

¿EL ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO VULNERA

EL DERECHO DE HUELGA?

(UNA CUESTIÓN ABIERTA TRAS LA ÚLTIMA DOCTRINA DEL
TRIBUNAL SUPREMO).

EDUARDO ENRIQUE TALÉNS VISCONTI

Resumen.

En el presente estudio se pretenden abordar los problemas que ocasiona el esquirolaje tecnológico. Éste último consiste en la utilización por el empresario de los medios técnicos que tiene a su disposición, y de forma automática, para continuar en mayor o menor grado con su actividad durante la celebración de una huelga.

Esta práctica, relativamente novedosa, tradicionalmente se ha considerado lícita por parte de los órganos jurisdiccionales (en especial, por el Tribunal Supremo). Tras dos recientes sentencias dictadas por este mismo órgano la cuestión, como se tendrá ocasión de ver, permanece abierta. Esta situación va a ser objeto de debate en las siguientes líneas. Para ello resultará necesario realizar un recorrido por la doctrina de los tribunales en la materia, que como veremos se dividirá en tres etapas o periodos distintos. Finalmente, se pretende delimitar el fondo del conflicto que plantea el esquirolaje tecnológico y mostrar una opinión razonada sobre la postura que considero que sería adecuada.

Índice.

1. Introducción: contenido esencial de derecho fundamental de huelga.	4
2. La prohibición de la sustitución externa e interna de trabajadores como supuestos lesivos del ejercicio del derecho de huelga.	5
3. ¿Puede infringirse el derecho fundamental de huelga por el empleo de medios mecánicos y de forma automática?	7
3.1 El sexenio de los años 2000-2006: el esquirolaje tecnológico no vulnera el derecho de huelga.....	8
3.2 El sexenio de los años 2006 a 2012: el esquirolaje tecnológico establecido como servicio mínimo de la comunidad vacía de contenido el derecho a la huelga.....	10
3.3 Años 2012-2013: a vueltas con el esquirolaje tecnológico.	13
3.4 La repercusión social como medio eficaz de presión de la huelga y la obsoleta regulación en esta materia como problemas de fondo del esquirolaje tecnológico.....	18
4. Conclusiones.....	24
5. Bibliografía.	26

1. Introducción: contenido esencial de derecho fundamental de huelga.

El derecho de huelga pertenece al grupo de los denominados derechos fundamentales. Se encuentra consagrado en el artículo 28.2 de nuestra Constitución Española. Desde que se aprobó la Constitución el legislador ha ido desarrollando paulatinamente los distintos derechos fundamentales. Sin embargo, el derecho de huelga supone un hecho paradigmático, puesto que hasta nuestros días todavía no cuenta con su respectiva Ley Orgánica¹. Esta circunstancia no significa una inexistencia de previsión legal en la materia, si bien, su regulación viene marcada por una normativa preconstitucional (El Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo). Éste último texto fue objeto de interpretación, ya en el marco constitucional, por la importante Sentencia 11/1981 del Tribunal Constitucional, que acometió una tarea de depuración de la norma, aclarando algunas cuestiones y derogando aquellos preceptos que consideró contrarios a la Constitución. La consecuencia es que, la regulación del derecho de huelga ha sido eminentemente de creación jurisprudencial². En este sentido, como ha señalado CASAS BAAMONDE, *“casi treinta años después de la STC 11/1981 la falta de desarrollo legislativo del art. 28.2 de la Constitución se ha convertido en uno de los rasgos singulares de nuestro sistema regulador del derecho de la huelga, en un problema crónico con el que hemos aprendido a convivir con la ayuda destacada de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.”*³

La aplicabilidad directa del derecho de huelga dimana por su incardinación entre los artículos 14 a 30 de la propia Constitución Española. Esto supone que estemos ante un derecho subjetivo y de contenido fundamental, merecedor de una protección intensa, de suerte que, prevalece ante la colisión con otros derechos de distinto rango⁴. Asimismo contiene, como todo derecho fundamental, un núcleo esencial que debe resultar infranqueable. Si bien, los derechos constitucionales no son absolutos, puesto

¹Hubo un intento de Proyecto de Ley Orgánica de Huelga presentado el 22 de mayo de 1992, que finalmente no vio la luz debido a la caducidad de su tramitación.

²GORDO GONZÁLEZ, L. “El contenido esencial del derecho de huelga: la prohibición del esquirolaje interno”. En Aranzadi Social, núm. 20. 2012. Página 1.

³CASAS BAAMONDE, M.E. “25 años de jurisprudencia constitucional social: huelga en servicios esenciales y responsabilidad política”. En Relaciones Laborales, núm. 23. 2010. Página 8.

⁴GARCÍA NINET, J.I. Y GARCÍA VIÑA, J. “Algunas consideraciones acerca del esquirolaje interno y externo, así como sobre ciertas medidas empresariales (algunas curiosas) para reducir los efectos de la huelga”. En Aranzadi Social. 1997. Página 4.

que pueden experimentar limitaciones o restricciones, aunque sin poderse rebasar este contenido esencial, pues en sentido contrario se terminaría por dejar impracticable el ejercicio del derecho. En este sentido, “*el contenido esencial del derecho de huelga consiste en una cesación del trabajo en cualquiera de las manifestaciones o modalidades que puede revestir*” (STC 11/1981, de 8 de diciembre). Esta situación va a producir la suspensión del contrato de trabajo por el tiempo que dure la huelga. El objetivo de los trabajadores mediante esta práctica no es otro que ejercer presión y equilibrar las fuerzas para lograr la defensa de sus intereses.

2. La prohibición de la sustitución externa e interna de trabajadores como supuestos lesivos del ejercicio del derecho de huelga.

El artículo 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 marzo, dispone que “*el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma*”. Se prohíbe expresamente aquella actuación por parte del empresario tendente a dejar sin efecto los objetivos reivindicativos de la huelga recurriendo para ello a la contratación externa. Esta conducta, además, se reprocha como infracción muy grave por el artículo 8.10 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. También se veda a las ETT la celebración de contratos para sustituir a trabajadores en huelga de la empresa usuaria (artículo 8 a) de la Ley 14/1994, de 1 de junio, reguladora de las Empresas de Trabajo Temporal). No existe discusión doctrinal acerca del carácter ilícito consistente en la contratación externa de trabajadores, puesto que esta medida, además de vaciar de contenido el derecho de huelga se encuentra expresamente contemplada en la normativa laboral. Ahora bien, quedaría expedito el recurso a la contratación externa de trabajadores cuando la huelga convocada fuera ilegal.

El denominado esquirolaje interno, es decir, la sustitución o movilidad de un trabajador de la propia empresa, realizada precisamente con el fin de paliar los efectos de la huelga, suscitó en su día dificultades de interpretación. Sería el caso de aquellos trabajadores no huelguistas a los que el empresario, ejerciendo sus facultades de dirección y control, y con el objetivo de vaciar de contenido el derecho de huelga, los adscribe a otras funciones, les exige mayores sacrificios, varía su horario, los desplaza de centro, etc. En este sentido, cuando el empresario adopta este tipo de decisiones los

huelguistas pueden ver mermada la repercusión y eficacia de su derecho fundamental. La problemática de este tipo de acciones traía causa en el tenor literal del artículo 6.5 del RDLRT, que solamente sanciona de forma expresa el esquirolaje externo, lo que a *sensu contrario* podría llevar a la consideración de la permisibilidad por parte del empresario de utilizar su *ius variandi* con aquellos trabajadores no huelguistas⁵. Pese a iniciales vacilaciones por parte de la doctrina, postulándose a favor o en contra de su ilicitud, la discusión quedó cerrada a raíz de la trascendental STC 123/1992 de 28 de septiembre. El Tribunal Constitucional consideró, de forma plausible, que este *ius variandi* empresarial lesiona el derecho de huelga cuando se realiza de forma abusiva, es decir, para “*desactivar la presión producida por el paro en el trabajo*”. Esta interpretación extensiva que considera que la sustitución interna de trabajadores puede vulnerar el derecho fundamental de huelga se ha mantenido sin fisuras hasta nuestros días. Cuestión distinta es que, al descender al caso concreto, encontremos sentencias que hayan apreciado una sustitución abusiva y otras que no, puesto que no se prohíben aquellas sustituciones habituales, sino aquellas novaciones que, por ser extraordinarias, contravienen el derecho de huelga. Incluso se ha llegado también a defender que una sustitución parcial, es decir, aquella en la que el esquirol no desarrolla todas las funciones del huelguista, debería ser igualmente reprochable⁶. Por otra parte, parece que sí se deberían aceptar las sustituciones internas (también las extraordinarias) para cubrir los servicios mínimos en aquellos supuestos en los que se presten servicios esenciales para la comunidad, así como en los casos de huelga ilegal y en las situaciones de emergencia⁷.

Por otra parte, la utilización de medios técnicos por el empresario para continuar con la actividad y mitigar las consecuencias provocadas por la huelga, es una cuestión que permanece abierta. El denominado “esquirolaje tecnológico” es una práctica relativamente novedosa, puesto que para llevarse a cabo requiere la posibilidad de contar con los medios mecánicos precisos. Aunque fue en los albores del siglo XXI cuando comenzaron a plantearse las dudas acerca de su legalidad y, tras unos años de calma, su intrínquilis resurge con más fuerza que nunca tras las recientes fluctuaciones

⁵ SALA FRANCO, T. “Problemas jurídicos del trabajador “no huelguista”. En Actualidad Laboral. 1984. Página 107. Quién no obstante, se muestra partidario de una interpretación extensiva o finalista.

⁶ GORDO GONZÁLEZ, L. Ob. Cit. Página 4.

⁷ ALZAGA RUÍZ, I. “La sustitución interna de los trabajadores huelguistas: un supuesto de vulneración del derecho de huelga”. En Aranzadi Social. 2002. Página 2.

del Tribunal Supremo. Para llegar a ello y comprender el estado de la cuestión, seguidamente se hace un recorrido por las diferentes etapas que han llevado a la situación actual, para realizar a continuación a una valoración crítica sobre el tema.

3. ¿Puede infringirse el derecho fundamental de huelga por el empleo de medios mecánicos y de forma automática?

La respuesta a la pregunta con la que se abre este epígrafe plantea toda una serie de cuestiones que a día de hoy todavía siguen debatiéndose. Ha sido entorno a los medios audiovisuales, donde se han suscitado los problemas sobre el uso de material técnico de forma automática. Sin embargo, debido al avance de la ciencia, esta problemática podría extenderse hacia otro tipo de sectores, aumentándose los supuestos en los que de forma automatizada puedan sustituirse algunas funciones de los trabajadores en huelga. Piénsese, por ejemplo, en la programación mecánica para continuar con la producción en una cadena de montaje, o en un convoy de tren o metro que pudiera funcionar de forma automática, etc. El escenario, a día de hoy, se da sobre todo en el sector de la radiotelevisión, puesto que de forma relativamente sencilla se puede dar continuidad a las emisiones de programas o de publicidad durante la celebración de una huelga⁸. Esta forma de proceder podría afectar al propio derecho de huelga, ya que coadyuvaría a la mitigación del impacto económico y social pretendido por ésta.

Esta cuestión se ha afrontado por parte de los órganos jurisdiccionales aceptándose desde un primer momento la emisión realizada por medios técnicos, pasando por la consideración abusiva de su implantación como servicios mínimos para la comunidad, hasta la confrontación reciente del Tribunal Supremo que da un vuelvo a la situación. Se realizará un recorrido por las diferentes etapas de esta singladura, diferenciando entre aquella decisión contemplada por el órgano gubernamental, que prevé en su resolución la utilización de contenidos “enlatados” o pregrabados para cumplir con los servicios mínimos en el día o días de la huelga, de aquellos en los que es el propio empresario el que decide empleando la tecnología a su alcance emitir programas y/o publicidad.

⁸ PÉREZ REY, J. “Tertulias, reportajes de actualidad y esquirolaje tecnológico en la huelga general. A propósito de la STS de 11 de junio de 2012”. En Revista de Derecho Social, núm. 59. 2012. Página 197.

3.1 El sexenio de los años 2000-2006: el esquirolaje tecnológico no vulnera el derecho de huelga.

Los primeros pronunciamientos judiciales optaron por permitir la utilización de medios técnicos por parte del empresario como método de defensa frente a la huelga realizada por sus trabajadores. En el año 2000, el Tribunal Supremo abordó esta problemática, mediante una sentencia un tanto escueta y carente de excesiva fundamentación. El objetivo de la controversia era intentar dirimir si este *modus operandi* entra dentro de la prohibición de sustitución de trabajadores en huelga establecido en el artículo 6.5 del RDL 17/1977 de Relaciones de Trabajo, teniendo en cuenta la doctrina existente hasta la fecha que ya había extendido el tenor literal del precepto en conductas de esquirolaje interno (*Vid. Supra.*). Esta pionera sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) dictada el 4 de julio del año 2000, sin realizar un análisis exhaustivo sobre el trasluz del asunto, no obstante afirmó de forma taxativa que: “*no hay precepto alguno que prohíba al empresario usar los medios tecnológicos de los que habitualmente dispone en la empresa, para atenuar las consecuencias de la huelga*”. En este sentido, se acoge por parte del Tribunal Supremo una interpretación literal del artículo 6.5 del RDLRT, que textualmente solamente contempla la sustitución externa. La postura contraría pasaría nuevamente por acoger una tesis finalista, e incluso sistemática de la norma, que admitiera que al reducirse la presión o efectos de la huelga, sería susceptible de vulnerar este derecho.

En el concreto caso del esquirolaje tecnológico, esta aplicación extensiva encontraría una traba adicional, puesto que el propio artículo 6.5 del RDLRT, junto a su referencia literal al esquirolaje externo, habla de la sustitución consumada por personas y no por máquinas. Por este motivo el Tribunal Supremo declaró que no hay precepto alguno que prohíba al empresario recurrir a los medios técnicos para atenuar las consecuencias de la huelga. Incluso, junto a esta afirmación, encontró cierta bondad en el empleo de la aludida práctica, al pergeñar que “*este derecho garantiza el que los huelguistas puedan realizar los paros sin ser sancionados por ello*”. Refiriéndose con casi toda seguridad a que con esta práctica se salvaría a los trabajadores de tener que auxiliar en la realización de servicios mínimos, pudiendo lograrse así una mayor asistencia a la huelga. Se olvidan quizá con esta afirmación, que el objeto de la huelga no es tanto el conseguir una masiva afluencia, sino el de ejercer presión sobre el empresario para la consecución de un fin legítimo. Claro está, que un seguimiento

mayoritario de la huelga va a contribuir en mayor medida a la consecución del objetivo buscado. Pero los perjuicios económicos o la presión social no lograrían todo su efecto, por mucho que la huelga sea secundada por todos los trabajadores, si el empresario la contrarresta utilizando medidas automáticas.

La solución dada por el Tribunal Supremo, en su sentencia de 4 de julio del año 2000, fue rápidamente acogida por la doctrina judicial menor y, como en teoría resultaría lógico, por la propia Sala⁹. Así, por ejemplo, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su sentencia de 9 de enero de 2003 llegó a la misma conclusión que el Tribunal Supremo. Basó su fundamentación en la legitimidad de que el empresario puede hacer uso de sus propios servicios y en especial los servicios mínimos, para mantener en la medida de lo posible el proceso productivo¹⁰. La sentencia, es recurrida ante el Tribunal Supremo, que conoce del asunto en su Sentencia de 9 de diciembre de 2003 (Sala de lo Social), manteniéndose el mismo criterio que el adoptado tres años antes, si bien, realizándose un análisis sobre el dilema de una forma más exhaustiva. Tras debatir sobre el contenido irreductible del derecho de huelga y pasar por la consideración de esencialidad del derecho a la información como servicio a la comunidad, argumenta que *“es de significar que si la empresa se ve forzada en virtud de la huelga declarada en su ámbito a la paralización de su actividad normal y solo puede emitir el 50% de los informativos y los espacios gratuitos de propaganda electoral establecidos por la Junta Electoral (la huelga coincidió con la campaña de elecciones catalanas), no cabe, en buena lógica jurídica, admitir que viole la esencia del derecho fundamental de huelga al ocupar el resto del tiempo de esta última con material propagandístico, ya enlatado con anterioridad, y para cuya emisión solo se precisa pulsar un botón.”* También resuelve en este mismo sentido el Tribunal Supremo (Sala de lo Social) en su sentencia de 15 de abril de 2005, sirviéndose para ello del mismo criterio empleado por las anteriores.

⁹ He utilizado el vocablo “en teoría” porque como se tendrá ocasión de ver más adelante el Tribunal Supremo ha cambiado radicalmente su doctrina en esta materia.

¹⁰ Dice el Sentencia que la *“importante mecanización de la emisión de programas grabados permite emitir publicidad, sin que esto implique hacer uso de personal distinto del adscrito a servicios mínimos, o bien, puede realizarse con el que no participa en la huelga, la conducta empresarial no contraviene el derecho que el artículo 28 de la Constitución consagra”*.

Por tanto, en este periodo, el Tribunal Supremo sigue con su línea doctrinal y permite la utilización de los medios técnicos propios de la empresa, para dar continuidad a la actividad empresarial, sin distinguir entre si su utilización es para asegurar los servicios esenciales (mayormente informativos) o lo es para toda la programación. Así pues, en esta primera doctrina, el esquirolaje tecnológico no contraviene el derecho de huelga, tanto si el servicio que sustituye entra dentro de los servicios mínimos como si ocupa otras programaciones no esenciales.

3.2 El sexenio de los años 2006 a 2012: el esquirolaje tecnológico establecido como servicio mínimo de la comunidad vacía de contenido el derecho a la huelga.

Como se ha visto, hasta el año 2006 el Tribunal Supremo ha ido creando jurisprudencia sobre la permisividad de la utilización de los medios técnicos propios de la empresa para continuar con la actividad durante una huelga, como programas o publicidad pregrabados. Se aducía por parte del Supremo una ausencia de regulación que contraviniera este tipo de prácticas, así como el derecho del empresario de intentar proseguir su actividad con los factores con los que cuenta, tanto personales como técnicos. Con mayor o menor fortuna, lo cierto es que la Sala Social del Tribunal Supremo mantenía una doctrina pacífica. Esta situación cambió parcialmente tras la publicación de las Sentencias del Tribunal Constitucional número 183/2006 de 19 de junio y número 191/2006 de 19 de junio (Salas Segunda y Primera respectivamente). Éstas dieron un giro copernicano en la utilización automatizada de la emisión de programas enlatados. El litigio que llega a manos del Tribunal Constitucional versa sobre la fijación mediante Real Decreto 531/2002, de 14 de junio, como servicios esenciales de la comunidad “*la emisión, dentro de los horarios habituales de difusión, de una programación previamente grabada*” y la “*producción y emisión de la normal programación informativa*”. Por su parte, los supuestos dirimidos hasta esa fecha, trataban sobre la posible utilización de medios técnicos por parte del empresario, y no en la fijación de servicios mínimos¹¹. Esta distinción no es baladí, porque va a ser un

¹¹ Artículo 3 del Real Decreto 531/2002, de 14 de junio, por el que se establecen las normas para garantizar el funcionamiento de los servicios mínimos esenciales en el ámbito de la gestión indirecta de los servicios públicos esenciales de radiodifusión sonora y de televisión, bajo competencia del Estado, dice:

“A los efectos previstos en el artículo anterior, se consideran servicios esenciales los siguientes:

punto central en la disputa doctrinal suscitada recientemente en la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

El Tribunal Constitucional, realiza un análisis exhaustivo sobre el derecho de huelga y el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad. Continúa con la línea defendida anteriormente por este Tribunal consistente en que, *a priori*, no existe ningún tipo de actividad productiva que pueda ser considerada como esencial. La STC 26/1981, de 17 de julio, propuso dos formas para denotar la esencialidad de un servicio. Según la primera, *“en la definición de los servicios esenciales estarían el carácter necesario de las prestaciones y su conexión con atenciones vitales”*. En virtud de la segunda, para que el servicio sea esencial deben ser esenciales los bienes e intereses satisfechos. Así, *“como bienes e intereses hay que considerar los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos”*. Esta última vertiente es sobre la que incide la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en pronunciamientos posteriores, entre ellos en la citada STC 183/2006, de 19 de junio, aseverándose que es la que pone el acento en los bienes e intereses de las personas la que mejor concuerda con los principios inspiradores de nuestra constitución. La doctrina también ha puesto su atención sobre esta interpretación. En este mismo sentido, VALDÉS DAL-RÉ ha señalado que *“los intereses de los usuarios actúan como límite del ejercicio del derecho de huelga en la medida en que satisfacen sus valores, bienes y derechos constitucionalmente protegidos y sólo en ella”*¹². Además, el hecho de que se tenga que prever un mantenimiento de servicios para la sociedad (por afectar a sus derechos constitucionales, bienes y libertades) no significa que tenga que alcanzarse el nivel de rendimiento o funcionamiento habitual, pues es lógico que éste sea menor durante la huelga. Asimismo, y respecto a la fundamentación de que el citado Real Decreto disponga los servicios esenciales, el Tribunal Constitucional prohíbe aquellas

a. *La emisión, dentro de los horarios habituales de difusión, de una programación previamente grabada.*

b. *La producción y emisión de la normal programación informativa.*

c. *La programación y difusión de los comunicados y declaraciones oficiales de interés general a que se refieren el artículo 16 de la Ley 10/1988, de Televisión Privada y el apartado 3 de la disposición adicional sexta de la Ley 31/1987, de Ordenación de las Telecomunicaciones”.*

Los apartados a) y b) fueron suprimidos por el Tribunal Constitucional en Sentencias 183/2006 y 191/2006, ambas de 19 de junio, por considerarlos contrarios al derecho de huelga.

¹² VALDÉS DAL-RÉ, F. “Sobre la fundamentación de las limitaciones del derecho de huelga en los servicios esenciales de la comunidad”. En Relaciones Laborales. 1998. Página 10.

“indicaciones genéricas, aplicables a cualquier conflicto”, cuyo objetivo es una “correcta valoración y control material o de fondo de la medida”. El hecho de que no exista en sí misma ninguna actividad que pueda calificarse como esencial, supone que, en el concreto caso de la radiotelevisión, se pase por alto el carácter esencial predicado por la normativa concreta de este sector. En todo caso, no han existido nunca mayores problemas en admitir la limitación al derecho de huelga al establecer servicios mínimos por el derecho a recibir información, puesto que éste último también es un derecho fundamental consagrado en el artículo 20.1 d) CE. Aunque, obviamente, no se puede deducir el establecimiento de servicios mínimos para toda la actividad radiofónica o televisiva, sino solamente para aquellas que tengan relación con el artículo 20.1 CE. Éste último, entre otros, reconoce el derecho a comunicar y recibir libremente información, así como a expresar o difundir libremente pensamientos. Esta doble virtualidad se da especialmente en los medios de información, donde junto con la transmisión de noticias se suceden aspectos valorativos. De este modo, no se deberían considerar, sin más, como ajenas al derecho a la información y, por ende, prescindibles de los servicios mínimos, entrevistas o tertulias que acompañan a un programa informativo, si bien éste hecho tendría que acreditarse o motivarse por el acuerdo u actuación administrativa¹³. Diferente trato merecen aquellas parcelas televisivas que son “puro entretenimiento”, sobre las cuales no existe previsión de servicios mínimos y su emisión va a depender del seguimiento que tenga la huelga, puesto que bien podrían llevarse a cabo con el personal no huelguista.

Siguiendo con el tema del manejo de tecnología de forma automática para dar continuidad a las emisiones, el Tribunal Constitucional consideró que con su utilización como servicios mínimos esenciales para la comunidad “*se persigue, como se indica en la exposición de motivos del Real Decreto recurrido, la no interrupción del servicio de la radiodifusión sonora y de la televisión, con lo que se priva de repercusión apreciable a la huelga, sustrayéndole su virtualidad de medio de presión e inequívoca exteriorización de los efectos del paro laboral efectivamente producido por la exigencia de una apariencia de normalidad del servicio*”. En consecuencia, declaró que la emisión como servicios mínimos de una programación previamente grabada, dentro de

¹³ Así lo estable el Tribunal Supremo (Sala de lo Social) en su sentencia de 11 de junio de 2012, que termina no acogiendo la entrevista y tertulia de un programa matinal no porque no los considere información estricta, sino todo lo contrario, sino porque no quedó acreditada su necesidad en la Orden que fijó los servicios mínimos.

los horarios habituales de difusión, lesiona el derecho de huelga. Se esgrimió para ello como base la noción de temporalidad presente en el artículo 10.2 del Real Decreto-Ley 17/1977 cuando se refiere a los servicios de “*reconocida e inaplazable necesidad*”. En este sentido, se argumenta que la información pregrabada podría perfectamente emitirse con posterioridad a la huelga (que en este caso es de 24 horas). Y ello porque una programación pregrabada no contiene la actualidad e inmediatez necesarias¹⁴. Esta misma doctrina fue acogida por el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 24 de julio de 2007¹⁵. De este modo, la Orden de servicios mínimos que se redactó en conformidad con el citado Decreto 531/2002 de 14 de junio, tuvo que decaer tras la declaración inconstitucional de sus apartados a) y b) del artículo 3.

3.3 Años 2012-2013: a vueltas con el esquirolaje tecnológico.

Recientemente se han publicado dos sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) que han abierto el debate sobre la utilización de medios técnicos por parte del empresario en situaciones de huelga. La controversia deviene por la emisión enlatada de publicidad ordinaria y de la llamada Teletienda durante la jornada de huelga entre los programas que habían sido considerados como esenciales, ingresando la cadena por esta actuación una cantidad cercana a los 6000 euros.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2012¹⁶ conoce el caso y termina por adoptar una solución continuista con la línea defendida por la jurisprudencia de la Sala. Y ello pese a que en la actualidad existe un escollo añadido que no existía en la pacífica doctrina de principios del siglo XXI, como es el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la utilización de programas pregrabados y su vulneración del derecho de huelga, que de forma razonable es alegada por la parte demandante. La STS de 11 de junio de 2012 se aparta del supuesto de hecho del Tribunal Constitucional y arguye que ante este órgano llegó un caso en el que mediante Real Decreto se

¹⁴ Dice el artículo 10 RDL 17/1977 que: “*cuando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y 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*”

¹⁵ También en posteriores sentencias de esta misma Sala de lo Contencioso-Administrativo, como la SSTS de 27 de junio de 2009 o de 24 de febrero de 2010.

¹⁶ Ponente el Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete.

consideró como esencial la emisión de programación previamente enlatada. Por el contrario, en el supuesto que conoce el Supremo se da el caso de que es el empresario el que decide emitir publicidad sin utilizar personal y de manera totalmente automática. De este modo, se llega a la conclusión de que no existe lesión sobre el derecho de huelga y *“lo que veda la doctrina del Tribunal Constitucional mencionada es que se califique como servicio esencial y que, por tanto, pueda ser atendida por trabajadores asignados a estos servicios (por ejemplo, en labores de control, conexión y supervisión) la gestión de una programación pregrabada que no tiene valor informativo alguno y que, sin embargo, al emitirse, creando la imagen de una continuidad del servicio, puede perjudicar los objetivos de la huelga”*. Uno de los hechos relevantes de la sentencia, en el punto de la legitimidad del esquirolaje tecnológico, es precisamente el argumento transcrito, es decir, la forma en que se aparta del supuesto de hecho dirimido por el Tribunal Constitucional en el año 2006. En este sentido, una vez separada la cuestión respecto del asunto debatido por las SSTC 183/2006 y 191/2006 no se encuentran problemas en seguir con la aplicación de la sentada jurisprudencia del Tribunal Supremo, basada como ya ha sido expuesto, en que no existe ningún precepto que prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone para continuar con las emisiones durante la huelga. En este sentido, la actividad, en este caso publicitaria, *“podría realizarse como cualquier otra, siempre que no se asignen a ella trabajadores encargados de los servicios mínimos, es decir, si se realiza con personal no huelguista y sin utilizar personal incluido en la prohibición de sustitución del art. 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977, o si se realiza de forma totalmente automática”*.

Frente a esta decisión de la Sala, se alza un magistrado por medio de voto particular, en el que se opta por defender la tesis contraria, es decir, la vulneración del derecho de huelga.¹⁷ Para ello basa su aseveración en que la Sentencia del Tribunal Constitucional (183/2006) contiene elementos que deben extrapolarse más allá del caso concreto que resuelve, que como se ha comentado, diverge respecto al supuesto enjuiciado por el Supremo. Así, el magistrado que emite el voto particular, fundamenta su oposición desde dos perspectivas:

¹⁷ Voto Particular formulado por el Excmo. Sr. D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel.

A) La primera es que el artículo 28.2 CE (derecho fundamental a la huelga) debe ser prevalente al de libertad de empresa (artículo 38 CE)¹⁸. Se argumenta que aunque la decisión de la Sala se ocupe solamente del tema de la publicidad, con su planteamiento se legitimaría el uso de estos sistemas automáticos para formatos tales como películas, concursos, reportajes, etc. Estos programas de entretenimiento ocupan la mayor parte de la programación, con lo que la repercusión social de la huelga quedaría muy menguada.

B) El segundo fundamento se extrae de la consideración de que el límite a un derecho fundamental no se puede extraer a través de una interpretación *a sensu contrario*, es decir, basada en el hecho de que la legislación no contemple la utilización de medios técnicos como limitación al derecho de huelga.

Sobre el mismo asunto, el Tribunal Supremo (Sala de lo Social) dicta el día 5 de diciembre de 2012 una sentencia que da un vuelco a esta situación.¹⁹ El Tribunal aduce ahora que la ya referida STC 183/2006 contiene planteamientos expansivos y que las diferencias del supuesto de uno y otro caso son irrelevantes a efectos de discurrir sobre el fondo del asunto. Basándose en las líneas doctrinales fijadas por el Tribunal Constitucional, acogidas posteriormente por la Sala Contencioso-Administrativo del propio Tribunal Supremo (24 de julio de 2007, 27 de junio de 2009 o 24 de febrero de 2010) se llega ahora a la conclusión de que, “*también se lesiona el derecho cuando la empresa-como en el presente caso- emite publicidad por medios automáticos*”. En este sentido, la consecución de una apariencia de normalidad acabaría por dejar una nula transcendencia social de la huelga. Lo curioso del caso es que, pese a este cambio sobre la jurisprudencia anterior del propio Tribunal Supremo, se termina por no aplicar esta solución al caso concreto. En suma, lo que pretende la citada STS de 5 de diciembre de

¹⁸ CASAS BAAMONDE, M^a.E."Derecho de huelga y Constitución: ¿nuevas perspectivas?" En Relaciones laborales. 1994. Página 49. Opina la autora que al ejercicio del derecho de huelga “*no pueden oponerse derechos constitucionales del empresario que neutralicen los efectos de aquel derecho, sean “fundamentales” o “cívicos” (o infraconstitucionales). Ni el derecho de empresarial de adopción de medidas de conflicto colectivo ni el de libertad de empresa amparan tales facultades reaccionales de sus titulares*”.

¹⁹ Ponente el Excmo. Sr. Jordi Agustí Juliá.

2012, es procurar un giro de trescientos sesenta grados sobre la sentada doctrina en esta materia.

Contra a esta sentencia se formulan dos votos particulares, a los que se suman dos magistrados más por voto²⁰. El primero razona que una interpretación fundada en el resultado ocasionado, es decir, en la apariencia de normalidad, se excede de la garantía establecida en el artículo 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977. Se acude a la propia etimología de las expresiones “sustitución” y “esquirol” para informar de que es precisamente la sustitución del trabajador huelguista llevada a cabo por una persona (bien sea de forma externa o interna) lo que veda el ordenamiento. Por ende, la actividad productiva realizada de forma automática y en la que no intervienen trabajadores no produce esta situación de reemplazo. En este primer voto también se defiende que intentar ofrecer una apariencia de normalidad alteraría el contenido del derecho a la huelga, puesto que se estaría imponiendo al empresario una obligada colaboración con el resultado de la huelga, cuando ni siquiera se acredita que haya sustituido a los huelguistas. En este voto particular se abre una puerta hacia la lesión del derecho de huelga, al entenderse que éste se vulneraría cuando se pretendiera con los medios técnicos propios sustituir a los huelguistas o cuando se adquiriera tecnología del exterior para minimizar sus efectos.

El segundo voto particular vuelve a centrarse en la idea de que la huelga guarda relación con el trabajo humano y es la sustitución realizada por personas lo que veda el ordenamiento. Se asevera también que el derecho de huelga reviste un carácter instrumental y por ello debe de convivir con los demás conflictos colectivos y con las medidas que pueda tomar el empresario. En base a ello, el derecho a participar en una huelga declarada no debería de ladear siempre a favor de los huelguistas y situarse en contra de los demás afectados, aunque tampoco se tendría que llegar siempre a la solución contraria, debiéndose realizar una ponderación en cada caso concreto. Pretende con ello criticarse la doctrina general, dictada con ánimo de perpetuidad a la que aspira la STS de 5 de diciembre de 2012, que como se ha dicho, al final no termina por aplicar su doctrina al caso concreto. El fundamento jurídico sexto de esta última sentencia

²⁰ El primero, y de forma predecible lo formula el magistrado Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete, quien fue ponente de la STS de 11 de junio de 2012, al que se adhieren la Excmo. Sra. D^a. María Milagros Calvo Ibarluca y el Excmo. Sr. D. José Luís Gilolmo López. El segundo voto particular lo formula el Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde, al que se unen el Excmo. Sr. D. José Manuel López García de la Serrana y el Excmo. Sr. D. Jesús Souto Prieto.

comienza diciendo: “*en definitiva, la doctrina que, con carácter general formulamos en la presente sentencia es la siguiente (...)*” Como se puede apreciar, la incitación de este pronunciamiento no es el de cambiar el signo del fallo anterior (dictado el 11 de junio de 2012), sino no la de mudar la precedente doctrina de la Sala. En último término, en este segundo voto particular consideran los Magistrados que la preeminencia que el artículo 28.2 CE tiene respecto al artículo 38 CE, se funda en un reforzamiento o una especial protección basado en la mayor eficacia procesal (artículo 53 CE), pero no significa que los huelguistas tengan una mayor consideración o dignidad sustantiva respecto al resto de afectados, como los trabajadores que no secundan la huelga, los empresarios y los demás usuarios de los servicios.

Como se ha tenido ocasión de ver, a día de hoy todavía no está cerrado el debate sobre la utilización automática por parte del empresario de medios tecnológicos para preservar la emisión de programas y/o publicidad. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha cambiado radicalmente su doctrina, puesto que hasta la sentencia de 5 de diciembre de 2012 venía admitiendo de forma mayoritaria y pacífica la legalidad del empleo de medios técnicos para continuar con cierto nivel de actividad. No obstante, esta postura ya había sido objeto de crítica por parte de algún sector doctrinal, que la recelaba como “*una involución democrática que erosiona y desvirtúa el alcance y el sentido de este derecho fundamental*”²¹. Pero no se había afrontado desde el propio orden jurisdiccional. Esta apacible doctrina del Tribunal Supremo se ha quebrado con la antedicha STS de 5 de diciembre de 2012, y ante la cual, como se ha visto, se alzaron varios Magistrados, concentrados en dos votos particulares y con dos adheridos a cada uno de ellos (un total de 6 magistrados de la Sala). Esta situación no hace sino que dejar abierta la discusión sobre una cuestión que hasta la fecha parecía estar más o menos sellada, y plantea dudas sobre el futuro que correrá la tutela del derecho de huelga respecto al denominado “*esquirolaje tecnológico*”.

²¹ BAYLOS GRAU, A. “Pérdida de la función y eficacia de la huelga, especialmente en los sectores de la información y de la telecomunicación. A propósito de las consecuencias de la huelga general de 20 de junio de 2002”. En Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, núm. 5. 2004. Página 2.

3.4 La repercusión social como medio eficaz de presión de la huelga y la obsoleta regulación en esta materia como problemas de fondo del esquirolaje tecnológico.

Como vemos, la especial regulación que en nuestro ordenamiento tiene el derecho de huelga da lugar a la aparición de zonas grises.²² Su conformación eminentemente jurisprudencial se ha topado con un problema que con el tiempo va a ser más común. El progreso de la tecnología es cada vez mayor y con éste la capacidad del empresario para poder mantener automáticamente la producción mientras se desarrolla la huelga (y no únicamente en sectores relacionados con los medios de comunicación). El nudo gordiano de este asunto se encuentra en la obsoleta regulación contenida en el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo, así como en la adecuada ponderación de sacrificios que deben observarse en el periodo huelguístico.

Cuando se convoca una huelga se persigue, por parte de los trabajadores, equilibrar las fuerzas con el empresario, con lo cual se va a producir necesariamente un daño. Éste se encuentra amparado por la propia Constitución Española y se traduce en la interrupción de la actividad, con lo que ineludiblemente se dañan sus beneficios²³. Por su parte, los trabajadores, por la cesación en el trabajo y la suspensión de su contrato, van a perder la parte proporcional del salario por el tiempo que permanezcan en huelga. De otro lado, el artículo 6.4 del RDLRT profiere que se respete a los trabajadores que no quieran sumarse a la huelga, por lo que, va ser perfectamente legítimo que el empresario continúe la actividad con aquellos trabajadores no huelguistas, siempre y cuando no se sirva de ellos para mitigar los efectos de la huelga de forma abusiva (prohibición del esquirolaje interno). El problema cuando el empresario utiliza aparatos técnicos en lugar de personas, no está aplicando su capacidad de organización y control (*ius variandi*) sobre sus empleados. Ahora bien, ello no debe ser obstáculo para que esta actuación pudiera también considerarse como abusiva y vaciar de contenido el derecho de huelga. En todo caso, la incitación hacía la utilización de medios mecánicos por el empresario, va a depender del alcance de la huelga, puesto que si el seguimiento es escaso podría continuarse con la actividad y conseguir unos resultados aceptables con los trabajadores que no la han secundado. Pero si el seguimiento es masivo, su

²² GORDO GONZÁLEZ, L. Ob. Cit. Página 1.

²³ STC 41/1984, de 21 de marzo. Ponente Excmo. Sr. D. Manuel Díez de Velasco Vallejo.

afectación al desarrollo de la actividad empresarial es más importante y el empresario se verá más animado para recurrir al esquirolaje tecnológico y paliar con ello las previsibles pérdidas ocasionadas por la celebración de la huelga.

Una de las principales contrariedades que afloran en esta materia es la ausencia de prohibición legal a la que asir el problema. Sobre esta circunstancia la jurisprudencia venía basando gran parte de su argumentación. Si bien, en esta rama del derecho social, de formación eminentemente jurisprudencial, el tenor literal de una norma puede fácilmente sortearse si nos atenemos al fin de la misma. En este sentido, recientemente se ha argumentado por PÉREZ REY que una concepción que reposa en un análisis de una legislación ordinaria obsoleta e insuficiente, no puede convertirse en un obstáculo para que el derecho de huelga despliegue sus efectos²⁴. Además, aunque referidas a las limitaciones de la autoridad gubernativa en el establecimiento de servicios mínimos, la STC 183/2006 consideró que la *“falta inexcusable de Ley postconstitucional no puede valer para adoptar actitudes de tolerancia respecto de la utilización de criterios restrictivos del ejercicio del derecho y la laxitud de sus limitaciones”*. En suma, acudir a la tesis de la ausencia de previsión legislativa, en el concreto caso del derecho de huelga no parece la solución más sensata, puesto que como sabemos su regulación ostenta una especial falta de adaptación a los tiempos actuales, y además, gran parte de su configuración ha sido fruto de la actividad judicial. En este sentido, es dable pensar que la ausencia legal de referencias hacía el esquirolaje tecnológico en un Real Decreto-Ley promulgado en el año 1977 se explicaría por el menos avanzado estado de la ciencia de aquella época. Cuestión distinta es que a día de hoy, una supuesta Ley Orgánica permitiera expresamente la utilización de medios técnicos para continuar con la actividad productiva durante la huelga. También podría darse el caso en que, teniendo ocasión de regularse esta situación, la supuesta Ley Orgánica no mencionó, a día de hoy, ninguna referencia sobre esta cuestión. En este último caso se podría interpretarse quizá con mayor fundamento, la legalidad del esquirolaje tecnológico basada en la ausencia de previsión legal. En otro sentido, la superación del tenor literal del artículo 6.5 RDLRT, no es nueva en la doctrina y jurisprudencia y ya se aplicó en los supuestos del esquirolaje interno. Por ello, debe primar una interpretación a favor de la no adopción

²⁴ PÉREZ REY, J. Ob. Cit. Página 206.

de medidas que contrarresten por completo los efectos de la paralización productiva producida por una huelga²⁵.

Esta interpretación extensiva no debe llevarnos a defender el extremo contrario, es decir, aquel en el que se considere que siempre que se acuda a medios automáticos se vacía, sin más, el contenido del derecho de huelga. Hay que tener en cuenta que el empresario debería de poder desarrollar cierta defensa frente a la huelga, siempre y cuando ésta no resulte abusiva. En este sentido, si a los trabajadores se les brinda la oportunidad de poder desarrollar una estrategia de defensa frente al empresario (y también de ataque), al empresario se le habría que privilegiar con alguna actuación que no se devenga únicamente en el cierre patronal²⁶. Pasaré a continuación a desglosar en varios puntos, de forma razonada, las consideraciones que entiendo oportunas sobre este problema del esquirolaje tecnológico que aún está sin resolver:

A) No cabe duda de que el artículo 6.5 RDLRT no alude a la forma en que tiene que llevarse a cabo la sustitución prohibida por éste, ni que tampoco exista precepto alguno que prevea la lesión del derecho de huelga perpetrada a través de aparatos o máquinas de forma automática. Una interpretación meramente literal, basada en la afirmación anterior, quedaría en mi opinión corta de miras, puesto que no es menos cierto que la finalidad perseguida por este precepto es la de disminuir los efectos ocasionados por una conducta empresarial que vacíe de contenido el derecho de huelga. La parquedad (en cuanto a fundamentación) que se daba en los pronunciamientos iniciales del Tribunal Supremo, han quedado superados recientemente por las dos últimas resoluciones de su Sala de lo Social, que han supuesto una mayor riqueza para la ciencia del Derecho. Algunas de estas argumentaciones, tales como el recurso hacía los criterios léxicos en torno al vocablo “sustitución”, o sobre la equiparación entre el artículo 28.2 CE y el 38 CE, tampoco parece que puedan amparar la legitimidad del esquirolaje tecnológico en todos los casos, puesto que olvidan la finalidad perseguida por el citado precepto²⁷. En este sentido, afirmó TORRENTE GARI, con razón, que el

²⁵ CRUZ VILLALÓN, J. “25 años de relaciones laborales colectivas. Regulación del derecho de huelga: balance y propuestas normativas. En Relaciones Laborales núm. 23. 2012. Página 15.

²⁶ GARCÍA NINET, J.I Y GARCÍA VIÑA, J. Ob. Cit. Página 8.

²⁷ Vid. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. “Derecho de huelga y libertad de empresa”. En Revista Jurídica de Castilla y León, núm. 5. 2005. Página 18. Se dice que “*el centro de atención –de la CE- se sitúa en el binomio derecho de huelga/derechos de la comunidad (servicios esenciales para la comunidad) y no en el binomio derecho de huelga/libertad de empresa*”.

hecho de que no exista una “sustitución física” no impide que se alcancen los mismos resultados que si así se hubiera hecho²⁸. En todo caso, considero pertinente en esta materia una interpretación extensiva y finalista, puesto que:

1) Tanto la doctrina como la jurisprudencia ya han recurrido a ella para dar solución al problema de la utilización de personal no huelguista con el objetivo de disminuir los perjuicios económicos y sociales de la huelga, así como, para dictaminar la inconstitucionalidad de la utilización de programación pregrabada como servicio esencial de la comunidad (STC 183/2006)

2) En esta materia una aplicación extensiva de la norma se torna primordial, porque su singular regulación nos lleva, como sabemos, a un Real Decreto-Ley realizado en el año 1977 donde la “sustitución” por medios técnicos no era pensable en ese momento. Por tanto, es aconsejable una interpretación finalista.

3) La aplicación directa de un derecho fundamental como lo es el de huelga obliga al respeto de su contenido esencial. Estamos ante una cuestión de límites de un derecho fundamental, en la que en la relación entre el derecho y su límite posible, el criterio de interpretación debe ser el de la mayor amplitud posible del derecho y de la restricción del límite a lo necesario²⁹.

B) No toda sustitución realizada de forma automática va a quebrantar el derecho de huelga. Solamente podría vulnerarse este derecho cuando el objetivo sea mitigar sus efectos. Esto debe ser así porque el empresario conserva sus recursos productivos como método de defensa frente a los paros perpetrados por parte de su plantilla. Por lo tanto, lo que no debería permitirse es un uso desviado de las facultades del empresario que desvirtúen la presión ejercida por los trabajadores, por lo que éste tendría que soportar una cierta disminución en la actividad (que será más acusada cuantos más empleados se sumen a la huelga). El empresario también debe asumir como contrapartida una reducción en los beneficios. Estas consecuencias negativas, que deben recaer sobre el empresario, se derivan de la justificación del derecho de huelga como instrumento encaminado a reordenar el equilibrio entre empleadores y trabajadores. Ahora bien, ¿Debe el empresario permanecer totalmente impasible ante la convocatoria

²⁸ TORRENTE GARI, S. “El derecho de huelga y las “innovaciones tecnológicas””. En Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 2. 2000. Página 458.

²⁹ SSTC 159/1986, de 16 de diciembre, 20/1990, de 15 de febrero, 3/1997, de 14 de febrero, 195/2003, de 27 de octubre, o 110/2006, de 3 de abril.

de una huelga? La respuesta a este interrogante debe ser negativa. Aunque limitado por este derecho fundamental, el empresario sigue manteniendo su poder de dirección y control. El derecho de huelga, aunque de fundamento colectivo es predicable *uti singulis*, es decir, cada trabajador es libre de ejercerlo o no. Además, el empresario va a poder continuar su actividad con aquellos factores con los que cuenta (empleados que acuden libremente a trabajar y el capital, en especial los medios técnicos). Además, como en diversas ocasiones ha reiterado la jurisprudencia, sobre el empresario no recae un especial deber de propagación de la huelga³⁰.

Como se podrá colegir, estas aseveraciones estarían más cercanas a la nueva postura adoptada por la STS de 5 de diciembre de 2012, no obstante ésta sentencia tendría, bajo mi punto de vista, algunas cuestiones que podrían resultar criticables:

1) En primer lugar, y como se advierte en uno de los votos particulares emitidos, no parece forma utilizada para modificar esta doctrina fuera totalmente acertada. Contrarresta un litigio ya enjuiciado sin el ánimo de cambiar sentido del fallo, que podría ser lo lógico, sino para sentar una doctrina futura. Quizá debería haberse optado por este cambio aprovechando otro contexto.

2) El supuesto dirimido por la STC 183/2006 a la que se acoge contempla un caso diferente. Ésta última declara la inconstitucionalidad de la programación pregrabada como servicios mínimos para la comunidad. No cabe duda, de que ampliar los servicios mínimos con una programación pregrabada supondría que, a día de hoy, en que casi ningún programa es en directo se pudiera ocupar toda la parrilla televisiva o radiofónica dejando sin repercusión la huelga realizada. Situación que además, por considerarse servicios mínimos, tendría que contar con trabajadores de la empresa que la supervisen. Este supuesto es radicalmente distinto al de la emisión de publicidad de forma totalmente automática, puesto que tanto los preceptos en liza como su objeto son distintos³¹.

C) Como se ha puesto de manifiesto, la falta de actualidad del Real Decreto-Ley sobre Relaciones de Trabajo y la finalidad del derecho fundamental de huelga, invitan a que desde este estudio se opte por una interpretación extensiva de la

³⁰ Por ejemplo, la STS de 15 de abril de 2005 (Sala de lo Social); o la propia STC 183/2005, de 19 de junio en su fundamento jurídico 10, in fine.

³¹ FJ 10, in fine “La efectividad del ejercicio de huelga no demanda tampoco del empresario una conducta a propiciar la divulgación de la situación de huelga, pero demanda, no ya del empresario, sino de la autoridad gubernativa facultada para el establecimiento de los servicios mínimos, que aquellos que se impongan o restrinjan de forma injustificada o desproporcionada el ejercicio del derecho, incluida la faceta del mismo dirigida a lograr su proyección exterior”.

normativa. En este sentido, debería quedar prohibida cualquier actuación del empresario cuyo designio fuera privar de efectividad a la huelga³². Esta interpretación, que está ampliamente asentada en los casos de esquirolaje interno, debe servir de fundamento para solventar los supuestos de esquirolaje tecnológico. Como probar el carácter intencional va a ser complicado, la cuestión debe intentar solucionarse acudiendo a móviles objetivos. En este sentido, debería convenirse en aquellas conductas habituales o normales no constreñirían el derecho de huelga³³. Sería este el caso, por ejemplo, de la emisión en forma automática de publicidad entre los servicios informativos (y ello aunque esta actuación suponga un beneficio para la cadena). Una acción como la descrita encajaría en los poderes de organización y control del empresario sin privar al espectador de una repercusión apreciable de existencia de huelga. Pues no parece que una conducta como la descrita refleje a los televidentes o radioyentes una conducta de normalidad, sino todo lo contrario, éstos seguramente apreciarán la existencia de huelga. Lo mismo sucedería, por ejemplo, con la emisión de un capítulo de serie previamente grabado y que pueda reproducirse por medios automáticos, puesto que estaríamos ante una forma de proceder habitual. Por el contrario, en mi opinión, se lesionaría el derecho fundamental de huelga cuando se procediera a una ocupación integral o prácticamente total de la parrilla de programación. También cuando se grabara algún programa especial (una gala o similar) precisamente para su emisión para el día o los días de la huelga. En ambos supuestos se estarían atemperando de forma abusiva los efectos de la huelga. En el primer caso, se estaría copando toda o casi toda la programación, dando una apariencia de normalidad que vaciaría de contenido este derecho. En el segundo, existiría una actividad consistente en la pregrabación de un programa que no es habitual (gala, concurso, o alguno otro especial) con el fin de rellenar durante la persistencia de la huelga una programación con un afán de mantenimiento (o incluso de superación) de la audiencia.

También sería conveniente, para discriminar estas conductas, observar el concreto canal de televisión o de radio en el que se enmarca la huelga. En el ámbito de la radio no debería utilizarse el mismo rasero para aquellas emisoras que, por ejemplo, emiten durante todo el día música, que para las que disponen de una programación más amplia y variada. Lo mismo debería suceder en televisión, con

³² STC 123/1992, de 28 de septiembre.

³³ PÉREZ REY, J. Ob. Cit. Página 209.

canales en los que todo el día (o casi), se emiten dibujos animados, películas o la Tele tienda, etc. En éstos, el recurso a una continuidad de la programación utilizando de forma automática grabaciones previas es mucho mayor, y la apreciación de existencia de huelga por parte del oyente o espectador mucho menor. Esta frustración sobre la “visibilidad” de la huelga es menor en aquellos canales generalistas que tienen una rica y variada programación. Pese a estas indicaciones, se tendrá que de analizar el caso concreto, puesto que no existiría una respuesta perenne para cada contexto. En todo caso, como señaló BAYLOS GRAU no hay huelga sin interrupción del servicio y sólo así se puede hablar de “visibilidad” del conflicto como condición de eficacia del mismo³⁴.

En resumen, la utilización de medios tecnológicos manejados de forma automática sin requerirse trabajadores que la supervisen, puede llegar a vulnerar el derecho fundamental de huelga. Si bien, no toda emisión de programación llevada a cabo de una forma automática va a constreñir este derecho.

4. Conclusiones.

Nos hemos encontrado a lo largo de este estudio con un problema que se derivada de la ausencia de regulación postconstitucional del derecho de huelga. El ya lejano en el tiempo Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo sobre Relaciones de Trabajo no contiene ninguna referencia respecto al denominado esquirolaje tecnológico. Las cuestiones acerca de la legalidad de esta práctica aparecieron varios años más tarde de su promulgación. Los primeros pronunciamientos judiciales excluían que el esquirolaje tecnológico pudiera dañar el derecho fundamental a la huelga. También se llegaba a esta conclusión en la reciente STS de 11 de junio de 2012. Sin embargo, la situación a día de hoy es completamente distinta, ya que se ha puesto en tela de juicio la legitimidad del esquirolaje tecnológico como medida para poder continuar la actividad.

De lo que no cabe duda, es que estas dos recientes Sentencias del Tribunal Supremo (de 11 de junio y de 5 de diciembre de 2012), con sus pros y sus contras, han aportado riqueza en sus argumentaciones e interesantes puntos de vista sobre una materia que parecía estanca. Independientemente de la postura que se prefiera adoptar, ambas tesis cuentan con una serie de fundamentos que han aportado una notable profundidad sobre el tema del esquirolaje tecnológico. Dos sentencias sobre el mismo

³⁴ BAYLOS GRAU, A. Ob. Cit. Página 13.

supuesto de hecho en un corto periodo de tiempo, una procesión de votos particulares aquilatando el fondo del asunto y un cambio de doctrina sobre una cuestión que parecía pacífica han terminado por abrir un debate con perspectivas de futuro. ¿Tendrá ocasión el Tribunal Constitucional de pronunciarse sobre este tema? ¿La línea doctrinal futura del Tribunal Supremo va a continuar esta doctrina rupturista? ¿O se impondrá la jurisprudencia anterior de este órgano? No cabe duda de que sería interesante que el Tribunal Constitucional tuviera la ocasión pronunciarse sobre la utilización de medios técnicos por el empresario. No cabe duda de que esta sería una posible solución que pudiera zanjar la cuestión. En caso contrario, la línea doctrinal futura no dejaría de ser un interrogante. La afluencia de votos particulares sobre la última Sentencia del Tribunal Supremo, y la doctrina anterior de la Sala, no permiten dilucidar con exactitud cuál será el criterio que se impondrá. En principio que con el cambio doctrinal realizado por la STS de 5 de diciembre de 2012 parece que va a ser ésta la línea futura, pero como acabo de exponer, las circunstancias que la rodean dejan cierta incertidumbre sobre el devenir de posteriores pronunciamientos.

En último término, la solución que desde este estudio se pretende dar es, como ha sido argumentado a lo largo del mismo, la de optar por una tesis finalista y sistemática que permita extender la vulneración del derecho de huelga a estos supuestos. No obstante, el sentido que se le debería de otorgar a esta interpretación amplia tendría que ser similar al proferido en los casos del denominado esquirolaje interno, donde ya existe cierta madurez jurisprudencial y doctrinal. En base a ello, al empresario le estaría vedado el empleo del esquirolaje tecnológico cuando su utilización resulte abusiva o torticera³⁵. En todo caso, esta solución no sería la única, y sería perfectamente interpretable desde la solución contraria u otra distinta.

³⁵ CAVAS MARTÍNEZ, F. “Derecho de huelga y sustitución de trabajadores huelguistas. Límites jurídicos del “ius variandi” empresarial”. En *La Ley*, Tomo II. 1993. Página 1023.

5. Bibliografía.

ALZAGA RUÍZ, I. “La sustitución interna de los trabajadores huelguistas: un supuesto de vulneración del derecho de huelga”. En *Aranzadi Social*. 2002.

BAYLOS GRAU, A. “Pérdida de la función y eficacia de la huelga, especialmente en los sectores de la información y de la telecomunicación. A propósito de las consecuencias de la huelga general de 20 de junio de 2002”. En *Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, núm. 5. 2004.

CASAS BAAMONDE, M^a.E. “Derecho de huelga y Constitución: ¿nuevas perspectivas?” En *Relaciones laborales*. 1994.

CASAS BAAMONDE, M^a.E. “25 años de jurisprudencia constitucional social: huelga en servicios esenciales y responsabilidad política”. En *Relaciones Laborales*, núm. 23. 2010.

CAVAS MARTÍNEZ, F. “Derecho de huelga y sustitución de trabajadores huelguistas. Límites jurídicos del “ius variandi” empresarial”. En *La Ley*, Tomo II. 1993.

CRUZ VILLALÓN, J. “25 años de relaciones laborales colectivas. Regulación del derecho de huelga: balance y propuestas normativas. En *Relaciones Laborales* núm. 23. 2012.

GARCÍA NINET, J.I. Y GARCÍA VIÑA, J. “Algunas consideraciones acerca del esquirolaje interno y externo, así como sobre ciertas medidas empresariales (algunas curiosas) para reducir los efectos de la huelga”. En *Aranzadi Social*. 1997.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. “Derecho de huelga y libertad de empresa”. En *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 5. 2005.

GORDO GONZÁLEZ, L. “El contenido esencial del derecho de huelga: la prohibición del esquirolaje interno”. En *Aranzadi Social*, núm. 20. 2012.

PÉREZ REY, J. “Tertulias, reportajes de actualidad y esquirolaje tecnológico en la huelga general. A propósito de la STS de 11 de junio de 2012”. En *Revista de Derecho Social*, núm. 59. 2012.

SALA FRANCO, T. “Problemas jurídicos del trabajador “no huelguista”. En Actualidad Laboral. 1984.

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

VALDÉS DAL-RÉ, F. “Sobre la fundamentación de las limitaciones del derecho de huelga en los servicios esenciales de la comunidad”. En Relaciones Laborales. 1998.