

El refuerzo constitucional de la prohibición legal de sustitución de huelguistas

JESÚS LAHERA FORTEZA
Catedrático Derecho del Trabajo Universidad Complutense
 <https://orcid.org/0000-0002-9734-3952>

I. FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ, MAESTRO Y GRAN AMIGO

Antes de iniciar mi análisis a este monográfico dedicado a *Las aportaciones de Fernando Valdés Dal-Ré a la doctrina social del Tribunal Constitucional* quiero agradecer, profundamente, al profesor José Luis Monereo, y a su equipo de profesores, esta iniciativa que rinde homenaje póstumo a mi maestro y gran amigo.

No me corresponde ahora decir nada sobre su excelente trayectoria académica y vital, que pude ordenar y ensalzar, en vida, en una semblanza de su libro homenaje dedicado a la negociación colectiva y que pude transmitir, tras su triste pérdida, en el diario *El País*, en un obituario publicado el 10 de Marzo de 2023 junto al profesor Juan Carlos García Quiñones¹. Pero sí quiero mostrar, en este homenaje póstumo académico, tres rasgos que identifican el profundo vínculo de discípulo de Fernando Valdés que marcó mi vida (y la de otros profesores universitarios).

- La excelencia intelectual unida con la confianza, lo que en la juventud es una mezcla de enorme potencial, y luego en la trayectoria una identidad
- El sustento emocional en la aportación propia, siempre evaluada con rigor, como muestran sus prólogos a primeros libros y la continuidad de un acompañamiento
- La libertad radical, que en mi caso se expresó en ocasiones en discrepancias públicas, en controversias ideológicas, o incluso algún reproche, que nunca mermaron este sustento emocional

La vivencia de discípulo se fue convirtiendo, en sus distintas etapas, en una gran amistad, y, finalmente, en una compañía constante en sus años más difíciles —los cuatro últimos— donde pude devolver todos los dones y afectos que aportó a mi vida, estando cerca de Berna y su familia, en la intimidad que ofrece la conciencia de la despedida de esta vida y en la lucidez de un encuentro personal lleno de autenticidad.

II. LA PROHIBICIÓN LEGAL DE SUSTITUCIÓN DE HUELGUISTAS

El art.6.5 del Decreto-Ley 17/1977, que regula la huelga (en adelante LH) prohíbe “*sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuvieran vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de incumplimiento de las obligaciones del art.6.7*”, que se refiere a los *servicios de seguridad y mantenimiento* durante el conflicto, extensible también a los *servicios mínimos* en servicios esenciales de la comunidad impuestos por la autoridad laboral competente del

¹ “Fernando Valdés Dal-Ré: hechos y narrativa de una trayectoria vital” en VV.AA.: *La negociación colectiva como institución central del sistema de relaciones laborales. Homenaje al profesor Fernando Valdés Dal-Ré*, CRUZ VILLALÓN, J., GONZÁLEZ POSADA MARTÍNEZ, E. y MOLERO MARAÑÓN, M.L. (Dir.), Bomarzo, Albacete, 2021, p. 9-17 y “Maestro del Derecho del Trabajo”, *El País*, 10 Marzo 2023

art.10 LH. Del mismo modo, está prohibido que la empresa solicite los servicios de una empresa de trabajo temporal (ETT) durante la huelga, con esta finalidad, como expresamente afirma esta legislación específica, en el art.8.a de la ley 14/1994 (LETT). Una interpretación sistemática y coherente de estos preceptos conduce igualmente a la prohibición de utilización de trabajadores de empresas contratistas con la finalidad de sustituir huelguistas, aunque no exista mención legal expresa.

Es evidente, con la salvedad de los arts.6.7 y 10 LH antes mencionada, que está radicalmente prohibido contratar nuevos trabajadores durante la huelga lícita para sustituir a los huelguistas y mantener así la actividad laboral. Esta prohibición legal del denominado esquirolaje externo, acorde con el Derecho comparado de huelga, es lógica porque la admisión de prácticas empresariales de sustitución de huelguistas conduce a la frustración del ejercicio de este derecho fundamental, dirigido a paralizar la actividad productiva con fines reivindicativos. Permitir a la empresa mantener la actividad con trabajadores externos iría en contra del derecho constitucional de huelga.

III. DOCTRINA CONSTITUCIONAL DE LA PROHIBICIÓN LEGAL DE SUSTITUCIÓN DE HUELGUISTAS

La jurisprudencia constitucional (SSTC 123/1992 y 33/2011, a la que suma la STC 17/2017 con el voto particular de Fernando Valdés que motiva este análisis) ha ampliado esta prohibición legal a la realización de trabajos de trabajadores no huelguistas, ya vinculados a la empresa antes de la huelga, en funciones distintas a las normalmente desempeñadas. El poder empresarial de dirección del art. 20 ET, con márgenes de *ius variandi*, y la movilidad funcional, ordinaria o extraordinaria, del art.39 ET encuentran, así, un claro límite durante las huelgas en virtud del así interpretado art.6.5 LH, extendido a los trabajadores internos de la empresa en conflicto (STC 123/1992). La doctrina constitucional, fundamentada en el art.28.2 CE, prohíbe de este modo el denominado esquirolaje interno.

Como afirma la STC 123/1992, “*el ejercicio de los poderes empresariales utilizado para privar de efectividad la huelga vacía el contenido esencial del derecho fundamental*”. La aceptación voluntaria por los no huelguistas de la realización de servicios distintos también resulta incompatible con el respeto constitucional a la huelga. Como afirma la STC 33/2011, la sustitución interna de trabajadores durante la huelga, en estas condiciones, es un “*ejercicio abusivo de poderes empresariales que daña este derecho fundamental*”, salvo, con previsión legal, en incumplimientos de servicios de seguridad del art.6.7 LH o de servicios mínimos en servicios esenciales de la comunidad del art.10 LH. La aceptación contraria a estas premisas supondría “*anular o minorar la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización de trabajos*”.

La STC 17/2017 se sustenta en esta doctrina constitucional, que no refuta, sin perjuicio de su adecuada o no proyección al caso planteado. La vulneración del derecho de huelga en estos supuestos de sustitución de huelguistas, reitera esta sentencia, opera cuando no existe “*causa legal habilitante*” —art.6.7 y 10 LH— y se realiza asignando de “*forma irregular*” —poder empresarial de dirección, movilidad funcional o pactos— la tarea del huelguista a trabajadores no huelguistas de la empresa que no las realizan de manera ordinaria. Está consolidada doctrina constitucional es también reafirmada en el voto particular de Fernando Valdés.

IV. EL SUPUESTO DE LA STC 17/2017: LA SUSTITUCIÓN TECNOLÓGICA DE TRABAJADORES EN HUELGA

A diferencia de los precedentes, la STC 17/2017 no otorga el amparo por vulneración de derecho de huelga del art.28.2 CE en el asunto concreto: una retrasmisión de partido de fútbol por una Televisión donde se había convocado una huelga lícita, que responde al supuesto novedoso de una sustitución tecnológica o el también denominado esquirolaje tecnológico.

En primer lugar, la sentencia parte del valor de hechos probados de los precedentes judiciales (art. 44.1.b LOTC) y no cuestiona “*que los trabajadores no huelguistas no llevaran a cabo funciones distintas de las que vienen desarrollando habitualmente*”. Sobre esta premisa, no aplica la doctrina del ejercicio abusivo de los poderes empresariales durante la huelga que habría conducido al amparo constitucional.

En segundo término, la sentencia no acepta que “*la utilización de medios técnicos con los que contaba la empresa, de uso no habitual, y diferente al ordinario en retransmisiones de partidos de fútbol*” —hecho probado— sea una vulneración del derecho de huelga, por asimilación con la doctrina del ejercicio abusivo de los poderes empresariales durante el conflicto. La sentencia se sustenta en que “*no hay precepto alguno que, durante la huelga, prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone para mantener su actividad*”. Según este parecer, esta exigencia supondría imponer al empresario una “*conducta de colaboración*” con la huelga no prevista legalmente. La utilización de medios tecnológicos estaría, así, también, garantizando la libertad de los no huelguistas a seguir trabajando.

La apertura que hace la STC 17/2017 a la respuesta tecnológica durante la huelga es muy amplia. Si la empresa tiene en propiedad la tecnología —es decir, no la adquiere durante el conflicto— y si existe margen para activarla con no huelguistas, sin forzar en exceso la movilidad funcional, y ni siquiera exigiendo una utilización de estos medios no excepcional, es viable esta respuesta empresarial, que puede minimizar el daño causado en la producción e, incluso, llegar a mantener la actividad productiva durante el ejercicio de este derecho fundamental.

V. EL REFUERZO CONSTITUCIONAL DE LA PROHIBICIÓN LEGAL DE SUSTITUCIÓN DE HUELGUISTAS EN EL VOTO PARTICULAR DE FERNANDO VALDÉS

Frente a esta amplia apertura empresarial tecnológica durante las huelgas, de enorme incidencia en el contexto actual de una economía cada vez más digitalizada y robotizada, el voto particular a la STC 17/2017 de Fernando Valdés es una construcción alternativa que, con lucidez y de manera loable, intenta un refuerzo constitucional de la prohibición legal de sustitución de huelguistas, desde una doble perspectiva.

De un lado, parte de la consolidada doctrina constitucional de la sustitución de huelguistas, que exige inevitablemente una proyección en cada caso, evaluando si existe o no una extralimitación de los poderes empresariales de movilidad funcional durante la huelga. La aceptación acrítica, sin más, de hechos probados de las sentencias judiciales no es compatible con la función de tutela del derecho de huelga encomendada al TC. La sujeción a los hechos probados impide una alteración de los mismos (art. 44.1.b LOTC) pero no obsta para “*alcanzar una interpretación propia del relato fáctico conforme a los derechos fundamentales*” como ha reiterado la jurisprudencia constitucional. La imposibilidad legal y material de alterar hechos probados “*no puede conducir a que el TC abdique de su función*” ni a impedir su “*valoración acorde con el derecho fundamental alegado*”. Es en este terreno donde el voto particular del magistrado Valdés valora, como parece desprenderse del relato fáctico de este asunto, que los no huelguistas no desarrollaron ese día sus funciones habituales, sino otras excepcionales que, a instancia de la empresa, lograron retransmitir un partido de fútbol en un día de huelga gracias a los medios tecnológicos disponibles. Por tanto, es un supuesto de movilidad funcional —esquirolaje interno— que afecta al derecho fundamental de huelga.

De otro lado, critica la jurisprudencia constitucional “*cada vez más indiferente con la efectividad de los derechos fundamentales, en especial cuando la actuación empresarial restrictiva opera a través de nuevas tecnologías*”. El profesor y magistrado Valdés afirma que “*no es de recibo que la doctrina de los derechos fundamentales se muestre insensible y ajena a los cambios tecnológicos*” y que los nuevos contextos requieren “*respuestas constitucionales nuevas*”. Sin apuntarlo expresamente, el voto particular abre la puerta a haber considerado un supuesto directamente

de sustitución de trabajadores “*la utilización de medios técnicos con los que contaba la empresa, de uso no habitual, y diferente al ordinario en retransmisiones de partidos de fútbol*”, incorporando a esta doctrina constitucional el límite de la sustitución tecnológica o del esquirolaje tecnológico.

Ambas dimensiones del voto particular están, creo, cargadas de razones y muestran un rasgo esencial en la trayectoria del profesor magistrado Valdés Dal-Ré, la defensa de la efectividad de los derechos fundamentales en la interpretación jurídico-constitucional. Bien incorporando valoraciones de relatos fácticos, sin alterar hechos probados en las sentencias judiciales, acordes con esta efectividad, bien acomodando la interpretación jurídica constitucional a la realidad social de cada momento, en particular a los profundos cambios tecnológicos de nuestro tiempo. Este voto particular, como otros, muestran a un jurista de profundas convicciones en la efectividad de los derechos constitucionales fundamentales, en este caso la huelga, necesitados de interpretaciones acordes con la realidad social vigente dentro de los márgenes que ofrece la razón jurídica constitucional en un determinado marco legal. Firmes convicciones que pueden ser presentadas desde una dimensión social, como es más habitual, pero —como tuve oportunidad de compartir con él tantas veces— también desde una perspectiva liberal, porque el más profundo liberalismo está instalado en la efectividad de la libertad y de los derechos fundamentales en cualquier relación jurídica, también, por supuesto, la desarrollada en el contrato de trabajo. La aportación de este, y otros clarividentes votos particulares de Fernando Valdés, con construcciones alternativas que garantizan una auténtica efectividad de las libertades y de los derechos fundamentales constitucionales pertenecen, a mi juicio, a la mejor y más profunda tradición liberal.

VI. LA RECONSTRUCCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA SUSTITUCIÓN TECNOLÓGICA DE HUELGUISTAS Y ¿LA HUELGA DE ROBOTS?

El debate de la analizada STC 17/2017 y este voto particular reproduce la controversia similar de las SSTs 11 Junio 2012 (Rec.6841/2012) y 5 Diciembre 2012 (Rec.1751/2012), también con votos particulares, en relación con la sustitución tecnológica de los huelguistas, el denominado esquirolaje tecnológico.

De un lado, parecen prevalecer argumentos sustentados en la ausencia de una prohibición legal de utilización de tecnología durante las huelgas, de tal modo que aceptar estas limitaciones sería deducir un deber de colaboración del empresario con los huelguistas en el logro de sus propósitos. De otro lado, se subraya que la utilización de tecnología durante las huelgas opera, en la práctica, como una sustitución de huelguistas capaz de mantener la actividad productiva, lo que atenta contra el derecho fundamental de huelga. La doctrina constitucional y esta jurisprudencia controvertida, en la que se integra el voto particular de Fernando Valdés, dan pistas suficientes para una reconstrucción constitucional de la sustitución tecnológica de huelguistas, entre estas dos líneas de argumentación, acorde con el debido respeto al derecho fundamental de huelga, tal como han elaborado los profesores Rodrigo Tascón y Tomás Sala, en dos magníficas aportaciones doctrinales².

1º El *esquirolaje tecnológico externo*, que implica la adquisición o utilización de tecnología no disponible por la empresa durante la huelga para frustrar sus propósitos y mantener la actividad, minimizando el daño del conflicto, está prohibido, en una interpretación analógica del art.6.5 LH acorde con el art.28.2 CE.

2º El *esquirolaje tecnológico interno* cuando se utiliza tecnología propia de la empresa distinta de la utilizada habitualmente antes de la huelga o con cambios de procedimiento, intensificando su uso para minimizar el daño del conflicto y mantener la actividad productiva, está prohibido, en una interpretación analógica del art.6.5 LH conforme con la consolidada doctrina constitucional que

² TASCÓN LÓPEZ, R.: *El esquirolaje tecnológico*, Aranzadi, Pamplona, 2018, p.85 y ss; SALA FRANCO, T.: “El esquirolaje tecnológico” en VV.AA.: *Derecho del Trabajo y nuevas tecnologías. Homenaje al profesor Francisco Pérez de los Cobos*, MONREAL BRINGSVAERD, E.J., THIBAUT ARANDA, J. y JURADO SEGOVIA, A. (Coords.), Tirant lo Blanch, 2020, p.887-897

limita los poderes empresariales de dirección y organización durante la huelga. Carece de sentido aplicar restricciones de la libertad de empresa en las personas, en ponderación con el derecho de huelga, como está bien asentado en nuestra doctrina constitucional, y no en la tecnología, cuando es utilizada de manera no habitual y con procedimientos excepcionales dirigidos a minimizar el daño del conflicto. No se trata de diseñar un deber de colaboración del empresario con el éxito de la huelga sino de evitar conductas empresariales lesivas con el derecho fundamental en la ponderación entre dos derechos constitucionales.

3º En tanto no exista cobertura legal contraria, la empresa puede utilizar *tecnología habitual con los procedimientos ordinarios* durante la huelga, si ello es posible con los trabajadores no huelguistas disponibles dentro de sus funciones profesionales, o si el proceso de producción está habitualmente automatizado. Al no existir una prohibición legal de utilización de la tecnología durante las huelgas o de paralizar los procesos de producción automatizados normalmente mientras dure la huelga, no cabe constitucionalmente deducir un deber de colaboración de la empresa con el éxito del paro productivo, prevaleciendo en tal caso la libertad de trabajo de los no huelguistas o la propia libertad de empresa.

Seguramente, con el relato fáctico correspondiente en una valoración jurídica constitucional apropiada, el asunto de la STC 17/2017 ofrecía una gran oportunidad para sentar esta doctrina, con estos tres puntos clarificadores, capaz de conjugar posiciones antitéticas en un consenso. Ello creo explica el voto particular de Fernando Valdés en los términos expuestos. Pero es muy probable que el futuro ofrezca oportunidades similares y que el TC termine elaborando una doctrina de reconstrucción constitucional de la sustitución tecnológica de huelguistas con estas tres premisas aplicadas a los casos que ofrezca la realidad. En ese momento, como ya ha sucedido en otros asuntos, tomará relevancia este voto particular, reconvertido en doctrina mayoritaria y seguramente consensuada.

Distinto es el plano de política legislativa, que debería tener en cuenta la enorme incidencia de la tecnología y de los procesos automatizados en las huelgas, regulando esta cuestión. La paralización de la actividad productiva con fines reivindicativos es la principal herramienta de los trabajadores, a través de sus sindicatos y representantes, en un sistema de autonomía colectiva. Si la utilización habitual y ordinaria de la tecnología, y de la automatización de la producción con escaso personal, tiene cada vez más capacidad de frustrar los propósitos de las huelgas, manteniendo la actividad o minimizando en exceso los daños, se puede plantear políticamente —sin que exista como he expuesto una exigencia constitucional— regular restricciones de uso a las empresas durante los paros productivos. No se trataría tampoco de instalar un deber legal de colaboración de la empresa con los huelguistas como de regular restricciones de la tecnología acordes con un ejercicio efectivo de este derecho fundamental.

Es desde estos planteamientos de *lege ferenda* donde se podría incluso contemplar la huelga de tecnología —o la huelga de robots— en una convocatoria lícita de paro que incluyera personas y máquinas. Se trataría de admitir convocatorias a personas y máquinas donde el porcentaje de seguimiento de la huelga por huelguistas determinaría el porcentaje de paro de la tecnología. Por ejemplo, si hay un seguimiento del 70 por 100 tendría que parar un 70 por 100 de la tecnología habitual y ordinaria de la empresa, si es de un 20 por 100 el mismo porcentaje, y todo ello respetando, por supuestos, los servicios de seguridad o servicios mínimos impuestos. La cobertura legal de lo que aquí denomino *huelga de robots* revitalizaría la efectividad de la huelga en el contexto tecnológico presente y futuro.

En alguna ocasión le planteé a mi maestro y gran amigo Fernando Valdés, en mis continuas conversaciones políticas y jurídicas (y literarias), con acuerdos y discrepancias, la posibilidad de plantear legalmente *huelgas de robots*, modernizando la tradición social y liberal que otorga importancia a este derecho fundamental de autonomía colectiva. Me miró con su confiada sonrisa inteligente que ahora echo tanto de menos.