



**LaBoUR & Law Issues**  
Rights | Identity | Rules | Equality

**El uso de la tecnología y el derecho de huelga:  
realidades en conflicto**

**M<sup>a</sup> CARMEN AGUILAR DEL CASTILLO**

Universidad de Sevilla

**vol. 4, no. 1, 2018**

ISSN: 2421-2695





## El uso de la tecnología y el derecho de huelga: realidades en conflicto

**M<sup>a</sup> CARMEN AGUILAR DEL CASTILLO**

Universidad de Sevilla

Profesor Colaborador de Derecho del Trabajo

carmenag@us.es

---

### ABSTRACT

---

Article 28.2 of the Spanish Constitution recognises the right to strike to defend workers' interests. As the positive regulation of this right is contained in a pre-constitutional provision dated 1977, its configuration as a fundamental right comes from interpretation and constitutional case law.

The application of the Royal Decree 1977 to technology-based actions of the employer has led the Constitutional Court to deny the violation of the right to strike, and therefore to consider technological strike-breaking as a guarantee for workers' rights.

Including the simple absence from work in the right to strike and excluding the ability to limit employer's power, is a restrictive interpretation of the essential content of the right. According to this, we consider the technological strike-breaking as an abusive conduct of the employer detrimental to the right to strike.

The Constitutional Court does not take into account its previous rulings. It states that, without express prohibition, there is no technological strike-breaking if the employer, during a strike, uses the material resources at his disposal to avoid the harmful consequences of collective abstention, as such conduct expresses freedom of enterprise. The Court does not take into account the primacy of the right to strike on the freedom of enterprise and not only because of its position in the constitutional text, but also because the interpretation of a fundamental right cannot imply a denial of the right itself.

**Keywords:** Constitution; Constitutional Court; Right to strike, Freedom of enterprise; Strike and technical means

---

## **El uso de la tecnología y el derecho de huelga: realidades en conflicto\***

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. La función social del derecho de huelga. – 3. La contextualización del esquirolaje como conducta. – 4. El esquirolaje y su prohibición legal. – 5. La “nueva” doctrina constitucional sobre el esquirolaje tecnológico. – 5.1. Ausencia de regulación legal. – 5.2. El derecho de huelga y sus límites. – 6. La prestación de trabajo y la bicefalia en los poderes empresariales. – 7. tecnología «límite» natural al derecho de huelga. – 8. La Inter temporalidad de una norma. – 9. La conducta pasiva como cooperación necesaria del empresario a la huelga. – 10. La tecnología y la reinterpretación del derecho de huelga. – 11. Conclusiones

### **1. Introducción**

Cualquier referencia que se haga, en la actualidad, a la relación laboral y al respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores dentro de la misma, pasa por una referencia obligada a las nuevas tecnologías, a la digitalización de los medios o a la robotización del trabajo.

Nos encontramos ante una realidad en la que la neutralidad de la tecnología no constituye una amenaza en sí misma a los derechos de los trabajadores, será el uso que se hagan de ella la que va a condicionar de forma más o menos amplia el ejercicio de estos derechos, favoreciéndolos o limitándolos en función de su disponibilidad por los poderes empresariales<sup>1</sup>.

Las relaciones laborales individuales y colectivas no son inmunes a la tecnología y a sus avances como lo demuestra una prolífica jurisprudencia y doctrina constitucional, no siempre pacífica, en torno al contenido y al ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores. La modulación que sufren estos derechos cuando se ejercen dentro de la relación laboral deriva de la posición de subordinación o dependencia que los trabajadores tienen frente al empresario. El derecho de libertad de empresa conlleva un conjunto de derechos y facultades sobre la organización de la prestación de trabajo que la legislación laboral ha ido ampliando tras las sucesivas reformas laborales y sobre los que la utilización de las nuevas tecnologías va a ejercer un efecto amplificador.

El poder del empresario se define por el concurso de un conjunto de derechos y normas jurídicas que tienden a limitarlo o modularlo siendo el

---

\* En el contexto del Proyecto de Investigación: Instrumentos normativos sociales ante el nuevo contexto tecnológico 3.0 DER 2015-63701-C3-3-R

<sup>1</sup> En este sentido Pérez Rey J, *El Tribunal Constitucional, ante el esquirolaje tecnológico (o que la huelga no impida el fútbol)*, *Rvta. Derecho Social*, 2017, n. 77, p. 151.

derecho de huelga uno de estos derechos al desplegar sus efectos jurídicos principales dentro de la relación laboral<sup>2</sup>. No obstante, la existencia de distintas tecnologías y de las técnicas avanzadas en su uso evidencia su versatilidad de tal manera que, incluso puede llegar a preverse la existencia de factores o situaciones concretas y el cómo reaccionar ante ellos.

Existen productos tecnológicos que se adquieren para cubrir una función cerrada, no modificable, pero, también existen otros que han sido diseñados por la propia empresa o por otra, proveedora de aquella que, aunque su función originaria está predeterminada y necesitan del trabajador para ser usadas, son susceptibles de ampliación o de una utilización distinta de la que se adquirió<sup>3</sup>.

## 2. La función social del derecho de huelga

El papel que desarrollan los medios técnicos dentro de la organización de la actividad de la empresa, cada vez más relevante y autónomo, dificulta la identificación de su espacio y el del trabajador y, paralelamente, favorece el poder del empresario en su disponibilidad. Todo ello facilita la adaptación de la tecnología a las situaciones de excepcionalidad que se generan ante el ejercicio del derecho de huelga, pudiéndose mantener la actividad o la prestación de servicios incluso en aquellos supuestos en los que la huelga ha sido secundada mayoritariamente.

Aunque el sector de producción es determinante, al menos en la actualidad, para generar confusión en los espacios reservados a los trabajadores y a la tecnología, lo cierto es que cada vez con mayor frecuencia su utilización se entiende como parte integrante del poder del empresario. Se trata de decisiones que revisten una aparente legalidad difícilmente cuestionable, lo que dificulta de forma considerable su calificación jurídica cuando entran en colisión con otros derechos como es el de huelga. Solo cuando estas decisiones conllevaran la anulación o disminución de los efectos

---

<sup>2</sup> Sempere Navarro A.V. - Mareos Y De Cabo O., *Uso y control de herramientas informáticas en el trabajo (marco legal, pautas judiciales y convencionales)*, en San Martín Mazzucconi C., *Tecnología de la información y la comunicación en las relaciones de trabajo: nuevas dimensiones del conflicto jurídico*, ed. EOLAS, 2014, p. 107.

<sup>3</sup> Existen tecnologías en las que se conocen los factores en los que son diseñadas, considerándose al trabajador como un factor externo a la misma, por lo que sus funciones, en caso de ausencia pueden ser traducidas a un nuevo factor o parámetro de esa tecnología. En otro orden de cosas la utilización de autómatas programables, cada vez más frecuentes, solo necesita de la actividad de un diseñador de automatización para extraer de ellos funciones para las que originariamente no estaban pensados, pero sí estaban previstas.

de este derecho haciéndolo prácticamente impracticable podríamos afirmar que se está vulnerando su contenido esencial.

La delimitación del contenido esencial de un derecho parte, según el TC de la identificación de los “intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos”, es decir, será “aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”<sup>4</sup>. Desconociendo su “contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”<sup>5</sup>La controversia interpretativa que provoca la existencia conflictiva de dos derechos como el de huelga y el de libertad de empresa ha generado respuestas divergentes en la jurisprudencia y dentro de la propia doctrina constitucional, lo que va a demandar un acercamiento al contenido esencial del derecho de huelga como límite natural a los poderes del empresario.

La aproximación al contenido esencial del derecho de huelga se puede hacer desde una forma exclusivamente descriptiva entendiéndola como, la cesación de trabajo o, de forma funcional como “la manera en que el conjunto de facultades en que consiste la huelga resulta ordenadas a la satisfacción real de los intereses de los trabajadores”<sup>6</sup>. Esta doble interpretación, literal o finalista y no necesariamente incompatible<sup>7</sup>, genera una tensión dialéctica entre el derecho de huelga y el de la libertad de empresa que en función del momento en el que nos encontremos y de la casuística en la que se produzca limitará en mayor o menor medida los poderes empresariales.

El artículo 28.2 de la Constitución Española pone en conexión la consagración constitucional del derecho de huelga para la defensa de los intereses de los trabajadores con la idea de lograr la igualdad económica y social que se persigue en el artículo 9.2 CE. En este precepto se busca restablecer el equilibrio entre partes de fuerza económica desigual<sup>8</sup>, garantizar su igualdad efectiva y, con ella la justicia, entre aquellos individuos y grupos en los que se integran. Su carácter tuitivo incluye como finalidad la protección

---

<sup>4</sup> STC 11/1981, de 8 de abril (BOE 25/04/1981) FJ.8º

<sup>5</sup> STC 11/1981, de 8 de abril FJ.8º

<sup>6</sup> Baylos Grau A., *Continuidad de la producción o del servicio y facultades empresariales en casos de huelga*, en *Estudios sobre la huelga*, coord. por Baylos Grau A., ed. Bomarzo, Albacete, 2005, p. 92.

<sup>7</sup> STC 11/1981, de 8 de abril, FJ. 8º. (RTC 1981/11)

<sup>8</sup> STC 11/1981 FJ. 22.

última de los más desvalidos<sup>9</sup>. El derecho de huelga como instrumento de presión busca equilibrar las fuerzas en oposición ante situaciones límite<sup>10</sup>, por lo que una interpretación contraria o restrictiva de su contenido desvirtuaría el derecho de los trabajadores privándolos materialmente de su contenido.

Cuando dentro de la relación laboral entra en colisión el derecho de huelga y el de libertad de empresa el problema fundamental que se plantea es delimitar y definir las prácticas empresariales permitidas o prohibidas desde el contenido constitucional del derecho de huelga. La exigua regulación legal prevista en el RDLRT 17/1997<sup>11</sup> sobre este derecho y su ejercicio, nos lleva indefectiblemente a la interpretación jurisprudencial y doctrina constitucional para definir y delimitar su contenido esencial, “acudiendo, en muchas ocasiones, a categorías y conceptos de alcance general”<sup>12</sup>

Las diversas cuestiones que se suscitan de esta relación conflictiva aparecen necesariamente entrelazadas en la que, un análisis individualizado de cada una de ellas dificulta considerablemente poder aportar una solución homogénea a las mismas. En este trabajo se va a estudiar el derecho de huelga desde el poder del empresario, centrándonos fundamentalmente en el esquirolaje como práctica empresarial y, dentro de él, en el denominado tecnológico. Nos vamos a encontrar ante una conducta empresarial que, en función de su interpretación jurisprudencial y/o constitucional nos vendrá dada como prohibida en su utilización por constituir un límite al derecho de huelga o como parte integrante de los poderes inherentes del empresario.

### **3. La contextualización del esquirolaje como conducta**

El esquirolaje es un término que ha sufrido un acuñamiento prosentencia por parte de la doctrina constitucional, los tribunales de justicia y

---

<sup>9</sup> Esta es la dirección en la que se encamina el artículo 9.2 CE, según su FJ. 1 de la STC 123/1992, (BOE 29 /09/1992 ) FJ 4º, la idea del Estado social y democrático de Derecho, “entre otras significaciones tiene la de legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes”. La Carta Social Europea, de 18 de octubre de 1961 (ratificada por instrumento de 29 de abril de 1980), cuyo Preámbulo señala que persigue garantizar “el goce de los derechos sociales”, en su artículo 6.4 reconoce “el derecho de los trabajadores, en caso de conflicto de intereses, a emprender acciones colectivas, incluido el derecho de huelga, sin perjuicio de las obligaciones que puedan dimanar de los Convenios Colectivos en vigor”.

<sup>10</sup> STC 123/1992, de 28 de septiembre (BOE 29 /09/1992 ) FJ.2º

<sup>11</sup> Real Decreto-Ley 17 /1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (BOE 09-03-1977)

<sup>12</sup> Sempere Navarro A.V. - Mateos Y De Cabo O., *Uso y control de herramientas informáticas en el trabajo*, op. cit., p. 107.

principalmente por la doctrina científica pero que no figura, ni en su versión ampliada, como tal palabra en nuestro diccionario de la Real Academia de la Lengua Española resultando difícil como sustantivo su conceptualización. El esquirolaje solo se entiende o encuentra su encaje como límite del derecho de huelga. Con este término se ha querido identificar una conducta, generalmente prohibida, de un sujeto, el empresario, ante el ejercicio del derecho de huelga por parte de sus trabajadores.

El esquirol, palabra más próxima al esquirolaje, es definida por la RAE como “la persona que sustituye en el trabajo a un huelguista”, entendiéndose esta sustitución como la asunción de las funciones propias de un trabajador huelguista por otro. El “esquirolaje” equivaldría a la acción de sustitución de estas funciones con la finalidad de anular o eliminar los efectos del ejercicio del derecho de huelga de un trabajador. La proyección de este derecho dentro de las relaciones de trabajo hace que sea el empresario, por la posición que ocupa en la misma, el único sujeto que puede adoptar y ejecutar esta decisión. Esto puede explicar el cambio de significación de esta conducta cuando quién la realiza es la persona que sustituye a otra en sus funciones frente a quien adopta la decisión de la sustitución. Para el primero tiene unas connotaciones de reprobación, peyorativas y “condenables”, para el segundo, solo será una conducta integrada en su haz competencial, permitida o prohibida en función de los límites que se le impongan.

La acción del esquirolaje adquiere toda su extensión cuando se utiliza como limitador de los poderes empresariales durante el desarrollo de una huelga. La interpretación restrictiva o amplia de su contenido va a generar, en su relación de causalidad con los derechos opuestos, la primacía del derecho de libertad de empresa en el primer caso y del derecho de huelga y su eficacia en el segundo.

En todo caso nos estamos refiriendo a una única conducta en la que el esquirolaje constituye una reducción semántica de “la sustitución de los trabajadores huelguistas” a la que habría que añadir y “de sus funciones” y en la que, es el procedimiento seguido por el empresario para ejercerla el que nos permite hablar de una triple tipología en su conceptualización.

#### **4. El esquirolaje y su prohibición legal**

En la actualidad el derecho de huelga y su ejercicio está regulado positivamente por el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre

Relaciones de Trabajo<sup>13</sup>, se trata de una norma preconstitucional que ha sido adaptada en su contenido a la Constitución por la STC 11/1981, de 8 de abril. El artículo 6.5, sin citarlo expresamente, es el único precepto, dentro de la misma, que se refiere al esquirolaje y en concreto al externo cuando prohíbe al empresario sustituir a los trabajadores huelguistas por personas que no estuviesen vinculadas a la empresa en el momento en el que la huelga es notificada al empresario<sup>14</sup>. Así mismo, el legislador también extiende esta prohibición a los supuestos de cesión temporal de trabajadores a través de la realización de un contrato de puesta a disposición con una empresa de trabajo temporal<sup>15</sup>.

La externalización de las actividades a través de procesos de subcontratación como recurso para evitar los efectos de una huelga plantea más problemas interpretativos judiciales y doctrinales. La falta de una previsión legal sobre esta posibilidad y la incardinación del derecho del empresario a elegir su modelo de organización empresarial en la libertad de empresa ha dificultado la interpretación jurisprudencial.<sup>16</sup> Se trata de un supuesto al que la doctrina ha denominado “esquirolaje impropio” que genera problemas interpretativos que se están viendo acrecentados por la facilidad de derivación que ofrecen las nuevas tecnologías al mantenimiento de la producción hacia otras empresas. La STC 41/2006, de 13 de febrero, FJ 4º, “sostiene que el ejercicio de las facultades organizativas del empleador no puede traducirse en la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador, ni en la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquél”<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> BOE 09/03/1977

<sup>14</sup> Artículo 3.3 RDLRT 17/1977, “La comunicación de huelga deberá hacerse por escrito y notificada con cinco días naturales de antelación, al menos, a su fecha de iniciación. Cuando el acuerdo de declaración de huelga lo adopten directamente los trabajadores mediante votación, el plazo de preaviso comenzará a contarse desde que los representantes de los trabajadores comuniquen al empresario la celebración de la misma...”

<sup>15</sup> Artículo 8.a) de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (BOE 02/06/1994) “Las empresas no podrán celebrar contratos de puesta a disposición en los siguientes casos: a) Para sustituir a trabajadores en huelga en la empresa usuaria”.

<sup>16</sup> La STS de 27 de septiembre de 1999 (RJ 1999/7304) considera que es lícita, aunque una jurisprudencia más consolidada la considera atentatoria contra el derecho de huelga, como la STS de 25 de enero de 2010 (RJ 2010/3125)

<sup>17</sup> En similar sentido la STC 75/2010, de 19 de octubre (BOE 17/12/2010) FJ. 7º. Miñarro Yanini M., *Huelga y contratos en el grupo PRISA: el plus de tutela del Tribunal Supremo frente a la Audiencia Nacional*, Rvta. CEF, 2015, n. 387, p. 117; Sempere Navarro V. - San Martín Mazzucconi C., *¿Puede una empresa minorar los efectos de la huelga?*, en Gómez-Acebo&Pombo, *Noticias Breves*, enero 2014, p. 2; Escribano Gutiérrez J., *El derecho de huelga en el marco de la*

Más casuística ha generado el denominado esquirolaje interno, relacionado con la facultad de la empresa de emplear sus poderes de dirección, sustituyendo directamente a los trabajadores huelguistas por otros de la propia empresa a través de su alteración funcional, de la reordenación de la actividad productiva o del tiempo de trabajo, pudiendo afectar a los turnos, vacaciones, permisos<sup>18</sup> o a través de la aplicación de las reglas de la movilidad geográfica.

La existencia de un esquirolaje interno ha sido negada por la jurisprudencia de forma reiterada en sus primeras interpretaciones por entender, entre otras razones, que la falta de una prohibición expresa por parte de la Ley<sup>19</sup>, implica una habilitación al empresario para reducir los efectos de la huelga siempre que se haga a través de la utilización de medios propios o de la reordenación del trabajo de los trabajadores no huelguistas. (STS)

La aceptación de la existencia del esquirolaje interno continua sin ser pacífica, aun cuando una acertada doctrina constitucional, en primer lugar y la interpretación judicial generada a partir de ella en segundo, han ido considerando que el uso del *ius variandi* del empresario<sup>20</sup>, durante los periodos de huelga, también ha de ser considerados prohibidos cuando afectan a su reconocimiento como derecho<sup>21</sup>.

Otro tipo de esquirolaje es el denominado tecnológico que puede definirse como la utilización, por parte del empresario, de medios automáticos

---

*descentralización empresarial, Sentencias 75 y 76/2010, de 19 de octubre, y 98 a 112/2010, de 16 de noviembre de 2010 del Tribunal Constitucional, Rvta. Temas Laborales, 2011, n. 110, pp. 198-202; Sanguinetti Raymond W., La tutela sustancial del derecho de huelga en las estructuras empresariales complejas, Rvta. de Derecho Social, 2016, n. 74, p. 11ss.*

<sup>18</sup> SSTC 123/1992, de 28 de septiembre (BOE 29/10/1992) y 33/2011, de 28 de marzo (BOE 28/04/2011). Toscani Giménez D., *La prohibición de esquirolaje durante la huelga con especial mención al esquirolaje tecnológico*, Rvta. Trabajo y Derecho, 2017, n. 30, pp. 2-7.

<sup>19</sup> Toscani Giménez D., *La prohibición de esquirolaje durante la huelga con especial mención al esquirolaje tecnológico*, op. cit., p. 1.

<sup>20</sup> STC 33/2011, FJ. 4º “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”. Hay que tener en cuenta que el poder de dirección del empresario se ha visto fuertemente incrementado a través de las medidas flexibilizadoras introducidas tras las sucesivas reformas laborales, principalmente a partir del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. (BOE 11/02/2011)

<sup>21</sup> La sustitución de trabajadores durante una huelga, aun cuando se trate de trabajadores de la propia empresa, “reduciría la eficacia de la huelga y, por ende, atentaría contra el derecho esencial del derecho fundamental” en Toscani Giménez D., *La prohibición de esquirolaje durante la huelga con especial mención al esquirolaje tecnológico*, op. cit. p. 1; Escribano Gutiérrez J., *El esquirolaje interno como ataque al derecho fundamental a la huelga (STC 33/11, de 28 de marzo, del Tribunal Constitucional, Rvta. Temas Laborales, 2012, n. 116, pp. 211-214*

o mecánicos propios de la empresa para sustituir a los trabajadores en huelga<sup>22</sup>, sin la intervención directa de personas.

En los distintos supuestos de esquirolaje la conducta del empresario reduce la eficacia del derecho de huelga de los trabajadores, aunque, no siempre, en la misma proporcionalidad en la que se aplica el poder de dirección o el poder de organización del empresario. Es en esta relación en la que parece definirse un esquirolaje despojado de su carácter de conducta prohibida, integrado, por el contrario, en el haz de facultades del empresario que solo pueden ser limitadas por la acción del legislador. Así, al menos, parece deducirse de nuestro derecho positivo y de una larga trayectoria interpretativa de nuestra jurisprudencia y de la doctrina constitucional, que se ha visto muy afectada con los últimos pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional.

De los distintos tipos de esquirolaje es el denominado tecnológico el que constituye el objeto de este trabajo. No obstante, no puede entenderse éste sin la confluencia interpretativa de los dos anteriores, principalmente del interno por la similitud de sus elementos identificativos.

## **5. La “nueva” doctrina constitucional sobre el esquirolaje tecnológico**

Con el esquirolaje tecnológico se incorpora una importante distinción respecto del externo y el interno y estriba en que la actividad que desarrollan los trabajadores huelguistas es suplida directa o indirectamente a través de la utilización de máquinas o del empleo de diferentes tecnologías y no de personas. Lo realmente importante, en este supuesto, no va a ser tanto la sustitución del trabajador cuanto la afectación de la conducta empresarial a la eficacia del derecho de huelga. La utilización de estos medios permite el mantenimiento de la actividad sin necesidad de ocupar directamente un puesto de trabajo, su relevancia dentro del conjunto de la actividad pueda ser subsumida por otra área o sección de la empresa e incluso por agentes externos a la misma a través de la tecnología, anulando o reduciendo los efectos de la huelga en la actividad productiva, en el resultado final del producto o en la prestación del servicio.

---

<sup>22</sup> Pedrajas Quiles A., *El esquirolaje tecnológico*, *Observatorio de Recursos Humanos y Relaciones Laborales*, <http://www.observatoriorh.com/revista/rr-ll-el-esquirolaje-tecnologico>.

Con la STC 17/2017, de dos de febrero<sup>23</sup> el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la utilización durante la huelga de medios técnicos de uso no habitual en la empresa, dando repuesta a una faceta del derecho de huelga sobre la que no existe previamente doctrina constitucional<sup>24</sup> y refiriéndose con ello al esquirolaje tecnológico.

Los hechos que dan lugar a esta sentencia derivan de la emisión de un partido de la Champions League, el día 29 de septiembre de 2010, por la cadena de televisión Telemadrid, cuando prácticamente la totalidad de la plantilla había secundado la huelga convocada. Durante todo el día solo se emitió un programa de televisión y fue la retransmisión del partido de fútbol.

En un día normal “la señal del partido llega a la antena de Telemadrid sin locución. De la antena va a control central, aquí un trabajador la envía a un locutorio, que tiene que estar encendido por un técnico y, en el que hay un trabajador que efectúa la locución. La señal se devuelve automáticamente a control central donde un trabajador la envía a continuidad, allí otro trabajador pone la mosca (el símbolo de Telemadrid), y envía dos señales: una de ellas va directamente al codificador o emisor A, con el que la continuidad tiene línea directa e independiente, y, otra, va de nuevo a control central donde un trabajador la envía al codificador o emisor B o línea de reserva que solo se utiliza en casos excepcionales.

El partido se emite durante la huelga porque hay un trabajador que no la ha secundado y, aun cuando no es su función habitual, envía la señal al departamento de grafismo en lugar de al de continuidad al haber secundado la huelga todos sus trabajadores. Aunque en grafismo no tiene por cometido introducir la mosca ni cursar la señal, el coordinador de la sección la introduce con máquinas propias del departamento y devuelve la señal a control central, donde se redirecciona al descodificador B que, como se ha dicho solo se utiliza para situaciones excepcionales y como alternativa por si el descodificador A, que es el predeterminado por la cadena, no pudiera emitir la programación habitual.

La organización sindical y el Ministerio Fiscal solicitan el amparo al Tribunal Constitucional por considerar que “la actuación de la empresa se dirigió a minimizar los efectos de la huelga” sirviéndose para ello de la sustitución de los trabajadores huelguistas por dos trabajadores de la empresa que desarrollaron funciones que no le eran propias y porque se han utilizado

---

<sup>23</sup> BOE 10/03/2017

<sup>24</sup> STC 17/1977, de 2 de febrero (BOE 10/03/2017) FJ. 3º

medios técnicos de uso no habitual que permitieron la retransmisión del partido<sup>25</sup>.

El Tribunal Constitucional deniega el amparo por entender que se trata de un hecho probado<sup>26</sup> que las funciones que han desarrollado los trabajadores no huelguistas estaban dentro de las suyas habituales y que los medios técnicos utilizados, aun sin ser los habituales, están en posesión del empresario en el momento de la huelga por lo que entra dentro su competencia su uso<sup>27</sup>.

Aunque son diversas las cuestiones planteadas y no plenamente resueltas en esta sentencia en relación con la propia doctrina de nuestro más alto Tribunal, la utilización de los medios técnicos constituye su principal aportación.

### 5.1 Ausencia de regulación legal

Existe un paralelismo casi idéntico entre la base argumental adoptada por el TC sobre la existencia de un esquirolaje tecnológico y el esquirolaje interno como conductas limitativas de la eficacia del derecho de huelga, aunque con interpretaciones y resultados divergentes. Para ambas la falta de una regulación expresa dificulta, de forma considerable, la extensión del presupuesto previsto para el esquirolaje externo en el RDLRT 17/1977. No obstante, una interpretación inclusiva del TC sobre el contenido esencial del derecho de huelga entiende, que la <<sustitución interna>> de huelguistas o esquirolaje interno, durante la medida de conflicto, constituye un ejercicio abusivo del *ius variandi* empresarial derecho que, con los límites legalmente previstos, está imaginado “para situaciones corrientes o excepcionales, incluso como medidas de emergencia, pero siempre en un contexto de normalidad

---

<sup>25</sup> STC 17/1977 FJ. 1º

<sup>26</sup> Sobre la prohibición prevista en el artículo 44.1 b) de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (BOE 05/10/1979), de entrar “a conocer sobre los hechos que dieron lugar al proceso en que se alega se ha producido la vulneración” STC 17/2017 FJ. 6º. Pero como se señala en el voto particular a esta sentencia formulado por el Magistrado Sr. D. Valdés Dal-Re, F. al que se adhieren la Magistrada Sra. Dª Asua Batarrita, A y el Magistrado Sr. D. Xiol Ríos, JA. “esa sujeción no obsta para <<alcanzar una interpretación propia del relato fáctico conforme a los derechos y valores constitucionales en presencia>>, ni veda, entonces, una valoración discrepante, sin que <<suponga una revisión de la valoración de la prueba hecha por el juzgador, función privativa suya, sino una interpretación nuestra de ese relato a la luz de los valores constitucionales>>

<sup>27</sup> STS 17/1977 FJ. 7º *in fine* “en el presente supuesto 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.”

con un desarrollo pacífico de la relación laboral, al margen de cualquier conflicto”<sup>28</sup>. Considera, sin embargo, que “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”<sup>29</sup>.

En caso de conflicto entre el derecho de huelga y el de libertad de empresa, es necesaria “la ponderación de los intereses en pugna a la luz de los principios constitucionales respectivos”<sup>30</sup> y no, desde un discurso desde la igualdad de posiciones entre ambas partes, unido a una interpretación restrictiva de la prohibición del esquirolaje. Como se señala en doctrina asentada por el TC y por el propio TS, la falta de una regulación a contrario sensu del contenido de una norma, no puede implicar, sin más la legalidad de cualquier conducta. La afirmación de lo que no está prohibido está permitido, entraña una esencial ambigüedad que ha sido rechazada con vehemencia por nuestros tribunales, por la doctrina constitucional<sup>31</sup> y por la mayor parte de la doctrina científica<sup>32</sup>.

El TC en la Sentencia 17/2017, si bien reconoce la extensión analógica del artículo 6.5 del RDLRT a los supuestos del *ius variandi*, aunque no lo aplique al caso concreto por entender que los trabajadores no realizaron funciones ajenas a las suyas, desconoce, sin embargo, su propia doctrina sobre el contenido esencial del derecho cuando lo plantea desde la posibilidad de la existencia de un posible esquirolaje tecnológico. En la interpretación del derecho de huelga, que se hace en esta sentencia, se ignora el juicio de constitucionalidad sobre su contenido para “operar desde el mero terreno de la legalidad ordinaria y no desde la construcción de los derechos que constituye su principal función”.

---

<sup>28</sup> STC 123/1992, FJ-3º En contra totalmente de la interpretación que el TC hace sobre el esquirolaje interno, por entender que “la sentencia tenía el propósito previo de mantener a toda costa la indemnidad del derecho de huelga, ... El derecho de huelga es por definición preeminente e intangible, y de ahí que no pueda tan siquiera soportar la licitud de la conducta empresarial de suplir los huelguistas con otros trabajadores propios” en DIEGUEZ, G.: “<<Esquirolaje>> interno y otras cuestiones (comentario a la Sentencia de la Cassazione Italiana n. 20164, de 26 de septiembre 2007)” Rvta. Anuario Coruñéz de Derecho Comparado del Trabajo, 1/2009, pág. 48

<sup>29</sup> STC 33/2011 FJ. 4º

<sup>30</sup> STC 123/1992, FJ. 3º

<sup>31</sup> STC 123/1992, FJ. 2º

<sup>32</sup> En contra de esta interpretación DIEGUEZ, G.: “<<Esquirolaje>> interno y otras cuestiones .”, op. cit. pág. 48

Se realiza una interpretación del derecho de huelga, ajena al juicio de constitucionalidad y desciende al plano de la legalidad el ejercicio del derecho y su eficacia. El análisis que hace sobre la posibilidad de extender analógicamente la garantía prevista en el RDLRT al esquirolaje tecnológico se centra en una interpretación más legal que constitucional del derecho, coincidiendo con las antiguas posturas del TS<sup>33</sup>. El TC “cae una vez más en el vicio de operar desde el mero terreno de la legalidad ordinaria y no desde la construcción *ex constitutione* desde los derechos”<sup>34</sup> que es lo propio de su función.

En la garantía legal del ejercicio de derecho de huelga, prevista en el RDLRT 17/1997, por la que se prohíbe el recurso a trabajadores externos a la empresa, no encuentra acomodo, ni por analogía, como ocurre para el esquirolaje interno, la prohibición de utilización, por parte de la empresa, de los medios técnicos con los que cuenta en el momento de la huelga. La falta de una prohibición expresa facilita la apariencia de legalidad de la conducta del empresario que sólo se podría hacer decaer si con su ejercicio se limitase el derecho afectando a su contenido<sup>35</sup>. El problema se plantea cuando, como ocurre en esta sentencia, el análisis no se hace desde la proyección que estos hechos tienen sobre el contenido esencial del derecho de huelga sino desde la existencia o ausencia de un precepto legal.

---

<sup>33</sup> Tascón López R., *El esquirolaje Tecnológico*, ed. Aranzadi, 2017

<sup>34</sup> Pérez Rey J, *El Tribunal Constitucional, ante el esquirolaje tecnológico ...*, op. cit. p. 161.

<sup>35</sup> SSTC 90/1997, de 6 de mayo (BOE 9/06/1997) y 66/2002, de 21 de marzo (BOE 16/04/2002) FJ. 3º “la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario, ..., pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad solo aparente del acto empresarial”. Un efecto colateral de entender que esta conducta forma parte del poder empresarial es la imposibilidad de invertir la carga de la prueba, es decir, será el demandante el que debe probar que realmente se ha vulnerado su derecho de huelga. Mientras que si se plantea la posibilidad de que el uso de estos medios haya afectado a su derecho bastaría con que el trabajador aporte un inicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho y si el empresario no es capaz de probar lo contrario, los indicios aportados por el trabajador despliegan “toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental concernido”, entre otras la STC 75/2010, de 19 de octubre, (BOE 18/11/2010) FJ. 4º. Por otra parte, hay que tener en cuenta que el indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional de un derecho, sino que debe permitir deducir la posibilidad real de una lesión, entre otras, SSTC 87/1998, de 21 de abril (BOE 20/05/1998), 214/2001, de 29 de octubre, (BOE 30/11/2001) o la 17/2003, de 30 de enero (BOE 5/03/2003).

## 5.2 El derecho de huelga y sus límites

El derecho de huelga consiste esencialmente en la cesación del trabajo con el objetivo de interrumpir la producción de bienes o servicios por parte de la empresa, suspendiéndose temporalmente la relación laboral y limitando con ello la libertad del empresario<sup>36</sup>. Pero con su ejercicio también se ha de garantizar su eficacia, es decir, la satisfacción real de “los intereses de los trabajadores para cuya consecución el derecho se otorga”<sup>37</sup>. “El derecho de huelga es un instrumento de presión respecto de la empresa, para equilibrar en situaciones límite las fuerzas en oposición”<sup>38</sup>, con la paralización parcial o total del proceso productivo se va a provocar el necesario perjuicio que el ejercicio de este derecho provoca al empresario<sup>39</sup>, lo que significa que no puede neutralizar sus efectos con actos o conductas dirigidas principalmente a mantener la normalidad productiva de la empresa, amparándose en el ejercicio de otros derechos del empresario ya sean “fundamentales” o “infraconstitucionales”<sup>40</sup>.

Constitucionalmente ningún derecho puede considerarse absoluto e ilimitado y, mucho menos cuando se contextualiza en el marco propio de las relaciones laborales en las que tiene lugar su práctica<sup>41</sup>, como ocurre con el derecho de huelga. La ponderación de los derechos en conflicto exige superar el juicio de proporcionalidad al que quedan sometidos, no pudiendo derivarse “la legitimidad de una actuación limitadora de un derecho fundamental como es la huelga, de una interpretación *sensu contrario* de un precepto legal como tampoco puede ampararse en el ejercicio de potestades directivas que, en definitiva, derivan del principio de libertad de empresa”<sup>42</sup>, y que quedan fuera de la protección del ordenamiento jurídico cuando se ejercen en una situación de conflicto.

El ejercicio del derecho de huelga puede venir limitado por el legislador o forma mediata o indirecta por la propia Constitución. En el primer caso

---

<sup>36</sup> STC 66/2002 FJ.7 “Los poderes del empresario se encuentran limitados por el derecho fundamental de huelga, constituyendo un resultado prohibido su utilización lesiva”

<sup>37</sup> La STC 183/2006, de 19 de junio (BOE 20/7/2006) FJ.10º; SSTC 29/2002, 30/2002, ambas de 11 de febrero (BOE 14/03/2002). Baylos Grau A., *Continuidad de la producción o del servicio y facultades...*, op. cit., p. 97.

<sup>38</sup> STC 123/1992 FJ. 2º.

<sup>39</sup> STC 11/1981, FJ 10

<sup>40</sup> Pérez Rey J., *El Tribunal Constitucional, ante el esquirolaje tecnológico...*, op. cit., p. 161.

<sup>41</sup> STC 33/2011 FJ. 6º

<sup>42</sup> VP. del Sr. Magistrado D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel, a la STS, de 11 de junio de 2012 (apartado 4º).

siempre que no se contravenga su contenido esencial<sup>43</sup> o que no afecte al mismo. En el segundo, cuando entra en colisión con otros derechos o bienes constitucionales a los que también hay que proteger o preservar<sup>44</sup>.

En ambos supuestos nos encontramos ante una cuestión interpretativa en la que el criterio a seguir debe “ser el de mayor amplitud posible del derecho fundamental y la restricción del límite a lo necesario”<sup>45</sup>. Este criterio queda garantizado cuando se trata del establecimiento de servicios mínimos o de los servicios de mantenimiento durante la huelga.

Cuando la actividad de una empresa consiste en la prestación de un servicio esencial a la comunidad, la autoridad gubernativa fijará unos servicios mínimos como garantía necesaria para asegurar su mantenimiento<sup>46</sup>. La aplicación de estos servicios trae su causa en, la satisfacción de otros derechos y libertades constitucionalmente protegidos y en la preservación de los bienes de idéntica significación<sup>47</sup>, sin que el poder empresarial forme parte de esta calificación<sup>48</sup>. Nos encontramos ante un límite o restricción al ejercicio del derecho de huelga, implícito en el artículo 28.2 CE, en el que, no obstante, y en ningún caso, “podrá rebasarse su contenido esencial, hacerlo impracticable, obstruirlo más allá de lo razonable o despojarlo de la necesaria protección”<sup>49</sup>.

El legislador impone otro límite al derecho de huelga de carácter excepcional, cuando prevé el establecimiento de servicios de seguridad y mantenimiento en la empresa a la que pertenecen los trabajadores huelguistas. En los primeros se adoptan medidas de seguridad de las personas y cosas y en los segundos, de mantenimiento sobre los locales, maquinaria, instalaciones o materias primas. La fundamentación de estas medidas se encuentra en el hecho de que la huelga es un derecho de hacer presión sobre el empresario,

---

<sup>43</sup> Artículo 53.1 CE “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades...”

<sup>44</sup> SRC 183/2006, FJ. 7º

<sup>45</sup> STC 183/2006, FJ.6

<sup>46</sup> STC 183/2006 FJ.7, se trata de la “prestación de los trabajos necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que el propio servicio satisface, pero sin alcanzar el nivel de rendimiento habitual. Alzaga Ruíz I., *La sustitución interna de los trabajadores huelguistas: un supuesto de vulneración del derecho de huelga. Comentario a la STSJ Cataluña 16 de abril de 2002 (AS 2002, 1847)*, *Rvta. Aranzadi Social*, 2002, n. 2, p. 2.

<sup>47</sup> STC 53/1986, de 5 de mayo (BOE 20/05/1986) FJ. 3º, STC 11/1981 FJ. 18 y 19.

<sup>48</sup> STC 183/2006, FJ. 3º b) “a priori, no existe ningún tipo de actividad productiva que, en sí misma, pueda ser considerada como esencial”; STC 53/1986, FJ. 3º.

<sup>49</sup> STC 183/2006 FJ. 3º. Aparicio Wilhelmi M., *Crisis financiera y recortes de derechos: la austeridad como dispositivo de desposesión constitucional*, *Rvta. De Derecho Social*, 2016, n. 76, pp. 34-36.

“pero no es una vía para producir daños o deterioros en los bienes de capital”<sup>50</sup>.

Las medidas de seguridad, a diferencia del establecimiento de servicios mínimos, corresponden a la potestad del empresario, en su condición de tal, “y, en virtud de ello, como consecuencia de las facultades de policía de que en el seno de la empresa está investido”<sup>51</sup>. La adopción de estas medidas constituye un límite claro al ejercicio del derecho de huelga, por esa razón el ejercicio de esta potestad ha de entenderse muy restrictivamente, solo para la adopción de medidas consideradas como imprescindibles para evitar daños o perjuicios de imposible o muy costosa subsanación, entre las que no pueden incluirse, en ningún caso, las orientadas al mantenimiento de la producción. La excepcionalidad de estas medidas queda garantizada con la participación del comité de huelga en su adopción junto al empresario.

Las situaciones de excepcionalidad que justifican la existencia de límites al derecho de huelga no alcanzan a explicar por qué cuando el conflicto afecta exclusivamente al ejercicio de los poderes empresariales la interpretación que se hace de los mismos tiende a restringir los límites del poder empresarial constriñendo paralelamente el contenido del derecho de huelga.

## **6. La prestación de trabajo y la bicefalia en los poderes empresariales**

Los poderes del empresario derivados de su derecho de libertad de empresa son muy amplios y abarcan multitud de facetas, entre las que se incluyen todas aquellas que afectan a la prestación de trabajo, ya sea en su relación con el trabajador a través del poder de dirección previsto en el artículo 20 TRET<sup>52</sup>, como en la organización del proceso productivo en el que la relación laboral se desarrolla<sup>53</sup>. Intentar constreñir el contenido del derecho de huelga solo al ámbito del poder de dirección nos parece, cuanto menos, cuestionable, principalmente porque la prestación de trabajo y el ejercicio de este poder no se entienden si no se enmarcan en una organización productiva previa a la propia relación laboral.

---

<sup>50</sup> STC 11/1981 FJ. 20

<sup>51</sup> STC 11/1981 FJ. 20

<sup>52</sup> Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE 24/10/2015)

<sup>53</sup> STC 33/2011 FJ. 6º

Las alteraciones que se produzcan en la organización de los recursos materiales de la empresa van a afectar, con mayor o menor intensidad, a la prestación de trabajo lo que implica la necesaria adaptación de los trabajadores a las mismas. Cuando esta alteración se produce durante el desarrollo de una huelga hay que analizar si la medida adoptada desactiva la presión producida por el paro en el trabajo<sup>54</sup> limitando el derecho, con independencia de que haya habido intencionalidad en el resultado generado<sup>55</sup>. El control constitucional sobre una pretendida vulneración del derecho de huelga debe concentrarse en analizar si los actos del empresario son la consecuencia de “una conducta estratégica u objetivamente contraria al derecho fundamental consagrado en el art. 28.2 CE, pues la perturbación lesiva de este tipo de derechos puede cobijarse tanto en una estrategia empresarial como en un quebrantamiento objetivo, al margen de aquella voluntad o intencionalidad”<sup>56</sup>.

En la STC 17/1977 FJ. 7º no se analiza la conducta del empresario, su intencionalidad en la adopción de estas medidas, ni si la misma ha provocado un resultado lesivo al derecho de los trabajadores. Tan solo disecciona los poderes empresariales entre los de dirección de los trabajadores y los de organización del proceso productivo, en el que se incluye la utilización de todos los medios materiales con los que cuenta la empresa para mantener la actividad. Entre ambos solo los primeros pueden verse afectados por los límites del derecho de huelga. Esta separación no parece razonable en la medida en la que la empresa es un todo y es la conjunción de los medios personales y materiales con los que cuentan los que permiten desarrollar la actividad productiva.

La proporcionalidad y los sacrificios mutuos que se exigen al ejercicio del derecho de huelga no puede amparar, como parece deducirse de la sentencia de referencia, el mantenimiento de la producción o parte de ella a través del uso de medios técnicos propios de la empresa, bajo el argumento de que las facultades de organización del proceso productivo son independientes

---

<sup>54</sup> STC 66/2002 FJ. 7º

<sup>55</sup> SSTC 107/2000, de 5 de mayo (BOE 07/06/2000) y 225/2001, de 26 de noviembre (BOE 27/12/2001) ya aprecian la existencia de una conducta antisindical (y en el derecho de huelga está implicada la libertad sindical) “por el resultado para el derecho o bien objeto de tutela y no por la intencionalidad del sujeto que la lleva a cabo, al margen por tanto de factores psicológicos y subjetivos de arduo control”; 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)*, *Rvta. Derecho Social*, 2012, n. 59, p. 209.

<sup>56</sup> STC 66/2002, de 21 de marzo FJ 3; SSTC 107/2000, 225/2001. Todolí Signes A., *El esquirolaje tecnológico como método de defensa ante una huelga (1)*, *Rvta. Actualidad Laboral*, 2014, n. 7-8, pp.833-855.

de las facultades de organización y dirección de la prestación de trabajo, aunque ambas integren el poder empresarial.

## 7. La tecnología «límite» natural al derecho de huelga

En otro orden de cosas, la afirmación que hace el TC sobre la falta de doctrina constitucional sobre el esquirolaje tecnológico resulta cierta parcialmente, las SSTC 183/2006, de 19 de junio y 191/2006, de 19 de junio<sup>57</sup> lo contemplan implícitamente en su relación con los servicios esenciales. En ellas se plantea la inconstitucionalidad del artículo 3 a) y b) del RD 351/2002, de 14 de junio<sup>58</sup> en el que se consideraba que constituían servicios mínimos esenciales “la emisión, dentro de los horarios habituales de difusión, de una programación previamente grabada” y “la producción y emisión de la normal programación informativa, durante su horario habitual”. Resulta evidente que la producción, grabación o emisión de programas de diversa índole forman parte de la actividad normal de la radiodifusión al igual que la utilización de los medios técnicos que los hacen posible. La declaración de inconstitucionalidad de este precepto no se basa en el contenido y emisión de unos programas “enlatados”, en la medida en la que constituye una práctica habitual en la actividad de las empresas de radiodifusión, sino en su emisión y, con ella, en la utilización de la tecnología para poder llevarla a efecto durante el paro provocado por una huelga. En la aplicación del juicio de constitucionalidad de este precepto no puede separarse el carácter “enlatado” del contenido de los programas<sup>59</sup>, de los medios utilizados para emitirlos porque, son éstos y no aquellos los que la hacen posible privando, según el Ministerio Fiscal y la propia STC 183/2006, “de repercusión apreciable a la huelga, sustrayéndole su virtualidad de medio de presión y de inequívoca exteriorización de los efectos del paro laboral efectivamente producido mediante la exigencia de una apariencia de normalidad del servicio contrario al derecho de huelga”. Es la condición de programa pregrabado y su emisión en ausencia de los trabajadores lo que realmente vulnera el derecho de huelga y convierte en

---

<sup>57</sup> BOE 20/07/2006

<sup>58</sup> RD 351/2002, 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 (BOE 15/06/2002).

<sup>59</sup> STC 183/2006 FJ. 8º, “la propia característica de la información que se quiere emitir, no encuentra justificación en la preservación de derecho a comunicar y recibir información” previsto en el artículo 20.1 d) CE.

excesivos a los servicios mínimos previstos en el RD 351/2002 y por tanto inconstitucional al precepto que los prevé.

Esta interpretación constitucional, sin embargo, al centrarse en la fijación de servicios mínimos y no en la utilización –necesaria- de los medios técnicos por parte del empresario para mantener su proceso productivo con la emisión de programas “enlatados” sirvió de argumento para que, esta doctrina, no adquiriera continuidad en las STS de 11 de junio de 2012, en la que la emisión de publicidad de forma automática solo estaría prohibida si se asignase a ella trabajadores encargados de los servicios mínimos<sup>60</sup>.

El propio TS da un giro en su interpretación excluyente de la existencia de un esquirolaje tecnológico, en su STS de 5 de diciembre de 2012, cuando considera en este caso, que la emisión de publicidad de forma automática lesiona el derecho de huelga por impedir su exteriorización, dejando “una nula trascendencia social de la huelga”<sup>61</sup>.

## 8. La Inter temporalidad de una norma.

En nuestro ordenamiento jurídico el RDLRT 17/1977 reconoce un “tipo ideal” de huelga<sup>62</sup> centrado principalmente en la cesación de la prestación de servicios del trabajador<sup>63</sup>, lo que sin ignorar completamente los efectos que determinados actos del empresario pueden tener sobre la eficacia del derecho de huelga, se centra en la licitud de todas aquellas conductas que no están específicamente prohibidas. (se centra en un concepto trasnochado de huelga)

---

<sup>60</sup> VP. Magistrado Sr. D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel, para quién la sentencia llega a una conclusión radical con la que “el derecho de huelga puede llegar a constreñirse hasta extremos que le hagan prácticamente ineficaz en su ejercicio, al amparo de una protección ilimitada de la libertad empresarial”. Talens Visconti E.E., *Esquirolaje tecnológico: interrogantes abiertos*, *Rvta. Aranzadi Social*, 2013, n. 5, p. 4; Pérez Rey J., *Tertulias, reportajes de actualidad y esquirolaje tecnológico*, op. cit., p.195ss.

<sup>61</sup> Talens Visconti E.E., *Esquirolaje tecnológico: interrogantes abiertos*, op. cit., p. 5; López Lluch M.I., *El derecho de huelga: nueva doctrina sobre el “esquirolaje tecnológico” en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de diciembre de 2012* cit., BIB 2013\1667; Miñarro Yanini M., *Huelga y contratos en el grupo PRISA: el plus de tutela del Tribunal Supremo frente a la Audiencia Nacional*, *Rvta. CEF. Trabajo y Seguridad Social*, 2015, n. 387, p. 120; Todolí Signes A., *El esquirolaje tecnológico como método de defensa ante una huelga (1)*, *Rvta. Actualidad Laboral*, 2014, n. 7-8, pp. 835-837; Pérez Rey J., *El esquirolaje tecnológico: un importante cambio de rumbo de la doctrina del Tribunal Supremo (STS de 5 de diciembre de 2012)*, *Rvta. Derecho Social*, 2013, n. 61, p. 163 ss.

<sup>62</sup> Baylos Grau A., *Continuidad de la producción o del servicio y facultades*, op. cit., pp. 3-19.

<sup>63</sup> Este cese “implica a su vez la facultad de declararse en huelga, estableciendo su causa, motivo y fin y la de elegir la modalidad que se considera más idónea al respecto dentro de los tipos aceptados legalmente” STC 123/1992, FJ. 4

Bajo este criterio es perfectamente entendible las dificultades interpretativas que nuestros tribunales han tenido y tienen sobre las actuaciones del empresario tendentes a minimizar los efectos de la huelga, más allá de la situación especialmente prohibida de sustitución de los trabajadores huelguistas por personas ajenas a la empresa<sup>64</sup>, tal y como se ha ido poniendo de manifiesto a lo largo de este trabajo.

El test de constitucionalidad al que se sometió esta norma con la STC 11/1981, solo adecuó su contenido a los principios del Estado social y democrático de Derecho que la Constitución defiende, pero no asumió una potestad legislativa que, por otro lado, no le corresponde. El hecho de que no se contemple como garantía la prohibición de un esquirolaje interno o tecnológico no puede implicar *a sensu* contrario su licitud como se señala en la STC 183/2006 FJ 6º, cuando afirma que la falta de una “Ley postconstitucional no puede valer para adoptar actitudes de tolerancia respecto de la utilización de criterios restrictivos del ejercicio del derecho”<sup>65</sup>

La STC 17/2017 en su interpretación analógica sobre la utilización de medios técnicos con la garantía prevista en el artículo 6.5 RDLRT 17/1977, descende a un plano de legalidad el contenido y la eficacia de un derecho fundamental como, por otra parte, lo han hecho de forma recurrente los tribunales de justicia. La STC 66/2002, de 21 de marzo, en su FJ 7º, afirma que “las conductas realizadas por el empresario no pueden analizarse en un plano de legalidad sino desde su eventual afectación al derecho de huelga, esto es, atendiendo al menoscabo que podría, en su caso y a su través, haberse causado en aquel derecho”<sup>66</sup>.

Situar al derecho de huelga en un plano de legalidad, significa desactivar la presión producida por el paro, manteniendo “la asimetría de poder que establece la normalidad laboral regida por el principio de subordinación”<sup>67</sup>. Supone interpretar los poderes empresariales desde la perspectiva de la libertad

---

<sup>64</sup> Art. 6.5 RDLRT 17/1977

<sup>65</sup> STC 183/2006 FJ.6, aunque referido a los servicios esenciales, nuestro Tribunal recuerda que “no existe ningún tipo de actividad productiva que, en sí misma pueda ser considerada como esencial”, siendo necesario al no existir una ley reguladora del derecho de huelga, examinar en cada caso las circunstancias concurrentes en una huelga para determinar si se han lesionado los servicios esenciales. Si la falta de previsión legal obliga a interpretar restrictivamente el concepto de servicio esencial a la comunidad, resulta difícil entender que la misma falta de previsión legal para la existencia de un esquirolaje interno o tecnológico, implique una interpretación restrictiva del derecho de huelga frente al poder del empresario que puede desplegar en toda su amplitud.

<sup>66</sup> STC 66/2002 FJ. 7.

<sup>67</sup> Perez Rey J., *El Tribunal Constitucional, ante el esquirolaje tecnológico...*, op. cit., p. 163.

amparándose en uno de sus principios rectores, “lo no prohibido expresamente por la Ley ha de considerarse permitido”. Con esta interpretación el TC no concilia los derechos de libertad de empresa y el derecho de huelga, sino que anula la función constitucional de un derecho fundamental relacionado con la igualdad sustancial prevista en el artículo 9.2 CE<sup>68</sup>.

El razonamiento utilizado por la STC 17/2017 sobre la prohibición del esquirolaje tecnológico se centra en un juicio de legalidad por lo que, al hilo de la normativa vigente, se trata de un mero ejercicio del poder empresarial en el que la bicefalia a la que nos hemos referido permite extender analógicamente la garantía prevista en el RDLRT 17/1977 sobre el ejercicio de las facultades derivadas de poder de dirección del empresario, mientras que no es posible esta extensión a la sustitución de los trabajadores por medios técnicos por formar parte de las facultades de organización del proceso productivo y, en consecuencia, de plena disposición por parte del empresario. Con esta interpretación se está partiendo de una concepción totalmente restrictiva del derecho de huelga en el que se está olvidando parte de su contenido esencial.

## **9. La conducta pasiva como cooperación necesaria del empresario a la huelga**

Junto a la falta de una regulación expresa la STC 17/2017 trae a colación otro argumento que, parecía haber sido superado por su propia doctrina y es la idea de colaboración del empresario con la huelga que subyace en la prohibición de usar los medios de que dispone. Entiende que el empresario ha de soportar un daño derivado de la interrupción de la actividad por sus trabajadores, pero considera desproporcionado exigirle que se abstenga de utilizar los medios de los que dispone para paliar sus efectos o que desarrolle una conducta “dirigida a propiciar la divulgación de la situación de la huelga”<sup>69</sup>. Cualquiera de estas exigencias supondría, a juicio del TC, imponerle al empresario una obligación o un deber de colaboración por acción u omisión con los huelguistas en el logro de sus propósitos y, todo ello, porque entiende que la Constitución garantiza el derecho a realizar la huelga, pero no el resultado o éxito de la misma.<sup>70</sup>

---

<sup>68</sup> Perez Rey J., *El Tribunal Constitucional, ante el esquirolaje tecnológico...*, op. cit., p. 163.

<sup>69</sup> STC 183/2006, FJ 10.

<sup>70</sup> STC 17/2017 FJ. 7°. En este mismo sentido Toscani Giménez D., *La prohibición de esquirolaje durante la huelga...*, op. cit., p. 4: “De otra parte, exigir al empresario que no utilice medios técnicos con los que cuenta en la empresa supone imponer al empresario una

El TC resucita una jurisprudencia obsoleta por atentatoria al contenido del derecho de huelga en la que se parte de una igualdad “inexistente” entre los sujetos de la relación laboral, lo que facilita el ejercicio de los poderes del empresario por encima de cualquier limitación no prevista legalmente<sup>71</sup>. Esta afirmación nos llevaría a encontrarnos con lo que se ha denominado la “intangibilidad de la disposición técnica del proceso de producción por parte del empresario”<sup>72</sup>.

El TC olvida su propia doctrina al considerar que la licitud de las decisiones del empresario proviene de la ausencia de prohibiciones expresas y no de la afectación que las mismas tienen sobre la interrupción de la producción empresarial durante el periodo de huelga<sup>73</sup>. Todos los derechos y potestades empresariales se ejercen en ausencia de conflicto por lo que no puede mantenerse en toda su amplitud cuando éste existe.

La preeminencia del derecho de huelga sobre el derecho de libertad de empresa basada, no en la posición que ocupan en el texto constitucional<sup>74</sup>, sino en la relación que se establece entre ambos derechos sobre la base de su

---

conducta de colaboración en la huelga no prevista legalmente. La utilización de medios ya existentes en la empresa es compatible con el derecho de huelga y no puede extenderse, por vía analógica, a este supuesto la prohibición prevista en el art. 6.5 RDL que se refiere al empleo de los recursos humanos en la empresa, pero no a la utilización de sus recursos materiales y tecnológicos”

<sup>71</sup> STS, de 4 de julio de 2000, FJ. 2º (RJ 2000/6289) en la que se dice que “no se impone al empresario el deber o la obligación de colaboración con los huelguistas en el logro de sus propósitos y no hay precepto alguno que prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa, para atenuar las consecuencias de la huelga”.

<sup>72</sup> Baylos Grau A. - Valedés De La Vega B., *El efecto de las nuevas tecnologías en las relaciones colectivas de trabajo*, en *Nuevas Tecnologías de la información y la comunicación u Derecho del Trabajo*, coordinado por Caracul M.R. - Esteban Legarreta R., Ed. Bomarzo, Albacete, 2004, p. 154; Pérez Rey J., *El Tribunal Constitucional, ante el esquirolaje tecnológico...*, op. cit., pp. 160-161.

<sup>73</sup> Baylos Grau A., *Continuidad de la producción o del servicio y facultades*, op. cit., p. 3; Pérez Rey J., *Tertulias, reportajes de actualidad y esquirolaje tecnológico*, op. cit., p. 208.

<sup>74</sup> Toscani Giménez D., *La prohibición de esquirolaje durante la huelga...*, op. cit., p. 2; por otra parte es precisamente esta posición la que se utiliza como argumento en el segundo voto particular formulado por el Magistrado Sr. D. Antonio Martín Valverde, al que se adhieren los Magistrados D. José Manuel López García de la Serrana y D. Jesús Souto Prieto a la STS, de 5 de diciembre de 2012, en el que se dice 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 53.1 y 2 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 empresario y los demás usuarios de los servicios”.

eficacia y de su función<sup>75</sup>, no puede ignorarse cuando nos referimos a las facultades organizativas del empresario derivadas de su libertad de empresa. Eso es lo que se hace en esta sentencia cuando califica de conducta prohibida solo la adquisición ex profeso de bienes materiales para paliar los efectos de la huelga. Esta interpretación acarrea un doble resultado: entender que todos los medios técnicos que se encuentren en posesión del empresario en el momento de la huelga, pueden ser utilizados indiscriminadamente, lo que convierte a la capacidad de actuación técnica del empresario en un poder ilimitado frente al derecho de huelga y, por otro lado, condicionar la vulneración del derecho a la intencionalidad del empresario de mitigar los efectos de la huelga, obviando la consideración objetiva que, según doctrina constitucional consolidada, ha de primar en la interpretación de los derechos fundamentales.

La imposición, prohibida, de una pretendida obligación de colaboración o cooperación del empresario con la huelga solo puede entenderse desde la imposibilidad de establecer límites al poder del empresario, lo que supone ir en contra del contenido esencial del derecho de huelga que, en atención a sus fines, incluye como parte integrante del mismo, la capacidad de limitar las facultades empresariales<sup>76</sup>.

Durante una huelga los poderes del empresario se mantienen, así como la posibilidad de continuar con su actividad si cuenta con los trabajadores y los medios para hacerlo<sup>77</sup>, pero esta conducta no queda amparada por el contenido del derecho de huelga cuando el procedimiento habitual se altera o se produce una adaptación de los medios a la nueva situación. La lectura que se haga desde una situación conflictiva, hay que realizarla desde el derecho de huelga y de la interpretación restrictiva de la imposición de límites a su ejercicio y no desde el poder del empresario que no incorpora en su contenido facultades de reacción frente al paro<sup>78</sup>. La única medida de conflicto que se

---

<sup>75</sup> Baylos Grau A., *Derecho de huelga, crisis económica y gestión sindical del conflicto*, *Rvta. Derecho Social*, 2014, n. 66, p. 23;

<sup>76</sup> Pérez Rey J., *Tertulias, reportajes de actualidad y esquirolaje tecnológico...*, op. cit., pp. 208-209.

<sup>77</sup> La conducta del empresario se entenderá lícita en función del grado de afectación que el uso de estos medios tenga sobre la interrupción de la actividad productiva, Baylos Grau A., *Continuidad de la producción o del servicio y facultades...*, op. cit., p. 3; Cruz Villalón J., *25 años de relaciones laborales colectivas. Regulación del derecho de huelga: balance y propuestas normativas*, *Rvta. Relaciones Laborales*, 2012, n. 23, p. 15.

<sup>78</sup> STS, de 5 de diciembre, de 2012. Pérez Rey J., *El Tribunal Constitucional, ante el esquirolaje tecnológico...*, op. cit., pp. 155-156 y 162; Baylos Grau A., *Derecho de huelga, crisis económica y gestión...*, op. cit., p. 23; Pérez Rey J., *Tertulias, reportajes de actualidad y esquirolaje tecnológico...*, op. cit., p. 208; Casas Bahaonde M.E., *Derecho de huelga y Constitución. ¿Nuevas perspectivas?*, *Rvta. Relaciones Laborales*, I, 1994, p. 6.

contempla para el empresario es el cierre patronal y es de carácter defensivo y no ofensivo. Su uso está previsto solo para los supuestos contemplados en el art. 12.1<sup>79</sup> del RDLRT 17/1977, siendo muy restrictivo en su contenido y, considerándose ilícito en su uso cuando “vacía de contenido el derecho constitucional de hacer huelga o se alza como barrera que lo impide porque un simple derecho cívico no puede impedir el ejercicio de un derecho fundamental”<sup>80</sup>.

## 10. La tecnología y la reinterpretación del derecho de huelga

Hablar de esquirolaje tecnológico implica la utilización de medios técnicos, mecánicos o automáticos para continuar con la producción durante el periodo de una huelga<sup>81</sup>. La tecnología genera problemas adicionales respecto de los otros tipos de esquirolaje y es que, con su uso se puede lesionar el derecho de los trabajadores con independencia del procedimiento seguido por el empresario durante el paro. Actualmente la tecnología permite mantener la producción aun en los supuestos en los que no se altere su uso habitual o regular de los medios. También permite, en sectores como los de comunicación e información, mantener la producción durante todo el día de forma automática, sin que, en puridad, se haya producido una sustitución de los trabajadores huelguistas<sup>82</sup>. La complejidad que presenta el esquirolaje tecnológico no puede solucionarse, al menos no completamente, desde la legalidad actual, aunque sí puede preverse sus líneas esenciales desde la interpretación judicial o constitucional. Las enormes posibilidades que genera la tecnología exigen un análisis individualizado de cada una de las situaciones conflictivas en las que se vea implicada. Aunque consideramos que el contenido esencial del derecho de huelga tiene carácter finalista, no puede afirmarse a priori que todo aquello que reduzca su eficacia conlleva una lesividad del derecho. A sensu contrario tampoco podemos afirmar de forma plena que el empresario puede utilizar todos los medios de los que dispone siempre que no sean adquiridos durante el transcurso de la huelga. En ambos

---

<sup>79</sup> Art. 12.1 RDLRT a) Existencia de notorio peligro de violencia para las personas o de daños graves para las cosas. b) Ocupación ilegal del centro o de cualquiera de sus dependencias, o peligro cierto de que ésta se produzca. c) Que el volumen de la inasistencia o irregularidades en el trabajo impidan gravemente el proceso normal de producción.

<sup>80</sup> STC 11/1981 FJ 22.

<sup>81</sup> Rota A., *La acción sindical en la sociedad altamente tecnológica. Una reflexión sobre el contexto italiano*, *Rvta. del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2018, n. 420, pp. 77-99, spec. 81

<sup>82</sup> STS de 5 de diciembre de 2012

casos se debe hacer prevalecer “el criterio de la máxima efectividad del derecho fundamental en juego, no pudiéndose sustraer virtualidad a la huelga como medida de presión”<sup>83</sup>

La falta de una acepción concreta sobre el “esquirolaje” dificulta su interpretación, pero también nos permite reformularlo sin contradecir su contenido. Si originariamente se equipara a la sustitución de trabajadores por trabajadores externo o internos, actualmente quizás sea necesario equiparlo a los efectos de esta sustitución. La prohibición de sustitución de los trabajadores deriva de la necesidad de garantizar la efectividad del derecho de huelga incluida su faceta dirigida a lograr su proyección exterior<sup>84</sup>, por lo que toda conducta que impida o restrinja el contenido del derecho de huelga sería susceptible de ser prohibida por contraria al mismo<sup>85</sup>.

Durante los últimos años se ha producido un viraje importante en el reconocimiento de los derechos de los trabajadores, individuales<sup>86</sup> o colectivos<sup>87</sup> y dentro de éstos el derecho de huelga no ha sido una excepción. La huelga aparece en la STC 17/1977 como un derecho “funcional al ejercicio de la libertad de empresa o a las libertades económicas de mercado”<sup>88</sup>, en la que se está valorizando en exceso la dimensión privada, patrimonialista y mercadotécnica de los intereses en juego<sup>89</sup> y en los que están primando los

---

<sup>83</sup> STC 183/2006; en el mismo sentido las alegaciones del MF en su antecedente octavo en la STC 17/2017. PEREZ REY, J.: “El Tribunal Constitucional, ante el esquirolaje tecnológico...” op. cit. pág. 152

<sup>84</sup> En este sentido las SSTC 186/2006, FJ. 10º y 33/2011 FJ. 3º

<sup>85</sup> STC 186/2006;

<sup>86</sup> TEDH caso “López Ribalda y otros” contra España (asuntos 1874/13 y 8567/13), de 9 de enero de 2018; STC 39/2016, de 3 de marzo de 2016 (BOE 8/04/2016)

<sup>87</sup> SSTC 119/2014, de 16 de julio (BOE 15/08/2015) y 8/2015, de 22 de enero (BOE 24-02-2015)

<sup>88</sup> Baylos Grau A., *Derecho de huelga, crisis económica y gestión...*, op. cit., p. 23.

<sup>89</sup> Romagnoli U. - Cazzetta G., *Sobre la crisis del derecho laboral (una entrevista)*, *Rvta. Derecho Social*, 2018, n. 80, p. 18, aunque referido al tratamiento constitucional del derecho del trabajo en Italia, consideramos que es de plena aplicación al tratamiento que sobre el mismo se está haciendo por nuestro Tribunal Constitucional. Este es el mismo sentido que se da en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los casos Laval y Viking (C-438/05 de 11 de diciembre de 2007, C-341/05, 18 de diciembre de 2007, respectivamente), en los que se pone en cuestión la primacía del derecho de huelga sobre el de libertad de establecimiento, contemplándolos en un plano de igualdad o considerando la primacía del segundo. Se trata de unas sentencias censuradas por el Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa, en Baylos Grau A., *Derecho de huelga, crisis económica y gestión...*, op. cit., p. 23; Baylos Grau A., *El espacio supranacional de ejercicio del derecho de huelga y la restricción legal de sus capacidades de acción*, *Rvta. De Derecho Social*, 2008, n. 41, p. 123 ss; Rota A., *La acción sindical en la sociedad altamente tecnológica. Una reflexión sobre el contexto italiano*, op. cit., pp. 92-95.

derechos empresariales frente a derechos fundamentales de los trabajadores como el de huelga<sup>90</sup>.

Esta nueva situación está provocando por parte de los trabajadores nuevas formas de reivindicaciones colectivas que también se están sirviendo de la tecnología, favorecida por internet, para oponerse a los poderes empresariales.

Por otro lado, la tecnología está provocando que la manifestación del derecho de huelga esté evolucionando. La táctica de las empresas está cambiando sobre la preferencia del cierre patronal como medida de conflicto del cierre patronal y actualmente su acción se dirige, fundamentalmente, a mantener la producción a través de distintos medios propios o ajenos. Por su parte, los trabajadores están desarrollando nuevas formas de reivindicación colectiva, conscientes de que cada vez como mayor frecuencia, sobre todo en determinados sectores fuertemente tecnificados, la paralización de la actividad no es suficiente para conseguir su finalidad, es necesario reconducir el paro laboral “hacia aspectos más exteriores relacionados con la comunicación y expresión”<sup>91</sup> la imagen externa de la empresa hoy en día supone un valor en alza, que puede llegar a movilizar a millares de personas en un sentido u otro, la digitalización de la sociedad engulle a todos los que la componen y la empresa pervive gracias a ella. Esto está generando una interesante casuística sobre la licitud de estas acciones que, hoy por hoy, está encontrando más eco en la doctrina que en los tribunales<sup>92</sup>.

## 11. Conclusiones

La principal conclusión a la que se llega en el análisis de la evolución de la doctrina constitucional en su interpretación de los derechos fundamentales es que los trabajadores se encuentran en permanente conflicto con la tecnología y están perdiendo.

El derecho fundamental de huelga es una herramienta necesaria para mantener el equilibrio con el poder del empresario en caso de conflicto. Es una medida de presión que alcanza su más alto nivel de protección en nuestro texto constitucional por entenderse que forma parte del carácter Social del

---

<sup>90</sup> Sempere Navarro A.V. - Mateos Y De Cabo O., *Uso y control de herramientas informáticas en el trabajo...*, op. cit., p. 107.

<sup>91</sup> Pérez Rey J., *El Tribunal Constitucional, ante el esquirolaje tecnológico...*, op. cit., p. 152.

<sup>92</sup> Véase el interesante artículo sobre esta problemática en Italia de Rota A., *La acción sindical en la sociedad altamente tecnológica. Una reflexión sobre el contexto italiano*, op. cit. pp. 77-99.

Estado de Derecho, sin embargo, el imparable y necesario desarrollo tecnológico de nuestras empresas está poniendo en jaque a los derechos de los trabajadores y, la jurisprudencia y la reciente doctrina constitucional están colaborando a ello.

El denominado esquirolaje tecnológico dentro de las relaciones laborales evidencia una realidad a la que no se le está dando respuesta o, se está haciendo de forma equivocada. La nueva doctrina del TC sobre la imposibilidad legal de entender como sustitución, de un trabajador huelguista, la utilización de medios mecánicos nos lleva a la nueva dimensión en la que se encuentra el Derecho del Trabajo, la intangibilidad del poder tecnológico como parte integrante del derecho de libertad de empresa.

La capacidad de limitar el poder empresarial, que integra el contenido esencial del derecho de huelga, se está vaciando de contenido desde el momento en el que se diseccionan los poderes que lo integran. Separar el poder de dirección y organización de la prestación de trabajo, del poder de organización de los medios productivos significa reservarse una parcela de poder que, afectando directamente a los trabajadores por la posición de subordinación que ostentan, se les niega la posibilidad de reacción contra las decisiones que se adopten.

El TC hace una interpretación reduccionista del derecho de huelga, ignora su condición de derecho fundamental y su necesario juicio de constitucionalidad ante la colisión de derechos constitucionales en conflicto, y condiciona su ejercicio a la cobertura legal de una casuística concreta como es la utilización de la tecnología para impedir la imposición de límites al poder empresarial. Casuística que, por otro lado, en el año 1977 era impensable.

Los nuevos trabajos, las nuevas estructuras empresariales, la digitalización de muchos servicios y todas aquellas formas de trabajo y trabajos que están por llegar encuentran su denominador común en la tecnología. Ignorarla en su afectación a los derechos de los trabajadores va a implicar una reconquista de los mismos a, los que probablemente, también les sirva la tecnología.

Actualmente la tecnología solo existe y es necesaria, el conflicto que genera no le corresponde a ella sino a quién la utiliza. Nos encontramos ante un nuevo poder, el tecnológico el cual, a diferencia de la mayor parte de los poderes, lo ostenta quien lo controla y no siempre coincide con el titular del mismo.

La reducción de la eficacia del contenido esencial del derecho de huelga a una mera cuestión de legalidad impide a nuestro juicio que podamos hablar

de la existencia de una doctrina constitucional capaz de condicionar los pronunciamientos judiciales posteriores a ella.

## Bibliografía

- Alzaga Ruíz I., *La sustitución interna de los trabajadores huelguistas: un supuesto de vulneración del derecho de huelga*, in *Comentario a la STSJ Cataluña 16 de Abril de 2002 (AS 2002, 1847)*, Rvta. Aranzadi Social, 2002, n. 2;
- Aparicio Wilhelmi M., *Crisis financiera y recortes de derechos: la austeridad como dispositivo de desposesión constitucional*, Rvta. De Derecho Social, 2016, n. 76;
- Baylos Grau A., *Continuidad de la producción o del servicio y facultades empresariales en casos de huelga*, en *Estudios sobre la huelga*, coord. Baylos Grau A., ed. Bomarzo, 2005;
- Baylos Grau A., *El espacio supranacional de ejercicio del derecho de huelga y la restricción legal de sus capacidades de acción*, Rvta. De Derecho Social, 2008, n. 41;
- Baylos Grau A., *Derecho de huelga, crisis económica y gestión sindical del conflicto*, Rvta. Derecho Social, 2014, n. 66.
- Baylos Grau A. - Valdés de La Vega B., *El efecto de las nuevas tecnologías en las relaciones colectivas de trabajo*, en *Nuevas Tecnologías de la información y la comunicación u Derecho del Trabajo*, coordinados por Alarcón Caracuel MmR. - Esteban Legarreta R., Ed. Bomarzo, 2004;
- Casas Bahamonde M.E., *Derecho de huelga y Constitución. ¿Nuevas perspectivas?*, Rvta. Relaciones Laborales, I, 1994;
- Cruz Villalón J., *25 años de relaciones laborales colectivas. Regulación del derecho de huelga: balance y propuestas normativas*, Rvta. Relaciones Laborales, 2012, n. 23;
- Dieguez G., *“Esquirolaje” interno y otras cuestiones (comentario a la Sentencia de la Cassazione Italiana n. 20164, de 26 de septiembre 2007)*, Rvta. Anuario Coruñéz de Derecho Comparado del Trabajo, 2009, n. 1;
- Escribano Gutiérrez J., *El derecho de huelga en el marco de la descentralización empresarial. Sentencias 75 y 76/2010, de 19 de octubre, y 98 a 112/2010, de 16 de noviembre de 2010 del Tribunal Constitucional*, Rvta. Temas Laborales, 2011, n. 110;
- Escribano Gutiérrez J., *El esquirolaje interno como ataque al derecho fundamental a la huelga (STC 33/11, de 28 de marzo, del Tribunal Constitucional)*, Rvta. Temas Laborales, 2012, n. 116;
- López Lluch M.I., *El derecho de huelga: nueva doctrina sobre el “esquirolaje tecnológico” en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de diciembre de 2012*, BIB 2013\1667;
- Miñarro Yanini M., *Huelga y contratos en el grupo PRISA: el plus de tutela del Tribunal Supremo frente a la Audiencia Nacional*, Rvta. CEF, 2015, n. 387;
- Pedrajas Quiles A., *El esquirolaje tecnológico” Observatorio de Recursos Humanos y Relaciones Laborales*, en <http://www.observatoriorh.com/revista/rr-ll-el-esquirolaje-tecnologico>
- 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)*, Rvta. Derecho Social, 2012, n. 59;
- Pérez Rey J., *El esquirolaje tecnológico: un importante cambio de rumbo de la doctrina del Tribunal Supremo (STS de 5 de diciembre de 2012)*, Rvta. Derecho Social, 2013, n. 61;
- Pérez Rey J., *El Tribunal Constitucional, ante el esquirolaje tecnológico (o que la huelga no impida el fútbol)*, Rvta. Derecho Social, 2017, n. 77;
- Romagnoli U. - Cazzetta G., *Sobre la crisis del derecho laboral (una entrevista)*, Rvta. Derecho Social, 2018, n. 80;
- Rota A., *La acción sindical en la sociedad altamente tecnológica. Una reflexión sobre el contexto italiano*, Rvta. del Trabajo y de la Seguridad Social, 2018, n. 420, pp. 77-99;

- Sanguinetti Raymond W., *La tutela sustancial del derecho de huelga en las estructuras empresariales complejas*, *Rvta. de Derecho Social*, 2016, n. 74;
- Sempere Navarro A.V. - Mateos Y De Cabo O., *Uso y control de herramientas informáticas en el trabajo (marco legal, pautas judiciales y convencionales)*, en San Martín Mazzucconi C., *Tecnología de la información y la comunicación en las relaciones de trabajo: nuevas dimensiones del conflicto jurídico*, ed. EOLAS, 2014;
- Sempere Navarro A.V. - San Martín Mazzucconi C., *¿Puede una empresa minorar los efectos de la huelga?*, Gómez-Acebo&Pombo, *Noticias Breves*, enero 2014;
- Talens Visconti E.E., *Esquirolaje tecnológico: interrogantes abiertos*, *Rvta. Aranzadi Social*, 2013, n. 5, BIB 2013/1668;
- Tascón López R., *El esquirolaje Tecnológico*, ed. Aranzadi, 2017;
- Todoí Signes A., *El esquirolaje tecnológico como método de defensa ante una huelga (1)*, *Rvta. Actualidad Laboral*, 2014, n. 7-8;
- Toscani Giménez D., *La prohibición de esquirolaje durante la huelga con especial mención al esquirolaje tecnológico*, *Observatorio temático de jurisprudencia*, *Rvta. Trabajo y Derecho*, 2017, n. 30;