

Una reflexión sobre el derecho de huelga y los esquiroleros

Luis SÁNCHEZ QUIÑONES

Abogado ONTIER

Diario La Ley, Nº 9109, Sección Tribuna, 2 de Enero de 2018, Editorial **Wolters Kluwer**

Normativa comentada
Jurisprudencia comentada
Comentarios

Transcurrido un prudente plazo de reflexión y lejos de la polémica planteada en su momento, es posible plantearse si son correctas las conclusiones que el pasado mes de febrero de 2017 (**Sentencia 17/2017, de 2 de febrero (LA LEY 2506/2017)**) estableció el Tribunal Constitucional respecto del derecho de huelga y la posible acción de los esquiroleros.

En defensa del Tribunal, hay que señalar que no se trataba de una materia fácil, debido principalmente al vetusto carácter de la regulación objeto de examen (**Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo (LA LEY 382/1977) sobre el derecho de huelga**) el cual, no por aclarado y enmendado a través de la jurisprudencia constitucional, impide advertir la existencia de notables grietas en su articulado que recomendarían una urgente revisión y actualización.

Así, la cuestión objeto de examen se contraía a determinar los límites del art. 6.5 (LA LEY 382/1977) del citado Real Decreto-Ley, que prohíbe la práctica de esquirolaje, esto es, la sustitución de los trabajadores que participan voluntariamente en la huelga por terceros, con el fin de que la empresa reduzca el impacto que la huelga pueda tener sobre su producción.

De partida, no es posible obviar que precisamente el propio Tribunal Constitucional en su **Sentencia 11/1981, de 8 de abril (LA LEY 6328-JF/0000)** ya recordaba que «la huelga se consagra como un derecho constitucional, lo que es coherente con la idea de Estado social y democrático de Derecho establecido por el art. 1.1 de la Constitución (LA LEY 2500/1978) (...)».

Esa perspectiva básica del derecho de huelga, evidencia la necesidad de proteger la práctica del derecho hasta el punto de que «la huelga produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir u en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situación normal pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial» (**Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1992, de 28 de septiembre (LA LEY 1969-TC/1992)**).

La huelga produce efectos suspensivos sobre el contrato de trabajo

Se acepta en consecuencia, de forma total y absolutamente coherente con el articulado del Real Decreto-Ley, que la huelga produce efectos suspensivos sobre el contrato de trabajo, y más aún, sobre la propia actividad empresarial, la cual queda minorada o incluso suspendida.

De ahí la consecuencia lógica de que el propio texto, prevea la imposibilidad de poder aceptar medidas alternativas que impidan el efecto directo que la huelga pretender obtener, y mucho menos, que se acuda a terceros

trabajadores para lograrlo.

Así, no es necesario retrotraernos en exceso en el tiempo para poder encontrar distintos ejemplos de prácticas de esquirolaje que han sido declaradas ilícitas por nuestros tribunales. Baste así señalar, la Sentencia dictada por el **Tribunal Supremo de fecha 30 de abril de 2013 (LA LEY 38257/2013)**, en la que expresamente se ponía en duda, la validez de la práctica consistente en facilitar la edición de la tirada en Madrid de un diario, durante el día de la huelga general.

Dicha tirada se ejecutó, acudiendo a la prestación por un grupo de trabajadores que no tenían asignadas ordinariamente tales funciones y que supusieron un ejercicio abusivo del *ius variandi* empresarial.

Tal ejercicio abusivo radicaba en el carácter extraordinario de la medida adoptada, que recurrió al desempeño por parte de los trabajadores sustitutos de las funciones que habitualmente, no eran desempeñadas por ellos. Ese esquirolaje interno, ejecutado con medios propios de la empresa se suma así al esquirolaje externo ya contemplado por la norma y que venía contemplado expresamente por ésta.

Por tanto, se protege el derecho de huelga desde una doble perspectiva interna y externa que evita que el empresario pueda recurrir a medios propios o ajenos para «reventar» su ejecución.

No obstante lo anterior, los avances tecnológicos y la propia evolución de las relaciones laborales demuestran la clara insuficiencia del Real Decreto- Ley, el cual debe ser subsanado —en ocasiones, como la presente, de manera ciertamente esforzada— por la constante y copiosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Conformes o no con esa solución, lo cierto es que la misma, empieza a antojarse insuficiente, ya que el Tribunal se enfrenta a situaciones que exceden notablemente del margen de interpretación y defensa que concede el texto de la norma, y las propias facultades que tiene otorgadas el Tribunal.

Dicho de otra forma, la redacción del Real Decreto-Ley, adecuada para el tiempo de su promulgación, no está digiriendo adecuadamente la implantación de nuevos y novedosos medios de trabajo, los cuales simplemente eran, por aquel entonces, inexistentes.

Las primeras evidencias de este desborde normativo comenzaron a advertirse, ya en vía ordinaria, con la jurisprudencia que comenzó a emanar de la Sala Cuarta a principios de la pasada década (**Cfr. por todas Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 4 de julio de 2000 (LA LEY 9717/2000), 9 de diciembre de 2003 (LA LEY 836/2004) y 15 de abril de 2005 (LA LEY 1524/2005)**), la cual comenzó a examinar la incidencia de las nuevas forma de producción en el derecho de huelga.

Así, una primera conclusión fue 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».

Por otro lado, se precisaba que el empleo de medios técnicos para asegurar un resultado que palie las consecuencias de la huelga, no es una actividad represiva, siempre y cuando no se empleen trabajadores en huelga o se fomenten prácticas de esquirolaje interno o externo.

Esa primera aproximación al medio de usos tecnológicos —un tanto genérica y proclive a la confusión, e incluso, al abuso— fue posteriormente matizada por la propia Sala Cuarta mediante la **Sentencia de fecha 5 de diciembre de 2012 (LA LEY 230154/2012)** y que analizó un supuesto similar al contemplado en la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional. Así, se valoraba si la actuación del Ente de Radiotelevisión del País Vasco que incluía la emisión de publicidad y sendos programas de corte informal durante una jornada de huelga, infringía o no el derecho fundamental.

En dicha resolución, la Sala amplía el concepto de esquirolaje tecnológico para señalar que, incluso sino existe la participación de medios humanos, se puede producir una lesión del derecho, cuando se vacía su contenido de manera esencial. Pese a ello, recalca que en todo caso es necesario, acreditar la incidencia que esos medios o el uso para la emisión, puede tener para el derecho a la huelga o cómo ha vaciado el derecho fundamental de contenido.

Por tanto, se abrió una nueva vía de debate, ubicada en la complementariedad y la real incidencia que los medios tecnológicos pueden tener en la ejecución de las prácticas de esquirolaje.

Con base en ese fundamento la Sala Cuarta ratificó posteriormente su criterio (**Cfr. Sentencia de fecha 30 de abril de 2013 (LA LEY 38257/2013)**), analizando si la retransmisión del Sorteo de Navidad por parte del Ente de Radiotelevisión Pública de Madrid, significaba que la captación de la señal propiedad de un tercero y la emisión como propia, podía ser entendida como esquirolaje tecnológico, puesto que dicha actividad en concreto, se realizaba de forma habitual con medios internos que a resultas de la convocatoria de huelga fueron externalizados.

La anterior resolución, recalca que la lesión del derecho de huelga en el marco de las retransmisiones televisivas —harto dependientes de medios tecnológicos—, se cifra en hasta qué punto, tales medios suplen a los trabajadores en situación de huelga, o si por el contrario son ajenos a dicha participación, y por tanto, qué impacto tendría la emisión de un programa concreto sobre el derecho fundamental.

Esa referencia es la que se ha visto obligada a discernir el Tribunal Constitucional en la Sentencia objeto de análisis. Los extremos sobre los que versaba la polémica correspondían a la emisión de un partido de Champions League durante las jornadas de huelga convocadas en el día 29 de septiembre de 2010 en el ente público de Radio Televisión Madrid (en adelante, «Telemadrid»).

Durante la jornada de huelga no se habían fijado servicios mínimos, resultando que la única emisión que se había producido, era precisamente el referido encuentro deportivo. Esa retransmisión pudo producirse debido a la señal emitida por la FORTA (Federación de Organismos o entidades de Radio y Televisión autonómicos).

la discusión estribaba si los trabajadores que no secundaron la huelga podían ser entendidos como una práctica prohibida de esquirolaje

Simplificando un tanto la cuestión, la discusión estribaba en torno a si los trabajadores que no secundaron la huelga —trabajador que se hallaba en el control central y turno de tarde— y otros dos que se hallaban en el departamento de grafismo (coordinador y jefe de estudios) combinados con la recepción y redifusión de la señal podían ser entendidos como una práctica prohibida de esquirolaje.

Básicamente, tanto el Juzgado de lo Social número 4 de los de Madrid como el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, habían declarado expresamente que los trabajadores implicados en el supuesto de hecho, no habían

realizado tareas que excedían de sus quehaceres habituales. Asimismo, la empresa había empleado medios técnicos de los que disponía para el desarrollo de su actividad, no produciéndose sustitución alguna de huelguistas.

Así, la cadena de acción había sido la siguiente: recibida la señal desde la FORTA, el trabajador que prestaba servicios en el centro de control la remitió al locutorio, donde prestaba servicios un locutor que no seguía la huelga —y que prestó la locución— y acto seguido, la remitió a grafismo donde el coordinador insertó la «mosca» (logo de Telemadrid) para devolverla a control central, utilizando para ello una línea de reserva o B, empleada para usos excepcionales.

Disconforme con esa decisión, los sindicatos promotores del procedimiento, alegaron que se había producido una violación del derecho de huelga por entender que se habían empleado medios técnicos no habituales. Así, señalaban tres aspectos a su juicio esenciales para resolver la cuestión:

- 1.- Que el coordinador —jefe de departamento— asume realizar el trabajo de sus subordinados.
- 2.- Que la línea técnica empleada habitualmente para la retransmisión fue sustituida por la llamada línea B, o de emergencia.
- 3.- Entiende que, ponderando el derecho de huelga y el derecho a la continuidad de la actividad productiva, debiendo favorecer la ponderación al primero de los derechos en juego y estableciendo que dicha ponderación será restrictiva.

Partiendo de tales extremos, el Tribunal Constitucional resuelve la cuestión, recordando que el esquirolaje interno se encuentra expresamente prohibido (**Cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional 123/1992, de 28 de septiembre (LA LEY 1969-TC/1992) y 33/2011, de 28 de marzo (LA LEY 14195/2011)**). Asimismo, el Tribunal se adhiere a la relación fáctica de hechos probados que contienen las Sentencias origen de los Autos, conforme a lo que entiende su propia doctrina (**Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 18/2007, de 12 de febrero (LA LEY 3215/2007)**).

Así y tomando como referencia tales hechos, el Tribunal Constitucional concluyó que no se había producido acción alguna de la empresa que pudiera ser estimada como un exceso en el ejercicio del *ius variandi*, afirmando además, que el uso de medios tecnológicos —aun cuando no fueran los usuales— en nada infringe el derecho de huelga, puesto que la empresa no está obligada a colaborar con el fin ni el éxito de la huelga, ni tampoco obliga a los trabajadores que se niegan a ejercerla a prestarse para que resulte exitosa.

La presente Sentencia cuenta con un Voto Particular formulado por los Magistrados Fernando Valdes Dal-Ré, Adela Asua Batarrita y José Antonio Xiol Ríos.

El citado voto, redactado por el Magistrado Fernando Valdés, se sustenta en los siguientes argumentos: i) la decisión del Tribunal de mantener las premisas fácticas recogidas en las Sentencias de instancia y que han fundamentado su decisión, infringe su propia doctrina; ii) la disconformidad respecto de la calificación de la participación de los

trabajadores que no secundaron la huelga, durante la jornada de paro.

Respecto del primer punto, afirma el Voto Particular que la Sentencia yerra al no someter al imprescindible juicio de constitucionalidad la actuación empresarial, afirmando que esa falta de subsunción, convierte al TC en un mero órgano de confirmación de las decisiones de las instancias inferiores.

Considera por tanto, que si bien, el TC puede partir de los hechos recogidos en la Sentencia, debe interpretar los mismos, atendiendo a la función efectiva de defensa de los derechos fundamentales, ya que de lo contrario, sería abjurar de la posición de garante constitucional.

Esa obligación de examinar los hechos con tal perspectiva, permite a juicio del Voto discrepante, advertir que la acción de los trabajadores no huelguistas, fue necesaria para la producción del resultado lesivo con el derecho de huelga, ya que eran trabajadores de nivel profesional superior que realizaban tareas que no les eran propias **(Sentencias 33/2011, de 28 de marzo (LA LEY 14195/2011) y 123/1992 (LA LEY 1969-TC/1992), ya señaladas anteriormente).**

Respecto de la segunda cuestión, señala que el relato fáctico plantea diversas incongruencias en la versión de la empresa, entre las que cabe destacar, la relativa a quien ordenó habilitar la vía de emisión de emergencia, así como que resulta discutible que los trabajadores implicados, no realizasen funciones distintas de las propias durante el día de autos.

Afirma que el mero hecho de que un trabajador desempeñara funciones, merced a una categoría que excedía con creces la de los trabajadores en huelga, tacha *per se*, la actitud empresarial como ilícita y la define en cambio, como esquirolaje interno, concluyendo que no es posible implementar los cambios tecnológicos y aceptar la incidencia que tienen sobre los derechos fundamentales, sin cuestionar su real impacto sobre los mismos.

Desde un punto de vista objetivo, y como ya anticipábamos, la cuestión resulta complicada por las propias limitaciones del texto sobre el que se sustenta el análisis y que debe materializarse en concordancia con el contenido del derecho fundamental.

Sin embargo, sí es posible advertir que hay dos aspectos que no se han aclarado en el marco del proceso y que son, si los medios tecnológicos empleados han suplido realmente a trabajadores en huelga y el impacto que la emisión del partido tuvo sobre la jornada de paros convocada.

Ambos extremos, guardan una evidente relación con las quejas formuladas en el Voto Particular, si bien, por razones sistemáticas, analizaremos las denuncias de éste en primer lugar.

Examinando la primera queja del Voto Particular, consistente en el respeto al relato fáctico, y siendo cierta la doctrina reflejada en el Voto Particular, sobre el respecto «al relato fáctico, el cual podría permitir alcanzar una interpretación propia del relato fáctico conforme a los derechos y valores constitucionales en presencia» no deja de resultar llamativo, que básicamente lo que se propone es una mera sustitución de argumentación, obviando que dentro de las funciones propias de los trabajadores que prestaban servicios durante la huelga, sí podían ejecutar las funciones que ejecutaron durante ese día.

Lógicamente, se puede efectuar una valoración de los hechos desde una perspectiva del derecho de huelga. Pero tal examen, obliga necesariamente a plantearse la real incidencia que la emisión del partido objeto del litigio, tuvo a lo largo de una jornada en la que no se emitió ningún otro programa y en el que ni tan siquiera existía una previsión de servicios mínimos.

En ningún momento se analiza la lesión que pudo suponer dicha emisión, lo que hubiera sido conveniente valorar, principalmente porque el menoscabo del derecho fundamental no se produce solo por el cómo, sino también por el cuánto, optando el Voto Particular por una interpretación finalista, que asume por entender que si no hubo programación durante todo el día, y no se fijaron servicios mínimos, la más nimia señal de actividad, convierte la misma en una lesión del derecho fundamental, lo que no deja de ser una conclusión ciertamente discutible.

Por tanto, la denuncia formulada en el Voto Particular, si bien parte de un presupuesto jurídico correcto, que sería que el Tribunal Constitucional no debe verse vinculado de forma ineludible por los hechos reconocidos, no logra sin embargo, dotar ese prometedor inicio de un final coherente, ya que se limita a asumir como cierta la necesidad de que durante el día de autos no se podía emitir programa alguno, lo que en cierta medida, es contradictorio con el hecho de que la huelga no es un derecho de obligado cumplimiento, y por tanto, es posible que su seguimiento no

sea unívoco.

Asimismo, la propia Sentencia señala en su Fundamento Jurídico Sexto que no puede entrar a conocer sobre los hechos, pero en ningún momento niega o afirma la posibilidad de realizar esa interpretación autónoma del relato fáctico que se solicita en el Voto Particular. En todo caso, asume la ya indicada —dando por ciertos los hechos contenidos en el mismo— por los tribunales de instancia, cuya fehaciencia no pudo ser rebatida por los demandantes de amparo, lo que entronca con el segundo foco de discusión, como veremos a continuación.

El segundo punto de discrepancia, relativo a las funciones desempeñadas resulta más problemático ya que se sostiene por el Voto Particular que se produjo un esquirolaje interno con la ayuda de medios tecnológicos, pero partiendo en todo caso de la realización inapropiada de funciones de los trabajadores que prestaron servicios ese día, afirmando que la coordinación de un departamento, puede resultar incompatible con el ejercicio de las mismas, al desempeñar ese trabajador funciones que excedían notablemente su categoría profesional.

Recordemos que el Fundamento Jurídico Tercero de la **Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 23 de julio de 2012 (LA LEY 123978/2012)**, la cual resolvió el Recurso de Suplicación planteado contra la Sentencia de instancia, se aprecia expresamente que dicha disparidad que se denuncia en el Voto Particular sobre el cometido de las funciones no existe, ya que se indica que las funciones ejercidas por tales trabajadores, se encontraban expresamente incluidas dentro de su categoría.

Cuestión distinta puede ser que las ejecutase o no habitualmente, pero lo cierto es que podía hacerlas, lo que nos lleva a un escenario alejado del propuesto en el Voto Particular, ya que aun asumiendo la defensa de los hechos probados desde una perspectiva como la propugnada por los Magistrados disidentes, lo cierto es que dicha diferencia, exige obviar una realidad para transformarla en otra.

Incluso si se efectuase una interpretación acorde con el contenido del derecho fundamental, el relato fáctico parece literosuficiente para sostener la versión otorgada por la mayoría del Tribunal ya que «se advierte como los trabajadores que no realizaban la huelga ese día y que colaboraron en la emisión del partido, no llevaron a cabo funciones distintas de las que vienen desarrollando habitualmente, y así el trabajador del control central conmutó señales dentro de sus funciones y en el departamento de grafismo se encontraba el coordinador que aún cuando dada su específica función de coordinador se encargue normalmente de controlar el trabajo en los departamentos que coordina, entre otros el de grafismo, el mismo supervisa tal trabajo y sí tiene entre sus cometidos generar "la mosca" de Telemadrid que figura en la emisión. (...)».

Por tanto, e independientemente de la conformidad o no con el contenido del relato fáctico, lo cierto es que esa certeza de que dichos trabajadores tenían incluidas en su categoría las funciones descritas, no ha podido ser rebatida, ni tampoco se han aportado otras evidencias (p.e. connivencia empresarial para perjudicar el ejercicio del derecho, fraude en la adjudicación de tales funciones, excesos en el ejercicio del *ius variandi* empresarial, u otros) en el marco del procedimiento, que aportasen el indicio suficiente para sustentar tal interpretación.

Mayor controversia genera sin embargo —y es el punto que podría haber dado lugar a la estimación de la pretensión de los demandantes— la solución técnica empleada ese día. Hábilmente, el voto Particular dibuja de forma efectiva dos dudas que no resultan menores. La primera de ellas, relativa al uso de un codificador alternativo en el día de autos. La segunda, que versa sobre la procedencia para usar ese codificador.

Básicamente, lo que se plantea de forma indirecta y sutil, es la pregunta de si ambos medios constituyeron un esquirolaje tecnológico o no. De lo expuesto, se advierte que era un uso extraordinario o poco habitual (al igual que el concurso de los trabajadores implicados), pero no una solución ajena o «adquirida» repentinamente para el día de Autos, sobre la que no se ha aportado duda de que fuera incorporada precisamente para vulnerar el derecho fundamental, y lo más importante, no se ha acreditado que fuera exógena a los medios usuales de emisión.

Cierto es que se pone en duda su habitualidad, pero esa duda, no parece un indicio suficiente para estimar el quebrantamiento del derecho fundamental.

Puede aceptarse que ninguna de las resoluciones solventa o resuelve de forma satisfactoria, las condiciones en las que se produjo ese uso, lo que no es sino el trasunto de la complejidad de los hechos. No por ello, sin embargo, eso implica que se haya producido dicha vulneración del derecho.

Asimismo, no se ha resuelto el impacto real que tuvo la emisión sobre la jornada de huelga y la minoración que pudo

tener sobre el derecho fundamental. Este aspecto, esencial para poder valorar si realmente la emisión buscaba vulnerar el derecho fundamental, no ha merecido una especial atención por las partes, por lo que su valoración en el marco del Recurso de Amparo, resulta ciertamente complicada.

Esa falta de valoración, añade un punto adicional de dificultad al análisis del supuesto, entorpeciendo aún más si cabe, apreciar esa posible vulneración del derecho fundamental, puesto que se desconoce exactamente hasta qué punto la emisión frustró el fin pretendido, y por tanto, la hipotética lesión que supuso para el derecho fundamental.

En resumen, apreciamos que la solución ofrecida por el Tribunal Constitucional no es posiblemente, la más satisfactoria, pero sí resulta coherente con el limitado amparo que le otorga el texto objeto de examen y el ámbito de la discusión propiciado por los litigantes. Lo anterior, no oculta la necesidad de revisar la actual regulación con el fin de obtener un texto que permita ofrecer soluciones más satisfactorias, y que ayude al Tribunal a solventar litigios como el presente.