

## DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

Universidad de Almería

### DERECHO DE HUELGA, IUS VARIANDI Y ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO

*Sentencia 17/2017, de 2 de febrero,  
del Tribunal Constitucional.*

JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ<sup>1</sup>

**SUPUESTO DE HECHO:** Durante la huelga general convocada por las organizaciones sindicales contra la reforma del mercado de trabajo llevada a cabo a través del RD-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, la mayor parte de la plantilla de Telemadrid no acude a su centro de trabajo. Por ello, esta empresa no emite ninguna programación dicho día a excepción de un partido de fútbol de una determinada competición internacional grabada por una empresa externa. Este partido es emitido, según aparece descrito por la propia sentencia, gracias al trabajo de unos pocos empleados que no habían secundado el paro. La actividad de estos trabajadores se limitó a comunicar con la propietaria de la señal y, de manera excepcional, activar un codificador, insertar el logotipo de la empresa de comunicación y emitir el partido.

**RESUMEN:** El sindicato CGT interpuso demanda por vulneración de derechos fundamentales y tutela del derecho de libertad sindical y de huelga frente a la empresa. En su demanda alegó vulneración del derecho fundamental de huelga directamente relacionado con el derecho de libertad sindical, al entender que, a la vista de los acontecimientos descritos, se produjo un acto de sabotaje interno de la empresa y de esquirolaje. La demanda fue desestimada por Sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Madrid, al entender que la emisión fue llevada a cabo gracias a la actuación de trabajadores que no estaban en huelga, no siendo necesario que alteraran sus normales funciones. Contra la Sentencia interpuso el sindicato CGT recurso de suplicación que, asimismo, fue desestimado por Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid. Señala dicha sentencia que el empresario ha de respetar la huelga, pero no ha de colaborar con ella. Según dicho Tribunal, la huelga no es un derecho de resultado por lo que es legítimo que los empresarios traten de atenuar las consecuencias de la huelga mediante aquellos medios de que dispongan, y siempre que ello se realice mediante conductas

<sup>1</sup> Profesor T.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

lícitas. Tras la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina por Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, CGT interpone recurso de amparo que, alterando su anterior jurisprudencia y la del Supremo, dio lugar a la Sentencia ahora comentada en la que el Tribunal Constitucional viene a reproducir, en esencia, los argumentos barajados por el TSJ de Madrid.

ÍNDICE:

1. JURISPRUDENCIA SOBRE ESQUIROLAJE INTERNO Y TECNOLÓGICO: ESTADO DE LA CUESTIÓN
2. NOVEDADES DE LA STCO. DE 2 DE FEBRERO DE 2017: ¿CONSAGRACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA DEL EMPRESARIO?
  - 2.1. Inexistencia esquirolaje interno por venir así afirmado por el Juzgado de lo Social.
  - 2.2. Utilización de medios tecnológicos y derecho del empresario de reacción frente a la huelga: libertad de empresa y libertad de trabajo.
3. CONCLUSIONES

## **1. JURISPRUDENCIA SOBRE ESQUIROLAJE INTERNO Y TECNOLÓGICO: ESTADO DE LA CUESTIÓN**

El Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse con anterioridad respecto del esquirolaje tecnológico en las sentencias 183/06, 184/06, 191/06 y 193/06, de 19 de junio. En ciertos sectores productivos, entre ellos el de las telecomunicaciones e información, la presencia permanente de trabajadores en sus respectivos lugares de trabajo ha dejado de ser imprescindible, al menos a corto plazo, para poder asegurar la continuidad del servicio en cuestión. De esta manera, se confronta, por una parte, el objeto de la huelga –la cesación de la prestación del trabajo- y, por otra, el objetivo de dicha cesación –la paralización de la producción con el consecuente perjuicio a la contraparte del conflicto y la exteriorización del mismo-. Todo ello, lógicamente, con el interés añadido de la empresa de intentar preservar la apariencia de normalidad como indicador del escaso seguimiento de la huelga.

Pues bien, los antecedentes de hecho de estas sentencias encajaban a la perfección en el marco de las premisas esbozadas. El 20 de junio de 2002 las organizaciones sindicales más representativas convocaron una huelga general de 24 horas contra la política social del gobierno de turno. Con el antecedente de la huelga general del 14 de diciembre de 1988, se evidenciaba que el éxito de la convocatoria dependía de su repercusión en el marco de los grandes canales de televisión. Sabedor de ello, el gobierno del Partido Popular centró todos sus esfuerzos contra la huelga en intentar minimizar dichos efectos mediáticos.

En cuanto a la cuestión de la emisión durante la jornada de huelga de una programación previamente grabada, el Tribunal Constitucional concluyó que ello restringía desproporcionadamente el derecho de huelga por varias razones. En

primer lugar, porque se trataba de una información que podía ser emitida con posterioridad a la jornada de huelga, sin menoscabo alguno del derecho a comunicar o recibir información, al estar desprovista ésta, por su propia condición de pregrabada, de la actualidad e inmediatez necesarias que pudieran justificar en principio la restricción del derecho de huelga. En definitiva, en la necesaria ponderación del menoscabo sufrido en el derecho de huelga y el objetivo del servicio decretado, se concluyó por parte del Tribunal afirmando que, en aquel caso, había de primar el derecho de huelga, ya que la oportunidad del ejercicio del derecho a comunicar y recibir información durante la jornada de huelga respecto a una programación previamente grabada de posible contenido o interés informativo, supone una restricción del derecho de huelga que, por la propia característica de la información que se quería emitir, no encontraba justificación en la preservación del derecho a comunicar y recibir información.

En segundo lugar, contra el parecer del Abogado del Estado, según el cual entraría dentro del ámbito objetivo del derecho a emitir y recibir información cualquier contenido de la parrilla radio-televisiva, el Tribunal Constitucional respalda su decisión anterior en el hecho de que no cualquier contenido ha de gozar de tal consideración, existiendo una gran porción de espacio de puro entretenimiento. Así pues, al escapar del ámbito del art. 20.1 d) CE, no sería posible contraponer el legítimo deseo de los espectadores a su visión con el ejercicio del derecho fundamental a la huelga.

A continuación, el Tribunal Constitucional entraba a considerar el aspecto más interesante de toda la resolución a los efectos que aquí nos interesa. Como anteriormente mantuvimos, el cambio de caracteres que buena parte de la actividad laboral ha experimentado en las últimas décadas ha generado la necesidad de plantear la diferencia entre una huelga eficaz (es decir, aquella que logra paralizar la producción) y una huelga que siga manteniendo su carácter de elemento de presión frente a la contraparte del contrato o, como es el caso, frente al gobierno y su política social desviada a juicio de las organizaciones sindicales. En este sentido, partiendo del razonamiento del Ministerio Fiscal, entendió el Tribunal Constitucional que el verdadero objetivo perseguido por la emisión de una programación previamente grabada, es en realidad la no interrupción del servicio de la radiodifusión sonora y de la televisión, con lo que se privaba 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 contraria al derecho de huelga.

No obstante estas afirmaciones, el Tribunal Constitucional no extrajo todas las consecuencias posibles. Es decir, que el contenido a proteger del derecho de huelga trasciende el plano puramente contractual de cesación de la obligación

básica del trabajador, sino que, en el plano social y político de la huelga, y en especial de la huelga general, ésta trasciende con creces los mecanismos puramente contractuales, sobre todo en contextos como en el que se incardinaba el supuesto de hecho, el mismo que provocó la condena de RTVE por manipulación informativa. Por el contrario, el Tribunal Constitucional, temeroso de llevar hasta sus últimas consecuencias sus propios razonamientos, terminó afirmando rotunda y, quizás, innecesariamente, que el contenido esencial del derecho de huelga consiste en una cesación del trabajo en cualquiera de sus manifestaciones o modalidades y que esta cesación del trabajo es susceptible de provocar la interrupción de la actividad de producción y distribución de bienes y servicios si las características de la huelga y su seguimiento así lo determinan. Es decir, se mantiene en la clásica diferenciación entre eficacia y efectividad de la huelga<sup>2</sup> que facilitará la deriva de la sentencia ahora comentada.

En relación a la actitud del empresario, que en este caso fue la de ocultar la huelga, según el Constitucional, no se puede exigir una conducta específicamente dirigida a propiciar la divulgación de la situación de huelga. Sin embargo, tampoco entró a considerar la conducta contraria, esto es, la viabilidad constitucional de comportamientos empresariales que busquen el ocultamiento de la huelga, como, además, fue el caso.

Como puede comprobarse, el objetivo es semejante al tradicionalmente perseguido con la sustitución interna o externa de los trabajadores que ejercen su derecho fundamental de huelga. A través de recursos de carácter técnico, se vacía de efectividad a la huelga, en una suerte de «esquirolaje virtual».

En esta misma dirección, dando un paso más en el intento de evitar que los medios técnicos, cada vez más automatizados, puedan anular en la práctica los efectos de las huelgas legalmente convocadas, el Tribunal Supremo ha formulado, con posterioridad a las sentencias comentadas del Tribunal Constitucional, una nueva doctrina en relación con el esquirolaje tecnológico, modificando significativamente su anterior posicionamiento, en la STS de 5 de diciembre de 2012 (Ar. 2013/1751)<sup>3</sup>.

De nuevo nos encontramos con una huelga convocada en el sector de las telecomunicaciones. Durante dicha huelga la empresa, Euskal Telebista, no encomienda las tareas de los trabajadores huelguistas a aquellos que no secundan la convocatoria, sino que, simplemente, a través de medios técnicos que lo permiten, dichas tareas pasan a ser realizadas automáticamente, sin la participación de ningún trabajador. Es decir, que, al contrario de lo que hasta hace muy poco ocurría, no se trata de sustituir unos trabajadores por otros, sino que las tareas

<sup>2</sup> Véase la STCo 41/84, de 21 de marzo.

<sup>3</sup> Ponente: Jordi Agustí Juliá.

dejadas de realizar por los trabajadores huelguistas se ejecutan automáticamente a través de medios técnicos propicios para ello.

Pues bien, la nueva doctrina elaborada por el Tribunal Supremo se puede resumir, conforme a su Fundamento de Derecho Sexto, en el siguiente sentido: No sólo en el supuesto de que se utilicen medios humanos (trabajadores asignados a la prestación de servicios mínimos) para la realización de actividades que exceden de los servicios decretados como esenciales, se lesiona el derecho de huelga, sino que también se lesiona este derecho cuando una empresa del sector de radiodifusión sonora y televisión emite programación o publicidad por medios mecánicos o tecnológicos, priva materialmente a los trabajadores de su derecho fundamental, vaciando su contenido esencial de manera que no cabe el uso de las prerrogativas empresariales, aun amparadas en la libertad de empresa, para impedir la eficacia del derecho de huelga, y ello por la propia naturaleza de este derecho y también del de libertad de empresa que no incorpora a su contenido facultades de reacción frente al paro.

Esta doctrina mayoritaria no ha encontrado, lógicamente, la unanimidad de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, habiéndose planteado a la misma sendos Votos Particulares que sumaron seis magistrados disidentes. Básicamente, estos votos particulares parten del hecho de que para poder apreciar una situación de esquirolaje es necesario la sustitución de unos trabajadores por otros: «sin sustitución no opera la garantía y no hay sustitución cuando el trabajo sigue realizándose por los mismos trabajadores que no se unen a la huelga o cuando la actividad productiva, que se realizaba de forma automática sin intervención del trabajo humano continúa desarrollándose de la misma forma». Por su parte, el Voto particular elaborado por el Magistrado D. Antonio Martín Valverde basa su discrepancia en el hecho de que «entre las restricciones o limitaciones de las medidas de conflicto colectivo de los empresarios no se encuentran los actos empresariales de mantenimiento de la producción sin intervención humana, los cuales están respaldados de un lado por el derecho a la libertad de empresa en su vertiente de ejercicio de actividades empresariales lícitas, y de otro lado por la defensa de la productividad que el art. 38 CE encarga expresamente a los poderes públicos, incluidos los organismos jurisdiccionales». Esta concepción profundamente liberal del derecho de huelga terminará, como ahora exponremos, haciendo un hueco cada vez mayor en la jurisprudencia constitucional.

En definitiva, y centrándonos en la posición mayoritaria de la Sala, la eficacia de la huelga no puede dissociarse de su efectividad. La implementación de medios técnicos cada vez más automatizados hace imprescindible la redefinición de los conceptos tradicionales de esquirolaje para impedir que el derecho de huelga se convierta en un derecho vacío de significación práctica.

## **2. NOVEDADES DE LA STCO. DE 2 DE FEBRERO DE 2017: ¿CONSEGRACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA DEL EMPRESARIO?**

Esta era la situación de nuestra jurisprudencia constitucional y ordinaria en el momento en el que se ha dictado la nueva sentencia ahora comentada. A pesar de los déficits, se detectaba una línea de evolución jurisprudencial tendente a ampliar el sentido de las conductas descritas en el art. 6.5 RD-Ley 17/77, de relaciones laborales en una doble dirección. Por una parte, equiparando el esquirolaje interno y el externo y, por otro lado, a través de la ampliación de tal concepto al esquirolaje tecnológico.

### **2.1. Inexistencia de esquirolaje interno por venir así afirmado por el Juzgado de lo Social**

En la STco de 2 de febrero de 2017, de nuevo nos encontramos en el ámbito del sector de las telecomunicaciones y, de nuevo, una huelga general ampliamente secundada pierde su visibilidad como consecuencia de la posibilidad de continuar con la emisión de, en esta ocasión, una señal en cuya creación de contenidos no participan los trabajadores convocados en la huelga.

Como hemos podido comprobar de lo anteriormente descrito, en el presente supuesto se plantea la necesidad de determinar la extensión del contenido del derecho de huelga, así como, en última instancia, la relación entre el derecho de huelga y el derecho de libertad de empresa. Al respecto, es adecuado partir de las propias palabras del Ministerio Fiscal que en sus alegaciones mantiene que «el derecho de huelga aparece configurado como una presión legal al empresario que debe soportar las consecuencias naturales de su ejercicio por parte de los trabajadores que se abstienen de trabajar. A pesar de que la huelga produce, casi inevitablemente, un daño en el patrimonio empresarial, el ordenamiento no pone a disposición del empresario mecanismos dirigidos a prevenir o eliminar los efectos del paro laboral».

El parecer mayoritario del Pleno del Tribunal Constitucional parece desplegar todos sus esfuerzos en intentar contradecir las palabras del Fiscal, así como en poner freno a esa tendencia progresista anteriormente descrita. En concreto, trata de llevar a efecto este objetivo a través de dos procedimientos. Por una parte, ampliar las posibilidades del ius variandi empresarial sin considerarlo como esquirolaje interno. En segundo lugar, trata de poner límites a la consideración de que es contrario al derecho fundamental de huelga la obstaculización consciente del derecho de huelga por parte del empresario a través de la utilización de medios tecnológicos.

Respecto del primero de los supuestos, se parte de la descripción de la jurisprudencia en virtud de la cual el esquirolaje externo, único previsto en el art. 6.5. RD 17/17, ha de considerarse equiparado al interno. Para ello trae a colación la

jurisprudencia elaborada por el constitucional en su sentencia 33/11, de 28 de marzo. Como se recordará, en esta sentencia, el Tribunal Constitucional amplía el estrecho art. 6.5 del preconstitucional RD 17/77. Junto al denominado esquirolaje externo, previsto en este precepto, el Constitucional admite la equiparación del esquirolaje interno, especialmente efectivo en aras a desactivar una huelga. Reiterando, pues, la posición mantenida en sus anteriores Sentencias 123/92, 92/05 y 250/07, considera que el poder de dirección empresarial, como mantuvo respecto al poder disciplinario (STCo. 104/11, de 20 de junio), no es un derecho absoluto ni tan siquiera equiparable al fundamental derecho de huelga.

En un intento de no aplicar esta doctrina, pero al mismo tiempo respetarla, la sentencia ahora analiza, tergiversa, según describe pormenorizadamente el Voto particular firmado por Valdés Dal-Ré, Asua Batarrita y Xiol Ríos, los hechos declarados probados por los órganos jurisdiccionales ordinarios. En concreto, el objetivo consistiría en considerar que no hubo una asignación de funciones distintas a las que tenía encomendadas habitualmente los trabajadores que no secundaron la huelga y permitieron la emisión del partido de fútbol.

En concreto, en la Sentencia ahora comentada se considera que, según los hechos declarados como probados por el Juzgado de lo Social, no ha existido la asignación de forma irregular de un trabajador no huelguista a las tareas realizadas por la empresa. Sin embargo, paradójicamente, de la lectura del Fundamento Jurídico 7 se desprende que sí se produjo dicha realización de funciones distintas de las que venían desarrollando habitualmente los trabajadores no huelguistas. En concreto, el trabajador que recibe la señal internacional a través del codificador no habitual, inserta el logotipo de Telemadrid, función que el propio Constitucional acepta que no era su función habitual. Asimismo, el coordinador del departamento realizó funciones que fueron más allá de la habitual función de supervisión normalmente desarrollada.

No obstante, se niega la existencia de este cambio de funciones porque así lo ha determinado el Juzgado de lo Social. Es decir, el Tribunal Constitucional en esta sentencia viene a confundir hechos probados con una peculiar interpretación dada a los mismos por tal Juzgado de lo Social. A la demostración de tal extremo se dedica buena parte del Voto particular formulado por los Magistrados disidentes. En concreto, la identificación llevada a cabo por la opinión mayoritaria entre hechos probados e interpretación de los mismos choca con la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional y, en última instancia, vacía de contenido la propia capacidad del alto intérprete de la Constitución de desarrollar las funciones que constitucionalmente tiene atribuidas.

En concreto, la exigencia contenida en el art. 44.1 LOTC de no alteración de los hechos probados no impide, como mantiene el Voto particular, al máximo intérprete de la Constitución el «alcanzar una interpretación propia del re-

lato 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».

Pues bien, en el presente supuesto se aprecia una clara intención de impedir la aplicación de la interpretación elaborada y descrita anteriormente por el Tribunal Constitucional a través de una asunción incondicional no sólo de los hechos probados por la sentencia de instancia sino de la interpretación que de los mismos hace el Juzgado de lo Social. Este obvió, por ejemplo, la trascendencia de dos cuestiones que hubieran determinado la calificación como movilidad funcional motivada por la huelga: en primer lugar, el hecho de que el trabajador que insertó el logotipo de Telemadrid en la señal recibida, no ejercía habitualmente ese trabajo; en segundo lugar, tampoco fue trascendente a su juicio el hecho de que el departamento que redireccionó la señal recibida desde FORTA al departamento de emisión no ejercía habitualmente esas funciones. Esta última función sí que fue determinante a la hora de impedir la visibilización del derecho de huelga.

Asimismo, también asume el Constitucional la interpretación, y no la simple descripción del hecho probado, dado por el juzgador de instancia al hecho de que uno de los trabajadores no huelguistas que posibilitaron la emisión del partido de fútbol era un coordinador que «aun cuando, dada su específica función de coordinador se encargue normalmente de controlar el trabajo en los departamentos que coordina», a pesar de lo cual se admite que también puede desempeñar, aunque nunca lo hiciera, el insertar el logotipo de Telemadrid. Es decir, como también mantiene el Voto particular, «la retransmisión del evento deportivo el día de huelga se articuló e instrumentó mediante la actividad laboral de un trabajador no huelguista cuya categoría excedía con creces la de los trabajadores que optaron por secundar la huelga». Es por ello que coincidiría con los supuestos tachados como inconstitucionales por el Tribunal Constitucional en su sentencia 33/11, de 28 de marzo.

Es evidente que, en un contexto de fuerte ampliación de las funciones a desempeñar por los trabajadores como consecuencia de la fuerte flexibilidad interna implementada por las sucesivas reformas acaecidas en nuestro ordenamiento jurídico, no es suficiente, en aras a la protección del derecho de huelga, la tradicional delimitación del esquirolaje interno en relación a conceptos como *ius variandi* o movilidad funcional, pues el empresario detenta unos enormes poderes de reorganización de la producción por la vía de los hechos. Situación que se ve agravada, como podemos comprobar en la sentencia ahora comentada, si directamente se niega cambio de función alguna. En palabras del Voto particular, «las renovadas fuentes de incidencia empresarial en la efectividad de los derechos fundamentales, al amparo de nos 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».

Por otra parte, en esta ocasión el Tribunal Constitucional soslaya una cuestión que, a tenor de su propia jurisprudencia anterior, hubiera sido necesario que se planteara. Nos referimos al hecho de que el contenido emitido no había sido generado por Telemadrid sino por una empresa externa. Como anteriormente recordamos, en supuestos anteriores fue muy trascendente a la hora de formar su juicio el hecho de que la programación emitida había sido previamente grabada. En esta ocasión, ni tan siquiera es un contenido propio, sino que su producción se encontraba exteriorizada. Desde nuestro punto de vista con más razón habría de haber considerado que dicha emisión contradice el derecho de huelga y para ello habría de haberse recordado la jurisprudencia emanada de sus Sentencias 75 y 76/10, de 19 de octubre, y 98 a 112/2010, de 16 de noviembre de 2010. Además, tampoco entró a valorar, auspiciada en el supuesto respeto de los hechos probados, el escaso valor informativo de la emisión y la posibilidad, como había mantenido en estas sentencias, de emitir el acontecimiento deportivo en cualquier otro momento posterior a la jornada de huelga, a no ser que entendamos que ver un partido de fútbol forma parte del contenido esencial del art. 20.1 d) CE.

## **2.2. Utilización de medios tecnológicos y derecho del empresario de reacción frente a la huelga: libertad de empresa y libertad de trabajo**

En relación a este segundo elemento, subyacen una serie de cuestiones que tradicionalmente han presidido el ejercicio del derecho de huelga. En concreto, podríamos recordar las relaciones entre derecho de propiedad y derecho de huelga; eficacia y efectividad del derecho de huelga; y, especialmente, los límites de la defensa de la empresa frente al ejercicio del derecho fundamental de huelga.

A este respecto, el sindicato recurrente no solo entendió que se vulneró el derecho de huelga porque se hubiera encomendado funciones distintas de las habituales a los trabajadores que no secundaron la huelga, sino que también consideraron vulnerado aquel por la implementación en el proceso de retransmisión de medios técnicos no habituales. Tras la descripción de los pormenores técnicos, la propia sentencia comentada llega a la conclusión de que «se han utilizado, por tanto, medios técnicos con lo que contaba la empresa, pero que no son de uso habitual».

Para ello despliega una doble argumentación. Por una parte, niega que dicha implementación de medios técnicos sea de suficiente entidad como para pod-

er incardinarse en el concepto de esquiloraje tecnológico. En segundo lugar, y es aquí donde la sentencia ahora comentada puede convertirse en el inicio de una jurisprudencia de enorme carácter restrictivo del derecho de huelga, parece configurar un cierto derecho de defensa de la libertad de empresa frente al derecho fundamental de huelga. Por ello, habrá que, conforme mantiene la sentencia, considerar si dichos medios de defensa son o no legítimos en cada caso. Es decir, se pretende llevar hasta sus últimas consecuencias la radical separación entre eficacia y efectividad del derecho de huelga. La empresa no puede actuar frente a la eficacia, esto es, que todos o casi todos los trabajadores secunden la huelga, pero sí frente a su efectividad, conforme a la cual es legítimo, al menos en supuestos como el que describe la sentencia, que la empresa se defienda con los medios a su alcance para intentar que la producción no se paralice siempre que no signifique la implementación de nuevos medios.

En concreto, se mantiene que «la efectividad del ejercicio del derecho de huelga no demanda del empresario una conducta dirigida a no utilizar los medios técnicos con los que cuenta en la empresa o a abstenerse de realizar una actividad productiva que pueda comprometer el logro de los objetivos de la huelga, al igual que no obliga a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la protesta, y ello porque lo que garantiza la constitución es el derecho a realizar la huelga, no el resultado o el éxito de la misma».

Partiendo de este razonamiento que trata de extraer de la jurisprudencia anterior, aunque esta llegaba a conclusiones contrarias como tuvimos ocasión de precisar, termina yendo mucho más allá de lo que hasta ahora se había visto en la jurisprudencia del Tribunal constitucional al hacer un esfuerzo por equiparar el derecho de huelga y la libertad de empresa. En concreto, entiende que «sería desproporcionado exigir al empresario, en supuesto como el presente, que colabore por inacción u omisión al éxito de la huelga. El derecho de huelga aparece configurado como una presión legal al empresario que debe soportar las consecuencias naturales de su ejercicio por parte de los trabajadores que se abstienen de trabajar, pero no se impone el deber o la obligación de colaboración con los huelguistas en el logro de sus propósitos». Es por ello que se crea un derecho del empresario, creemos que aquí se encuentra la principal novedad de esta sentencia, a utilizar los medios a su alcance para minorar la efectividad de la huelga. Contraviniendo, pues, lo que hasta ahora estaba doctrinal y jurisprudencialmente asumido.

No queda aquí este ataque al derecho de huelga pues no sólo se intuye la creación de un derecho de defensa del empresario frente al derecho de huelga que le habilita para utilizar los medios a su alcance para conseguir el menor efecto posible de la misma, siempre que el juzgado de instancia no haya considerado la existencia de un *ius variandi*, sino que se legitima dicha actitud en la necesidad de que el empresario defienda la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que

opten por acudir al trabajo. Curiosamente, consagra, sólo para los supuestos en los que concurre una huelga, la equiparación absoluta entre derecho al trabajo y ocupación efectiva de aquellos trabajadores que no secundan la huelga<sup>4</sup>.

Se aprecia, pues, en palabras del Voto particular una «deriva hacia una jurisprudencia constitucional cada vez más indiferente con la efectividad de los derechos fundamentales», eligiendo «la reducción progresiva de la tutela que el contratante débil en la relación laboral precisa de la norma fundamental».

### 3. CONCLUSIONES

A modo de conclusión podríamos incardinar la presente sentencia en un contexto de fuerte reacción de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional contra el derecho de huelga.

Esta contextualización nos lleva a pensar que el Tribunal Constitucional pretende “enmendar el error” que supuso a su juicio la consideración del derecho de huelga como derecho fundamental. Esto unido a los intentos de criminalización del fenómeno huelguístico deja en entredicho la viabilidad de un derecho ya especialmente afectado por la dificultad de su ejercicio en un contexto de fuerte precariedad laboral. En concreto, el trabajador se encuentra ante la disyuntiva de ejercer su derecho de huelga en un contexto en el que se incrementa sus posibles responsabilidades administrativas, penales y civiles. Todo ello para que, en aquellas empresas de fuerte presencia de las nuevas tecnologías, dicho ejercicio del derecho fundamental de huelga termine siendo invisibilizado.

Las nuevas tecnologías generan unos desequilibrios en los sacrificios de trabajadores y empresarios durante el ejercicio de derecho de huelga que habrán de ser dotados de una interpretación reequilibradora. La automatización de los procesos productivos hace que, en ciertos sectores, la presencia permanente de trabajadores deje de ser imprescindible. Eficacia y efectividad del derecho de huelga se encuentran más disociadas que nunca. Tras esta nueva jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no toda búsqueda a través del uso de las nuevas tecnologías de minimizar los efectos del derecho de huelga entraría en contradicción con este derecho. Por el contrario, como se encarga de hacer el Constitucional en esta ocasión, habrá que ponderar si la incidencia de dichos medios técnicos posee la suficiente significación. Todo ello en el contexto, expresamente resaltado por el Pleno, de un cierto derecho de la empresa a la defensa utilizando los medios a su alcance frente el derecho fundamental de huelga.

<sup>4</sup> Ampliamente puede verse, a este respecto, Pérez Rey, J., «El Tribunal Constitucional ante el esquirolaje tecnológico (o que la huelga no impida ver el fútbol)», *RDS*, nº 77, 2017, pp. 163 y ss.

De no introducirse dichos medios de reequilibrio, habremos de admitir una equiparación de las armas que aportan las nuevas tecnologías también susceptibles de ser utilizadas por los trabajadores. En concreto nos referimos a la posibilidad de paralización de la actividad empresarial a través de la utilización de las nuevas tecnologías sin que ello implique la posibilidad de calificar la huelga como abusiva o al reconocimiento del derecho al boicot a la empresa en el contexto de los conflictos de trabajo<sup>5</sup>. Muy lejos, sin embargo, del momento actual en el que se recomienda a las organizaciones sindicales que no acudan al recurso de amparo para evitar así progresivos vaciamientos del derecho de huelga<sup>6</sup>, dada la composición de un Tribunal Constitucional profundamente implicado en la defensa de los intereses de clase de los detentadores de los medios de producción.

<sup>5</sup> Supiot, A., «Informe de síntesis», en Manzal, A. (ed.), *La huelga hoy en el derecho comparado*, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 287-288.

<sup>6</sup> Véase, por ejemplo, la opinión vertida en su blog por el profesor Baylos Grau <http://baylos.blogspot.com.es/2017/04/se-opone-el-derecho-al-trabajo-al.html>