación con ello, que el derecho fundamental de huelga determina una situación jurídica-subjetiva activa y al propio tiempo una situación jurídica pasiva "refleja", consistente en la imposición del deber fundamentalmente negativo de respeto y reconocimiento "erga omnes" y una posición de especial subordinación en el empleador sobre el cual incide la huelga. La garantía jurisdiccional puede permitir enlazar inicialmente con la segunda vertiente de la situación jurídica compleja creada por el ejercicio del derecho de huelga (posición pasiva "refleja" –o si se prefiere correlativa– de los terceros), toda vez que el derecho de huelga, como derecho fundamental de libertad, impone un genérico deber negativo de respeto y reconocimiento *erga omnes* del derecho. Sobre los que son terceros extraños (en general, no titulares), sean sujetos públicos o privados, recae un deber de abstención y de tolerancia de la esfera de acción consentida a los titulares del derecho subjetivo

de huelga. Hasta tal punto es así, que los titulares del mismo ostentan la facultad de exigir en vía de derecho que sean respetados efectivamente^[2].

Ello supone que el derecho de huelga, como especial derecho subjetivo de libertad^[3], hace nacer situaciones jurídico-subjetivas pasivas puramente “reflejas” (ante todo, por lo que tienen de necesariamente correlativas al ser ejercitado el derecho de huelga); deberes negativos, de no hacer y de tolerar. Este deber de respeto, siendo general y observado con arreglo a la buena fe, despliega su eficacia frente a todos, y se concreta y especifica sin embargo en el empleador, no sólo por su proximidad a la esfera jurídica protegida por el derecho, sino ante todo por su doble condición de contraparte de la relación laboral (o relación de servicios profesionales del personal funcionario o estatutario) y de titular de la organización productiva en la que se realiza la prestación de trabajo. El empleador asume una posición pasiva y ha de soportar actividades de los titulares del derecho que de otro modo hubiera podido impedir (o responder frente a ellas) de no pesar sobre él un deber negativo anudado (en cuanto correlativo) al derecho subjetivo de huelga, en virtud de la indicación constitucional (art. 28.2 CE) y su “traducción” o concreción legislativa.

El empleador se encuentra, además, en una especial situación jurídica pasiva de subordinación y tolerancia respecto del ejercicio del derecho de este derecho de libertad (que integra el bien ajeno prevalentemente protegido), porque el ejercicio de ésta incide en su propia esfera jurídica, a diferencia de otros sujetos también ajenos a la titularidad del derecho que no resultan especialmente obligados. En efecto, el empleador debe pasar (en el sentido de soportar y tolerar) por la suspensión voluntaria unilateral de la relación de trabajo o, en su caso, la relación de servicio del personal funcionario o estatutario); le corresponde o incumbe (por encima de alguna obligación positiva instrumental) ante todo un deber general de respeto (*de pati y no facere*), prohibitivo de toda conducta que tienda a privar de efectividad al derecho libertad actuado. Así, ha de estar al efecto suspensivo del ejercicio del derecho de huelga por lo que no puede sancionar al trabajador; se limita su libertad contractual (“libertad civil”) en distintos aspectos: no podrá, en general, sustituir a los huelguistas por otros trabajadores no vinculados a la “empresa” en la fecha de declaración de la huelga (el denominado “esquirolaje externo”); no podrá utilizar las facultades empresariales, respecto de la movilidad funcional o geográfica de los trabajadores, con objeto de limitar o impedir el ejercicio del derecho de huelga (“esquirolaje interno”^[4], que permite neutralizar los efectos de la huelga); se le prohíbe el “cierre patronal de retorsión” y, en general, la imposición de medidas sancionadoras a los huelguistas en respuesta y por el sólo hecho de su participación en la huelga. Su situación se caracteriza, en definitiva, por un acusado elemento de “negatividad” como correlato del poder jurídico inherente al derecho de huelga de colocar el contrato de trabajo en fase o vicisitud suspensiva^[5].

Atendiendo a este dato jurídico, se puede decir que el empleador se encuentra en una situación jurídica pasiva que reviste una cierta complejidad, ante la yuxtaposición al deber general de respeto (de contenido negativo) que el derecho de huelga impone a todos (en tanto que derecho de libertad) de un deber específico de sometimiento (también de contenido fundamentalmente negativo) que recae en la figura del empleador y que no hace sino intensificar la situación de deber jurídico de respeto a la esfera jurídica del titular del derecho de huelga. Así, la decisión de los trabajadores de colocarse fuera del contrato de trabajo o facultad de incumplir transitoriamente el mismo adhiriéndose a la convocatoria de huelga tiene un efecto directo en la esfera jurídica del sujeto pasivo (empleador) que debe someterse a las consecuencias jurídicas del poder de voluntad del trabajador (titular del derecho subjetivo de huelga)^[6]. Esta posición pasiva se puede designar correctamente como un unitario deber negativo de respeto y sometimiento. Pero este fenómeno sólo puede ser explicado desde el momento en que el ordenamiento jurídico regula la huelga como derecho subjetivo, lo cual, no sucedería de haberse establecido un marco de libertad de huelga. La Constitución (art. 28.2 CE) no permanece neutral sobre las consecuencias del ejercicio de la libertad y por ello mismo consagra un sistema de derecho de huelga,

colocando así en una posición jurídica de ventaja y de inmunidad a los trabajadores que ejercen legítimamente su “derecho a la huelga”.

En este sentido, la situación de especial subordinación del empleador como destinatario de la huelga (en cuanto que el ejercicio del derecho lo constriñe *relacionalmente* a subordinar su interés al ajeno preferentemente protegido por el derecho objetivo) es una consecuencia necesaria del sistema de derecho de huelga que nace del art. 28 CE (y precisamente por ello goza de la garantía del contenido esencial). Al mismo tiempo la proclamación de la huelga como derecho subjetivo de carácter fundamental permite también justificar la producción de tales efectos jurídicos aún en el caso de que el destinatario de la medida de presión no sea el empresario^[7], sino el poder público en cuanto tal (es decir, no como “Estado empleador”), como sucede en la llamada huelga sociopolítica o de “imposición” económico-política. En cuyo caso, el empleador será mero sujeto pasivo de las consecuencias jurídicas inmediatas del ejercicio de la huelga, a pesar de no ser destinatario de la medida de presión y ser así completamente ajeno a la finalidad perseguida con la huelga.

La norma trataría de impedir que se utilicen ilegítimamente los poderes empresariales de especificación como reacción ante una huelga, evitando o neutralizando sus naturales efectos. En este sentido el Tribunal Constitucional ha considerado ilegítima la sustitución interna de trabajadores huelguistas por personal ya perteneciente a la empresa. Con base a una depurada argumentación entiende el Alto Tribunal que “la preeminencia de este derecho (de huelga) produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo anestesiarse, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial. Tal sucede con la potestad directiva del empresario, regulada en el art. 20 ET. Ahora bien, el ejercicio de tal facultad cuando se utiliza como instrumento para privar de efectividad a la huelga, mediante la colocación de personal cualificado en puestos de trabajo con una calificación mínima, deja inermes a los trabajadores manuales cuya sustitución es fácil y puede privarles materialmente de un derecho fundamental, vaciando su contenido esencial”. En definitiva, añade el tribunal, “la sustitución interna, en el supuesto que ahora y aquí nos ocupa, constituye el ejercicio abusivo de un derecho que en principio corresponde al empresario, el *ius variandi*, con una posibilidad de novación contractual, desde el momento en que su potestad de dirección se maneja con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico y en una situación conflictiva, no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo”^[8]. Esa utilización abusiva implica que no se esté ante un “*ius variandi*” y que, por tanto, queda completamente fuera del uso legítimo de los poderes directivos y organizativos del empleador.

Sin embargo, el problema que aquí se plantea en el plano jurídico-positivo es que el actualmente vigente art. 6.5 RDLRT es muy limitado respecto a la prohibición de estas medidas de “retorsión”. En efecto, según dicha disposición, “*en tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de incumplimiento*”. El ámbito objetivo de la movilidad espacial y funcional es mayor: “la empresa”. La doctrina del Tribunal Constitucional no incidió directamente en la conformidad constitucional de este precepto y, por consiguiente, se plantea un problema de contradicción (antinomía, que remite aquí a una incompatibilidad por contradicción) entre el sistema legal vigente de la huelga (RDLRT) y la LISOS, que deberá de ser resuelta conforme a la clásica regla *lex posterior derogat priori* (ley posterior deroga a anterior), haciendo pues primar la regulación de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social sobre el precedente sistema legal. Aunque ciertamente el problema reside en que una norma de estructura “secundaria” (la configuración propia de las normas sancionadoras) es la que acaba desempeñando la función de una “norma primaria”. Existe una “distorsión” de los mecanismos de producción normativa y de las técnicas normativas, pero el desajuste técnico no puede llegar, en este caso, a tanto como para que una ley de normación “secundaria” no pueda afectar a una legislación de normación sustantiva preconstitucional.

El rigorismo formalista de la construcción no puede llegar a tanto como para limitar la libertad de configuración del ejercicio del derecho de huelga por parte del legislador, a pesar de la inadecuación técnica del “marco” (ley instrumental, tipificadora de sanciones; no de regulación sustantiva) en que se sitúa una norma “perfecta o completa” que unifica conducta punible-sanción anudada a la misma. No ha sido este el único caso en el que existe una norma sustantiva incorporada a una ordenación instrumental (“marco jurídico legal”), sea de ordenación sancionatoria, o sea, en otro caso, de carácter adjetivo o procesal.

En la jurisprudencia constitucional existente en la que se desarrolla la visión de la huelga como derecho, también se localizan tendencias de jurisprudencia ordinaria que mantiene una visión reductiva de esta medida de presión de ejercicio colectivo por parte de los trabajadores. Es una línea que se alinea con los tiempos vividos de crisis económica y de reducción de los derechos de los trabajadores al mismo par que se refuerza los poderes empresariales.

En relación con lo anterior, la sustitución interna de trabajadores huelguistas llevada a cabo por trabajadores que se encuentran vinculados a la empresa al tiempo de la comunicación de la huelga, puede constituir un ejercicio abusivo de las facultades directivas empresariales^[9]. Así ocurrirá cuando, sea de forma intencional, o sea de forma objetiva, dicha sustitución produzca un vaciamiento del contenido del derecho de huelga o una desactivación o aminoración de la presión asociada a su ejercicio^[10]. Tampoco cabe amparar esa sustitución de los huelguistas en la potestad directiva de movilidad funcional, teniendo en cuenta que se utilizan trabajadores de otras categorías profesionales^[11]. En el mismo sentido, en un supuesto en el que también se denunciaba la sustitución de los trabajadores en huelga por otros de superior nivel profesional que no la habían secundado, la jurisprudencia establece que la “sustitución interna de huelguistas durante la medida de conflicto constituye un ejercicio abusivo del *ius variandi* empresarial, derecho que, con los límites legalmente previstos, corresponde al empresario en otras situaciones. Pero en un contexto de huelga legítima el referido *ius variandi* no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones; ya que, en tal caso, quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo”^[12].

Esta sentencia toma partido en el denominado esquirolaje tecnológico recogiendo la diferencia de opiniones que se produjeron en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de diciembre de 2012^[13], e imponiendo la posición que en la citada sentencia era minoritaria como interpretación constitucional. En efecto, el Alto Tribunal recupera uno de los Votos Particulares^[14], y lo traslada a su propia sentencia constitucional para concluir que el derecho de huelga no puede limitar el uso de medios técnicos de los que habitualmente se dispone en la empresa para mantener la actividad. Esta sentencia versa sobre la sustitución interna de trabajadores huelguistas y la utilización de medios técnicos de uso no habitual para la retransmisión por “Telemadrid” de un partido de fútbol y en la que el Tribunal Constitucional confirma que la utilización de medios ya existentes en la empresa o de procedimientos diferentes a los habituales es compatible con el derecho de huelga. En otros términos, para el Tribunal Constitucional no se vulnera el derecho de huelga cuando se desarrolla un procedimiento diferente al normalmente previsto para retransmitir un partido por televisión ni cuando se utilizan medios técnicos no habituales pero existentes en la empresa^[15].

El Alto Tribunal confirma que exigir al empresario que no utilice medios técnicos con los que cuenta en la empresa supone imponer al empleador una conducta de colaboración en la huelga no prevista legalmente. Por ello, la utilización de medios ya existentes en la empresa es compatible con el derecho de huelga. Concluye el Tribunal Constitucional confirmando que la efectividad del ejercicio del derecho de huelga no demanda del empresario una conducta dirigida a no utilizar los medios técnicos con los que cuenta en la empresa o a abstenerse de realizar una actividad

productiva que pueda comprometer el logro de los objetivos de la huelga, al igual que no obliga a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la protesta, y ello, porque lo que garantiza la Constitución es el derecho a realizar la huelga, no el resultado o el éxito de la misma. La sensación con esta sentencia es como si el Tribunal Constitucional estuviera interesado en abrir espacios para el ejercicio incondicionado de los poderes empresariales, aunque afecten a derechos fundamentales garantizados por la propia CE. La tecnología es una realidad de relevancia jurídica que, en sí misma, no constituye una amenaza a los derechos de los trabajadores, aunque tampoco puede considerarse neutra. Es así que será el uso que se haga de la misma por parte de los poderes empresariales los que condicionarán el favorecimiento o limitación de los derechos en función de su disponibilidad.

Es lo cierto que nuestro modelo legal^[16] es obsoleto y no se corresponde con las realidades de las transformaciones económicas y tecnológicas disruptivas, lo cual favorece los poderes del empleador al amparo del principio de libertad de empresa.

La STC 17/2017, de 2 de febrero^[17], que pronto fue seguida por diversa jurisprudencia menor y también por el propio Tribunal Supremo en sentencia de fecha 13 de julio de 2017, sentencia que argumenta que en este supuesto no se ha puesto en marcha una clara acreditación de un “*recurso productivo específico para contrarrestar la huelga*”, sino que, por el contrario, “*ahora opera el sistema habitual de redistribución de tareas*”^[18]. Sentencia del Tribunal Supremo en la que el propio Ministerio Fiscal solicita la aplicación de la STC 17/2017, de 2 de febrero^[19], cuando establece lo siguiente: “ni la Constitución ni la jurisprudencia constitucional obligan a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la reivindicación, pues debe respetarse la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quisieran sumarse a la huelga; ni obligan al empresario a reducir la actividad empresarial más allá de lo que sea una consecuencia lógica del seguimiento de la huelga por los trabajadores afectados. El uso por los trabajadores que no secundan el paro de los medios técnicos de los que dispone la empresa no vulnera el citado derecho siempre que aquéllos no realicen funciones que son ajenas a su cargo para sustituir a los huelguistas. La protección constitucional del derecho a la huelga impone limitaciones al empresario, pero no le obliga –ni a él ni a los empleados que deciden ejercer su derecho a trabajar– a contribuir al éxito de la protesta. No puede exigirse al empresario que no utilice medios técnicos con los que cuenta en la empresa, pues ello supone imponerle una conducta de colaboración en la huelga no prevista legalmente”. Por todo ello, resuelve el Tribunal Supremo de la siguiente manera: “no ha quedado acreditado que las empresas activasen estrategia o tecnología específica para boicotear la huelga. En todo caso, la doctrina de la STC 17/2017 de 2 febrero (Telemadrid) aleja la sombra de la aludida vulneración”.

Con todo, esta sentencia viene a admitir el esquirolaje tecnológico mediante la sustitución interna de trabajadores y la utilización de medios técnicos no habituales en jornada de huelga. La doctrina imperante del Tribunal Constitucional puede resumirse así: ni la Constitución ni la jurisprudencia obligan a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la reivindicación, pues debe respetarse la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quisieran sumarse a la huelga, ni obligan al empresario a reducir la actividad empresarial más allá de lo que sea una consecuencia lógica del seguimiento de la huelga por los trabajadores afectados. En definitiva, “la efectividad del ejercicio del derecho de huelga no demanda del empresario una conducta dirigida a no utilizar los medios técnicos con los que cuenta en la empresa o a abstenerse de realizar una actividad productiva que pueda comprometer el logro de los objetivos de la huelga, al igual que no obliga a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la protesta, y ello porque lo que garantiza la Constitución es el derecho a realizar la huelga, no el resultado o el éxito de la misma”. Por todo lo anterior, concluye el Tribunal Constitucional manifestando que el empresario tiene que soportar inevitablemente un daño como consecuencia de la huelga derivado de la interrupción de la actividad en que la misma consiste, pero sería desproporcionado exigir al empresario que colabore por inacción u omisión al éxito de la huelga: “el derecho de huelga aparece configurado como una presión legal al empresario que debe soportar

las consecuencias naturales de su ejercicio por parte de los trabajadores que se abstienen de trabajar, pero no se impone el deber o la obligación de colaboración con los huelguistas en el logro de sus propósitos”. Además, “la utilización por parte de los trabajadores no huelguistas de los medios técnicos de los que dispone la empresa del modo en que lo han hecho en el supuesto enjuiciado, sin realizar funciones de una categoría distinta, ha permitido hacer efectiva la libertad de trabajo”. En consecuencia, “no ha existido lesión del derecho de huelga. El empresario, en el ejercicio de su poder de organización, ha hecho un ejercicio regular de sus funciones. La emisión del partido fue posible porque en la empresa existían medios técnicos que permitían hacerlo y porque varios trabajadores no secundaron la huelga. Los medios técnicos ya existían – no fueron adquiridos expresamente para hacer frente a los efectos de la huelga– y los trabajadores que no secundaron la huelga no realizaron funciones distintas a las que les corresponden”^[20].

Estamos ante un conflicto de poderes/derechos entre el empresario y el trabajador. Por una parte, los trabajadores huelguistas y, por otra, el empresario con su poder de dirección y su *ius variandi*. Vinculando ambos derechos con la propia Constitución Española y sus principios constitucionales, es importante valorar la prioridad de uno sobre el otro. En efecto el derecho de huelga, que se configura como un derecho fundamental constitucionalmente consagrado, en coherencia con la idea del Estado social y democrático de Derecho, es reconocido como derecho fundamental de máximo nivel de tutela en la propia CE (art. 53, apartados 1º y 2º); art. 28.2 CE. Por la otra parte, localizamos el *ius variandi* del empresario y que deriva del derecho de libertad de empresa reconocido en el art. 38 CE, no como derecho fundamental.

Se ha de recordar que el derecho de huelga, calificado como subjetivo por su contenido y fundamental por su configuración constitucional, goza 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 CE, 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 (artículos 53, 81 y 161 CE.). Por tanto, “la preeminencia de este derecho produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial. Tal sucede con la potestad directiva del empresario, regulada en el art. 20 del Estatuto de los Trabajadores” (STC 123/1992, de 28 de septiembre [RTC 1992\123].)^[21].

Al conectar el ejercicio del derecho de huelga con el *ius variandi* empresarial y respecto de la sustitución interna de los huelguistas, es claro que tal proceder “constituye un ejercicio abusivo del *ius variandi* empresarial, derecho que, con los límites legalmente previstos, corresponde al empresario en otras situaciones. Pero en un contexto de huelga legítima el referido *ius variandi* no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones; ya que, en tal caso, quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo. Por ello, 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. Esa regla general admite dos excepciones fundadas, conectadas a las previsiones legales sobre el aseguramiento de determinados servicios mínimos esenciales para la comunidad (art. 10 del Real Decreto-ley 17/1977), y a las previsiones sobre los servicios de seguridad y de mantenimiento en la empresa (art. 6.7 del Real Decreto-ley 17/1977) (STC 17/2017, de 2 de febrero)^[22]. De esa doctrina se desprende que ha de estarse a las circunstancias concretas del caso, para analizar si la empresa ejercita de manera regular sus facultades organizativas o vulnera el derecho de huelga, en razón de que

imponga o permita la sustitución de los trabajadores huelguistas por parte de otros trabajadores que no realizan de ordinario sus funciones, a salvo de aquellas situaciones en las que pueda estar en juego el cumplimiento de servicios mínimos esenciales para la comunidad, o de servicios de seguridad y mantenimiento en las instalaciones de la empresa. Y siempre guardando la debida ponderación entre los bienes jurídicos en juego. En esta doctrina se apoya los previos pronunciamientos de las SSTS 962/2023, de 8 de noviembre (rec. 204/2021) y 153/2021 de 3 febrero (rec. 36/2019), sobre esquirolaje interno.

Con todo, para apreciar la vulneración del derecho fundamental de huelga es necesario que se acredite que la sustitución de los huelguistas carece de causa habilitante para ello y que esa sustitución se realice recurriendo a un trabajador contratado *ex novo* o asignado de forma irregular a la tarea del huelguista» (STC 17/2017, FJ 5). Una vez constatados los presupuestos de hecho, se ha de someter al necesario juicio de constitucionalidad el comportamiento empresarial denunciado como lesivo del derecho fundamental de huelga. Deberá atenderse a la regla general de la ilicitud de la medida empresarial que, para paliar o minimizar los efectos del ejercicio del constitucional derecho de huelga, encomienda la realización de funciones propias de trabajadores en huelga a trabajadores no huelguistas durante la medida de conflicto constituye un ejercicio abusivo (STC 33/2011, de 28 de noviembre, f.J.4º, con referencia a la sustitución del trabajador huelguista por un trabajador de un nivel profesional superior al de aquellos).

La jurisprudencia, en la que se inserta la sentencia objeto de comentario, se enmarca en un enfoque garantista que parte de la función conformadora de la Constitución del contenido esencial del derecho fundamental de huelga (artículos 28.2, 53.1 y 10.2 CE). En este sentido la jurisprudencia puede actuar para hacer realidad en la experiencia jurídica ese necesario ensamblaje entre Constitución y legislación. En el modelo normativo de derecho de huelga, Constitución y legislación actúan sobre un mismo derecho fundamental, en los términos de una verdadera “colaboración internormativa” en la que cada uno de los “legisladores”, el constituyente y el constituido, tiene asignada su propia función. Esto explica la importancia de la indagación científica y jurisprudencial hacia la búsqueda de aquellos elementos del sistema legal (que incluye el Derecho internacional de obligada referencia atendiendo al bloque normativo formado por los artículos 10.2 y 93 a 96 de la Norma Fundamentales) que permiten identificar más adecuadamente ese modelo normativo en el desarrollo histórico del fenómeno huelguístico.

X. Apunte final

La Sentencia aquí comentada se sitúa en la misma dirección interpretativa garantista (como se impone deducir de los artículos 28.2 y 53.1 de la Constitución, éste último dejando clara constancia del necesario respecto al “contenido esencial” de todos los derechos fundamentales) llevada a cabo en la STS-SOC núm. 962/2023, de 8 de noviembre (RCO núm. 204/2021), siendo ponente el Magistrado A.V. Sempere Navarro, sobre vulneración del derecho de huelga y de libertad sindical (información y negociación)^[23].

La garantía del derecho fundamental de huelga en la Constitución se encuentra fuertemente condicionada por el cambio en la “cultura sindical” en respuesta, sin duda, al impacto de las transformaciones del sistema político y del orden económico y tecnológico. La imperiosa reconfiguración del proceso de institucionalización y “normalización” del fenómeno huelguístico se podría resumir –a riesgo de incurrir en una simplicidad quizás excesiva, pero expresiva de lo que se quiere indicar– poniendo de manifiesto que las huelgas tienden a configurarse como un movimiento colectivo que no cuestiona las reglas de juego del sistema de relaciones laborales, aunque trate de reformularlas continuamente y fundar otras nuevas. Piero Calamandrei^[24] ha sabido reflejar esa tensión de lógicas institucionales cuando observó “que el derecho es, por su naturaleza, prefijación de límites; y que por consiguiente, desde el momento en que la huelga ha aceptado convertirse en un derecho, se ha adaptado

necesariamente a dejarse predisponer condiciones y restricciones de ejercicio que, si no son establecidas por la ley, deberán ineluctablemente ser diseñadas, antes o después, sobre la base del art. 40 de la Constitución, por la jurisprudencia. La dialéctica jurídica requiere, por su naturaleza, claridad de definiciones, precisión de distinciones, indagación de fines: la huelga, para entrar en el campo del derecho, deberá resignarse a ser definida, lo que, en opinión de algunos, puede querer decir también disminuida”. Pero esos límites sistémicos impuestos en el proceso dinámico de su “juridización” no pueden privar, en ningún caso, de eficacia funcional real a la huelga como “arma” de lucha capaz de ejercer su función de fuerza de presión y persuasión psicológica colectiva, que es su razón de ser^[25].

No debe olvidarse que en nuestro ordenamiento jurídico se dispone de un marco normativo insuficiente para la garantía efectiva del derecho de huelga, por mucho que esta situación deficitaria se haya normalizada y no sea una prioridad su subsanación para los actores políticos y sociales. El texto constitucional ex art. 28.2 impone la promulgación de una Ley Orgánica de garantía del derecho de huelga (art. 81 CE), pero esta Ley Orgánica no se ha aprobado aún. El hecho de que no se haya aprobado todavía supone una anomalía constitucional que desvirtúa el modelo de textura abierta (dentro de la obligada observancia del contenido esencial del derecho ex art. 53.1 CE) en la Constitución, al pervivir la regulación preconstitucional contenida en el RDLRT, que ha sido depurado constitucionalmente desde la STC 11/1981, de 8 de abril; de lo contrario, y sin este fuerte protagonismo “reconstructivo” (por vía de decisiones anulatorias, interpretativas y creativas o “sentencias normativas”) llevado a cabo por el Tribunal Constitucional, el actual modelo legal no podría haber sobrevivido y superado el test de constitucionalidad, por contradecir abiertamente el contenido esencial del derecho de huelga y los condicionamientos y limitaciones que ello impone al legislador infraconstitucional de desarrollo de las previsiones constitucionales. El Tribunal Constitucional había reclamado la intervención legislativa en desarrollo del mandato constitucional ex art. 28.2 CE, advirtiendo de “las consecuencias que produce en nuestro ordenamiento la falta de desarrollo del mandato que al legislador impone el art. 28.2 CE, lo que origina una puesta en peligro tanto de la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales como del ejercicio legítimo del derecho de huelga, lo que exige el establecimiento de procedimientos adecuados para asegurar la necesaria ponderación de los bienes constitucionales en juego”^[26]. Actualmente, cualquier regulación del derecho fundamental de huelga –en general y, en particular, a la delicada materia controvertida relativa a la huelga en servicios esenciales- deberá tomar en consideración la jurisprudencia constitucional y la establecida por el Tribunal Supremo. Pero ya esa futura regulación legal tendrá que ir más lejos para hacer frente a la incidencia que el uso empresarial de las nuevas tecnologías y las nuevas formas de organización productiva, pueden representar para las restricciones al ejercicio del derecho de huelga y al posible “vaciamiento” de su contenido esencial o una desactivación o aminoración de la capacidad de presión real asociada a su ejercicio (trabajo en plataformas digitales con las posibles “huelgas de desconexión”; el posible “esquirolaje tecnológico”^[27]; o la efectividad real del derecho de huelga en los supuestos de redes de empresa de subcontratación o de una pluralidad de empresas vinculadas).

Referencias:

1. [^] Un “servicio” es “esencial” ex definitione en el sentido del art. 28.2 de la Constitución Española de 1978, cuando el servicio público ha sido definido de esta forma por el legislador o cuando, atendiendo a su naturaleza y fines, cumple con los criterios jurisprudenciales definidos por el Tribunal Constitucional, de manera que se puede afirmar que todo servicio esencial –en el sentido del art. 28.2- es un servicio público, pero no todo servicio público es necesariamente esencial, aunque, de ordinario, suele serlo –mereciendo dicha calificación jurídica- como regla general expansiva.
2. [^] MONEREO PÉREZ, J.L.: “La huelga como derecho constitucional: la técnica específica de organización jurídico-constitucional de la huelga (I)”, en *Temas Laborales*, núm. 27 (1993), pp. 21 y ss., especialmente, pp. 55-63 (“Situación jurídico Situación jurídico-subjetiva pasiva “refleja”: El deber fundamentalmente negativo de respeto y reconocimiento “erga omnes” y la posición de especial subordinación del empleador”). Asimismo, MONEREO PÉREZ, J.L., y ORTEGA LOZANO, P.G.: *El derecho de huelga: configuración y régimen jurídico*, Cizur Menor (Navarra), Thomsom/ Aranzadi, 2019, pp. 237-243.
3. [^] El Tribunal Constitucional se ha cuidado de precisar que el derecho de huelga es un “especial derecho subjetivo”. Cfr. STC 11/1981, de 8 de abril, fj. 10 [RTC 1981\11].
4. [^] La huelga comporta, de este modo, una limitación del uso de los poderes empresariales. Véase la STC 123/1992, de 28 de septiembre, fj. 5 [RTC 1992\123]. Sobre este tema y la importantísima doctrina sentada en esta sentencia se volverá sin tardanza.
5. [^] Es bien conocida la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto cuando señala que, en un sistema de derecho de huelga, “determinadas medidas de presión de los trabajadores frente a los empresarios son un derecho de aquéllos. Es derecho de los trabajadores colocar el contrato de trabajo en una fase de suspensión y de ese modo limitar la libertad del empresario, a quien se le veda contratar a otros trabajadores y llevar a cabo arbitrariamente el cierre de la empresa” (STC 11/1981, de 8 de abril, fj. 9 [RTC 1981\11]). De este modo el “contenido esencial” del derecho de huelga consiste en la “cesación del trabajo” (STC 11/1981, de 8 de abril, fj. 10 [RTC 1981\11]) y “se concede para que sus titulares puedan desligarse temporalmente de sus obligaciones jurídico-contractuales” (STC 11/1981, de 8 de abril, fj. 12 [RTC 1981\11]). Así –para el Tribunal Constitucional– el efecto típico suspensivo forma parte de la garantía del contenido esencial o mínimo del derecho de huelga (cfr. también in fine STC 99/1987, de 11 de junio [RTC 1987\99]). Esto significa que –según interpretación del Alto Tribunal– en la lógica de esta construcción la cláusula del contenido esencial no abarca a aquellas acciones directas de los trabajadores que estén encaminadas a la autotutela de intereses colectivos o generales que

no entrañen la suspensión de los contratos de trabajo o relaciones de empleo. Es claro que está también en la lógica de la construcción que el reconocimiento de otras modalidades de huelga puede ser hecho por el legislador del derecho fundamental, formando así parte del “contenido posible” del derecho fundamental de huelga, es decir del “contenido abstracto” de ese derecho y con independencia de su contenido esencial intangible. Esta deberá de ser la opción interpretativa, es decir, incluyendo en el contenido posible del derecho de huelga otras formas de alteración del normal desarrollo del trabajo distintas a la cesación total o parcial en el trabajo. Especialmente significativo resultaría la admisibilidad de las huelgas de celo o reglamento que en ius strictum presuponen justamente la no suspensión del contrato de trabajo, lo cual, obliga a matizar el genérico y típico efecto suspensivo (que goza además de la garantía del contenido esencial) y que debería atribuirse sin más de forma indiferenciada como efecto legal del ejercicio del derecho de huelga. Conviene apuntar que, en el fondo, el efecto más elemental de la huelga como derecho es que su ejercicio no suponga por sí mismo la extinción de la relación laboral o de empleo (STC 99/1987, de 11 de junio [RTC 1987\99]).

6. *^ STC 11/1981, de 8 de abril, fj. 9 [RTC 1981\11] y STS 24 de octubre de 1989 [RJ 1989\7422].*
7. *^ Sobre las consecuencias político-jurídicas de la fórmula de reconocimiento constitucional como derecho fundamental o derecho público subjetivo o libertad pública de eficacia horizontal, y, en relación a ello, respecto a la función del derecho de huelga en el sistema constitucional, véase las consideraciones realizadas supra. De esa categorización atinente a la estructura y función de la huelga como institución jurídica deriva que los objetivos perseguibles con la misma no se agoten en el círculo limitado de las relaciones laborales y se actúe frente a las políticas públicas de relevancia para los intereses de los trabajadores. La “defensa de sus intereses” (como descriptiva de los intereses tutelables por la acción huelguística) a que hace mención el art. 28.2 CE debe referirse a la doble dimensión del trabajador-ciudadano. La pretensión de escindir y aislar en el Estado social la esfera del ciudadano individual y la esfera del ciudadano social no se corresponde con esa forma de Estado, sino con la propia del Estado liberal. Aquí es importante tener en cuenta que el derecho de huelga es un derecho social fundamental que se concede al “hombre específico” para el desarrollo de su personalidad; siendo así que ese “hombre específico” al que se atribuyen derechos sociales de distinta naturaleza no puede ser equiparado al “hombre aislado” en la consideración del individualismo metodológico (en versión de individualismo posesivo) de la filosofía política del liberalismo, incoherente con el sistema político del Estado social y democrático de derecho establecido por el art. 1.1 de la Constitución. Nótese, por otra parte, que el derecho fundamental de huelga constituye la instrumentación jurídica de una libertad de proyección colectiva, y que ello implica el reconocimiento a su titular de una esfera subjetiva (status subjectionis) englobada en un status socialis que se corresponde con la proyección social propia de las llamadas “libertades colectivas”, es decir, derechos de libertad del individuo en relación con otros individuos. Esto quiere decir, que en su misma configuración constitucional la huelga como derecho de titularidad individual se concibe en un derecho de libertad del individuo aislado. Su dimensión colectiva es innegable y lo que sucede es que no ha prevalecido una concepción orgánica o exclusivamente sindical*

- del derecho de huelga. En otras palabras: no es un derecho general del hombre, sino un derecho social de libertad.
8. ^ Continúa diciendo el Alto Tribunal que “en tal sentido, atenta al recíproco deber de lealtad y buena fe que perdura durante la huelga, como dijo el Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 de octubre de 1989 (Sala de lo Social) donde se consideró inviable la sustitución de marineros huelguistas por otra tripulación formada con otros trabajadores vinculados a la naviera mediante contratos anteriores al conflicto, pero de otros buques. En consecuencia, desde la perspectiva de los principios constitucionales más arriba analizados, no puede calificarse como lícita la sustitución de los trabajadores en huelga por otros de superior nivel profesional que no la habían secundado, sin que pueda ser incluida esta conducta entre las medidas empresariales de conflicto colectivo que legitima el art. 37 de la Constitución”. Cfr. STC 123/1992, de 28 de septiembre [RTC 1992\123].
 9. ^ STC 33/2011, de 28 de marzo [RTC 2011\33].
 10. ^ STS 18 de marzo de 2016 [RJ 2016\1828].
 11. ^ STC 123/1992, de 28 de septiembre [RTC 1992\123].
 12. ^ STC 33/2011, de 28 de marzo [RTC 2011\33].
 13. ^ STS 5 de diciembre de 2012 [RJ 2013\1751].
 14. ^ El Voto Particular del Magistrado Aurelio Desdentado Bonete.
 15. ^ Para mayor abundamiento sobre esta sentencia, vid. MARTÍNEZ MORENO, C.: “El ser o no ser de la huelga, el fútbol y el esquirolaje. A propósito de la STC 17/2017, de 2 de febrero, Caso Telemadrid”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 9, 2017, pp. 894 y ss. PÉREZ REY, J.: “El Tribunal Constitucional ante el esquirolaje tecnológico (o que la huelga no impida ver el fútbol)”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 77, 2017, pp. 151 y ss.
 16. ^ De problemático encaje en la Constitución ex art.28.2, en relación con la garantía multinivel de los derechos fundamentales que se infiere del bloque normativo formado por los artículos 93 a 96, en relación con la imperativa cláusula de apertura constitucional establecida en el art. 10.2 de nuestra Norma Fundamental. Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *El derecho huelga (artículo 28.2 CE)*, en MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M.N. (Dirs): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2002, pp.1057-1157.
 17. ^ STC 17/2017, de 2 de febrero [RTC 2017\17].
 18. ^ STS 13 de julio de 2017 [RJ 2017\4148].
 19. ^ STC 17/2017, de 2 de febrero [RTC 2017\17].
 20. ^ Esta sentencia tiene un Voto Particular formulado por el Magistrado Ilmo. Sr. Valdés Dal-Ré al que se adhieren la Magistrada Ilma. Sra. Asua Batarrita y el Magistrado Ilmo. Sr. Xiol Ríos, declara que la presente sentencia debió estimar el amparo solicitado por la vulneración –por el Ente Público Radio Televisión Madrid y sus sociedades– del derecho de huelga consagrado en el art. 28.2 CE. Tras una cuidada argumentación concluye que la retransmisión del partido de fútbol de la Champions League efectuada el día el 29 de septiembre de 2010 lesionó el derecho de huelga. Es lo cierto, que la prevalencia constitucional que debe poseer el derecho fundamental a la huelga por parte de los trabajadores que, en la sentencia STC 17/2017, de 2 de febrero, para nada ha tenido el efecto vinculado de anestesiar o de prevalecer sobre el poder de dirección del empresario, éste último utilizado con la única finalidad de minimizar o, como ocurre en este caso enjuiciado en dicha Sentencia del Alta Tribunal, eliminar la presión que ejercen los trabajadores huelguistas.

21. ^ STC 123/1992, de 28 de septiembre [RTC 1992\123]. Este enfoque ha sido mantenido explícitamente por la doctrina científica, MONEREO PÉREZ, J. L.: “La huelga como derecho constitucional: la técnica específica de organización jurídico-constitucional de la huelga (I)”, en *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 27, 1993, pp. 21-114, en particular pp. 55 y ss. (epígrafe: “Situación jurídico-subjetiva pasiva “refleja”: El deber fundamentalmente negativo de respeto y reconocimiento “erga omnes” y la posición de especial subordinación del empleador”); MONEREO PÉREZ, J. L.: “La huelga como derecho constitucional: la técnica específica de organización jurídico-constitucional de la huelga (II)”, en *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 28, 1993, pp. 29-96, especialmente pp. 32-46.
22. ^ Voto particular de Fernando Valdés Dal-Ré.–Adela Asua Batarrita.–Juan Antonio Xiol Ríos.
23. ^ Un comentario a esta importante sentencia, en MONEREO PÉREZ, J.L.: “Derechos de huelga y libertad sindical. Esquirolaje interno y externo. Indemnización por daño moral asociado a la vulneración”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*. Número 1/2024 https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2024-00000002596
24. ^ Cfr. CALAMANDREI, P.: “Significato costituzionale del diritto di sciopero”, en CALAMANDREI, P. (aut.) y CAPPELLETTI, M. (a cargo de): *Opere Giuridiche*, Vol. III., Napoli, Morano editore, 1965, p. 468. Publicado también en CALAMANDREI, P.: “Significato costituzionale del diritto di sciopero”, en *Riv. giur. lav.*, I, 1952, pp. 221 a 244.
25. ^ MONEREO PÉREZ, J. L.: “La huelga como derecho constitucional: la técnica específica de organización jurídico-constitucional de la huelga (II)”, en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 28, 1993, pp. 29-96, en particular, la referencia del texto en p.96; MONEREO PÉREZ, J. L.: “Prólogo: la huelga en el sistema de relaciones laborales”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Coord.) et altri: *Derecho de huelga y conflictos colectivos. Estudio crítico de la doctrina jurídica*, Granada, Comares, 2002.
26. ^ SSTC 123/1990, de 2 de julio (RTC 1990/123), y 183/2006, de 19 de junio (TC 2006/183). También la STS de 17 de diciembre de 1992, RJ 1992/100/46. Puede consultarse, MONEREO PÉREZ, J. L., y ORTEGA LOZANO, P.G.: *Configuración y régimen jurídico: configuración y régimen jurídico*, Cizur Menor (Navarra), Thompson-Aranzadi, 2019, pp. 382 y ss. (“Derecho de huelga y nuevas tecnologías: a propósito del esquirolaje interno y tecnológico”) y pp. 405 y ss. (“La huelga en grupos de empresas y redes empresariales: a propósito del esquirolaje externo”), y la bibliografía allí citada.
27. ^ Sobre la que se han producido oscilaciones significativas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Así, STC 17/2017, de 2 de febrero (Telemadrid) ; STS de 13 de julio de 2017, y otras que le han seguido en la misma dirección.