

**ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO Y DISCRECIONALIDAD
EMPRESARIAL EN EL USO DE MEDIOS TÉCNICOS: CUANDO LO
“HABITUAL” DESACTIVA LA HUELGA***

***TECHNOLOGICAL SCRAP AND BUSINESS DISCRETIONALITY
IN THE USE OF TECHNICAL MEANS: WHEN THE “USUAL”
DEACTIVATES THE STRIKE***

VÍCTOR BARROS TORNAY**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía,
Sevilla, de 24 de abril de 2024*

ECLI:ES:TSJAND:2024:2720

SUPUESTO DE HECHO: El Sindicato Independiente de Trabajadores del Transporte y Metro de Sevilla, Sociedad Concesionaria de la Junta de Andalucía SA, recurren en suplicación la sentencia del Juzgado de lo Social nº 6 de Sevilla que declara la concurrencia de una práctica de esquirolaje tecnológico por parte de la empresa al modificar de forma unilateral el cuadrante que distribuía los trenes a utilizar por franjas horarias. En algunas franjas horarias a las que afectaba la huelga, la empresa dispuso que los trabajadores no huelguistas y de servicios mínimos se adscribieran a trenes dobles en lugar de simples como se encontraba inicialmente previsto. La entidad empresarial considera que su actuación es absolutamente legal, mientras el sindicato reclama un mayor importe indemnizatorio y que se declare asimismo contraria a derecho la adscripción de los trabajadores de servicios mínimos a trenes dobles en franjas donde se encontraba previsto el uso de ambos medios.

RESUMEN: La sentencia objeto del presente comentario resuelve el asunto estimando el recurso interpuesto por la empresa y rechazando por tanto la concurrencia de una práctica ilícita de esquirolaje tecnológico. Para ello, una gran parte de su fundamentación jurídica se apoya en la jurisprudencia relacionada del Tribunal Constitucional y de la Sala IV del Tribunal Supremo, subrayando la

* Este trabajo forma parte del Proyecto de investigación PID2022-141201OB-I00 “La huida del mercado de trabajo y la legislación social en España” financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

** Estudiante del Máster en Abogacía y Procura de la Universidad de Sevilla.

libertad de utilización por el empleador de los medios técnicos a su disposición durante el curso de la medida de conflicto, ya que propugnar lo contrario supondría imponer un deber de colaboración no previsto legalmente con los propósitos de los huelguistas.

El pronunciamiento reviste de un indiscutible interés jurídico ya que se retoma el perpetuo debate sobre el esquirolaje tecnológico, poniendo especial énfasis en la habitualidad de los medios técnicos que se utiliza durante la huelga. A pesar de que muchos de los argumentos esgrimidos por el TSJ no son novedosos -por lo que deberemos realizar un sucinto estudio sobre el estado actual de la cuestión-, ello nos brinda una ocasión inmejorable para profundizar sobre ciertos esquemas, que no por reiterados han de resultar incuestionables. Por otro lado, el sector productivo en el que se alega la presunta práctica de esquirolaje tecnológico, así como la forma de implementarlo sí resultan insólitos, mereciendo asimismo una valoración crítica sobre su influencia en los servicios mínimos al estar ante un servicio esencial.

ÍNDICE

1. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN: BREVE APROXIMACIÓN AL MARCO JURÍDICO DEL ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO
2. PRONUNCIAMIENTO OBJETO DE ESTUDIO: LA SENTENCIA DEL TSJ DE ANDALUCÍA DE 24 DE ABRIL DE 2024 (REC.: 958/2024)
 - 2.1. Hechos probados
 - 2.2. Iter procesal y posición de las partes
 - 2.3. Cuestiones jurídicas de interés
 - 2.4. Fundamentación jurídica y fallo
3. VALORACIÓN CRÍTICA

1. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN: BREVE APROXIMACIÓN AL MARCO JURÍDICO DEL ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO

Como bien es sabido, el origen de la denominación ‘esquirolaje tecnológico’ para catalogar la panoplia de prácticas empresariales que, apoyándose en el uso de medios técnicos, tratan de torpedear la eficacia de una huelga, no puede encontrarse en la anquilosada norma preconstitucional que regula este derecho. Ciertamente, lo anterior puede ser una suerte de ‘verdad a medias’ por lo que posteriormente comprobaremos, pero sobre lo que no cabe la más remota duda es que el legislador de 1977 contemplase siquiera de soslayo la posibilidad de que los muy incipientes avances tecnológicos de la época fueran a comprometer seriamente en un futuro la efectividad del derecho de huelga¹. La regulación conte-

¹ Gorrochategui Polo, M. ‘La incidencia de las nuevas tecnologías en la figura del esquirolaje’, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 63, 2022,

nida en el Real Decreto-Ley 17/1977 de 4 de marzo (RDLRT en adelante), aun después de su depuración por la sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981 de 8 de abril, mantenía un halo de sospecha y recelo que provocaba que el ejercicio del derecho de huelga -a diferencia de lo que ocurría respecto de otros derechos fundamentales- se encontrase más constreñido que desarrollado².

Aún hoy, la huelga continúa lastrada por una regulación anacrónica³ que la convierte en un arma cada vez menos afilada y eficiente en el desarrollo de los conflictos de trabajo ante el contexto de vertiginosa evolución tecnológica en el que nos encontramos inmersos. Sin embargo, no se debe desmerecer en contraposición a la dejadez del legislador, la infatigable labor que nuestros tribunales han venido desempeñando para tratar de adaptar el vetusto marco legal al compás de las diferentes coyunturas experimentadas en nuestro sistema de relaciones laborales. Ello ha propiciado la singularidad de que una gran parte del RDLRT se deba estudiar al calor de los diferentes pronunciamientos que han ido interpretando -cuando no directamente reconstruyendo- sus apartados.

Uno de los preceptos que ha suscitado mayor atención jurisprudencial -y por supuesto doctrinal- ha sido el art. 6.5 RDLRT. Dicho artículo inicialmente -y en su literalidad se mantiene- proscribía únicamente al empresario la contratación de trabajadores no vinculados a la empresa durante una huelga legal, es decir, se prohibía lo que se conoce como esquirolaje externo. Al no extenderse dicha prohibición ni en el RDLRT ni en la sentencia que lo depura, a la sustitución de huelguistas por trabajadores de la propia empresa, se provocó un nutrido debate en los tribunales sobre si dicha práctica empresarial era lícita o no en base a la interpretación del precepto. Pues bien, este debate fue zanjado⁴ por el Tribunal Constitucional en su célebre sentencia 123/1992 de 28 de septiembre⁵ -y ratificado en la posterior STC 33/2011⁶-, en la que frente a argumentos que aluden a la máxima de libertad “todo lo que la ley no prohíbe está permitido”, afianzaba mediante una interpretación sistemática y finalista del precepto la interdicción del esquirolaje interno, señalando que durante la huelga la potestad directiva del

p.137.

² Como acertadamente señala González Ortega, “Lo que ha hecho que el acercamiento normativo a la huelga esté lleno de cautelas y prevenciones, considerándola como un comportamiento social que, más que potenciar, es necesario controlar, domesticar y reconducir a determinados límites”. Vid. González Ortega, S. “El derecho de huelga: un derecho fundamental acorralado”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 418, 2018, p.22.

³ Goerlich Peset, J.M. “Digitalización y derecho de huelga”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 155, 2020, p.95.

⁴ Taléns Visconti, E.E. “Esquirolaje tecnológico: interrogantes abiertos”, *Aranzadi Social: Revista doctrinal*, Vol. 6 núm 5, 2013, p. 2.

⁵ STC 123/1992 de 28 de septiembre (BOE núm. 260, de 29 de octubre de 1992, ECLI:ES:TC:1992:123)

⁶ STC 33/2011, de 28 de marzo (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2011, ECLI:ES:TC:2011:33)

empresario se mantiene “anestesiada o en vida vegetativa”. De forma análoga a la interpretación consolidada sobre el esquirolaje interno, nuestras más altas instancias han tenido ocasión de pronunciarse asimismo sobre otras formas de reemplazo de la prestación laboral de los huelguistas a través de estrategias productivas en el marco de la descentralización y los grupos de empresa, o -como resulta de especial relevancia en este epígrafe-, mediante la alianza con la tecnología para mantener la continuidad de la producción durante la huelga.

En consonancia con el cada vez mayor protagonismo de las innovaciones tecnológicas en las estructuras productivas de las empresas, se comienza en las postrimerías del pasado siglo, a plantear la licitud de la utilización de medios técnicos por parte del empleador para mantener la continuidad productiva durante la huelga. Sin poder detenernos en este punto⁷ en analizar pormenorizadamente la génesis y evolución jurisprudencial de esta práctica, pues excedería sobradamente de lo que se espera en un comentario de sentencia, sí nos gustaría repasar aunque sea a vuelapluma, los hitos principales de este proceso para establecer el estado actual de la cuestión.

Pues bien, inicialmente en las primeras sentencias del Tribunal Supremo que abordan la cuestión (STSS 27 de septiembre de 1999, 4 de julio de 2000 o 9 de diciembre de 2003)⁸, la postura cuasi⁹ unánime se decanta a favor de la libertad empresarial¹⁰, pues como se arguye: “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”. De hecho, ni tan siquiera se utiliza la expresión “esquirolaje tecnológico”, sino que en esencia lo que se

⁷ Para mayor profundidad remitimos a los excelentes y pormenorizados estudios de Muros Polo, A. “Nuevas formas de sustitución de las personas trabajadoras huelguistas en la industria 4.0” en AA.VV., *40 años de propuestas jurídicas sobre empleo, negociación colectiva y solución de conflictos laborales en Andalucía* (J.L. Monereo, coord.), XL Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, 2024, pp. 499-523; o Grau Pineda, C. “Los difusos contornos de la prohibición de esquirolaje”, *Tirant Lo Blanch*, Valencia, 2021.

⁸ STS 27 de septiembre de 1999 (Rec. 1825/1998 ECLI:ES:TS:1999:5843); STS 4 de julio de 2000 (Rec. 75/2000 ECLI:ES:TS:2000:5515); STS 9 de diciembre de 2003 (Rec. 41/2003 ECLI:ES:TS:2003:7882)

⁹ Una excepción la representa la STS de 16 de marzo de 1998 (Rec. 1884/1997 ECLI:ES:TS:1998:1767) en la que en el marco de una huelga en Canal Sur se desvía la señal televisiva a otro centro para continuar emitiendo la programación prevista. El tribunal -aunque no califica la práctica de esquirolaje tecnológico- entiende vulnerado el derecho de huelga al no respetarse los servicios mínimos fijados. Es de interés lo que señala en el FJ 5º: “*Pero esta limitación no puede enervar aquel derecho constitucional del trabajador, cuyo derecho quedaría vacío de contenido, si durante el periodo de huelga, se pudieran emitir y mantener, no solo informativos, sino también al resto de la programación habitual*”.

¹⁰ Ruiz Saura, J. E. “El esquirolaje en la empresa del siglo XXI. Repaso jurisprudencial del caso español”, *Revista DELOS*, núm.1 extra, 2021, p.45; Grau Pineda, C., “Los difusos...”, op. cit., Tirant Lo Blanch, p. 106.

aquilata es si la utilización de medios técnicos durante la huelga que permitan mantener la actividad empresarial resulta o no respetuosa con el ejercicio del derecho.

Sin embargo, en el año 2012 se produce un giro trascendental sobre la cuestión. En dicho año, y en un corto período de tiempo -lo cual deja claro como veremos, lo dividida que se encontraba la Sala IV-, el Tribunal Supremo se pronuncia en dos ocasiones -y con un resultado opuesto- en relación con la legitimidad del uso de medios técnicos por el empleador durante la huelga. La problemática además es sustancialmente idéntica, no solo por el hecho de que afecta a la emisión de publicidad preprogramada en el sector audiovisual, sino porque además la empresa demandada y la conducta cuestionada es la misma en ambos casos, siendo únicamente distinto el momento en el que se produce. En ambos supuestos, la empresa demandada es EITB y la discusión versa sobre si la emisión de publicidad preprogramada a través de medios técnicos en el contexto de una huelga vulnera el derecho. Cabe destacar que en ambos pronunciamientos tiene gran relevancia la STC 183/2006 de 19 de junio¹¹, que si bien no aborda directamente la licitud del “esquirolaje tecnológico”, si que rechaza que la emisión de publicidad enlatada durante la huelga se pueda enmarcar dentro de la consideración de servicios esenciales.

La primera sentencia, de 11 de junio de 2012¹², mantiene una línea continuista con la jurisprudencia anterior y considera que el empresario posee libertad para el uso de los medios técnicos de los que disponga durante la huelga siempre que para ello no incurra en esquirolaje interno o externo. Además, descarta la aplicación en este supuesto de la doctrina constitucional de la STC 183/2006 por estar ante una cuestión sustancialmente distinta, al no evaluarse si la emisión de publicidad preprogramada por EITB observa la consideración de servicio esencial o no. Contra la posición de la mayoría se formula un voto particular por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel, en el que de forma similar a como ya hizo el TC respecto del esquirolaje interno, critica que el razonamiento de la mayoría se base en la ausencia de prohibición legal del uso de medios técnicos por parte del empleador durante la huelga, reprocha no haberse interpretado de manera correcta la STC 183/2006 y su aplicabilidad al presente asunto y propugna la preeminencia del derecho de huelga sobre la libertad de empresa.

No obstante, tan solo seis meses después, en la sentencia de 5 de diciembre de 2012¹³, la postura de la mayoría se altera sustancialmente emprendiendo un

¹¹ STC 183/2006 de 19 de junio (BOE núm. 172, de 20 de julio de 2006 ECLI:ES:TC:2006:183).

¹² STS 11 de junio de 2012 (Rec. 110/2011, ECLI:ES:TS:2012:5579).

¹³ STS 5 de diciembre de 2012 (Rec.265/2011 ECLI:ES:TS:2012:9176).

giro de 180 grados¹⁴. Como hemos anticipado, ante un supuesto mimético al de la sentencia anterior, el TS considera que existe un conflicto entre el derecho de huelga y la libertad de empresa, en el que resulta necesaria la realización de una ponderación. Paralelamente a la doctrina constitucional que ratificó la proscripción del esquirolaje interno en base a una interpretación finalista del art. 6.5 RDLRT, el Tribunal Supremo entiende ahora que no se puede sostener la permisividad del “esquirolaje tecnológico” so pretexto de la ausencia de una norma cuya literalidad sea impeditiva del mismo. Propugna la Sala que no resulta dable amparar bajo la libertad de empresa comportamientos que vacíen a la huelga de su contenido esencial como derecho constitucionalmente garantizado. Por lo tanto, el Tribunal Supremo -si bien estima parcialmente el recurso de EITB- considera que no resulta válido el uso de medios técnicos durante el conflicto por parte del empleador, cuando dicho uso prive materialmente a los trabajadores del derecho fundamental de huelga.

Como resultaba esperable, dicho pronunciamiento desató un intenso debate dentro de la propia Sala IV, contando con hasta dos votos particulares que rechazan la nueva postura de la mayoría. El primero de ellos, formulado por el Excmo. Sr. Magistrado D. Aurelio Desdentado Bonete, critica la extensión de la garantía del 6.5 RDLRT a la utilización de medios técnicos para mantener la continuidad productiva durante la huelga, pues entiende que en dicha práctica no se produce propiamente una sustitución de los trabajadores huelguistas. Con ello, a juicio del magistrado dicha garantía se transforma en una garantía de éxito que impone al empresario un deber de colaboración con el resultado de la acción conflictiva, impidiéndole realizar su actividad por los medios de los que dispone. Exclusivamente entiende que resultaría viable realizar una interpretación analógica del art. 6.5 RDLRT y proscribir el esquirolaje tecnológico cuando el empresario adquiere los medios tecnológicos para hacer frente a la medida de conflicto. El segundo de los votos particulares lo formula el Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio Martín Valverde. Al igual que en el precedente, rechaza de manera vehemente la interpretación analógica para extender la garantía del 6.5 RDLRT al esquirolaje tecnológico, pues entiende que al no existir ni laguna legal al verse limitadas las restricciones a la libertad de acción del empresario durante el conflicto por los arts. 37.2 y 38 CE, ni identidad de razón al no poderse identificar capital humano y capital tecnológico, no procede el recurso a la analogía. En esta misma línea y en claro contraste con el pronunciamiento de la mayoría que rechaza el absolutismo de la libertad de empresa, propugna además el rechazo al absolutismo del derecho de huelga, que como cualquier otro derecho, debe convivir con otros derechos fundamentales entre los que se encontraría la libertad de adoptar medidas de conflicto por el empresario, que si bien mermada, acogería

¹⁴ Tascón López, R. “El esquirolaje tecnológico”, *Thomson Reuters Aranzadi*, 2018, p.74.

la defensa de la productividad durante el paro obrero. Por otro lado, se discute asimismo la posición de preeminencia en la que la Sala ha situado al derecho de huelga sobre otros derechos constitucionales como la “libertad de empresa o de trabajo”. Considera el Magistrado que la ubicación constitucional del derecho de huelga únicamente le otorga un sistema de protección reforzada, empero no una posición jerárquica sobre los otros derechos mencionados.

A pesar del ajustado rechazo al esquirolaje tecnológico por parte del Tribunal Supremo, la singular transcendencia del asunto provocó que más temprano que tarde hubiera de someterse al criterio del Tribunal Constitucional. Así pues, en la sentencia 17/2017 de 2 de febrero¹⁵, el sumo intérprete de la norma suprema entra a conocer en amparo sobre la posible concurrencia de una práctica de esquirolaje mixto -interno y tecnológico- en Telemadrid durante el desarrollo de una jornada de huelga general¹⁶. Sin pretender ahondar en detalles, la polémica emerge cuando el ente televisivo a través de un procedimiento con sensibles diferencias respecto al ordinario, y con un gran apoyo tanto en los medios técnicos que existían como en los trabajadores que no estaban siguiendo la huelga logra emitir un partido de *Champions League*. El sindicato recurrente -y el Ministerio Fiscal en su informe- consideran que se ha producido una vulneración del derecho de huelga al haberse utilizado “medios técnicos no habituales” y alterado las funciones normales del personal no huelguista, para mantener la continuidad productiva durante el conflicto. Por lo que aquí nos atañe, la reflexión en torno a la eventual concurrencia de esquirolaje tecnológico se realiza en el Fundamento Jurídico 7º y anticipamos que la respuesta que da el TC es negativa. La argumentación que sustenta dicho rechazo se puede reconducir a dos premisas principales, que ineludiblemente se conectan con el contenido de los votos particulares formulados a la sentencia de 5 de diciembre de 2012 -a pesar de que en ningún momento se hace mención de la postura del Tribunal Supremo-. Por una parte, el tribunal señala que no hay fundamento legal alguno que proporcione encaje jurídico a una prohibición al empleador de utilizar los medios técnicos de los que disponga durante el conflicto -sean o no de uso habitual-, e igualmente no resulta admisible realizar una interpretación analógica que extienda la prohibición de esquirolaje del art. 6.5 RDLRT a la “sustitución” del personal huelguista por medios técnicos. Por otro lado, otra gran porción de la argumentación del TC va dirigida a proclamar que en ningún caso existe un deber legal de colaboración sobre el empresario con el éxito de las pretensiones de los huelguistas, que es -a juicio de la mayoría del

¹⁵ STC 17/2017 de 2 de febrero (BOE núm. 59, de 10 de marzo de 2017, ECLI:ES:TC:2017:17)

¹⁶ Pronunciamiento blanco de justificadas críticas doctrinales, vid. Grau Pineda, C. “Los difusos...”, op. cit., pp. 119-129; o Pérez Rey, J. “El Tribunal Constitucional ante el esquirolaje tecnológico (o que la huelga no impida ver el fútbol)”, *Revista de Derecho Social*, núm. 77, 2017, pp. 151-168.

TC- lo que se derivaría de una limitación en el uso de los medios técnicos que le suponga una reducción impuesta de la actividad productiva.

Esta sentencia, al igual que las del Supremo de 2012 fue asimismo acompañada y combatida por un voto particular, formulado por el Excmo. Sr. Magistrado D. Fernando Valdés Dal-Ré. A pesar de la mayor parte de los razonamientos van destinados a discutir la postura del pronunciamiento respecto de la concurrencia de esquirolaje interno -considerando que apreciado estaría de más discutir la existencia de esquirolaje tecnológico-, el magistrado llama la atención sobre la deriva jurisprudencial del TC y su nula reacción ante la amenaza para los derechos constitucionales que suponen los cambios tecnológicos.

El TS no tarda mucho en hacerse eco del nuevo retorno a la doctrina jurisprudencial más orientada a la libertad de empresa, y reproduce los principales hitos de la STC 17/2017 en la sentencia de 13 de julio de 2017¹⁷. En dicho pronunciamiento, en el marco de un despido colectivo en INDRA se alega por el sindicato recurrente la vulneración del derecho de huelga por presunto esquirolaje -"externo" aunque a la vista de los hechos podría ser discutible esta calificación-. El posible menoscabo deriva de que INDRA presta servicios para Vodafone, la cual gestiona la demanda entre sus contratistas a través de una aplicación informática, de forma que ante retrasos relevantes, se distribuyen los requerimientos a otros proveedores. El demandante argumenta que dicha práctica, a causa del retraso natural que provocaba la huelga, suponía que se vaciase de contenido el impacto de la misma pues la prestación que debían realizar los huelguistas se derivaba a los trabajadores de otro proveedor. Sin embargo, el TS rechaza la concurrencia de un posible supuesto de esquirolaje y entre otros razonamientos, reproduce la doctrina de la reciente sentencia del TC aludiendo a la consabida libertad de uso de medios técnicos durante la huelga por parte del empresario y a la carencia de un deber legal de colaboración con los propósitos de los huelguistas. Aun con todo, parece vislumbrarse en los términos en los que desestima el tribunal la vulneración un pequeño guiño a la doctrina de la segunda sentencia de 2012 al señalar que "No ha quedado acreditado que las empresas activasen estrategia o tecnología específica para boicotear la huelga". ¿Quiere decir el tribunal a contrario sensu que si se acredita una afectación sobre el derecho de huelga se podría limitar el uso de medios tecnológicos por el empleador?

Esta interpretación podría verse tácitamente respaldada en la posterior sentencia de 3 de febrero de 2021¹⁸ en el marco de una huelga en el Grupo Ericsson. En dicha sentencia, se aborda si menoscaba el derecho de huelga que durante el conflicto la herramienta encargada de realizar de forma automática las

¹⁷ STS 624/2017 de 13 de julio (Rec. 25/2017 ECLI:ES:TS:2017:3166).

¹⁸ STS 153/2021 de 3 febrero (Rec. 36/2019, ECLI:ES:TS:2021:643).

asignaciones de las incidencias, las distribuyese a ‘‘contratas no habituales’’ en lugar de a las que ordinariamente correspondía y cuyos trabajadores secundaban la huelga. A pesar de que el TS desestima el recurso y califica dicha práctica como lesiva del derecho, en ningún momento se reproduce la jurisprudencia del esquirolaje tecnológico, de ahí que no se retome, al menos de forma expresa, la posición de la STS 5 de diciembre de 2012.

En definitiva, el esquirolaje tecnológico mantiene su carácter espinoso, resultando un tanto complejo conjugar la jurisprudencia de nuestras más altas instancias sobre este abanico de prácticas empresariales apoyadas en la tecnología. Ahora bien, como la intención de este primer epígrafe es delimitar -aunque sea a través de ideas generales- el estado de la cuestión para proceder a continuación al examen de la sentencia protagonista de este trabajo, vamos a tratar de establecer una serie de pinceladas que reúnan los nexos comunes de nuestra doctrina jurisprudencial ya expuesta.

En primer lugar, parece ciertamente indiscutible que como regla general el empresario durante la huelga puede hacer uso de los medios técnicos de los que disponga para mantener la producción¹⁹ -siempre y cuando no incurra en supuestos de esquirolaje interno, externo o utilice de manera abusiva los servicios mínimos-, pues a juicio sobre todo del Tribunal Constitucional -y de las primeras sentencias de los años 2000 del TS-, lo contrario supondría una obligación de colaboración con el éxito de la huelga que no encuentra respaldo legal. Un interrogante de enjundia -que tendrá gran importancia en la sentencia que vamos a analizar como veremos- es respecto del carácter de los medios técnicos que se utilizan, esto es, si son o no de uso habitual en el proceso productivo y si ello afecta o no a la licitud de la práctica empresarial durante el conflicto. Parece que el Tribunal Constitucional concede una libertad a priori total sobre el uso de medios técnicos y no exige que reúnan el carácter de habitualidad en el proceso productivo, solo hay que ver la descripción de los hechos que acompaña la STC 17/2017 para concluir que en ese particular, el empleador no estaba haciendo uso de los medios ordinarios para poder retransmitir el partido -codificador B en lugar del A-²⁰. Sin embargo, en contra de ello se podría aludir que en la STS de 3 de febrero de 2021 se acepta la vulneración del derecho de huelga ya que el tribunal de instancia entiende -y el TS ratifica- que al desviarse las incidencias de manera anómala por la herramienta se estaba vaciando el impacto de la medida de conflicto -en una postura con una proximidad mayor a la STS de 5 de diciembre de 2012-. Podría concluirse que este es uno de los puntos candentes de debate al respecto del esquirolaje tecnológico y que posee aún más sombras

¹⁹ Ruiz Saura, J. E. ‘‘Huelga y nuevas tecnologías: la encrucijada de un derecho fundamental’’, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm 167, 2023, p.197.

²⁰ Tascón López, R. ‘‘El esquirolaje...’’, op. cit., p. 93.

que luces. Por último, otra idea que creemos que se podría extraer es que, a pesar de la contundencia de la STC 17/2017, resulta unívocamente ilícito -al menos en nuestra percepción- adquirir deliberadamente o utilizar los medios técnicos con el único o principal propósito de reaccionar contra la huelga²¹.

Como quizás se advierta, las líneas expuestas parece que se asemejan, con indudables matices, a la postura sobre el uso de medios técnicos durante la huelga que desglosa el Magistrado D. Aurelio Desdentado Bonete en el tercer fundamento del voto particular formulado a la STS de 5 de diciembre de 2012. Ahora bien, sin duda resta un gran interrogante sobre el que no hemos conseguido aunar una respuesta satisfactoria por parte de nuestras instancias ¿resulta posible interpretar el art. 6.5 RDLRT para censurar aunque sea la última práctica expuesta en el párrafo anterior como un supuesto de esquirolaje tecnológico ilícito? Tanto la STS 11 de junio de 2012, los votos particulares formulados a la de 5 de diciembre de 2012 y la STC 17/2017 rechazan la posible interpretación analógica del precepto al creer una distinción insalvable el factor humano del factor técnico en aras de calificar la conducta como “sustitución”. Sin embargo, ¿cabrían otras interpretaciones en su caso como la sistemática o la finalista -de forma similar a la STC 123/1992-? A nuestro juicio²², podría sostenerse que sí cabría aunque ciertamente el sustrato jurisprudencial es cuanto menos débil, pues al margen de la STS 5 de diciembre de 2012 -que apuesta por la analogía-, las sentencias del TS dictadas posteriormente a la del TC no manifiestan la claridad necesaria y aunque censuran ciertas prácticas llevadas a cabo a través de la tecnología, en ningún momento hablan de manera explícita de esquirolaje. Ilustrativamente sin embargo, alguna sentencia de órganos inferiores como la del TSJ País Vasco de 15 de noviembre de 2019²³ sí reconoce explícitamente la concurrencia de esquirolaje tecnológico -durante una huelga la empresa traslada medios y material tecnológico a una contrata para que trabajen con ellos- y aunque no menciona expresamente el art. 6.5 RDLRT si hace referencia a la STS de 5 de diciembre de 2012. De cualquier modo, dedicaremos en el análisis crítico de la sentencia objeto de este estudio algunas palabras más para tratar la posibilidad e idoneidad de esta vía para tutelar el derecho de huelga ante el inexorable avance tecnológico.

²¹ Coincidimos en esta postura con Ruiz Saura, J.E. “Huelga y nuevas...” op. cit., p. 198; o Tascón López, quien considera “que esta situación parece a fortiori lesiva del derecho de huelga”. Tascón López, R. “El esquirolaje...”, op. cit., pp.91-92.

²² En este sentido asimismo vid. Taléns Visconti, E.E. “Esquirolaje tecnológico...”, op. cit., pp.10-11.

²³ STSJ País Vasco 2080/2019 de 15 de noviembre (Rec. 1862/2019 ECLI:ES:TSJPV:2019:3490).

2. PRONUNCIAMIENTO OBJETO DE ESTUDIO: LA SENTENCIA DEL TSJ DE ANDALUCÍA DE 24 DE ABRIL DE 2024 (REC: 958/2024)

Una vez desarrollado someramente el marco jurídico así como los principales hitos del recorrido jurisprudencial del esquirolaje tecnológico en nuestro ordenamiento, vamos a adentrarnos sin mayores detenimientos, en la cuestión de fondo de este trabajo: el análisis de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) 1168/2024 de 24 de abril (rec.: 958/2024 ECLI:ES:TS-JAND:2024:2720). Siguiendo una exposición lógica, vamos a comenzar estableciendo los hechos y el iter procesal de la sentencia, para posteriormente delimitar las cuestiones principales que se plantean así como su resolución por el tribunal. Finalmente, el siguiente apartado se consagrará a un comentario crítico sobre la misma y sus posibles implicaciones.

2.1. Hechos probados

Los hechos probados que se recogen en el pronunciamiento objeto del presente estudio son los que establece la sentencia de instancia, esto es, la sentencia del Juzgado de lo Social nº 6 de Sevilla 356/2023 de 2 de octubre (rec: 27/2019 ES:JSO:2023:5240. El 9 de noviembre de 2018 el comité de empresa del Metro de Sevilla Sociedad Concesionaria de la Junta de Andalucía SA (en adelante Metro de Sevilla) convocó huelga indefinida intermitente que tendría lugar todos los jueves a partir del 29 de noviembre, en las franjas horarias de 7:30 a 9:30 horas y de 19:00 a 21:00 horas. El sindicato demandante -el Sindicato Independiente de Trabajadores del Transporte- posee 4 representantes en dicho comité. Con anterioridad a dicha convocatoria, en octubre de 2018 se había fijado el cuadrante de servicios para los últimos meses del año y el período especial navideño -desde 1 de diciembre a 7 de enero-, en el cual se detallaba la previsión en el uso de trenes simples y dobles -en su caso- en las diferentes franjas horarias, así como las personas trabajadoras adscritas a cada servicio.

Retornando a la convocatoria de huelga, al ser servicio esencial, la Dirección General de Relaciones Laborales y de Seguridad y Salud laboral adscrita a la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio de la Junta de Andalucía, fijó por medio de resolución de fecha 23 de noviembre de 2018 los porcentajes de servicio que se debía mantener en las franjas en las que tuviera lugar la huelga. Aunque no se aborda extensamente la cuestión en la sentencia del TSJ, la sentencia de instancia aclara que dichos servicios se fijaron, no respecto del número de trenes en circulación durante la huelga, sino en atención al número de trabajadores que debían prestar servicios. Concretamente, la resolución establece en días ordinarios un 40% para la franja de 7:30-9:30 y un 30% para la franja 19:00-21:00; mientras que para los días de servicio especial se alternan dichos porcentajes de manera que para la franja 7:30-9:30 se estableció un 30 % y para

la de 19:00-21:00 un 40%. Dicha resolución, resulta posteriormente impugnada con éxito por el comité de empresa, declarando la sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Andalucía que se había vulnerado el derecho de huelga en los servicios mínimos previstos, por sentencia de 9 de julio de 2019 (Rec. 724/2018 ECLI:ES:TSJAND:2019:15144).

De cualquier modo, durante el desarrollo de la huelga se produjeron una serie de incidencias respecto al uso de los trenes inicialmente previsto y la adscripción de los trabajadores que se encontraban en servicios mínimos:

- El día 6 de diciembre en la franja 19:00-21:00 el cuadrante preveía el uso de 5 trenes simples y 5 dobles. Los 4 conductores que acudieron en concepto de servicios mínimos fueron adscritos a los trenes dobles exclusivamente.
- El día 13 de diciembre en la franja 7:30-9:30 el cuadrante preveía 17 trenes simples. Los trabajadores que acudieron en concepto de servicios mínimos fueron adscritos a 4 trenes dobles y 3 simples. En la franja 19:00-21:00 estaba previsto el uso de 5 trenes dobles y 4 simples, y los trabajadores en servicios mínimos fueron adscritos a 3 trenes dobles y 2 simples.
- El día 20 de diciembre en la franja de mañana el cuadrante fijaba el uso de 17 trenes simples. Los conductores que se encontraban prestando servicios mínimos fueron adscritos a 4 trenes dobles y 4 trenes simples. En la franja de tarde se preveían 12 trenes simples, y se adscribieron a los trabajadores en servicios mínimos a 4 trenes dobles.
- El día 27 de diciembre en la franja de tarde estaban previstos por el cuadrante 10 trenes simples, no obstante los trabajadores en servicios mínimos fueron adscritos a trenes dobles.

2.2 Iter procesal y posición de las partes

El desarrollo de los hechos expuestos provocó que el Sindicato Independiente de Trabajadores del Transporte interpusiera demanda de vulneración de derechos fundamentales -derecho de huelga y libertad sindical- en fecha 2 de enero de 2019, que fue turnada al Juzgado de lo Social nº 6 de Sevilla. En dicha demanda, el sindicato plantea la vulneración del derecho de huelga -y libertad sindical- por dos motivos: por una parte, por considerar que al ser a su juicio los servicios mínimos establecidos excesivos, la empresa al cumplir con ellos había vulnerado el derecho de huelga; y por otra parte, al haberse modificado discrecionalmente el cuadrante de servicios por la empresa durante la huelga, utilizando trenes dobles cuando a priori no correspondía, se había producido una

vulneración por esquirolaje tecnológico. Junto a ello, el sindicato pretende que Metro de Sevilla abone una indemnización por un importe total de 100.000 euros en concepto de daños. Frente a estas pretensiones, la parte demandada se opone a los pedimentos de la demanda considerando que en ningún caso se ha producido la alegada vulneración de los derechos fundamentales aludidos.

El juzgador resuelve por medio de sentencia de 2 de octubre de 2023, en la que estima parcialmente las pretensiones del sindicato. Considera que a pesar de que la sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Andalucía ha considerado que los servicios fijados por la Consejería vulneraron el derecho de huelga, no se puede atribuir dicha vulneración a la empresa por el simple hecho de cumplir ordinariamente con los servicios fijados y que no habían sido suspendidos caute-larmente. Por tanto, rechaza que se haya vulnerado el derecho fundamental por ese motivo. Ahora bien, en opinión del juzgador, no se puede acoger la misma conclusión respecto de la concurrencia de una práctica de esquirolaje tecnológico por parte de Metro de Sevilla. Por el contrario, la modificación unilateral del cuadrante de servicios, estableciendo trenes dobles cuando no se encontraban previstos, constituye una vulneración del derecho de huelga, que no se puede amparar por la facultad de utilización de los medios técnicos ordinarios a dispo-sición del empleador, pues en este caso el uso no resulta ordinario. Eso sí, el juzgador entiende que dicho uso es ilícito solo cuando no estaba previsto, y no en las franjas en las que se encontraban previstos tanto trenes dobles como simples, pudiendo en ese caso el empresario distribuir los servicios mínimos a su antojo en esos medios. Por último, respecto de la indemnización solicitada, entiende que al haber sido estimada parcialmente la vulneración, corresponde asimismo estimar parcialmente el montante solicitado, concediendo una cuantía que asciende a 6.251 euros.

Tanto demandante como demandado formalizan sendos recursos de suplica-ción contra la anterior sentencia. El sindicato demandante pretende una revisión fáctica para justificar la procedencia de la cuantía indemnizatoria inicialmente solicitada, así como reclama que se declare que la empleadora vulneró el derecho de huelga en las franjas horarias referidas en las que se habían previsto tanto trenes dobles como simples y solo se destinaron trabajadores en servicios mínimos a los dobles. Por su parte, el recurso de suplicación de Metro de Sevilla pretende la revocación de la sentencia de instancia al entender que el uso de los medios técnicos ha sido ordinario y que la actuación empresarial ha sido absolutamente legal.

2.3. Cuestiones jurídicas de interés

Así pues, una vez establecidos los hechos y el iter procesal llegamos a la sentencia objeto de estudio, que resuelve los recursos de suplicación planteados.

Previo al examen de la argumentación y ulterior fallo del TSJ, creemos pertinente realizar una recapitulación de las cuestiones jurídicas de interés suscitadas en el presente asunto.

En primer lugar, la cuestión sustancial del caso sobreviene en torno a la concurrencia o no de esquirolaje tecnológico en el comportamiento empresarial durante la huelga. Dicho esquirolaje se reclama existente sobre dos actuaciones: la alteración unilateral del cuadrante para que se utilicen trenes dobles en franjas horarias en las que no estaban previstos, y por otro lado, la adscripción de trabajadores en servicios mínimos únicamente a trenes dobles, en franjas donde su uso estaba previsto conjuntamente con trenes simples. La primera de ellas, como hemos referido, fue declarada vulneradora del derecho de huelga en la sentencia de instancia y es objeto de recurso de suplicación en contrario por la empresa. En cuanto a la segunda, fue declarada una actuación lícita por la sentencia de instancia y dicho pronunciamiento es recurrido por el sindicato actor.

En segundo lugar, y estrechamente ligada a la cuestión anterior, estriba la procedencia o improcedencia de indemnización por vulneración del derecho de huelga, y en el primero de los casos, el importe de dicha indemnización. La sentencia de instancia, de conformidad con la apreciación de una práctica ilícita de esquirolaje tecnológico reconoce un montante indemnizatorio que no satisface al sindicato, el cual pretende que se le reconozca el total solicitado. Por su parte, Metro de Sevilla al solicitar la revocación de la sentencia de instancia y defender la legalidad de su actuación durante la huelga, considera que no procede la indemnización pues no ha existido vulneración de derechos fundamentales en el presente asunto.

2.4. Fundamentación jurídica y fallo

Adentrándonos en el fondo del asunto, el tribunal comienza examinando en primer lugar la revisión fáctica planteada por el sindicato -recordemos para sustentar la procedencia de una mayor cuantía indemnizatoria de la reconocida en instancia-. A través de dicha revisión fáctica, el sindicato pretende añadir a los hechos probados el beneficio obtenido por la empresa con base en el cálculo de afectación a usuarios realizado por la propia empresa para la determinación de los servicios mínimos. Sin embargo, el TSJ considera que dicha revisión constituye en realidad la adición de un hecho nuevo, no alegado ante el Juzgado, por lo que la rechaza.

Seguidamente, la parte más sustancial de la fundamentación jurídica se encarga de analizar la concurrencia de esquirolaje tecnológico en el comportamiento llevado a cabo por la empresa durante la huelga. En primer lugar, respecto de la modificación discrecional por parte de la empleadora del cuadrante,

disponiendo el uso de trenes dobles cuando no se reflejaba, el TSJ rechaza la existencia de una práctica ilícita de esquirolaje tecnológico. Para ello, se apoya argumentalmente en la postura del Tribunal Constitucional en la sentencia 17/2017 de 2 de febrero y en la posterior del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2017. Destaca -como señala el TC- que “ni la Constitución ni la jurisprudencia constitucional obligan a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la reivindicación, pues debe respetarse la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quisieran sumarse a la huelga; ni obligan al empresario a reducir la actividad empresarial más allá de lo que sea una consecuencia lógica del seguimiento de la huelga por los trabajadores afectados”, no pudiendo exigirse al empresario que no utilice los “medios técnicos con los que cuenta la empresa”, siendo lo contrario una obligación de colaboración no prevista legalmente. Para el TSJ la clave del asunto se encuentra en si los medios técnicos utilizados por el Metro de Sevilla gozaban de las notas de ordinariedad o habitualidad, para que en cuyo caso el uso se encontrase justificado. De un somero análisis sobre el hecho probado que detalla las franjas y los trenes previstos, el tribunal extrae que se da este carácter de medio técnico de uso habitual, pues si bien no en todas, en algunas franjas se preveía el uso conjunto de trenes dobles y simples. Insiste además que lo que la Constitución garantiza es el derecho a hacer huelga y no el éxito de la misma, no estando obligado el empresario a contribuir a esto último.

Una vez corregido el pronunciamiento de instancia y descartada la concurrencia de una práctica ilícita de esquirolaje tecnológico en la alteración del cuadrante inicialmente previsto, el TSJ se dispone a responder a la segunda reclamación del sindicato: la vulneración del derecho de huelga al utilizar a los trabajadores en servicios mínimos exclusivamente en trenes dobles cuando en la franja se preveía la confluencia de trenes dobles y simples. Al igual que en el planteamiento anterior, el tribunal rechaza asimismo que se haya vulnerado el derecho de huelga en este supuesto. Se alude a la primera de las sentencias del año 2012 -Sentencia de 11 de junio de 2012- con intención de justificar que los servicios mínimos no se constituyen como un límite a la actividad productiva de la empresa -“los servicios mínimos se convertirían en máximos”-, sino como una garantía de mantenimiento de un servicio esencial ante la huelga. Curiosamente, seguido a este razonamiento se señala que los trabajadores adscritos a servicios mínimos se encuentran compelidos a prestar esos servicios y no una prestación superior. De cualquier forma, el TSJ concluye su argumentación en este punto, refiriendo a que en el asunto objeto de examen la adscripción de los trabajadores en servicios mínimos solo a trenes dobles en franjas donde también se preveían

simples no constituye esquirolaje tecnológico, sino que deriva de un uso ordinario de los medios técnicos a disposición del empresario.

Finalmente respecto de la cuestión indemnizatoria, al entender el tribunal que no se había producido vulneración alguna del derecho de huelga se revoca el montante concedido en primera instancia al sindicato y consecuentemente con ello se desestima su petición de que ascendiese al inicialmente solicitado en la demanda.

El fallo de la sentencia es por tanto la estimación del recurso de suplicación planteado por Metro de Sevilla, Sociedad concesionaria de la Junta de Andalucía; y la desestimación del recurso de suplicación planteado por el Sindicato Independiente de los Trabajadores del Transporte.

3. VALORACIÓN CRÍTICA

Los razonamientos enarbolados por el TSJ para negar la concurrencia de una práctica ilícita de esquirolaje tecnológico durante la huelga en el Metro de Sevilla resultan -a nuestro juicio-cuanto menos controvertidos. Da la impresión de que el Tribunal se orienta hacia una postura más afín a la libertad del empresario en detrimento del derecho de huelga de los trabajadores, sustentando su discurso argumentativo en la fundamentación de la sentencia 17/2017 del Tribunal Constitucional, así como la de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2012. De cualquier manera, vayamos por partes, disgregando y analizando la respuesta dada a los supuestos de posible esquirolaje tecnológico planteados, así como su interacción con los servicios mínimos inicialmente fijados -y posteriormente declarados vulneradores del derecho por la sala de lo contencioso-administrativo del TSJ-.

En primer lugar, la cuestión quizás de mayor enjundia dentro del asunto planteado dimana a nuestro parecer, de la determinación de si modificar los trenes simples inicialmente previstos en el cuadrante de servicios por trenes dobles, de manera discrecional y unilateral por parte del empresario, es una actuación que merece por sí misma la calificación de esquirolaje tecnológico. Como se ha expuesto, la Sala rechaza vehementemente que dicha práctica se pueda identificar con el esquirolaje prohibido, dado que entiende que la sustitución de trenes dobles por simples es una potestad con la que cuenta el empleador al ser todos ellos “medios técnicos de uso ordinario o habitual”. Ciertamente, se debe reconocer en este punto que en nuestro derecho no existe un concepto claro y delimitado de lo que se entiende o debe entenderse por “medios técnicos de uso ordinario”, sino que es más bien un concepto jurídico indeterminado, abono perfecto para que, en multitud de ocasiones, impere la apreciación in caso del juzgador sobre si estamos o no ante ese tipo de medios. Sin embargo, en nuestra opinión en el

presente asunto hay razones de peso para sostener una tesis contraria a la que llega el Tribunal sobre este particular. De la argumentación que desarrolla el TSJ, parece que se termina por admitir que si el empleador prevé el uso de un determinado medio técnico en ciertas circunstancias -por ejemplo temporales como en nuestro caso- dicho medio posee un carácter de inherente habitualidad que le permite utilizarlo según su exclusivo criterio, siendo irrelevante por tanto su impacto sobre una acción de conflicto en desarrollo o que incluso no se encuentre ni tan siquiera previsto en el momento en el que se quiere usar. Así pues, la previsión de trenes dobles en ciertas franjas horarias permite extender dicha utilización a otras en las que no exista dicha previsión, bajo la total discrecionalidad empresarial y sin importar la evidente disminución que ello provoca sobre la visibilidad y repercusión de la huelga en curso.

Por otro lado, aunque hipotéticamente se utilizase una acepción de habitualidad bajo la cual se admitiese dicha condición sobre los medios que poseen una utilización recurrente o esporádica en el proceso productivo, sigue existiendo un gran obstáculo para calificar la conducta empresarial de lícita. En el presente caso, nos encontramos -como machaconamente venimos repitiendo- ante un comportamiento empresarial en el que súbitamente y con el desarrollo de una huelga de telón de fondo, se decide modificar caprichosamente la previsión de los medios técnicos que se van a usar en determinadas franjas horarias en las que la medida de conflicto tiene lugar. Podríamos no pensar de la peor manera posible y entender que existe un argumento o finalidad de peso, no antisindical, que justifique dichas alteraciones repentinas, más dicha explicación nos resulta absolutamente desconocida pues en la sentencia no se refleja. Recuérdesse que en la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales, el art. 181.2 LRJS prevé que una vez que sean acreditados los “indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”. Pues bien, resulta irrefutable que la modificación en el cuadrante posee la suficiente relevancia para tener la condición de indicio pues afecta al ejercicio de la huelga que se está desarrollando, y sin embargo, no queda acreditada en ningún lugar la pertinente justificación razonable que sustente que dicho comportamiento no obedece a una motivación “antihuelga”. De hecho, en la propia sentencia de instancia se destaca que “en el caso que nos ocupa la empresa no ha acreditado que ninguna de las modificaciones realizadas responda a causa objetiva u organizativa alguna ajena a la huelga” y sin embargo ello resulta incomprensiblemente ignorado por el TSJ. La sentencia de suplicación al estimar el recurso empresarial, bajo el amparo de la predicada libertad de uso de medios técnicos “habituales”, ni

tan siquiera se detiene a examinar la afectación que el comportamiento irregular descrito provoca sobre el derecho de huelga.

Lo expuesto anteriormente no es más que el producto de una doctrina jurisprudencial a nuestro juicio desenfocada, pues en lugar de comprobar como la utilización de unos determinados medios tecnológicos afectan al derecho fundamental de huelga, se finta todo amago de debate bajo la obcecada premisa de la libertad de empresa evitando un verdadero y necesario ejercicio de ponderación. La discusión sobre el uso ordinario de los medios técnicos está eclipsando la imperiosa necesidad de evaluar si dichos medios, sean o no habituales en la empresa, entorpecen de manera relevante el despliegue de una huelga, que recordemos, sigue siendo la medida de conflicto por antonomasia de las personas trabajadoras para la defensa de sus intereses.

Por consiguiente, el discurso sostenido por el Tribunal resulta a nuestro parecer cuanto menos peligroso. Bajo el paraguas de la libertad de organización de la actividad productiva y el uso sin restricciones de los medios de los que dispone, se está permitiendo que la empresa lleve a cabo actuaciones que de manera patente, y sea voluntariamente o no, confrontan la huelga buscando ahogar su impacto en la opinión pública y reducir al mínimo su incidencia económica. Al aceptar que el empleador utilice los medios técnicos de los que dispone tan a su entera conveniencia, que incluso pueda sortear los propios cuadrantes que ha elaborado sin justificación de peso alguno, se colocan en una clara situación de vulnerabilidad los derechos fundamentales de los trabajadores.

Frente a ello, el argumento que se reproduce continuamente es el de la falta de previsión legal sobre un supuesto "deber de colaboración del empresario con la huelga" y lo irrisorio que resultaría que el empresario debiera contribuir al éxito de las reivindicaciones de los huelguistas. Pues bien, dicho discurso a nuestro parecer, orbita en torno a una identificación errónea entre el éxito de los huelguistas en sus reivindicaciones con el éxito de la huelga en cuanto a su despliegue como medida de conflicto²⁴. Tratemos de aclararnos, el empleador evidentemente en ningún caso se encuentra compelido a cooperar con los huelguistas en el éxito de sus reivindicaciones, ello iría contra la propia noción de conflicto. No obstante, el empleador sí se encuentra obligado a no torpedear el desarrollo de la acción conflictiva en la empresa. Ello se encuentra en la propia raíz de la prohibición de esquirolaje. La prohibición de esquirolaje no garantiza que los huelguistas logren ver satisfechos sus propósitos, sino que permite que la huelga pueda desenvolverse y posea potencialmente un cierto impacto proporcional al porcentaje o volumen de trabajadores que decidan secundarla. Y es que llevando hasta sus últimas consecuencias el razonamiento tras el pregonado "no deber de

²⁴ Grau Pineda, C. "Los difusos...", op. cit., p. 129.

colaboración del empresario ante la huelga” podríamos llegar a cuestionarnos hasta otros esquirolajes pacíficamente prohibidos como el externo o el interno, tanto en cuanto la contratación de trabajadores para sustituir a los huelguistas o la sustitución interna de estos por otros trabajadores de la empresa, no impide que no puedan llevar a cabo la abstención concertada, sino que simplemente la vacía completamente de impacto. Por consiguiente, estimamos desacertado hablar de que se obliga al empleador a contribuir con el éxito de la huelga cuando se propone limitar el uso de ciertos medios técnicos que poseen un impacto irrefutable sobre la misma²⁵. La victoria de los huelguistas seguirá dependiendo de innumerables variables como el seguimiento de la acción, la capacidad de resistencia, la estrategia seguida... Por el contrario, en la derrota de los huelguistas y en la imposibilidad de plantear conflictos con un mínimo impacto sí que puede influir y mucho una libertad de acción ilimitada del empleador ante la huelga.

Recuérdese en este punto la conocida exigencia de una “proporcionalidad y unos sacrificios mutuos” asumidos por las partes en conflicto²⁶. A pesar de que tradicionalmente este principio se ha utilizado como barrera frente a las manifestaciones huelguísticas de mayor vigor -y eficacia-, no vemos impedimento alguno para propugnar una interpretación que en línea con la necesaria asunción de sacrificios garantice que la acción conflictiva posea un cierto grado de repercusión sobre la organización productiva, formalmente en equilibrio con las consecuencias asumidas y sufridas por los huelguistas. No resulta coherente con la mencionada proporcionalidad que ante el desarrollo de una huelga con una adhesión masiva, el empleador pueda neutralizar cómodamente sus efectos asistiéndose de la tecnología²⁷.

A su vez, otro aspecto que merece nuestra consideración es el del impacto que tienen dichas alteraciones de los trenes simples por dobles sobre los servicios mínimos decretados. Debemos partir, como se pone de manifiesto en la sentencia de instancia con mayor detenimiento, que el establecimiento de servicios mínimos en este caso resulta en cierto modo extravagante. El problema radica en que el cálculo se realiza sobre la plantilla de conductores y no sobre los trenes que deben ponerse en circulación. Ello supone que durante las franjas horarias

²⁵ Respecto de esta línea jurisprudencial señaló muy acertadamente Baylos Grau que “*lo que realmente está afirmando esta línea interpretativa es en definitiva la absoluta y total intangibilidad de la disposición técnica del proceso de producción por parte del empresario, incluso si se emplea con la expresa finalidad de vaciar de contenido un derecho fundamental como el de huelga*”. Vid. Baylos Grau, A. “Sobre la pérdida de la función y eficacia de la huelga, especialmente en los sectores de la información y de la telecomunicación. A propósito de las consecuencias de la huelga general de 20 de junio de 2002”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 5 2004, p. 7.

²⁶ FJ 10º STC 11/1981 de 8 de abril (BOE núm. 99, de 25 de abril de 1981 ECLI:ES:TC:1981:11).

²⁷ Tascón López, R. “El esquirolaje...”, op. cit., p. 96.

en las que tiene lugar la huelga, no se haya decretado un mínimo de trenes que deben mantenerse en servicio, sino que se ha fijado un porcentaje de trabajadores que deben continuar la prestación. Por consiguiente, si por ejemplo en una franja se prevé un 40% de servicios mínimos y la plantilla son 10 conductores, deben acudir 4 trabajadores, empero resulta manifiesto que no es indiferente que dichos trabajadores se adscriban a 4 trenes simples que a 4 trenes dobles. Al tener mayor capacidad los trenes dobles pueden facilitar un mantenimiento mayor del servicio en detrimento del impacto de la huelga que se encuentra más atenuado. A pesar de ello, el TSJ despacha la cuestión, induciendo cierta confusión al señalar que los servicios mínimos son un límite sobre la huelga y no sobre la actividad productiva, pudiendo mantener la empresa un nivel superior de actividad al fijado por los servicios mínimos, aunque posteriormente matiza que no se puede incrementar dicho nivel utilizando a los trabajadores de servicios mínimos. En cualquier caso, y pese al deficiente método de fijación de los servicios mínimos, no podemos tampoco compartir la conclusión a la que llega el TSJ en esta cuestión. La clave se encuentra nuestro parecer en una línea transcrita de la sentencia de 11 de junio de 2012: *“El razonamiento de la sentencia recurrida altera esa función y convierte la determinación de los servicios mínimos en un límite a la propia actividad empresarial, de forma que la entidad afectada no podría, aunque pudiera hacerlo sin lesionar el derecho de huelga, realizar más actividades que las definidas en los servicios mínimos fijados”*. La empresa puede incrementar la actividad siempre que no lo haga lesionando el derecho de huelga, y en este caso a nuestro criterio, la modificación unilateral lesiona dicho derecho. Sumado a ello, creemos importante plantearnos la relevancia del cuadrante de servicios -realizado casi un mes antes de la orden que fija los servicios mínimos- en la determinación de los servicios mínimos. ¿Si en ciertas franjas se plantease que todos los trenes que se iban utilizar eran dobles, se mantendrían los mismos porcentajes?

Finalizamos este análisis llamando la atención sobre el riesgo considerable que se cierne sobre el derecho de huelga como no se produzca un viraje normativo -y en cierto modo jurisprudencial- en un futuro próximo. A pesar del improbable esfuerzo jurisprudencial por cubrir la dejadez del legislador, la analogía -o incluso la interpretación finalista si se quiere- de la prohibición del esquirolaje como método para rechazar un arsenal de prácticas empresariales cada vez más sofisticadas contra la huelga, se está encontrando ante sus límites lógicos. En nuestra opinión, no resulta posible estirar mucho más la prohibición contenida en el art. 6.5 RDLRT, que recordemos que en su literalidad solo prohíbe el esquirolaje externo. Alternativamente, como ya han sostenido algunos autores²⁸, mientras no

²⁸ Calvo Gallego, F.J. “Las medidas de conflicto colectivo en el nuevo entorno económico y social”. En *40 años de propuestas jurídicas sobre empleo, negociación colectiva y solución de conflictos laborales en Andalucía* (J.L. Monereo coord.), XL Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Monografías de Temas laborales, núm 66 Consejo

se actualice la regulación del abandonado derecho de huelga por el legislador, creemos que un posible método de defensa frente a ciertas prácticas podría ser apelar directamente al contenido esencial del derecho. No resulta aceptable que en un futuro próximo haya empresas donde ejercer la huelga sea una auténtica quimera, en atención a unos medios tecnológicos cada vez más perfeccionados que puedan sustituir el vacío en la producción dejado por los huelguistas. Nuestra jurisprudencia mantiene aún una postura ciertamente ambigua en lo que respecta a los medios técnicos de uso ordinario en la empresa, resistiéndose a limitar su uso ante la acción de conflicto invocando la libertad de empresa. Sin embargo, resulta cada vez más perentorio plantear un cambio de postura y aceptar que resulta cuanto menos probable que en ciertos contextos productivos los medios de uso habitual u ordinario afecten gravemente al ejercicio del derecho, hasta el punto ya señalado de empresas -cuando no sectores productivos completos- inmunes a la huelga. Al igual que resulta coherente limitar facultades como la de contratación de personal externo para sustituir a los huelguistas durante el conflicto, se tendrá que afrontar la posibilidad de que dichas limitaciones se extiendan al uso de ciertos medios que pueda comprometer la posición de los trabajadores ante el conflicto.

Concluimos haciendo nuestros los términos atemporales en los que tan brillantemente se pronunció el Magistrado D. Fernando Valdés Dal-Ré en el voto particular formulado a la STC 17/2017: *“Las renovadas fuentes de incidencia empresarial en la efectividad de los derechos fundamentales, al amparo de los nuevos medios técnicos a los que recurre para hacer más penetrante su actuación limitativa e impeditiva de la tutela constitucional, requieren respuestas constitucionales también nuevas, que garanticen la protección de los derechos más esenciales de los trabajadores en un grado asimilable al que ofreció nuestra jurisprudencia en el pasado, cuando dichos medios tecnológicos carecían del desarrollo y de la potencialidad restrictiva con los que ahora cuentan”*.