

**EL DERECHO DE HUELGA: UN DERECHO
FUNDAMENTAL ACORRALADO**

*Lección Inaugural del Curso Académico 2017/2018.
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

dictada por

*Santiago González Ortega
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Septiembre, 2017

*“Quando la lotta è di tutti per tutti
il tuo padrone, vedrai, cederà;
se invece vince è perchè i crumiri
gli dan la forza che lui non ha”*

“Cuando la lucha es de todos y por todos
tu patrón, verás, cederá;
si en cambio vence es porque los esquirolas
le dan la fuerza que no tiene”

“O cara moglie” (Iván della Mea, 1969)

Puede parecer un sinsentido referirse al derecho de huelga como un derecho acorralado. Sobre todo si se tienen en mente casos de huelgas como las que han afectado recientemente al sector de la estiba y desestiba de buques, a la seguridad de los aeropuertos, a los servicios de transporte de viajeros, más atrás en el tiempo, a los pilotos y controladores aéreos o a la sanidad. Ciertamente, se trata de casos en los que la potencialidad de la huelga se manifiesta con plenitud dada su capacidad de afectar a una colectividad indeterminada de sujetos como son los usuarios de esos servicios, generalmente todos los ciudadanos; por ser huelgas que, por esta misma razón, tienen un impacto mediático extraordinario, haciéndolas visibles y con ello el conflicto mismo del que son expresión; y, finalmente, por su relevante repercusión económica al afectar a sectores o actividades consideradas estratégicas cuya paralización, además de incidir en las empresas directamente concernidas, tiene importantes repercusiones sobre otros sectores, empresas o actividades, o incluso sobre la economía en general.

Sin embargo, no en todas las huelgas concurren esas circunstancias ya que muchas de ellas afectan de forma exclusiva a las empresas frente a las que se dirige la presión de los trabajadores, carecen de cobertura informativa suficiente como para ser un elemento añadido de presión en el proceso de conflicto permaneciendo ajenas a la opinión pública y su impacto económico negativo puede ser eludido mediante variadas medidas empresariales de externalización o de contrataciones alternativas de los servicios, o a través de un uso orientado de los poderes empresariales ordinarios. Pero, además, incluso en esos casos en los que la huelga parece estar dotada de una fuerte capacidad de persuasión, su ejercicio está sujeto a condiciones especiales, sobre las que se volverá, como son los mayores requisitos de comunicación y preaviso, la obligación de prestar servicios mínimos, o el riesgo de sufrir la intervención del Gobierno paralizando la huelga mediante la imposición de un arbitraje obligatorio.

Sea en un caso o en otro, las condiciones, requisitos y límites que tanto la norma como la interpretación judicial mayoritaria imponen al ejercicio del derecho de huelga, considerados de forma conjunta como aquí se pretende, permiten llegar a la conclusión que el título anticipa. Al análisis de estos límites es a lo que se dedica la presente lección, haciendo especial hincapié en la realidad española. No sin precisar antes que esos límites que obstaculizan el derecho de huelga y lo convierten, con carácter general, en una forma de presión sensiblemente desactivada y de eficacia limitada, pueden ser de muy diverso tipo. Por ejemplo, de naturaleza conceptual (es decir, lo que la huelga es y cómo está concebida, algo trascendental a los efectos de precisar su contenido y su

alcance como derecho), pero también de carácter formal (requisitos de convocatoria, de comunicación, de preaviso), o modal (qué tipos de huelgas se consideran lícitas y cuáles no y qué comportamientos están admitidos en su contexto). También existen límites derivados de otros derechos e intereses que se confrontan con la huelga y a los que el ordenamiento jurídico da prevalencia (los llamados servicios de seguridad y mantenimiento o los servicios mínimos son los ejemplos más evidentes de lo que se dice); o, en fin, límites impuestos tanto por el posible, aunque limitado, recurso empresarial a sus propias herramientas de conflicto en respuesta a la huelga (esto es, esencialmente, el cierre patronal), como, sobre todo, por la utilización de los poderes empresariales ordinarios con el fin de frenar la huelga, reducir su impacto o atenuar su efectividad.

De cualquier modo, hay que resaltar, y esto ya es en sí mismo significativo, que pocos derechos fundamentales, salvo otros semejantes de naturaleza colectiva, se encuentran tan limitados como el de huelga. Lo que puede apreciarse recurriendo a la normativa de desarrollo de esos otros derechos fundamentales estrictamente individuales como, por ejemplo, el derecho al honor, a la libertad religiosa o al secreto de las comunicaciones, respecto de los que, por el contrario, predominan las reglas de favorecimiento y de potenciación de los mismos. Esto es así porque el derecho de huelga, como el de libertad sindical o el de reunión y manifestación, pertenecen a la categoría de derechos fundamentales que tienen una doble dimensión, a la vez individual y colectiva, lo que los diferencia de la visión estrictamente individualista propia de la mayoría de los derechos fundamentales llamados de libertad. Y es justamente esta dimensión colectiva, que los convierte en lo que podrían calificarse como derechos de acción, la que los hace mucho más incisivos, les confiere mayor repercusión social y los convierte en potencialmente más perturbadores de la normalidad de la convivencia y de la estabilidad de la estructura social y productiva. Por esta razón, las normas que los regulan se acercan a los mismos con mayores cautelas, combinando reconocimiento y garantía con obstáculos de número y consistencia nada despreciables. A resaltar este contraste, que acaba decantándose a favor de las limitaciones del derecho de huelga, es a lo que se dedica la presente lección inaugural.

El reconocimiento constitucional del derecho de huelga y el arrastre de prejuicios ideológicos

La huelga es un fenómeno social que, obviamente, existe antes de su reconocimiento como derecho y que surge como la herramienta más típica y poderosa de que disponen los trabajadores para disputar a los empresarios el reparto de los beneficios derivados de la actividad productiva. Pese al pudor terminológico imperante, en absoluto inocente sino cargado de intencionalidad mixtificadora, hay que recordar, si es que fuera necesario, que la huelga es una acción colectiva y concertada de los trabajadores que, partiendo de la conciencia de una identidad de intereses generada por la común posición que como tales ocupan en el proceso productivo y en la propia estructura social (lo que no es sino la suma de factores que los identifican como una clase social), recurren a la paralización del trabajo con el fin de conseguir, mediante la presión, esencialmente económica pero también informativa, social, de imagen e incluso política que la huelga implica, la mejora de sus condiciones de trabajo y de vida.

Una acción que tiene como interlocutor natural, aunque no necesariamente único, a quien, en virtud de la utilización productiva del trabajo y de la plusvalía que se deriva de él, obtiene beneficios económicos: es decir, el empresariado que se alza así típicamente como la clase social contrapuesta en el conflicto laboral. En consecuencia, la huelga, al ser la expresión natural del conflicto de clases, implica un profundo desacuerdo con el orden social y económico imperante y persigue conseguir una mejor y más equitativa distribución de la riqueza.

Como acción de presión que es la huelga basa su eficacia en su capacidad de doblar la voluntad de la contraparte recurriendo a un comportamiento que afecta a la esencia del interés empresarial: negarse de forma colectiva a prestar el trabajo cuyos frutos el empresario ha hecho suyos previamente mediante el pago del salario. La huelga bloquea por tanto la actividad productiva e impide que la empresa obtenga los beneficios esperados. En todo caso, la huelga es siempre una prueba de fuerza, un momento en el que se confrontan el poder colectivo que la huelga implica, debido a la agrupación de los trabajadores en una acción conjunta, con la capacidad de defensa, de resistencia y de reacción de los empresarios. Y aquí es donde interviene el ordenamiento jurídico en su papel de garantía del orden social y económico, si bien esa intervención ha tenido signos diferentes a lo largo del tiempo.

En una primera etapa de implantación del sistema económico capitalista y en un contexto de individualismo, de respeto extremo a la propiedad y de potenciación sin límites de la iniciativa empresarial, la reacción de la ley frente a los fenómenos colectivos, y en concreto frente a la huelga, fue de tipo esencialmente represivo. De aquí el tratamiento prevalentemente penal y de orden público de las huelgas, valiendo a este efecto recordar los artículos de sucesivos Códigos Penales en los que la huelga fue calificada como delito de sedición; o como delito de maquinación para alterar el precio de las cosas, en concreto el precio del trabajo y la regulación de sus condiciones de prestación. Un tipo penal, por cierto, en el que se transparentaba la concepción que el

legislador tenía: una confrontación entre vendedores y adquirentes de la fuerza de trabajo, considerada como una mercancía cuyo precio debía dejarse a la libre conjunción de la oferta y de la demanda y que no debía ser condicionado por comportamientos colectivos, o “coligaciones” antinaturalmente en el concepto del legislador, el libre funcionamiento del mercado de trabajo.

En este contexto donde prima el dogma de la autonomía de la voluntad contractual y de la igualdad formal de los contratantes, una presión colectiva como la huelga dirigida a modificar la posición de poder de las partes mediante la asociación de los trabajadores y a reestructurar el equilibrio interno de cada uno de los contratos de trabajo afectados, no podía ser aceptada sino reprimida. Una represión que, más allá de la faceta administrativa o penal, también alcanzaba a la dimensión contractual ya que, considerada la huelga como un incumplimiento consciente y voluntario de sus obligaciones contractuales por parte del trabajador, el empresario quedaba facultado para adoptar cualquier medida de respuesta. Lo que implicaba desde luego la pérdida de los salarios de los días de huelga pero sobre todo la posibilidad de sanciones que podían suponer incluso del despido de los trabajadores huelguistas así como su inclusión en listas negras o instrumentos de discriminación semejantes afectando a sus posibilidades futuras de empleo.

Mucho ha cambiado la posición del ordenamiento jurídico en relación con la huelga que, de ser considerada delito o, en todo caso, un comportamiento contractualmente ilegítimo, ha pasado ser incluida como un derecho fundamental en el art. 28.2 de la Constitución de 1978, formando parte, por tanto, del repertorio de derechos fundamentales del máximo nivel contenidos en los arts. 14 a 29 y que gozan de la protección especial que les dispensa el art. 53 de la propia Constitución: eficacia directa, regulación exclusiva por ley orgánica y respeto de su contenido esencial por parte del legislador. Este tránsito de la huelga delito, o simple libertad, a la huelga derecho y, más aún, derecho fundamental tiene un significado profundo, puesto de manifiesto ya por la STCo 11/1981, de 8 de abril.

En primer lugar, la aceptación de que existe una confrontación social y económica de base entre los intereses de los trabajadores y los de los empresarios, considerados como clases sociales contrapuestas típicas de las llamadas economías de mercado; por eso algunos han afirmado, quizás algo grandilocuentemente, que el reconocimiento del derecho de huelga significa la legalización del conflicto de clases. En segundo lugar, que dicha estructura social y económica es generadora de desigualdades en todos los planos y que, en el marco de un Estado social y democrático de derecho, la huelga es un valioso instrumento colectivo para lograr la justicia material y la igualdad. Y, en tercer lugar, que, al concebirse como derecho, la huelga queda legitimada como medio de defensa de los intereses de grupos y estratos (clases, en sentido más tradicional) de la población socialmente dependiente; trascendiendo, en consecuencia, una dimensión más limitada, que también tiene, de instrumento para conseguir concretas mejoras de las condiciones de trabajo de los trabajadores huelguistas.

Pese a todo, este enaltecimiento de la huelga, elevada a la categoría de derecho fundamental, no ha conseguido evitar una forma de concebirla que arrastra una valoración social negativa que el legislador, incluso al que se mueve en ese contexto de reforzamiento constitucional del derecho de huelga, no ha dejado de asumir y que

muchas veces se proyecta en las interpretaciones que los jueces hacen de las condiciones de ejercicio del derecho. Por no hablar de la opinión general acerca de las huelgas cuando éstas afectan a los usuarios de los servicios públicos de todo tipo que sólo a regañadientes aceptan la legitimidad de la huelga, consideran normalmente que son desproporcionadas debido a sus efectos y reclaman una rápida solución del conflicto que permita restablecer de inmediato la normalidad de la actividad productiva. Solo las huelgas, que podrían llamarse terminales, dirigidas a defender la existencia de los puestos de trabajo frente a procesos de reestructuración empresarial, tan melancólicas y frecuentemente avocadas al fracaso, gozan del respaldo de la opinión pública a una acción desesperada por parte de quienes están siendo excluidos del mercado de trabajo. La habitual expresión de la simpatía popular por las causas perdidas.

Como consecuencia de este tinte negativo en la valoración general de la huelga, ésta se convierte en algo objetivamente indeseable, de efectos nocivos y perturbadores, rechazable desde el punto de vista de la productividad y del rendimiento y alteradora de la paz social. Una forma de concebirla que coincide, lo que es natural al tratarse de la parte perjudicada por esa acción, con el juicio que los empresarios tienen sobre ella pero que, como un ejemplo de lo que podría calificarse como dominación ideológica, se ha instalado con fuerza en el sentir colectivo, cada vez, y no es casual, más dominado por pulsiones de tipo exclusivamente individualista.

La valoración negativa de la huelga se manifiesta, por ejemplo, en la terminología que se usa para referirse a ella. Por cierto, y no por casualidad, frecuentemente militar asimilando a la huelga a un conflicto armado y hablándose de la misma en términos de confrontación, de armas, de lucha, de imposición de condiciones, de conquista, de rendición, de alteración de la normalidad productiva, de armisticios y de afectación a la paz social. Por no hablar de la habitual asociación de la huelga con la violencia sobre todo cuando se hace referencia, en contraposición, a la solución pacífica de los conflictos, olvidando que la huelga no es una forma de solucionar el conflicto sino una manifestación de él. Pero es así en la medida en que se entiende que la huelga implica siempre, por lo que tiene de generación de un daño a los intereses de los empresarios, un elemento de fuerza y de imposición de condiciones contrario a un modo civilizado de solución de los conflictos sociales.

Desde esta perspectiva, la huelga, más que expresión del ejercicio libre y eficaz de un derecho fundamental clave como instrumento de redistribución de la riqueza, es vista como un comportamiento solo socialmente legítimo cuando es inevitable en términos de legítima defensa y de último recurso. Es decir, la sutil, pero importante, transición desde una concepción positiva a otra negativa del derecho. Y que desplaza el juicio sobre la huelga desde una dimensión ofensiva socialmente transformadora que da un protagonismo particular a la garantía de su eficacia hacia otra de mera defensa y de carácter reaccional frente a situaciones de explotación extrema al tratarse de un comportamiento solo justificado por el incumplimiento empresarial previo.

El enfoque descrito ha hecho que el acercamiento normativo a la huelga esté, incluso en la actualidad, lleno de cautelas y prevenciones, considerándola como un comportamiento social que, más que potenciar, es necesario controlar, domesticar y reconducir a determinados límites tanto por razones de paz social como estrictamente económicas. Un posicionamiento al que no es ajena la incomodidad que produce, en el plano jurídico, considerar legítimo un comportamiento que se basa en la fuerza y en el

poder fáctico de imponer a la otra parte concesiones que se deben exclusivamente a la presión que la huelga ejerce sobre los intereses económicos de la parte empresarial. La legalización de la huelga se ve así como una especie de legitimación de la fuerza o, si se quiere, como la protección jurídica de una acción que recuerda, aunque no sea jurídicamente así, comportamientos amenazadores y coactivos que tienen como fin vencer la voluntad empresarial.

Lo que, en el plano contractual, significa que una actitud objetivamente incumplidora del contrato de trabajo se blindo frente a la reacción natural del otro contratante que, en el terreno del derecho de las obligaciones, no estaría obligado a soportar ese incumplimiento pudiendo responder al mismo con medidas sancionadoras o extintivas. Por el contrario, el ejercicio del derecho de huelga, congelando la lógica contractual habitual, paraliza esas posibles iniciativas empresariales consolidando como facultad de los huelguistas el suspender unilateralmente la prestación de trabajo. Un derecho, por tanto, a incumplir lo pactado sin sufrir por ello ninguna consecuencia negativa por la acción emprendida. Algo que, en la lógica liberal, todavía viva por mucho que se sostenga lo contrario, puede asimilarse sin problemas a una auténtica herejía jurídica.

En conclusión y como consecuencia de todos estos prejuicios conceptuales, dotados de una fuerte carga ideológica, la huelga acaba siendo, en el imaginario colectivo pero también en el plano jurídico, no tanto un instrumento legítimo y necesario para la realización de la justicia social y para la mejora de las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores asalariados, sino una herramienta incómoda, indeseable, nociva, desaconsejable por su impacto social y económico, de efectos perniciosos, y a la que debe acudir solo cuando no existen otras alternativas. Todo lo cual prepara el camino para una regulación (y para una interpretación jurídica) que, sin ser represiva (no puede serlo debido a su condición de derecho fundamental), tenderá a ser restrictiva y limitadora; imponiéndosele controles para domeñar sus efectos y hacerlos asumibles, y limitándola o prohibiéndola en sus aristas o expresiones más agresivas, paradójicamente las más eficaces vistas desde la lógica de la función de la huelga.

La regulación de la huelga: un marco normativo obsoleto con una funcionalidad limitativa del derecho

Como se ha dicho, el derecho de huelga está reconocido como un derecho fundamental en el art. 28.2 CE, formando parte de los derechos que gozan de un mayor nivel de protección constitucional. Una protección que implica tres cosas. En primer lugar, que esos derechos fundamentales, incluido el de huelga, no requieren de un desarrollo normativo para que puedan ser inmediatamente efectivos ya que el mero reconocimiento constitucional los hace aplicables y exigibles en todos los órdenes, el jurisdiccional incluido. En segundo lugar, que, de existir esa norma, ha de ser necesariamente orgánica, lo que constituye una garantía adicional del derecho al exigirse la mayoría absoluta del Congreso para su aprobación según lo establece el art. 81 CE, excluyendo el recurso al Real Decreto-ley como herramienta legislativa gubernamental pese al control posterior del Parlamento mediante la convalidación establecida en el art. 86 CE. Y, en tercer lugar, que esa regulación legal ha de respetar el contenido esencial del derecho, imponiendo la Constitución límites a la propia capacidad ordenadora del legislador parlamentario.

En el caso español esa regulación se encuentra, paradójicamente, en una norma preconstitucional como es el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo (RDL 17/1977, en adelante) cuya vigencia, mantenida hasta hoy, condiciona decisivamente, como ahora se verá, la forma de concebir la huelga. No interesa, aunque podrían hacerse reflexiones muy interesantes al respecto, abordar aquí la decisión de la citada STCo 11/1981 que, a la hora de sortear la prohibición constitucional de una regulación de un derecho fundamental mediante un tipo normativo vetado por la Constitución para esta función como es el Real Decreto-ley, consideró que dicha prohibición no podía tener efectos retroactivos, entendiendo legítimo el instrumento del Real Decreto-ley por tratarse de una norma correctamente adoptada conforme a las reglas de producción normativa imperantes antes de la Constitución.

Sí interesa, en cambio, tener presente lo que ello implica y que no es otra cosa que un derecho fundamental básico, e introducido novedosamente en la Constitución tras años de prohibición y de represión, se siga regulando por una norma elaborada en una etapa en la que la huelga carecía de dicho reconocimiento. No es que el RDL 17/1977 pueda ser calificado, al menos tras la manipulación a que fue sometido por la STCo 11/1981, como una norma antihuelga pero sí que se trata de una ley que incorpora y deja traslucir un enfoque manifiestamente limitativo de la huelga, incluso si la califica como derecho que es lo que hace, incluso en su versión primitiva, el art. 1 del RDL 17/1977.

Muchos son los ejemplos de ese tratamiento restrictivo. Como el rechazo indirecto a las huelgas de carácter general o de sector en la medida en que se exigía la adopción del acuerdo de huelga por cada centro de trabajo; lo que refleja la reticencia a asumir como comportamientos legítimos huelgas de ámbito más general en cuanto ello significaba de repercusión más amplia sobre los intereses económicos empresariales y la paz social. La necesaria votación de la huelga por cada centro de trabajo para convertirla en comportamiento legal no era así sino una forma de obstaculizar la

extensión del conflicto y provocar su disgregación, reduciendo su impacto y su eficacia. También evidencia el carácter restrictivo del RDL 17/1977 el que la declaración de huelga estuviera atribuida a la representación de los trabajadores, sin mención específica a los representantes sindicales, o a los trabajadores mismos, siempre que tal declaración estuviera precedida de mayorías muy exigentes (el 75 por 100 de los representantes, la mayoría de los trabajadores presentes en la asamblea): una suerte de referéndum que funcionaba como un obstáculo evidente a la declaración de huelga.

Otra de las manifestaciones limitativas del derecho de huelga contenidas en el RDL 17/1977 es la creación como representantes de los huelguistas de un comité de huelga, inorgánico y *ad hoc*, (sólo posible, por otra parte en la que el RDL 17/1977 considera huelga tipo, como es la de centro de trabajo) al que se hace responsable de una serie de importantes obligaciones durante la huelga, desplazando a los representantes sindicales o unitarios que, solo de forma indirecta, pueden estar presentes en la dirección y control de la huelga. Y también lo es el que la única huelga permitida por el RDL 17/1977 fuera la clásica de cesación colectiva de la prestación de trabajo con abandono o sin presencia de los huelguistas en el lugar de trabajo, considerando ilegales cualesquiera otras modalidades a que ha dado origen la creatividad sindical tales como las huelgas intermitentes, rotatorias, estratégicas, de celo o de reglamento o cualquier comportamiento conflictivo no asimilable a ese modelo unidimensional. Finalmente, por no ser exhaustivos, es también un ejemplo del enfoque limitativo del derecho de huelga contenido en el RDL 17/1977 la prohibición de las huelgas políticas, de las de solidaridad en sentido propio, o de las que no sean estrictamente funcionales a la negociación de un convenio colectivo reconduciendo la huelga a la llamada huelga contractual e imponiendo un deber de paz absoluto durante la vigencia del convenio ya negociado.

Las anteriores son manifestaciones de ese carácter cauteloso, desconfiado, limitativo y controlador del RDL 17/1977 y, en todo caso, no particularmente respetuoso de la configuración de la huelga como derecho fundamental; lo que es hasta cierto punto lógico ya que no lo era en el momento de su aprobación. Es verdad que muchas de estas previsiones fueron depuradas del ordenamiento jurídico y reinterpretadas por la STCo 11/1981, dando origen a una norma atípica, despedazada, con artículos completos anulados por su carácter inconstitucional junto a otros que han mantenido su vigencia pero perdiendo en el camino frases o términos concretos, y con otros, en fin, que, manteniendo su tenor inicial, deben no obstante ser necesariamente reinterpretados conforme a lo establecido en la STCo 8/1981, dando origen en la práctica a preceptos en algunos casos prácticamente antitéticos a lo que el texto legal dice literalmente.

Pero lo que aquí interesa subrayar es el rechazo del Tribunal Constitucional a aceptar, como así lo reclamaban los diputados socialistas que plantearon en su momento el recurso de inconstitucionalidad que dio origen a la STCo 11/1981, la derogación total del RDL 17/1977 debido a su tratamiento claramente restrictivo de la huelga y a la discrepancia esencial entre la concepción global del derecho de huelga recogida en el RDL 17/1977 y en la Constitución. Una confrontación, por tanto, de conceptos o modelos de huelga, respecto de lo que los argumentos utilizados por el Tribunal Constitucional para ese rechazo son muy iluminadores y tienen el efecto de lastrar todo el enfoque de la huelga confirmando y bendiciendo constitucionalmente muchas de las limitaciones impuestas por el RDL 17/1977.

En este sentido, el Tribunal Constitucional acepta sin objeciones que la regulación contenida en el RDL 17/1977 puede ser una regulación restrictiva y poco generosa respecto del derecho de huelga, pero concluye que esto es un juicio político y no jurídico que no corresponde hacer al Tribunal Constitucional: una afirmación de neutralidad política que es discutible dado el tipo de derechos y el nivel constitucional en el que deben ser juzgados. Concluyendo que lo que hay que discriminar (manteniéndose teóricamente el análisis jurídico en un territorio de neutralidad si es que esto es posible en este tipo de resoluciones) es si esa regulación respeta el contenido esencial del derecho.

Un control para el que, asumida la vigencia y validez de la norma y con ello el enfoque limitativo de la misma que arrastra, el Tribunal Constitucional establece, artículo por artículo, si se respeta o no el contenido esencial del derecho, procediendo a la eliminación de las facetas más agresivas del RDL 17/1977. Se elude así la visión global referida a los modelos de huelga para centrarse en una de tipo particular estrictamente aplicativa, ignorando que la primera de las dimensiones condiciona fuertemente la segunda. Porque, si se acepta que pueden existir dentro de la Constitución distintos modelos, de más restrictivos a más generosos, del derecho de huelga, es difícil compatibilizar esta visión con la garantía de la eficacia del derecho; a menos que se asuma igualmente que pueden existir distintos niveles de eficacia, haciéndola depender de la decisión del legislador ordinario de cada momento.

Frente a esto, la única forma de salvar esta contradicción, que hace depende la eficacia de un derecho constitucional de lo que establezca el legislador ordinario, es acudir al contenido esencial del derecho. Es lo que hace el Tribunal Constitucional pero lo que sucede es que en este recorrido interpretativo acaba equiparando el contenido esencial del derecho con un contenido mínimo. De forma que, para el Tribunal Constitucional, el contenido esencial, al fin, no es lo que el derecho es, sino lo mínimo que puede ser.

Así pues, no solo se mantiene la vigencia de una norma preconstitucional aprobada en un contexto en el que la huelga no era aún un derecho fundamental, sino que se asume un tratamiento restrictivo de la huelga solo atenuado por las operaciones reconstructivas que el propio Tribunal Constitucional hace; lo que sin duda tiene como consecuencia que este concepto restringido y limitado de la huelga acabe impregnando la interpretación y la aplicación posterior del RDL 17/1977. Al final, el Tribunal Constitucional asume la opción política limitadora del derecho de huelga del RDL 17/1977, una norma que no tiene el respaldo de la mayoría parlamentaria surgida a raíz de la aprobación de la Constitución sino que es el trasunto de un posicionamiento propio de una etapa en la que la huelga no era aún un derecho fundamental y que, en consecuencia, no podía ser ni garantizador ni potenciador del derecho. Es teniendo en cuenta este contexto general, tan determinante por sí mismo, como deben analizarse los límites concretos al derecho de huelga establecidos en el RDL 17/1977 y, en correspondencia con el mismo, en la jurisprudencia constitucional que lo ha interpretado y aplicado. Es lo que se hace a continuación.

La contradicción entre la finalidad de la huelga y la prohibición de algunas de sus modalidades. Uso y abuso de derecho, el enfoque contractual de la huelga y la equivalencia de sacrificios

Toda regulación de un derecho, incluso a nivel constitucional, tiene la doble valencia de la garantía y la limitación. Como tal garantía el art. 28 CE implica, así lo afirma textualmente la STCo 11/1981, que los trabajadores tienen atribuida la facultad de colocarse transitoriamente fuera del marco del contrato, desligándose temporalmente de sus obligaciones sin que ello implique un incumplimiento ya que tales deberes quedan suspendidos mientras dure la huelga y sin que pueda derivarse para los trabajadores ninguna consecuencia negativa más allá de la pérdida de los salarios de los días de huelga. La huelga sale así jurídicamente del territorio de la marginalidad o de la represión contractual, pero también administrativa o penal, característica de las épocas en las que la huelga no era más que un hecho, de naturaleza social y económicamente desestabilizadora, que debía ser prohibido o reprimido.

Pero, de forma natural, el reconocimiento normativo del derecho también lleva consigo una serie de limitaciones. Si es la norma jurídica la que establece la frontera entre la legalidad y la ilegalidad, la regulación de la huelga crea inevitablemente la categoría de las huelgas ilegales, esto es, aquellas cuyo ejercicio no está amparado por el derecho y en relación con las cuales se desactivan todas las garantías mencionadas. De modo que el trabajador será considerado un contratante incumplidor que deberá soportar todas las consecuencias que se derivan de su incumplimiento y que abarcan no sólo la pérdida del salario, algo que también sucede como se ha dicho con las huelgas legales, sino también sanciones de distinta naturaleza, incluido el despido; como, igualmente, los organizadores de la huelga, aquí sujetos colectivos de carácter representativo, habrán de asumir las responsabilidades, normalmente económicas, derivadas de una huelga calificada como ilegal.

A veces, estos límites se encuentran recogidos en la propia norma constitucional, como sucede con el art. 28.2 CE que reclama la garantía de que los servicios esenciales de la comunidad deberán mantenerse en las situaciones de conflicto que les afecten, aunque sea a costa del derecho de huelga. Pero es habitualmente la norma de desarrollo del derecho fundamental la que los establece sin otra cortapisa, como ya se ha indicado y es doctrina habitual del Tribunal Constitucional, que el respeto a su contenido esencial. De forma que es en la concepción del contenido esencial del derecho de huelga donde se encuentra su garantía, y es dependiendo de ella que tales límites podrán ser más o menos amplios o más o menos incisivos, configurando bien un derecho de huelga ampliamente tutelado, garantizado y potenciado, bien otro fuertemente domesticado o constreñido.

Este debate entre contenido esencial del derecho de huelga y su regulación se planteó tempranamente en la STCo 11/1981, tantas veces citada, que estableció unos criterios de determinación que se han consolidado en numerosísimas sentencias posteriores incluso en relación con otros derechos fundamentales. Según esta Sentencia, es necesario acudir, para establecer el contenido esencial de un derecho fundamental, de

una parte, a su naturaleza jurídica o, si se quiere, “*al modo de configurar o concebir cada derecho*”, concluyendo que el contenido esencial está integrado por “*aquellas facultades o posibilidades de acción necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo (...) desnaturalizándose por así decirlo*”. Pero, junto a esta vía de definición, diríamos que metanormativa, también cabe identificar el contenido esencial del derecho de huelga, según el Tribunal Constitucional, recurriendo a los intereses que el derecho de huelga sirve. En este sentido es contenido esencial “*aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos*”.

Es decir, que forma parte del contenido esencial del derecho de huelga, funcionando como valladar frente a la regulación legal, las facultades que hacen al derecho idóneo para el fin para el que se reconoce o que materializan su capacidad para alcanzar el efecto deseado; esto es, su eficacia como instrumento de presión de carácter laboral en defensa de los intereses de los trabajadores. Así lo estableció, de forma pionera, la STCo 123/1992, de 28 de septiembre, en relación con la prohibición del esquirolaje; argumento que han reiterado numerosas Sentencias posteriores, entre las que puede citarse la STCo 33/2011, de 28 de marzo.

Es claro que la garantía de la eficacia de la huelga no puede llegar al aseguramiento de que logrará sus objetivos; por esta razón hay que rechazar un concepto de eficacia que se postula como la medida del logro de un resultado, de forma que un comportamiento, la huelga en este caso, solo sería eficaz siempre que obtuviera lo que como tal acción colectiva de presión se propone. No es éste el concepto de eficacia que debe ligarse a la noción de huelga sino, por el contrario, aquél que la concibe como la capacidad, la idoneidad y la aptitud para alcanzar los objetivos propuestos sin que ello suponga necesariamente la consecución de los resultados esperados. La garantía de la eficacia del derecho de huelga, en consecuencia, se mueve en el terreno de la preservación de su potencialidad como medio de presión colectiva sobre los intereses empresariales para lograr los resultados que pretende. Si esto es así, y si la huelga tiene como finalidad forzar la voluntad empresarial en beneficio de las reivindicaciones de los trabajadores huelguistas, su eficacia dependerá de la incisividad práctica de la presión ejercida.

Esa capacidad de impacto, positiva desde el punto de vista de los huelguistas, puede valorarse desde diferentes perspectivas a tenor de los objetivos propuestos y según cada huelga y la modalidad que adopte, aunque todos ellos acaben reconduciéndose, directa o indirectamente, al terreno económico.

Efectos, por ejemplo, sobre la imagen de la empresa publicitando el conflicto e informando de las condiciones de trabajo soportadas por los trabajadores, de sus reivindicaciones y de sus fundamentos así como de la actitud y de los argumentos de la empresa en respuesta a ellas; se trata de un nivel de confrontación cada vez más importante, tanto que puede afirmarse que huelga que no se visibiliza, huelga que no existe. La huelga también puede tener efectos de tipo político cuando, por ejemplo, se trata de contrataciones de servicios públicos respecto de las que la huelga exterioriza condiciones de trabajo consideradas inaceptables tratando de forzar al poder público a introducir reglas que determinen los aspectos laborales de las contrataciones tales como cláusulas sociales, exigencias de determinados mínimos, o la exclusión de la

contratación pública de ciertas empresas. O puede tener consecuencias, ahora tanto comerciales como económicas, sobre las relaciones de las empresas en huelga con otras empresas y clientes, condicionando sus vínculos mercantiles debido al impacto de la huelga sobre los compromisos adquiridos. O, en la dimensión más clásica, repercusiones sobre la consecución de los objetivos empresariales de productividad o de rendimiento, reduciendo los beneficios de la empresa e incrementando sus gastos por causa de la huelga. Por no hablar de las huelgas en las que, debido a que satisfacen necesidades generales de todos los ciudadanos, es el impacto de ésta sobre los usuarios de los servicios lo que constituye el elemento central de presión; aunque se trate de un arma de doble filo puesto que la misma presión sobre los usuarios puede provocar críticas negativas de éstos frente a la huelga, desautorizándola socialmente.

En todos los casos, sin embargo, lo que la huelga significa es la amenaza de un daño a los intereses empresariales, algo considerado consustancial al derecho de huelga y donde reside, precisamente, su capacidad de convicción. Esto es justamente lo que se suscita mediante la teoría del daño según la cual el inevitable objetivo de la huelga es recurrir a la amenaza, o realidad si la huelga tiene lugar, de un daño a los intereses empresariales como forma legítima de doblegar la voluntad de la empresa en relación con las reivindicaciones planteadas. En consecuencia, la capacidad de impacto de la huelga se mide, con carácter general, en función de la repercusión negativa que la misma pueda tener sobre los intereses económicos de la empresa, entendidos éstos en un sentido amplio abarcando también los referidos a su imagen y fiabilidad, a sus perspectivas de desarrollo o a sus decisiones de organización y de inversión. Lo que permite llegar a una conclusión: si la eficacia de la huelga depende de la capacidad de presión de la misma, directamente proporcional al posible daño a los intereses económicos de la empresa que puede ocasionar, toda limitación de ese impacto económico es, a la vez, una cortapisa de la eficacia del instrumento huelguístico.

Es en este punto, el relacionado con la eficacia del derecho de huelga, donde se aprecia una nueva concepción reductiva del mismo ya que la propia STCO 11/1981 impone determinados límites al derecho de huelga, considerando legítimos los que dificultan la huelga “*dentro de lo razonable*”, apoyándose en la afirmación, casi banal por su obviedad, de que no hay derechos absolutos sino que incluso los de naturaleza constitucional máxima pueden sufrir limitaciones impuestas por otros derechos y valores.

Lo que sucede es que, a la hora de buscar fundamento a esas limitaciones razonables, no se hace referencia solo a los demás derechos fundamentales sino también a otros valores constitucionales dentro de los que se destacan los intereses económicos de los empresarios, avalados por los arts. 33 y 38 CE, que, en la opinión del Tribunal Constitucional, no pueden quedar marginados en el ejercicio de la huelga. De forma que, frente a la potenciación máxima de la huelga preservando su más alta capacidad dañosa, los intereses empresariales han de quedar de alguna forma salvaguardados; lo que se consigue eliminando de la legalidad las formas de huelga más agresivas. Dicho de forma breve: sí a la garantía de la función dañina de la huelga pero no a sus expresiones más eficientes colocándose frente a ellas la tutela del interés empresarial que es justamente aquél contra el que se dirige la huelga. Una conclusión cuando menos paradójica que requiere una construcción jurídica de base que le confiera validez y aceptabilidad.

Así se intenta mediante el recurso, en primer lugar, al concepto de abuso de derecho con apoyo normativo en el art. 7.2 del Código Civil, conforme al cual los derechos no pueden ejercitarse de forma abusiva. Se trata de un límite interno al propio derecho que veta su ejercicio, aunque esté dotado de apariencia de conformidad con la norma, para un fin diferente del que le atribuye el ordenamiento jurídico o buscando la satisfacción de un interés desviado respecto del que la ley le atribuye.

Pero, a estos efectos, no debe olvidarse que la función legal de la huelga y de su ejercicio como derecho es, precisamente, causar un daño a la contraparte empresarial; por lo que la manifestación clásica del ejercicio abusivo del derecho, el daño a tercero en la terminología del art. 7.2 del Código Civil, no es una consecuencia indeseable del ejercicio del derecho sino un componente esencial y definitorio del derecho mismo. En consecuencia, sólo se dará un uso abusivo del derecho de huelga cuando su finalidad última no sea la asignada objetiva e institucionalmente por el ordenamiento jurídico como puede suceder, por ejemplo, cuando la huelga no tiene como fin la mejora de las condiciones de trabajo, siendo el daño a la empresa un instrumento central para conseguir tal fin, sino cuando el daño a la empresa es un fin en sí mismo, de naturaleza emulativa o gratuita en términos, por ejemplo, de mera represalia.

Pero no es a estos limitados casos a los que la interpretación jurisprudencial se refiere cuando habla del ejercicio abusivo del derecho de huelga, o de huelgas ilícitas por abusivas en la terminología del RDL 17/1977 y del Tribunal Constitucional, ya que se aplica más bien a los supuestos en los que se entiende que el daño causado por la huelga a los intereses empresariales es excesivo o desproporcionado. Por esta razón, la argumentación limitativa del derecho de huelga se vuelca más bien en lo que el art. 7.2 del Código Civil llama "*límites normales del ejercicio del derecho*", esto es un límite externo al derecho mismo, para lo que se recurre al concepto de daño excesivo.

Es decir, se acepta que la huelga tiene como finalidad básica la producción un daño económico a la empresa, pero se afirma que ese daño no puede ser excesivo o desproporcionado, considerando esta moderación del daño un límite también del ejercicio del derecho. De esta forma, el debate acerca de la garantía de la eficacia del derecho de huelga, como parte de su contenido esencial, se desplaza al terreno de la fijación de la tolerancia máxima admisible de ese efecto dañino; es decir, una vez más desde la potenciación del derecho a su limitación. Lo que se articula jurídicamente mediante el recurso a este segundo concepto del abuso de derecho, en cuanto daño anormal y por tanto antijurídico.

Ahora bien, el problema entonces es determinar cuáles son los criterios para establecer que la finalidad propia de la huelga como es amenazar con un daño o incluso provocarlo no puede ser admisible jurídicamente en un caso específico porque sus efectos concretos no son tolerables por excesivos. Para lo que el Tribunal Constitucional acude a una serie de parámetros: de una parte, a la llamada equivalencia o proporcionalidad de los sacrificios; de otra parte, a los efectos multiplicadores de la huelga; y, de otra, en fin, a la mala fe en el ejercicio del derecho.

En cuanto a lo primero, hay que advertir que el Tribunal Constitucional utiliza un enfoque contractual y no constitucional de la cuestión, como sería lo adecuado, tratándose de un derecho de esta naturaleza. Lo que tiene como consecuencia que sea la lógica del contrato y no la del ejercicio de un derecho constitucional la que acaba

condicionado la interpretación y, en vez de juzgar cómo adecuar el desenvolvimiento del contrato de trabajo al respeto al ejercicio y a la eficacia del derecho fundamental de huelga, impone el principio contractual de la equivalencia de prestaciones que, además, ignora la dimensión esencialmente colectiva y no individual del derecho de huelga, renuente por tanto a ese enfoque. El concepto clave a estos efectos es, como se ha dicho, el de la equivalencia o proporcionalidad de sacrificios según el cual el ejercicio de un derecho que tiene como finalidad causar un daño económico al empresario sólo puede hacerse legítimamente si los huelguistas pagan un precio proporcional o equivalente al daño que causan.

Se trata de un camino interpretativo poco satisfactorio porque obliga a exigir una supuesta equivalencia de sacrificios que no puede desde luego, so pena de impedir prácticamente el ejercicio del derecho de huelga, valorarse como daño económico de igual cuantía. Si para hacer legítimamente huelga los trabajadores han de soportar un coste económico similar al daño que pueden provocar, la huelga carecería de sentido. En consecuencia, esa supuesta equivalencia de sacrificios es inevitablemente una relación desigual en la que el daño a la empresa siempre será superior al coste que la huelga tiene para los trabajadores.

Lo que sucede es que, más que de equivalencia de sacrificios de lo que se habla es del coste mínimo de la huelga para los trabajadores y que se cifra en la pérdida de los salarios; y, en la medida en que la huelga concreta suponga un coste menor para los trabajadores en su conjunto, se considerará ilícita por abusiva. De lo que se trata, en fin, es de rechazar una huelga low cost, o a un precio inferior al normal. La equivalencia de sacrificios acaba siendo, por tanto, una especie de penitencia, como contrapartida contractual que los trabajadores en huelga han de pagar necesariamente como precio por su decisión colectiva y por las ventajas que esperan obtener mediante ella. En consecuencia, cualquier huelga que reduzca ese coste atentará contra ella, aunque sea indudable que es un factor de eficacia de la huelga la minimización de los sacrificios de los huelguistas. Es la misma optimización de la huelga la que la hace ilegal. De manera que el mensaje, ciertamente poco riguroso, es que la huelga debe tener un coste empresarial razonable y sensato. No tan bajo como para desvirtuar la huelga como instrumento de presión, pero tampoco tan alto como para dotarla de un poder de convicción excesivo.

La segunda opción interpretativa de las huelgas ilícitas por abusivas es la que se concentra en la idea del daño excesivo donde la comparación ya no es entre los sacrificios o precios soportados por unos y otros, trabajadores y empresarios, sino entre el daño normal y el daño excesivo para la empresa. Por este motivo, la STCo 72/1982, de 2 de diciembre, se hace eco, entre otras, de expresiones como “daño superior al ordinario”, “pérdidas normales” frente a “pérdidas innecesarias”, daño buscado por los huelguistas “más allá de lo razonablemente requerido por la propia actividad conflictiva y las exigencias inherentes a la presión que la huelga necesariamente implica”. Expresiones similares a las que utiliza también la STCo 41/1984, de 21 de marzo.

Se trata de una obvia referencia a huelgas que tienen un impacto productivo mayor que el propio de una huelga clásica y cuya calificación como abusivas tuvo lugar mediante la STCo 11/1981. La cual acude a la noción del efecto multiplicador de la huelga conforme a la cual son abusivas las modalidades de huelga en las que “... a la perturbación de la producción que la huelga acarrea se la dota de un efecto

multiplicador, de manera que la huelga desencadena una desorganización de los elementos de la empresa y de su capacidad productiva que solo puede ser superada mucho tiempo después de que la huelga haya cesado..”. De forma que sólo serían lícitas las huelgas cuyos efectos se iniciaran y finalizaran en el periodo en que están activas, sin proyectarlos a momentos en los que los trabajadores no ejercitan el derecho. Una especie de compartimentación temporal de los efectos de la huelga como condición de su legitimidad.

Es evidente que en la mente del Tribunal Constitucional, como en la del legislador preconstitucional del RDL 17/1977, el estereotipo de huelga lícita es la huelga tradicional que se inicia en un determinado momento y se finaliza sin interrupciones en un periodo posterior dando paso de forma inmediata a la normalidad productiva como si la huelga no hubiera tenido lugar. Y que todas las modalidades de huelga que tengan efectos más allá de su duración estricta, lo que sucede típicamente con las huelgas rotatorias o con las intermitentes, son al menos sospechosas de ser abusivas. Una argumentación que no tiene en cuenta, por ejemplo, que muchas veces el mayor impacto económico de la huelga es posible debido a opciones productivas u organizativas empresariales, que se tutelan cerradamente con base en la libertad de empresa como valor constitucional pero a las que no se hace asumir las consecuencias del ejercicio de dicha libertad organizativa. Como es que las huelgas en ese contexto puedan tener un impacto más relevante sobre los intereses empresariales, siendo precisamente la propia libertad empresarial la que propicia ese efecto multiplicador de las huelgas.

La tercera línea argumental relacionada con el concepto limitativo de la huelga abusiva tiene que ver con el ejercicio de buena fe del derecho. Lo que no sucedería cuando, como señala la STCO 11/1981, se reduce *“formal y aparentemente el número de personas que están en huelga, disminuyendo el número de personas sin derecho a la contraprestación o al salario, es decir, los huelguistas reales simulan no serlo”*, siendo esto lo que sucede típicamente con las llamadas huelgas estratégicas.

A este efecto puede señalarse que el recurso al término simulación es ya bastante expresivo del tipo de argumento que se usa, asociado al ejercicio del derecho de huelga cuando se hace infringiendo el deber mutuo de lealtad y honradez que son conceptos típicos de naturaleza contractual que la huelga no hace desaparecer. Olvida la interpretación jurisprudencial que la mala fe no puede presumirse y que el hecho de que un grupo de huelguistas provoque una paralización real difusa o más amplia de la actividad productiva no implica necesariamente que los trabajadores indirectamente afectados, cuando manifiestan su disposición a trabajar aunque no puedan hacerlo prácticamente, deban ser considerados simuladores de un propósito de trabajo que esta interpretación considera, con carácter general y sin excepciones, como falso. Incluyendo, por cierto, a los tradicionales esquiroleros cuyo derecho al trabajo tan solícitamente se protege en otras ocasiones. En todo caso, puede reproducirse la crítica basada en el hecho de que el efecto, también aquí multiplicador, de la huelga es posible debido a la concreta opción organizativa y productiva de la empresa cuyas consecuencias debería estar obligada a arrostrar tanto al menos como dicha opción favorece el incremento de sus rendimientos empresariales.

No puede confundirse, por otra parte, esta presunta intención simuladora de la voluntad de trabajar con una práctica, algo habitual en algunas huelgas recientes, que

consiste en provocar la baja laboral por enfermedad de forma simultánea de un grupo numeroso de trabajadores. Una acción evidentemente de conflicto y de carácter colectivo, como lo evidencia la sospechosa coincidencia temporal de las bajas, que, al margen de la crítica que implican del funcionamiento del servicio de salud por su ausencia de control real y efectivo de las causas de tales bajas, constituye no tanto una simulación del derecho al trabajo sino, por el contrario, de la causa de exoneración del deber de trabajar que, al coincidir con las de otros muchos trabajadores, funciona como un instrumento de presión colectiva semejante a la huelga pero sin sus inconvenientes. Un comportamiento que, en primer lugar, constituye un fraude al sistema público de salud y al sistema de seguridad social que da amparo económico a esas situaciones y que, en segundo lugar, es una práctica, y ésta es justamente la finalidad de tales comportamientos, puede calificarse como de huelga encubierta. Una simulación que puede ser desactivada con un mejor control de las causas de las bajas pero, en lo que se refiere a la disposición para trabajar en el caso de las huelgas estratégicas, se convierte, de aceptarse la tesis del Tribunal Constitucional, en una presunción iuris et de iure de fraude.

La utilización de cualquiera de estas vías interpretativas, o la acumulación de ellas, conduce, no es necesario subrayarlo, a una fuerte limitación de las modalidades de huelga que pueden ser utilizadas sin sufrir un reproche de ilicitud. De manera que, finalmente, no serán abusivas solamente las huelgas que no causen un daño desproporcionado o que no provoquen más gravámenes o molestias que aquellos que sean necesarios teniendo como referente el modelo, que se ha llamado clásico o tradicional, del derecho de huelga. Puede decirse, finalmente, que la modalidad de huelga que se erige como la preferida del ordenamiento jurídico es la huelga que se ejercita con costes razonables, mediante formas igualmente razonables, pretendiendo intereses también razonables y haciendo un uso razonable y comedido de su capacidad de causar un daño a los intereses empresariales. En definitiva, negando la cobertura del ordenamiento jurídico a los casos en los que la huelga se manifiesta más eficaz y expresa mejor la capacidad de presión de los trabajadores huelguistas.

Un resultado en el que tiene mucho que ver, una vez más, el RDL 17/1977. En efecto, todo el discurso del Tribunal Constitucional sobre las huelgas ilícitas por abusivas parte de la vigencia del art. 7.2 del RDL 17/1977 para cuya redacción original eran huelgas abusivas todos los comportamientos colectivos de alteración de la normalidad productiva que no consistieran en el modelo de huelga clásica: esto es, la cesación de la prestación de servicios de los trabajadores afectados sin ocupación del lugar de trabajo. Por lo que cualquier otra modalidad de huelga era considerada abusiva incluyendo justamente aquellas diseñadas para causar un mayor daño a la empresa con un menor coste para los trabajadores huelguistas. Esto es, las huelgas rotatorias, las intermitentes, las estratégicas, las de celo o de reglamento, las huelgas con ocupación del lugar de trabajo, así como cualesquiera otros comportamientos semejantes como la huelga de horas extraordinarias, la disminución voluntaria y continuada del rendimiento, la huelga a la japonesa, o el boicot a determinados servicios de la empresa.

Naturalmente que una visión tan restrictiva de la modalidad de la huelga no podía ser asumida por el Tribunal Constitucional sin atentar al contenido esencial, ni siquiera mínimo, del derecho. Por esta razón, el Tribunal reinterpreta el central art. 7 del RDL 17/1977y, tras indicar que la huelga *“es una perturbación que se produce en el normal desenvolvimiento de la vida social y en particular en el proceso de producción*

de bienes y servicios que se lleva a cabo de forma pacífica y no violenta, mediante un concierto de los trabajadores y de los demás intervinientes en dicho proceso”, afirma, teniendo en cuenta el contenido esencial del derecho de huelga así como su funcionalidad para la defensa de los derechos de los trabajadores, que “no parece descaminado establecer que el contenido esencial del derecho de huelga consiste en una cesación del trabajo, en cualquiera de las manifestaciones o modalidades que puede revestir”. Un concepto amplio, por tanto, de lo que es jurídicamente una huelga al que se acompaña una interpretación tolerante de la huelga con ocupación del lugar de trabajo que se admite siempre que no se vulnere el derecho de libertad de otras personas (los no huelguistas, por ejemplo) o el derecho sobre las instalaciones y los bienes, prohibiéndola solo cuando existe notorio peligro de violación de esos derechos.

Pero, por el contrario, el Tribunal Constitucional preserva la vigencia del art. 7.2 RDL 17/1977 en relación con las modalidades de huelga que recoge (en el texto originario, como se ha dicho, prohibidas) si bien reconduciendo la prohibición absoluta hacia una menos rigurosa presunción de abusividad. Lo que, no obstante, sigue colocando a estas modalidades de huelga, como se ha dicho las más efectivas por su impacto económico y organizativo, en un plano de sospecha: se presumen abusivas, descargando sobre los huelguistas la prueba de la inexistencia de dicha abusividad y articulando un complejo discurso ya analizado acerca de en qué circunstancias las huelgas deben juzgarse como tales.

No es baladí esta implantación jurisprudencial del concepto de abuso del derecho de huelga en relación con las modalidades de la misma que socava fuertemente su eficacia. Porque la huelga, como se ha repetido, es una medida de daño cuya eficacia depende tanto del daño en sí como del coste que la huelga tiene para los huelguistas. Por esta razón la imaginación sindical ha dado a luz modalidades de huelga que se atienen a estos dos referentes, haciéndose habituales las huelgas intermitentes (sobre las que, por el azar normativo, no pesa la presunción de abusividad al no figurar expresamente en el listado de las modalidades contenidas en el art. 7.2 RDL 17/1977) que provocan un impacto evidente en la normalidad del trabajo, tanto en términos de cesación del trabajo como de desorganización productiva, manteniendo la tensión conflictiva y la presión durante un periodo más amplio que el de los concretos días de huelga, con la subsiguiente menor pérdida de salarios de los trabajadores implicados.

Un objetivo semejante al de las huelgas rotatorias (estas sí presumidas abusivas) que, bloqueando la producción cada día en un concreto y diferente sector de la empresa, consiguen el resultado de una situación de huelga mantenida pagando el precio de la pérdida del salario solo los trabajadores que en cada día estén en huelga. Por no hablar de las huelgas estratégicas conforme a las cuales la cesación del trabajo de un grupo de trabajadores, a veces muy reducido, tiene el efecto de paralizar la actividad total de la empresa, si bien formalmente los demás trabajadores no están en huelga y, en consecuencia, reclaman de la empresa el salario de los días en que no han podido realizar su trabajo, pese a estar dispuestos a ello, a causa de la huelga de esos otros trabajadores. O, en fin, las huelgas de celo o de reglamento o a la japonesa donde los trabajadores no cesan su prestación laboral, conservando en consecuencia su derecho al salario, pero cuyo impacto negativo en la economía de la empresa se centra en la ralentización de la producción, con su consiguiente efecto desorganizador, o en el exceso de producción, con sus consecuencias en lo que respecta al consumo excesivo de materias primas así como en cuanto a los gastos de almacenamiento y estocage.

Se trata, sin duda, de las modalidades más eficaces del derecho de huelga, sobre todo en un contexto sindical donde la capacidad económica de los sindicatos de apoyar la huelga mediante las llamadas “cajas de resistencia” es prácticamente inexistente y donde, en consecuencia, la propia capacidad de los trabajadores, sobre todo los de los más bajos salarios, de mantener un comportamiento huelguístico que significa la pérdida de los ingresos es muy limitada. La afirmación de la naturaleza abusiva de estos comportamientos huelguísticos no sólo cercena la efectividad de la huelga en las modalidades que más lo son, sino que, indirectamente, obliga a los trabajadores huelguistas a soportar un coste que solo puede ser asumido en cortos periodos de tiempo. A estas consecuencias tan determinantes del ejercicio del derecho de huelga lleva la tesis del coste mínimo. Una manera, por tanto, de reconducir la incisividad de la huelga a un formato que, al ser menos costoso para los empresarios, lo es en cambio más para los trabajadores, con lo que ello supone de desincentivo a apoyar los movimientos huelguísticos. La consecuencia fuertemente limitativa del derecho de huelga, ahora de sus modalidades, es evidente y no necesita ser resaltada.

La titularidad individual de la huelga y la encendida, desproporcionada y algo farisaica defensa del derecho al trabajo

La renuencia del RDL 17/1977, de la que ya se ha dejado constancia, a dar protagonismo a la representación sindical se manifiesta en los requisitos de convocatoria de la huelga que está atribuida, solo con carácter general, a los representantes de los trabajadores. También en la asignación de un papel protagonista en el conflicto a un comité, el de huelga, que la norma exige que exista y del que, como expresión de un claro intervencionismo controlador, restringe el número de sus componentes, requiriendo que se trate de trabajadores del propio centro de trabajo afectados por el conflicto y haciéndolo responsable de cuantas acciones sindicales, administrativas o judiciales se realicen. Factible sólo en la lógica del RDL 17/1977 de huelgas desagregadas por centros de trabajo pero imposible de exigir en las de ámbito más amplio, la STCo 11/1981 se vio obligada a considerar inconstitucional esta exigencia del comité cuando la huelga afecta a varios centros de trabajo o a enteros sectores productivos. Como también se ha visto obligado a aceptar la sindicalización del comité de huelga en la medida en que los acuerdos de fin de huelga que pudiera suscribir con el empresario han de estar avalados por una representatividad que normalmente sólo la presencia sindical garantiza. Algo que, por otra parte, refuerza, todo hay que decirlo, la responsabilidad por los comportamientos huelguísticos ilegales que ahora pueden imputarse también a los sujetos sindicales por el intermedio del comité de huelga.

Esta intención desindicalizadora del RDL 17/1977 también tiene reflejo en toda la construcción jurídica en torno al derecho de huelga, considerado, con frase ingeniosa pero no por asumida exenta de problemas, como un derecho de titularidad individual pero de ejercicio colectivo. Es evidente que la huelga, como derecho de acción de un conjunto de trabajadores, sólo tiene sentido como tal cuando se ejercita de forma colectiva, quedando excluida, por reducción al absurdo, una huelga de un solo trabajador.

Pero la afirmación de la titularidad individual del derecho de huelga va más allá de la exclusiva finalidad de conciliar su condición de derecho fundamental con esa dimensión colectiva. En la medida en que sirve para evitar calificarlo sin más como un derecho de titularidad colectiva en relación con el cual las únicas alternativas posibles para el trabajador serían las de sumarse o no a la huelga que otro, básicamente la representación sindical, convoca, dirige y controla, siendo también en exclusiva el sujeto colectivo quien, al tener atribuida la facultad de ponerla en marcha, también tendría la de declarar el fin de la misma, cerrando la posibilidad de que los trabajadores persistieran en su conducta de huelga cuando el convocante de la misma ha decidido darla por acabada. En definitiva, una titularidad colectiva que implica un gobierno igualmente colectivo del conflicto y de la huelga como expresión del mismo.

Por el contrario, el RDL 17/1977, y la interpretación constitucional generada en torno a él, ha llevado a la afirmación contraria de la titularidad individual del derecho de huelga, relegando lo colectivo sólo al contexto donde ese derecho ejercita. Lo que,

aunque parezca paradójico, tiene consecuencias relevantes, una vez más disfuncionales y limitativas del derecho de huelga, que merecen ser destacadas.

En primer lugar, que, convocada una huelga, el convocante pierde el control de la misma; de manera que su decisión de poner fin al conflicto no supone el deber de los trabajadores de reintegrarse al trabajo so pena de colocarse en una situación de negativa incumplimiento contractual susceptible de sanción. Por el contrario, mientras los trabajadores individualmente considerados quieran persistir en la huelga, el apartamiento del sujeto colectivo que la encabezó no influye en la legalidad de su comportamiento ya que la huelga durará hasta tanto los trabajadores llamados a seguirla así lo decidan. Una dinámica de la huelga, por tanto, como algo descontrolado en detrimento de una gestión del conflicto más coherente y organizada y, por lo mismo, más eficaz. Aunque también sea cierto que este tipo de actitudes de persistencia en la huelga frente a la decisión sindical sean poco frecuentes.

En segundo lugar, y de forma particularmente significativa, la titularidad individual de la huelga, entendida en sentido amplio, también ha influido en la revalorización del comportamiento de rechazo a la misma por parte de los trabajadores no huelguistas. Algo que se produce también en cuanto a otro derecho colectivo como el de libertad sindical donde es el propio art. 28.1 CE el que subraya lo que se ha denominado como libertad negativa de sindicación, esto es, la de no estar obligado a afiliarse a ningún sindicato. Tanto en un caso como en otro, esta dimensión negativa del derecho ha recibido, por obra de la jurisprudencia, un tratamiento protector en el que se equiparan, como si de las dos caras de una misma moneda se tratara, el derecho a sindicarse con el derecho a no hacerlo; o el derecho a hacer huelga con el derecho a no hacerla que, además, se refuerza con la apelación al derecho al trabajo, regulado en el art. 35 CE.

Se olvida, de nuevo, que tanto la libertad sindical como la huelga son expresión de derechos de acción, creados con carácter instrumental para la obtención de los objetivos redistributivos que ambos persiguen. Por este motivo se potencian y protegen. Pero no puede aceptarse que merezca una protección equivalente la actitud de quien se aparta de la acción sindical y de quien se niega a secundar la huelga, haciendo de este comportamiento incluso un arma de división en manos de la empresa o una forma de congraciarse con ésta. Dicho sintéticamente, la Constitución protege esencialmente el ejercicio de estos derechos pero no el no ejercicio que solo puede quedar protegido como una opción personal, sólo tutelada en lo mínimo en cuanto actitud abstencionista, pudiendo tener consecuencias para quien así lo hace no necesariamente positivas. O lo que es lo mismo, proteger la eficacia del derecho en cuanto se actúa pero no cuando se adopta una posición pasiva. Piénsese, por ejemplo, el tratamiento que recibe en el ámbito del derecho a la intimidad, un derecho que no es esencialmente de acción ni colectivo, quien renuncia a ejercitarlo mostrando su vida privada a la invasión pública: un comportamiento que siempre juega debilitando la protección del propio derecho.

Pero no es así respecto de la huelga, de forma que quien no la secunda se ubica en una posición privilegiada en la que, sin asumir riesgos ni costes de ningún tipo, se beneficia de las ventajas obtenidas por los compañeros que sí participan en la huelga y le dan eficacia con su apoyo. Esta es una de las consecuencias de la prohibición de la cláusula de ventajas reservadas para los afiliados al sindicato merced a cuya actividad se obtienen mejores condiciones de trabajo, prohibición que se argumenta afirmando que

se trataría de una cláusula discriminatoria por razón sindical que atenta precisamente a la libertad negativa de no sindicarse o de no hacer huelga, protegida, como se ha dicho, al mismo nivel que la libertad positiva. La figura del trabajador autoestopista aparece así nítidamente, como la expresión de una posición ventajista que, rechazando los inconvenientes de la huelga, se beneficia no obstante de sus conquistas. Pese a ello, es el propio RDL 17/1977, tan restrictivo y poco generoso en tantas otras partes del derecho de huelga, el que se empeña expresamente en la protección del no huelguista, estableciendo en el art. 6.4 que “*se respetará la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quisieran sumarse a la huelga*”. Una formulación, pese a todo, contenida pero que la interpretación jurisprudencial ha elevado desde la condición de libertad a la categoría de derecho vinculado, como se ha dicho, al derecho al trabajo.

No hay figura más odiosa, y basta acudir para apreciarlo a la cultura sindical, a la literatura, al arte e incluso al sentir de muchos trabajadores, que la del esquirolo porque atenta a una de las condiciones que determinan la eficacia de la huelga: el concitar el mayor apoyo posible a esta forma de presión, conscientes de que la ruptura de la unidad es una de las estrategias habituales de la empresa para contrarrestar el desafío que la huelga supone. Si los instrumentos de acción colectiva, y lo ha dicho el propio Tribunal Constitucional en la Sentencia 11/1981, suponen reequilibrar la posición débil del trabajador frente al empresario precisamente mediante la agrupación y el concierto colectivo, favorecer la ruptura de esa unidad es un atentado a la propia eficacia de la acción colectiva.

De aquí la equiparación del esquirolo con el rompeshuelgas, como alguien que, inmune a la conciencia de identidad con los otros trabajadores, manifiesta, como seguramente no lo haría en otras circunstancias, un irrefrenable deseo de cumplir su prestación laboral, aceptando, muchas veces de forma consciente, el impacto negativo que su comportamiento tiene sobre la eficacia de la huelga. La titularidad individual del derecho de huelga, unida a la libertad de trabajo, se convierte así, objetivamente, en un arma a disposición de los empresarios ya que los esquirolas acaban cumpliendo el papel, no el de honrosos y dignos disidentes de la forma de manifestar el desacuerdo con la empresa y de la manera de dirigir y organizar la huelga, sino el de colaboradores con el empresario frente al que la huelga se plantea y cuyas posibilidades de éxito dependen muy directamente de la unión de los trabajadores que los esquirolas fragmentan.

Es cierto que el RDL 17/1977, como se verá más adelante, prohíbe el esquirolaje, tanto externo como interno, pero más bien referido al comportamiento de la empresa, no considerándose tal, sin embargo, la decisión del trabajador de no sumarse a la huelga y reivindicar incluso la protección de su teórico derecho al trabajo. Sorprende esta vinculación de una postura abstencionista e insolidaria con un derecho que, curiosamente, solo alcanza eficacia plena precisamente en este contexto, quedando relegado a un derecho meramente cívico de imposible satisfacción cuando de lo que se trata es de la aspiración del ciudadano a desarrollar una actividad productiva de la que obtener su sustento. Algo que, se afirma, depende de la situación económica y de la evolución del mercado de trabajo sin que los poderes públicos estén comprometidos a proporcionar una ocupación concreta a los trabajadores desempleados. Un derecho, por tanto, que, llamativamente, solo se tutela al máximo nivel cuando de trabajar se trata en el contexto de una huelga y respecto de alguien que ya tiene un empleo, mientras que queda reducido a una mera expectativa dependiente de la iniciativa pública, de la

situación del mercado de trabajo y de la marcha de la economía, cuando consiste en obtener un empleo que garantice la subsistencia.

Podría argumentarse que, de la misma forma que el Tribunal Constitucional es tan ligero a la hora de presumir una intención fraudulenta en los trabajadores afectados por una huelga estratégica, de las que antes se ha hablado, y cuya intención de trabajar no considera creíble, también podría considerarse que el ansia laboral de los no huelguistas no obedece en realidad a una pasión por el trabajo, trabajo que por cierto ya tienen, sino que obedece a otras razones en las que es posible apreciar factores subjetivos como el miedo, la falta de coraje, la ausencia de una conciencia de clase o de un sentimiento mínimo de solidaridad con quien pone en marcha una acción colectiva que tiene como fin mejorar la situación de todos los trabajadores, la utilización de su negativa a hacer huelga como una forma de lograr ganancias individuales frente a la empresa, las presiones empresariales o, en fin, la necesidad económica. Todas ellas motivaciones que poco o nada tienen que ver con el ejercicio leal, libre y honesto de la libertad de trabajar y que, en consecuencia, no deberían ser acogidas por el ordenamiento bajo la forma de protección del derecho al trabajo.

En todo caso, si se quiere y de forma menos crítica y más técnica, podría entenderse que de lo que se trata con la negativa a secundar la huelga, más que del derecho al trabajo, es del ejercicio de otro derecho, mucho menos protegido ya que sólo tiene eficacia real en muy concretas actividades, como es el derecho a la ocupación efectiva y que solo puede ser lesionado en contextos laborales muy precisos con relevancia pública, promocional o formativa. Algo más que improbable en el caso de una huelga que, además, suele ser de duración muy breve o fuertemente limitada en el tiempo. Un tratamiento, en consecuencia, que reconduciría el llamado derecho al trabajo de los no huelguistas a una simple libertad de sumarse o no a la huelga y cuya tutela no puede, desde luego y como se ha dicho antes, equipararse a la de la huelga como derecho fundamental.

No es que se abogue, y no es porque no pudiera ser incluso una alternativa aceptable, por una sindicalización plena del derecho de huelga de forma que, convocada por sindicatos suficientemente representativos, fuera de obligada observancia por parte de todos. Una solución que, reforzando la posición sindical y la eficacia de la huelga, obligaría a todos los trabajadores a someterse a la decisión mayoritaria, algo por otra parte típico de las decisiones colectivas. La reclamada neutralidad del Estado, tan olvidada en otras ocasiones, ha llevado a rechazar esta opción y, por el contrario, a blindar la posición de los no huelguistas. Pero, en todo caso, la reconducción de la tutela de la libertad personal de sumarse o no a la huelga no debe funcionar al mismo nivel que la de quien sí se suma a ella, debiendo aceptar el esquirol los riesgos y cargas que tal decisión implican y sin que ese comportamiento pueda suponer para el no huelguista ninguna ventaja. De nuevo, la exclusión de los beneficios obtenidos con la huelga puede ser una forma de, respetando la libertad personal, no fomentar e incentivar una actitud que objetivamente solo beneficia a los empresarios en conflicto. Algo que la ubicación de la decisión de huelga en el plano colectivo, convirtiendo a la huelga en un derecho de titularidad y de ejercicio colectivo, haría irrelevante.

Finalmente, hay que subrayar que la aceptación poco crítica del tenor literal del art. 6.4 RDL 17/1977 y de su mención a la libertad de trabajo, convertido en derecho al trabajo con el apoyo constitucional del artículo 35, unido a una jurisprudencia, tanto

constitucional como ordinaria, de enaltecimiento y particular protección del trabajador sindical y colectivamente inactivo, es otra consecuencia de la vigencia de dicha norma preconstitucional, casi siempre, como se viene viendo, limitativa del derecho de huelga.

Las limitaciones a la huelga derivadas de los servicios de seguridad y mantenimiento y de los servicios mínimos

Como se ha señalado antes, ya el propio art. 28.2 de la Constitución, al reconocer el derecho de huelga como derecho fundamental, obliga a la ley que regule el derecho a establecer las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. En ausencia, como se sabe, de un desarrollo legal postconstitucional, la única referencia legal a este compromiso establecido en el art. 28.2 CE es la contenida en el art. 10.2 del RDL 17/1977 al establecer que: “*Cuando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurren circunstancias de especial gravedad, la Autoridad gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios. El Gobierno, asimismo, podrá adoptar a tales fines las medidas de intervención adecuadas*”.

No interesa detenerse aquí, por ser algo sabido, que la STCO 11/1981 así como numerosa jurisprudencia constitucional posterior, al avalar la constitucionalidad de dicho apartado del art. 10 RDL 17/1977 y conectarlo con la exigencia del art. 28.2 de la Constitución, lo hizo con matizaciones importantes cuya síntesis puede encontrarse recogida en la STCo 183/2006, de 19 de junio.

La primera, identificando, con carácter general, los servicios esenciales de la comunidad con los servicios de reconocida e inaplazable necesidad, por más que considere que los servicios esenciales no necesariamente han de ser servicios públicos, y vinculando la noción de servicio esencial a la de los servicios en los que quedan afectados derechos fundamentales y valores constitucionales. La segunda, negándose a establecer cuáles son en concreto esos servicios esenciales que hay que garantizar, lo que deja la cuestión a la decisión judicial que se adopte en cada caso en función del derecho fundamental afectado y del tipo de huelgas. En tercer lugar, estableciendo que el sujeto competente para establecer tales garantías ha de ser la autoridad gubernativa responsable de esos servicios, considerada como tercero imparcial respecto de los trabajadores y las empresas implicadas por la huelga, si bien su intervención ha de quedar condicionada por las exigencias de motivación y publicidad así como por la posibilidad de ser judicialmente impugnada. Y, en cuarto lugar, fijando que la garantía del funcionamiento de los servicios esenciales se realice a través de los llamados servicios mínimos que, asegurándolos en el sentido de que dan satisfacción, aunque reducida y defectuosa, a los derechos fundamentales afectados por la huelga, sin embargo no vacían de contenido a este último derecho fundamental.

Toda esta elaboración, fruto de sucesivas y acumuladas Sentencias, tanto del Tribunal Constitucional como de los tribunales ordinarios, confirman lo que los servicios mínimos suponen en relación el derecho de huelga. Y que no es otra cosa que una limitación, en la medida en que la prestación del servicio mínimo, que significa mantener la producción aunque en términos atenuados, reducidos o limitados, implica que habrá trabajadores encargados de la prestación de tales servicios mínimos que no

podrán ejercitar su derecho a la huelga. Sin duda, una importante lesión del derecho de huelga que se justifica como la única forma de dar satisfacción, aunque incompleta en cuanto mínima, a los derechos fundamentales (a la seguridad, la educación, la salud, la libre circulación, etc.) afectados por la huelga. Sobre la base, aquí sí más lógica y adecuada, de una ponderación de los sacrificios que soportan los huelguistas a los que se impide el ejercicio de este derecho y los de los usuarios de los servicios esenciales que deben conformarse con una atención mínima y de peor calidad repercutiendo con ello sobre el derecho fundamental de que se trate (STCo 26/1981, de 17 de julio y STCo 183/2006, de 19 de junio).

Ninguna objeción básica o general puede hacerse a esta limitación del derecho de huelga. Sí, si acaso, a otra, mucho más discutible sin embargo, como es la que el art. 6, apartado siete, del RDL 17/1977 impone en relación con la seguridad de las personas y de las cosas mediante los llamados servicios de seguridad y mantenimiento. Una exigencia a la que no se refiere el art. 28.2 CE pero que el RDL 17/1977, con la conformidad del Tribunal Constitucional, impone al comité de huelga obligándose a asegurar que tales servicios de seguridad y mantenimiento se presten durante la huelga, y estando a cargo, y de aquí su efecto limitativo del derecho de huelga, de los trabajadores del centro que, por esta razón, tampoco podrán hacer uso de su derecho de huelga. Una limitación con fundamentos mucho menos sólidos, aunque igualmente avalada por la STCo 11/1981, ya que su función es preservar los intereses económicos de la empresa y restringir, una vez más, el impacto de la huelga al obligar al comité a que garantice que la actividad productiva pueda reanudarse de forma inmediata tras el fin de la huelga y que ésta no haya supuesto daños a las personas, instalaciones y bienes de la empresa.

Sin embargo, pese a las discrepancias respecto de la legitimación constitucional de tales servicios de mantenimiento ya que la preservación de la seguridad y de los bienes de la empresa podría haberse encomendado a ésta permitiéndole, de forma excepcional y con absoluta y total justificación, contratar trabajadores para prestarlos como una excepción a la prohibición del esquirolaje, la interpretación jurisprudencial posterior, muy restrictiva, los ha mantenido en una zona de razonable y asumible legitimidad, pese a su función evidentemente limitadora del derecho de huelga.

Así, esa jurisprudencia ha establecido que los servicios de seguridad y de mantenimiento exigibles solo podrán ser los indispensables en función de la seguridad y los precisos estrictamente para que la actividad productiva pueda reanudarse inmediatamente tras el fin de la huelga, poniendo coto a interpretaciones empresariales como las que pretendían una ampliación de tales servicios hacia los considerados genéricamente como imprescindibles por la empresa (STCo 80/2005, de 4 de abril). También ha remarcado que no pueden considerarse necesarios servicios de seguridad y de mantenimiento que no se prestan habitualmente en la empresa ya que, lo que no se entendió empresarialmente necesario en situación de normalidad, no tiene por qué convertirse en imprescindible durante la huelga, salvo casos muy excepcionales debidamente acreditados. Igualmente, ha subrayado que, en el caso de los servicios de mantenimiento, la actividad productiva queda paralizada plenamente, es decir, que no se trabaja ni se produce frente a los servicios mínimos en los que sí se produce aunque de forma muy reducida. Finalmente, ha establecido, en la misma línea, que los trabajadores cuyo derecho de huelga queda afectado son los estrictamente indispensables, teniendo como referente comparativo máximo los que están adscritos a ese tipo de servicios en

periodos de normalidad productiva pero de actividad reducida como sucede con los días festivos o las vacaciones.

Todo lo anterior ha hecho más o menos aceptable constitucionalmente estos servicios de seguridad y de mantenimiento. Aunque la declaración de inconstitucionalidad de la competencia exclusiva del empresario para designar los trabajadores encargados de los servicios de que se trata, declarada por la STCo 11/1981, sea papel mojado ya que el escaso tiempo entre la convocatoria de huelga y su práctica (cinco días con carácter general) dificulta llegar al acuerdo que el Tribunal Constitucional entiende que es la forma adecuada de establecer los trabajadores que deben prestar los servicios de seguridad y de mantenimiento. Lo que, finalmente, hace revertir en el empresario dicha facultad solo susceptible de control judicial a posteriori; con lo que ello supone de eficacia y aplicabilidad directa de la decisión empresarial y de una capacidad meramente reaccional de los sujetos colectivos e individuales que, sin poder evitar el impacto de la decisión empresarial en la huelga, solo podrán ver reconocidas sus pretensiones cuando el proceso de conflicto está más que terminado y el daño al derecho de huelga consumado. Un reconocimiento sin valor práctico alguno y que no impide que el comportamiento empresarial lesivo del derecho de huelga consiga los efectos que pretendía de atenuar ilegalmente sus efectos.

Volviendo a los servicios mínimos a prestar en el caso de los servicios esenciales de la comunidad, dado su escaso tratamiento legal ha sido también la jurisprudencia la que ha ido estableciendo un régimen jurídico del que pueden destacarse muchos factores limitativos del derecho de huelga, ahora acogidos al paraguas legitimador de ser requeridos por la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos afectados por la huelga. En efecto, varias son las dimensiones de los servicios mínimos en las que se ponen de manifiesto esas limitaciones que, en algún caso, pueden considerarse excesivas y que se suman al amplio repertorio de límites del derecho de huelga de los que se está dando aquí razón.

En primer lugar, la propia determinación de los que se consideran servicios esenciales. Ausente una regulación legal que los precise y dejada al criterio de la jurisprudencia, es cierto que muchos de esos servicios se han consolidado como tales servicios esenciales sin discusión como sucede con la seguridad pública, el transporte, los suministros básicos, la sanidad o la educación. Pero esta consolidación se ha hecho de forma general sin la necesaria concreción puesto que, como el propio Tribunal Constitucional ha establecido, la afectación del derecho fundamental por parte de la huelga no puede establecerse de forma global como justificación para limitar este último ya que depende de factores como el tipo concreto de huelga y su duración, a qué actividades afecta de forma particular, o qué otras alternativas subsisten de garantía de tales servicios. Pese a la imprescindible precisión que el Tribunal Constitucional reclama (STCO de 19 de junio de 2006), se ha generalizado la idea que parte de la esencialidad de la actividad en sí misma considerada con independencia de todos esos factores singularizadores. Lo que significa que toda huelga que afecte a cualquiera de estos servicios tiende a considerarse sin más huelga que afecta a servicios esenciales de la comunidad. Sólo impugnaciones judiciales resueltas con posterioridad a la realización de la huelga y a la puesta en práctica de los servicios mínimos han venido matizando esa asignación inicial pero cuya utilidad, como sucede con la designación de los trabajadores para los servicios de mantenimiento, es nula al referirse a un tipo de huelga ya realizada y cumplida.

La segunda cuestión es la relativa a la autoridad competente para establecer esos servicios mínimos. Como ya estableció la STCo 11/1981 se trata de la autoridad gubernativa con responsabilidad política en cuanto a tales servicios, si bien han sido necesarias múltiples sentencias posteriores para concretar en cada caso de quien se trata, para excluir a algunas que lo pretendían, y para limitar los excesos en cuanto a las delegaciones de esa competencia, sea a autoridades inferiores sin responsabilidades de gobierno, sea a órganos meramente ejecutivos, sea a la propia empresa. En este punto es seguramente donde la postura jurisprudencial ha sido más tuteladora del derecho de huelga haciendo una interpretación restrictiva de las autoridades gubernativas a quienes corresponde la fijación de los servicios mínimos. Como lo ha sido en cuanto a las exigencias de publicidad, motivación y justificación de las actividades productivas necesarias para la mínima tutela del derecho fundamental que pudiera estar afectado por la huelga y que hace legítima la imposición de los servicios mínimos, poniendo coto a pretensiones excesivas que hacen absolutamente ineficaz el recurso a la huelga, a la imposición de servicios que más que mínimos son casi máximos, al recurso indiscriminado a porcentajes de trabajadores obligados a realizar su trabajo pese a la huelga, a la imposición de servicios que no se prestan habitualmente al menos en situaciones de reducción de la actividad, a la pretensión de establecer un estándar de servicios mínimos aplicable a cualquier huelga del sector o de la actividad frente a la proclamada singularidad de cada huelga y de su repercusión sobre esos derechos fundamentales, etc.

Toda esta interpretación judicial garantizadora choca, sin embargo, con una realidad práctica. Si bien normalmente, aunque no siempre, una huelga que afecte a los servicios esenciales de la comunidad será una huelga en servicios públicos que reclama el preaviso de diez días, este plazo es un tiempo muy breve en el que la autoridad gubernativa habrá de apreciar que se trata justamente de una huelga de este tipo y deberá fijar tanto el grado de afectación de los derechos fundamentales de los ciudadanos así como los servicios mínimos que habrán de prestarse. Una decisión que, comunicada a las partes, podrá ser sin duda recurrida, si bien mediante procedimientos judiciales que, en todo caso, son incapaces de proporcionar una solución antes de que discurran los diez días de preaviso. De manera que los servicios mínimos dictados, se esté o no de acuerdo con ellos, habrán de aplicarse en todo caso, siendo irrelevante a efectos de cada huelga el que, con posterioridad, una resolución judicial acabe declarando, posiblemente años después, que tales servicios mínimos no debieron ser fijados o eran excesivos.

En consecuencia, la autoridad gubernativa acaba siendo el árbitro de la cuestión, imponiendo criterios de afectación, grado, tipo de servicios, necesidad incluso cuantitativa de trabajadores que los titulares colectivos e individuales del derecho de huelga no pueden contradecir salvo que asuman el riesgo de desobedecer los servicios mínimos impuestos a la espera de que la posterior decisión judicial avale su postura. Una desobediencia que, conforme a la STCo 123/1990, de 2 de julio, ni siquiera quedará legitimada si posteriormente la autoridad judicial considera tales servicios mínimos contrarios al derecho de huelga ya que *“del derecho de huelga (...) no cabe derivar (...) un derecho del trabajador designado para cumplir un servicio mínimo a examinar en cada caso la legalidad de la medida gubernativa...”*. Salvo la posibilidad extrema de que se trate de servicios mínimos que manifiestamente vulneran el derecho fundamental de huelga en cuyo caso la desobediencia de los trabajadores a cumplirlos

puede ser entendida como un comportamiento legítimo. Pero se trata de un riesgo que lógica y normalmente los trabajadores no quieren asumir, aceptando cumplir los servicios mínimos impuestos aunque los consideren sin justificación o excesivos, pudiendo solo conseguir de la resolución judicial posterior una victoria moral que no habrá impedido que los servicios mínimos, con toda su funcionalidad limitativa del derecho de huelga, hayan tenido su efecto práctico inmediato.

Mucho más si a esto se une el habitual menosprecio por parte de la autoridad gubernativa de las resoluciones judiciales condenatorias, imponiendo en huelgas posteriores servicios mínimos similares o iguales a los que fueron anulados en su momento. La escasa o nula eficacia práctica de estas sentencias se manifiesta en que no pueden impedir el daño al derecho de huelga al declararlo a posteriori y una vez producido y con él el efecto colateral, seguramente pretendido, de reducir el impacto de la huelga y por ello su capacidad de presión. Sin que la declaración de lesión del derecho en el caso concreto tenga tampoco efectos para el futuro debido a la posible alegación por parte de la autoridad gubernativa de que las circunstancias de cada huelga son diferentes, de forma que lo que pudo ser ilegal en una ocasión no necesariamente ha de serlo en otra posterior, aunque la huelga afecte al mismo sector y a semejantes o idénticas actividades. Solo, quizá, una represión indemnizatoria de mayor entidad que las que actualmente se declaran podría introducir un factor de desincentivación a lo excesivo o infundado de las resoluciones administrativas de imposición de servicios mínimos. Finalmente, los servicios mínimos, incluso si inconstitucionales e ilegales, se cumplirán y la huelga en general quedará afectada así como el derecho de los concretos trabajadores obligados a prestar tales servicios. Sin que la reparación posterior sirva para atenuar, ni siquiera por la vía del precedente o de la indemnización, el impacto limitativo de los mismos.

Por esta razón se suele reclamar la implantación de mecanismos de solución de la controversia en torno a la propia existencia de servicios esenciales, a la necesidad de fijación de los servicios mínimos y a su entidad numérica o personal. Lo que podría afrontarse estableciendo por ley un listado detallado de las actividades productivas que pueden ser consideradas servicios esenciales de la comunidad y en qué circunstancias y contextos; fijando igualmente y de forma apriorística (lo que en otras experiencias comparadas se ha calificado como negociación en frío al encomendarse esta tarea a la propia negociación colectiva sectorial o de empresa fuera del contexto de una huelga en acto) la extensión de los servicios mínimos a prestar; o, en fin, como ha sucedido con el caso italiano, creando un organismo técnico e independiente que pueda resolver, de forma inmediata pero siempre antes de que la huelga comience, los conflictos que puedan suscitarse en torno a los servicios mínimos. Nada de lo cual existe en la realidad española por lo que existe un espacio de inseguridad jurídica que solo beneficia al sujeto que impone tales servicios mínimos, perjudicando habitualmente al derecho de huelga de los trabajadores, obligados a prestar unos servicios que, no infrecuentemente, quedan deslegitimados con posterioridad.

La falta de iniciativa para afrontar la cuestión que contrasta con la facilidad con que alguna resolución judicial, es verdad que por ahora aislada, ha aceptado, contrariando la posición generalmente asumida como es la de rechazar demandas relativas a conflictos futuros o cuando se trata de reclamaciones preventivas de la empresa, que piden del juez una calificación previa de la huelga para suspenderla como medida de precaución ante la demanda planteada por el empresario acerca de su licitud o legalidad. Es el caso del

Auto de la Audiencia Nacional de 14 de mayo de 2015, donde se impone cautelarmente la suspensión de una huelga convocada por considerarla inicialmente como ilegal. Para la Audiencia Nacional, siendo la vía procesal para este tipo de acciones declarativas la de conflicto colectivo, pero constatando que la sentencia final no podrá tener lugar antes de que se realice la huelga, acepta emitir con carácter preventivo una calificación de la huelga desde el punto de vista de su licitud. Calificación que llama provisional ya que sirve exclusivamente de fundamento a la medida cautelar de suspensión de la huelga pero que, dada la dinámica de los conflictos colectivos, acaba siendo definitiva. Siquiera sea a efectos prácticos ya que, finalmente, la huelga no podrá realizarse cuando estaba planificada, retrasándose su posibilidad hasta el momento en que la calificación sea definitiva y si ésta es finalmente de legalidad de la huelga.

Esta posición interpretativa tiene el riesgo de abrir una alternativa consistente en la conveniencia, y casi necesidad, de convertir la intervención judicial, no por casualidad a iniciativa del empresario, en una especie de autorización previa para el ejercicio del derecho de huelga. Algo inaudito en relación con un derecho fundamental. Y que incorpora un argumento como el que “... *si no media suspensión* (en este caso de la huelga) *se bloquearía efectivamente la tutela* (judicial) *reclamada puesto que la huelga se actuaría, aun cuando hubiera riesgo real de que se declare ilegal*”. Que, si bien se piensa, podría ser utilizado para paralizar igualmente determinadas decisiones de servicios de mantenimiento o de servicios mínimos para proteger el derecho de huelga en la medida en que, parafraseando a la Sentencia de la Audiencia Nacional, si no media la suspensión (de los servicios de mantenimiento o mínimos impuestos que pudieran ser calificados provisionalmente como excesivos o ilegales), se haría inútil la tutela judicial posterior ya que tales servicios se aplicarían, aun cuando existiera riesgo real de que fuera declarados lesivos del derecho de huelga..

Quizá tenga que ver el excepcional posicionamiento de la Sentencia de la Audiencia Nacional con el hecho de que la huelga afectara a la competición liguera de fútbol. Una actividad productiva, tanto en sí misma como en cuanto a su retransmisión por los medios de comunicación esencialmente audiovisuales que, tal y como ha sido tratada jurisprudencialmente la huelga que puede afectarla, parece tener la consideración de un servicio esencial del máximo nivel. Hasta tal punto se bloquean los efectos de una huelga que impida presenciar tal espectáculo a los aficionados adictos a tales retransmisiones. Valga a estos efectos lo dicho por la STCo 17/2017, de 2 de febrero, considerando legítimas las medidas empresariales adoptadas para realizar la retransmisión aunque con ello quedase afectada seriamente la eficacia de la huelga.

Las huelgas ilegales y el deber de paz

Como se ha indicado antes, la regulación legal de la huelga crea una frontera entre el ámbito de la legalidad y de la ilegalidad en cuanto al ejercicio de la misma, dejando al margen las huelgas ilícitas por abusivas reconocidas en el art. 7 del RDL 17/1977 así como aquéllas en las que no se respetan las obligaciones de garantizar los servicios de seguridad y de mantenimiento y los servicios mínimos, que ya han sido objeto de consideración. Esta línea de demarcación está fijada en su art. 11 donde se recogen cuatro modalidades de huelgas ilegales que implican un repertorio de prohibiciones de determinados tipos de huelga, bien por razones formales, bien, sobre todo, por motivos relacionados con la finalidad de la huelga.

En cuanto al primer grupo, se consideran huelgas ilegales las que se realicen en contra de lo establecido en el propio RDL 17/1977, lo que, en realidad, constituye una especie de cláusula de cierre para expulsar de la legalidad a cualquier huelga que no se ajuste a las exigencias de la norma, sin que el RDL 17/1977 introduzca ningún tipo de matización, lo que sería lo lógico, respecto de la levedad o gravedad de dicha infracción. Ha sido, por tanto, la jurisprudencia la que, aplicando la teoría de la gradualidad, ha aquilatado la importancia de esas infracciones y su impacto ilegalizante o no sobre la huelga.

Así, en el bloque de las huelgas que pueden ser consideradas ilegales por infracción de los preceptos del propio RDL 17/1977 entran, en primer lugar, las huelgas en las que existan defectos de convocatoria porque lo sean por sujetos que la ley no considera habilitados para ello. No obstante, esta es una posible causa de ilegalidad bastante improbable al atribuir la norma esa facultad tanto a cualquier representación de los trabajadores, sea sindical o unitaria, como a los trabajadores mismos en asamblea. Sin requerirse, además, particulares requisitos de quorum o de aprobación mayoritaria al haber desactivado el Tribunal Constitucional, mediante la Sentencia 11/1981, los que venían establecidos primitivamente en el RDL 17/1977 por considerarlos obstáculos innecesarios al ejercicio del derecho de huelga carentes de justificación y por tanto atentatorios al propio derecho constitucional.

En segundo lugar, también pueden ser ilegales las huelgas en las que no se cumplan las exigencias de publicidad y de comunicación, un requisito también debilitado en su rigidez por el Tribunal Constitucional atendiendo, más que al rigor formal, a la función y a la eficacia del acto de comunicación y exigiendo que éste cumpla con el objetivo de poner en conocimiento del destinatario de la acción huelguística el propósito de ponerla en práctica así como los motivos de la misma. Bastando cualquier medio o procedimiento que satisfaga esa exigencia sin necesidad, obviamente, de una comunicación individualizada a todos los empresarios implicados, algo imposible en huelgas de carácter general, de ámbitos territoriales muy amplios o de sector; y no dando tampoco una particular relevancia a la comunicación que la norma exige a la autoridad laboral.

En tercer lugar, pueden ser consideradas ilegales las huelgas en las que no se constituya un comité de huelga que funcione como interlocutor del empresario. Si bien, como ya se ha repetido, la anormalidad de un órgano de este tipo, creado *ad hoc*, desestructurado y poco representativo por sí mismo, en un contexto de huelgas habitualmente sindicalizadas y con interlocutores de esta naturaleza suficientemente representativos, hace que, al margen de la facilidad de su constitución que el RDL 17/1977 no precisa cuándo debe tener lugar, su defecto no suela argüirse como condicionante de la legalidad de la huelga de que se trate.

En cuarto lugar, pueden ser consideradas huelgas ilegales las huelgas en las que no se haya dado el preaviso oportuno. Considerado expresión de un deber de buena fe que persigue que los destinatarios de la huelga, sea la propia empresa sean los clientes o usuarios de la misma, tengan conocimiento anticipado del momento de inicio de la cesación del trabajo, el preaviso es una exigencia razonable de una duración igualmente razonable: solo 5 días que, dada la afectación de múltiples usuarios en el caso de los servicios públicos, se amplía a 10 días, a tenor de los arts. 3 y 4 RDL 17/1977. Pero incluso en este caso, su incumplimiento no ha sido tratado por el Tribunal Constitucional de una forma rígida y formalista sino de modo más flexible atendiendo a la finalidad del preaviso y admitiendo que su defecto solo hace presumir que la huelga puede ser ilegal; pudiendo los interesados demostrar que tal incumplimiento parcial (hacer el preaviso con menos días de lo exigido) no ha impedido que cumpla su función de advertencia a los afectados del propósito de ejercer el derecho de huelga. Solo cuando el preaviso no existe de forma absoluta, como sucede en el caso de las llamadas huelgas espontáneas (a veces llamadas también salvajes si bien esta es una terminología se utiliza más bien para las huelgas sin control sindical) es cuando su incumplimiento puede determinar la ilegalidad de la huelga. Pero es algo que, unido a la flexibilidad en cuanto a la publicidad y a la comunicación de la misma, solo sucede cuando el propósito de los organizadores es, justamente, el de iniciar una acción colectiva sorpresiva con el objetivo de causar un daño adicional a la empresa al enfrentarse a una huelga de la que ni siquiera se le ha advertido. Algo que, siendo posible, es bastante infrecuente.

Junto a este tipo de posibles ilegalidades de la huelga que, como se ha visto, cumplen una función práctica muy limitada, el art. 11 RDL 17/1977 se refiere a otro grupo de huelgas ilegales por causa de su finalidad: son las huelgas políticas, las de solidaridad y las novatorias. Si bien, las dos primeras, de fuerte entidad limitativa en la redacción originaria del RDL 17/1977, han quedado reducidas prácticamente a la nada en cuanto motivos de ilegalidad de las huelgas.

Así, en el primer caso, el de las huelgas políticas, porque, debido a la interpretación tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo y sin alterar la prohibición legal que sigue en vigor (“...cuando se inicie o se sostenga por motivos políticos o con cualquier otra finalidad ajena al interés profesional de los trabajadores afectados...”, dice literalmente el art. 11,a) RDL 17/1977), se ha llegado a la conclusión de que el interés profesional de los trabajadores a que se refiere el RDL 17/1977 puede ser muy amplio y quedar afectado no sólo por las actuaciones de su empresario concreto sino también por otros sujetos como, por ejemplo, otros empresarios relacionados o también, de forma particular, el poder político al adoptar medidas de carácter normativo, administrativo o financiero que afectan a los derechos laborales o de protección social.

La ampliación de un concepto estricto de interés profesional hacia el que actualmente se denomina como interés socio-profesional, de un ámbito material más extenso abarcando cuestiones que van más allá del debate con el empresario de las específicas condiciones de trabajo, ha llevado, en fin, a la práctica irrelevancia de la prohibición legal de las llamadas huelgas políticas, quedando limitada exclusivamente a las muy excepcionales con finalidad subversiva, revolucionaria o de alteración grave del funcionamiento de las instituciones políticas básicas. Por más que se trate de una calificación peyorativa a la que acuden habitualmente los empresarios, sus organizaciones e incluso algunos representantes políticos conservadores, en el caso de huelgas generales o contra reformas legales de trascendencia, como una herramienta más, en este caso de tipo propagandístico, en el proceso de confrontación del que la huelga es expresión.

En el segundo caso, el de las huelgas de solidaridad o de apoyo, absolutamente prohibidas inicialmente por el RDL 17/1977 al exigir, para su legalidad, que “*afecte(n) directamente al interés profesional de quienes las promuevan o sostengan*”, su regulación primitiva es la expresión clara de una contradicción interna. En efecto, la norma, en su afán limitador o prohibitivo de las huelgas de solidaridad, como es su verdadera intención, solo las permite aparentemente pero exigiendo de ellas algo que las excluye del propio concepto de huelga de solidaridad como es que la controversia afecte directamente al interés profesional de quienes deciden suspender su prestación laboral. Se ignora así, conscientemente, que la solidaridad real es identificarse con los intereses y las reivindicaciones de otros con los que no existen otros vínculos que esa voluntad de hacer suyos sus problemas y necesidades sin que los auténticamente propios queden afectados de forma directa. Exigir, como hacía el art. 11, b) del RDL 17/1977, que este tipo de afectación exista y sea directa, significaba en realidad que la huelga había dejado de ser solidaria para estar motivada por intereses directos de los trabajadores que se suman a ella.

Por esa razón, la STCo 11/1981 no puede por menos que declarar inconstitucional la exigencia de esa afectación directa a los intereses de los que declaran la huelga o se suman, por razones solidarias, a la misma, restituyendo al concepto de solidaridad su significación más apropiada y debilitando la conexión entre la acción de huelga y el propio interés profesional de los huelguistas. Finalmente, lo que el Tribunal Constitucional hace es derivar la existencia de una afectación del propio interés, que basta que sea indirecta o debilitada y que hace legal la huelga, del hecho de asumirlo así el convocante al declararla. En definitiva, una solidaridad que se autolegitima por el hecho mismo de la declaración de huelga con una finalidad de apoyo a los intereses socio-profesionales de otros trabajadores. Un criterio subjetivo, pues, que al hacer depender la legalidad de la huelga del hecho de su propia convocatoria, convierte también aquí en irrelevante esta causa concreta de ilegalidad.

Todo este posicionamiento, que hay que reconocer como favorable al ejercicio de la huelga mediante la flexibilización de los requisitos de convocatoria así como a través de la desactivación práctica de dos de las cuatro causas de ilegalidad, se altera en el tercero de los supuestos posibles como es el caso de las llamadas huelgas novatorias. En los términos literales del art. 11, c) del RDL 17/1977, la huelga será ilegal si tiene como finalidad “*alterar, dentro de su período de vigencia, lo pactado en un Convenio Colectivo o lo establecido por laudo*”. De manera que la existencia de un convenio

colectivo impone un deber de paz; es decir, la prohibición de acudir legalmente a la huelga durante su vigencia. Por este motivo, el recurso de inconstitucionalidad contra el RDL 17/1977 sostenía que la norma imponía un modelo de huelga enormemente limitado cual es el de la llamada huelga contractual que sólo se justifica legalmente en relación con y al servicio de la negociación del convenio colectivo; de forma que, una vez vigente el convenio y durante toda su duración, la huelga carece de justificación legal. Un modelo de huelga, en fin, que la ve como una herramienta subordinada a la negociación colectiva y que la contingenta temporalmente al permitirla solo cuando hay negociación, esto es, en periodos discontinuos de tiempo, separados entre sí mientras se mantenga la vigencia del convenio suscrito. Algo muy vinculado a un concepto de convenio colectivo, retomando términos militares, como una suerte de tratado de paz durante el cual deben suspenderse obligatoriamente las hostilidades.

La STCo 11/1981 rechaza, sin embargo, este motivo de inconstitucionalidad pero con razones que, en gran medida, acaban dando la razón al recurso. Comienza aceptando la existencia de un deber de paz impuesto por el convenio, esto es una fuerte vinculación de la huelga al proceso de negociación, si bien afirma que se trata de un deber de paz relativo, referido solo a lo negociado, y en ningún caso absoluto. Que, no obstante, recuerda podrá convertirse en tal si así se pacta en el propio convenio colectivo. Se legitima en gran medida, por tanto, la idea de que la huelga es un tipo de acción que solo se justifica cuando hay un proceso negociador abierto con la finalidad de acordar un convenio colectivo; y que, fuera de estas hipótesis, debe considerarse al margen de la tutela legal. Por eso, y mediante la última reforma laboral, se ha introducido en el art. 86.3 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (ET) la regla de que, en el caso de que se haya pactado en el convenio colectivo la renuncia al ejercicio del derecho de huelga (es decir, un deber de paz absoluto), este pacto perderá valor en el momento de la denuncia del convenio aunque su vigencia todavía se prorrogue unos meses.

Para justificar que el RDL 17/1977 impone, que sí lo hace, solamente un deber de paz relativo, el Tribunal Constitucional acude a una serie de argumentos que no son plenamente convincentes. Afirma así que el RDL 17/1977 no impone un deber de paz absoluto, salvo pacto colectivo, ya que, vigente el convenio, todavía pueden justificarse acciones huelguísticas en cuatro contextos concretos: para propiciar una determinada interpretación del convenio colectivo, lo que en sí mismo no discute su vigencia ni trata de alterarlo; para establecer condiciones de trabajo en materias no reguladas por el convenio colectivo, lo que tampoco atenta a la integridad ni a la vigencia el convenio; en los casos de incumplimiento empresarial del convenio colectivo, se supone que grave y de cierta entidad; y, finalmente, cuando se haya producido un cambio radical de las circunstancias en las que se negoció el convenio colectivo.

Como puede apreciarse, de las cuatro excepciones al deber de paz absoluto que permiten hablar de un deber de paz solo relativo se desprende una lógica contractual que confirma la impresión de que la huelga se concibe preferentemente como un tipo de acción funcional a la negociación del convenio. Se parte, sin duda, de la inatacabilidad de lo pactado y de la obligación de las partes de respetar lo acordado durante todo el tiempo de la vigencia asignada al convenio colectivo, permitiéndose la huelga durante su vigencia en hipótesis que, o bien son funcionales a la aplicación del convenio, como

sucede con los muy habituales conflictos de interpretación y aplicación, o son marginales hasta el punto de propiciar muy pocas hipótesis reales de ejercicio.

Así, en cuanto a las huelgas para establecer condiciones de trabajo no tratadas en el convenio colectivo, porque, en primer lugar, el convenio suele ser una norma extensa y detallada y tiende a abarcar, como norma minuciosa que es, todas las dimensiones de la prestación del trabajo dejando poco margen a la desregulación; y, en segundo lugar, porque frecuentemente se preocupa de sujetar o controlar estos posibles futuros procesos negociadores estableciendo comisiones del propio convenio para abordar innovaciones o incidencias o tratar cuestiones nuevas, con la consiguiente expulsión, por ilegales en la medida en que van contra el convenio, de las huelgas que pudieran surgir en relación con ellas al fijarse normalmente como procedimiento obligado el de negociación o, en su caso, el de mediación o arbitraje sin margen para las acciones conflictivas.

Por otra parte, y en lo que se refiere a la hipótesis de incumplimiento del empresario, la tradicional *exceptio non adimpleti contractus*, como justificación de una huelga durante la vigencia del convenio, es muy difícil de concretar en cuanto a extensión, gravedad, amplitud y tiempo o reiteración de dicho incumplimiento, y prácticamente imposible en supuestos de convenios de ámbito superior a la empresa para los que solo un incumplimiento generalizado de la mayoría de los empresarios, algo muy poco probable, justificaría una huelga. Salvo que se acepte que cabe la huelga en una determinada empresa que, por regularse por un convenio sectorial, no puede establecerse que existe un incumplimiento generalizado de todos los empresarios, pero sí de esa concreta empresa frente a la que podría ser legal la huelga. En todo caso, además, debido a su atribuida naturaleza contractual o de instrumento auxiliar del convenio colectivo de la huelga, ésta, para salvar la prohibición legal de las huelgas novatorias, solo podría tener como objetivo el de exigir el cumplimiento mismo del convenio y no su modificación o innovación.

Finalmente, por lo que hace al supuesto de cambio de condiciones, la cláusula "*rebus sic stantibus*", también de obvia naturaleza contractual, carece de viabilidad práctica ya que, según jurisprudencia extendida del Tribunal Supremo en su Sala de lo Civil, el cambio de condiciones debe ser relevante, de importancia y gravedad, permanente e incidir de forma directa en el equilibrio contractual, aquí de naturaleza colectiva. Algo difícil de determinar en cuanto al contexto social y económico en el que se negocia el convenio colectivo de que se trate y en lo que se refiere al impacto concreto que esa alteración de condiciones tiene sobre lo pactado. Además de que, siendo el convenio colectivo una norma temporal por su propia naturaleza, y de una vigencia relativamente limitada, es justamente esta condición lo que lo hace adaptable a los cambios contextuales invalidando el recurso a una huelga basada en esos cambios. Por otra parte, el convenio colectivo tiene sus propios mecanismos de adaptación al cambio, atribuyendo competencias al respecto, por ejemplo, a las comisiones paritarias o de seguimiento del convenio. Por no hablar de la posibilidad de acordar una finalización *ante tempus* del convenio colectivo, como ahora lo permite, siempre que negociada y no de forma unilateral, el art. 86.1 ET.

De lo anterior puede concluirse que, efectivamente, el modelo de huelga que tolera el RDL 17/1977, pese a la interpretación correctora del Tribunal Constitucional, es el de la huelga contractual, en la práctica subordinada a la negociación del convenio y

condicionada por el respeto al mismo durante toda su duración. Esto es así aunque puedan convocarse, paralelamente, todo tipo de huelgas que antes se llamarían políticas, y ahora socio-profesionales, y de solidaridad, ahora en sentido propio, que son muy excepcionales. Un respeto de lo pactado y una defensa a ultranza de la integridad del convenio que el RDL 17/1977 realiza con contundencia, por más que ahora se acepte la finalización ante tempus del convenio colectivo, suscitándose la duda de la legalidad de una huelga convocada para forzar dicha finalización anticipada, mucho más cuando se ha declarado la inexistencia de obligación de negociar en estas circunstancias.

Paradójicamente, todo este esfuerzo protector del convenio colectivo frente a la acción huelguística contrasta con la permisividad introducida por la reforma laboral de 2012 en cuanto a lo que se ha llamado la prevalencia aplicativa del convenio de empresa y a la inaplicación de parte de las condiciones establecidas en un convenio colectivo vigente, o descuelgue previsto en el art. 82.3 ET.

En efecto, en cuanto a lo primero, la prevalencia del convenio de empresa, recogida en el art. 84.2 ET, significa que, pese a la vigencia de un convenio de ámbito superior respecto del que rige la prohibición de afectación, el empresario podrá promover la negociación de un convenio de empresa en relación con una serie de materias (básicamente jornada, salarios y funciones) que entrará en vigor desplazando al convenio de ámbito superior, todavía vigente. Un efecto de la negociación empresarial, por otra parte sospechosa en muchos casos de autenticidad, que, discutiendo la integridad del convenio, ni siquiera los acuerdos interprofesionales del art. 83.2 ET (creados, justamente, para organizar la estructura de la negociación y la relación entre sus diversos niveles) pueden impedir. Y todo ello contra la regla general de no afectación del convenio del art. 84.2 ET, defensora como el propio deber de paz de su integridad, que impide que durante su vigencia puedan negociarse y entrar en vigor, salvo que el mismo convenio vigente a afectar lo permita, convenios de ámbito inferior.

Mucho más llamativas son las amplias posibilidades de descuelgue o de inaplicación del convenio colectivo establecidas en el art. 82.3 ET, que no requieren acuerdo y se dejan a la sola iniciativa empresarial y que constituyen la mayor agresión legalmente permitida a la integridad y a la vigencia del convenio, justamente el mismo valor que se dice proteger mediante el modelo de huelga contractual. De forma que, cuando se ponen en juego los intereses empresariales, no hay empacho en desplazar la vigencia y la aplicación de un convenio colectivo aplicable para sustituir sus previsiones por otras condiciones, indudablemente de peor calidad.

Para lo que, aunque en principio el Estatuto de los Trabajadores requiera un acuerdo de empresa al respecto comprensivo de las nuevas y peores condiciones de trabajo aplicables (un caso típico de los llamados acuerdos concesivos), finalmente admite la posibilidad de que, no siendo posible el acuerdo, el empresario acuda a un procedimiento ante un órgano tripartito que actuarán como árbitro, no siendo necesaria la aceptación de los representantes de los trabajadores para ello. Esto es, un ejemplo típico de arbitraje obligatoria y unilateralmente impuesto que, con toda su carga limitativa y lesionadora de la libertad sindical, del derecho a la negociación colectiva y del mismo derecho de huelga, ha encontrado el entusiasta respaldo del mismo Tribunal Constitucional en todas las Sentencias relativas a la reforma laboral (sirva, por todas, la mención de las STCo 119/2014, de 16 de julio y 8/2015, de 22 de enero).

Curiosamente, es la aplicación de la cláusula “*rebus sic stantibus*”, muy poco eficiente como se ha visto para legitimar huelgas durante la vigencia del convenio en cuanto excepción al deber de paz absoluto, la que está encontrando acomodo muy significativamente en los argumentos jurisprudenciales que aceptan un cambio de las condiciones en las que fue negociado el convenio cuando se trata de amparar la iniciativa reformadora por parte empresarial consistente en la inaplicación de algunas de sus condiciones de trabajo centrales. Hipótesis para las que ese cambio en las condiciones externas encuentra acogida en las causas, sobre todo, de producción al referirse el art. 82.3 ET a los cambios en la demanda de los productos o servicios como legitimadores del descuelgue.

Finalmente, se ha hecho referencia antes a la renuncia al ejercicio del derecho de huelga como manifestación de un deber de paz absoluto que complementa, con exclusión total del recurso a la huelga durante la vigencia del convenio, el deber de paz relativo que éste siempre implica. En cuanto a la renuncia del derecho de huelga, el RDL 17/1977 trata de forma diferente la renuncia individual de la colectiva, prohibiéndola en el primer caso (art.2) pero permitiéndola en el segundo (art. 8.1) vinculándola a la vigencia del convenio. Algo considerado inconstitucional por el recurso planteado en su momento al entender que el derecho de huelga es de titularidad individual y que, en consecuencia, ninguna otra persona puede renunciar a él en su nombre condicionando en consecuencia su ejercicio futuro. Argumentos que no fueron admitidos por el Tribunal Constitucional aceptando la posibilidad prevista en el art. 8.1 del RDL 17/1977 de renuncia colectiva del derecho de huelga que condiciona a los trabajadores incluidos en el ámbito del convenio.

A este respecto, interesa subrayar dos cosas. La primera, la inanidad del argumento del Tribunal Constitucional, contenido en la STCo 11/1981, en el sentido de que lo previsto en el art. 8.1 RDL no es en puridad una genuina renuncia ya que, al no ser un acto permanente o definitivo sino solo temporal o transitorio, válido exclusivamente durante la vigencia del convenio al que se anuda, en realidad no se trata de la renuncia del derecho en sí sino solo de su ejercicio; lo que significa asumir, por decisión colectiva que se impone a los trabajadores, una obligación que puede incumplirse pero arrojando el trabajador las consecuencias pertinentes. Si una argumentación puede calificarse de sofística, esta es un ejemplo claro ya que, si un derecho existe como facultad de acción, la renuncia a su ejercicio, aunque sea temporal, tiene los mismos efectos prácticos que la renuncia al propio derecho ya que, en definitiva, en dicho periodo de tiempo las facultades que integran el derecho se desactivan o suspenden. Por eso el Tribunal Constitucional trata de legitimar esa renuncia hecha por el firmante del convenio como una compensación por las ventajas hipotéticamente obtenidas con la firma del acuerdo. Algo que debería vincular, si acaso, solo al sujeto colectivo firmante y no a otros sujetos colectivos ni a los trabajadores individualmente considerados cuya titularidad, que antes se ha proclamado como individual, debería restar incólume. O al menos tanto como su libertad de trabajo cuando no quieren sumarse a la huelga. Pero no es así.

Y ello aunque de esta defensa de la renuncia colectiva del derecho de huelga, de aparente titularidad individual, abra la puerta a una configuración diferente del derecho de huelga respecto del que se pudiera afirmar, como se ha dicho antes, su titularidad colectiva, reduciendo el derecho de los trabajadores individuales al acto de sumarse o no a la huelga que sólo el sujeto colectivo puede convocar y controlar. Pero es un riesgo de

contradicción que el Tribunal Constitucional ha asumido con frecuencia, como se viene viendo, en la interpretación que realiza del RDL 17/1977, sin que ello haya tenido ulteriores consecuencias.

El arbitraje obligatorio y el bloqueo de la acción colectiva

El art. 10 del RDL 17/1977 recoge una medida excepcional de intervención del Gobierno en el proceso huelguístico ya que puede imponer, a propuesta del Ministerio de Empleo, sea la suspensión temporal de la huelga por un máximo de dos meses, sea su cese definitivo estableciendo un arbitraje obligatorio cuya aplicación determinará la aprobación de un laudo arbitral que tendrá los mismos efectos que un convenio colectivo. Dejando al margen el concepto implícito de huelga como medio de presión funcional a la negociación de un convenio colectivo (el modelo que se ha llamado contractual de huelga) que, una vez más, deja traslucir el RDL 17/1977, lo cierto es que el art. 10 RDL permite que el poder ejecutivo pueda establecer limitaciones al ejercicio de un derecho fundamental como es el de huelga tan graves como la prohibición de su ejercicio, con efectos permanentes o definitivos respecto de un concreto conflicto colectivo, imponiendo mediante un árbitro designado por el propio Gobierno una solución del conflicto de intereses del que la huelga es expresión con el mismo valor que si hubiera sido negociada. Una múltiple restricción, por tanto, de los derechos fundamentales a la libertad sindical, a la negociación colectiva y a la huelga.

Una medida tan grave como la descrita solo puede ser asumida en el contexto de la Constitución de 1978 si existen razones muy graves, con fundamentos muy sólidos, con requisitos muy exigentes y con carácter excepcional. Como lo son las medidas que el mismo art. 10 RDL 17/1977, en su apartado 2, prevé en el caso de huelgas, particularmente graves por extensión, duración y efectos, que afecten a servicios públicos de reconocida e inaplazable necesidad, que el RDL 17/1977 no precisa, abarcándolas con las expresiones “*medidas necesarias*” y “*medidas de intervención adecuadas*”. Aunque, respecto de estas últimas, la STCo 11/1981 las ha reconducido, como se ha señalado, a las necesarias para garantizar los servicios esenciales de la comunidad a que se refiere el art. 28 de la Constitución, lo cierto es que también han servido para legitimar intervenciones muy incisivas del Gobierno como son los casos de militarización de los servicios afectados. Sólo hay que recordar la huelga de controladores aéreos de hace unos años para encontrar un ejemplo de lo que se dice.

Volviendo al apartado 1 del art. 10 RDL 17/1977, y aunque parezca paradójico, según la STCo 11/1981, no contiene, ni debe contener, una medida directamente restrictiva del derecho de huelga. Conclusión a la que llega merced a una argumentación muy sutil de apariencia contradictoria. Así, la STCo 11/1981 rechaza, sin mayor apoyo argumental que la “*duración muy prologada de la huelga*” o “*unas posiciones de las partes excesivamente distantes e inconciliables*” (circunstancias que expresamente cita el art. 10.1 RDL 17/1977) no son parámetros útiles para recortar tan gravemente un derecho fundamental; y que el “*perjuicio grave para la economía nacional*” (la tercera circunstancia mencionada por el art. 10.1 RDL 17/1977) tampoco puede servir para limitar el derecho de huelga por tratarse de un concepto jurídico indeterminado, totalmente inconcreto y que ofrece un amplio margen a la arbitrariedad. Afirmaciones que, aparentemente, llevan a una conclusión final de inconstitucionalidad del art. 10.1 del RDL 17/1977 y a desactivar su papel limitativo del derecho de huelga.

Pero no es así ya que, lo que para el Tribunal Constitucional no habilita para recortar el derecho de huelga, sí lo hace para imponer un arbitraje obligatorio, aunque ello suponga que esa imposición, al desembocar en un laudo de obligado cumplimiento con el mismo valor del convenio colectivo, hará que la huelga devenga ilegal por plantearse entonces contra lo establecido en el laudo, esto es, una huelga ilegal por novatoria. De forma que, siendo inconstitucional que el Gobierno imponga directa y unilateralmente el fin de la huelga, no lo es que fuerce un arbitraje obligatorio que finalmente tendrá el mismo efecto tras la emisión del laudo porque, aunque en el primer caso es una agresión directa al derecho de huelga, en el segundo es la huelga misma la que se ilegaliza al persistir contra lo establecido en el laudo. No es que la huelga cese, por tanto, porque lo imponga el Gobierno sino que debe cesar porque lo exige el propio RDL 17/1977 al existir un laudo con valor de convenio. De manera que lo que ataca el Gobierno con su medida no es el derecho de huelga sino, si acaso, el derecho a negociar colectivamente, fundamental en la medida que forma parte del contenido esencial de la libertad sindical. Un derecho, por cierto, muy vapuleado, con la bendición del Tribunal Constitucional, por obra de la reforma laboral del año 2012. Aunque finalmente se omita, y aquí la debilidad de la argumentación, que el laudo que pone fin a la huelga existe porque el Gobierno lo ha impuesto.

Situados en este contexto, en todo caso la aceptación de la constitucionalidad del arbitraje obligatorio del art. 10.1 RDL por la STCo 11/1981 está, como no podía ser de otra forma, llena de condiciones, tratándose de una potestad extraordinaria que debe ejercitarse solo en circunstancias excepcionales, justamente las que la Sentencia no considera válidas, como se ha dicho, para imponer directamente el fin de la huelga. Y que son su prolongada duración, las posiciones inconciliables de las partes y el perjuicio grave para la economía nacional. En todo caso, es la combinación de esos tres elementos, pero esencialmente el que se trate de una huelga que, debido a su persistencia y malas perspectivas de solución, afecte de forma grave a la economía nacional, lo que justifica la intervención gubernativa.

No interesa detenerse aquí en cuestiones, sin duda importantes, que se han ido suscitando acerca de esta forma de poner fin a un conflicto concreto. Como la identificación de la autoridad gubernativa facultada para imponer el arbitraje que, aunque el RDL 17/1977 menciona al Gobierno con clara referencia, debido a la fecha de aprobación de la norma, al Gobierno nacional, se ha asumido de forma generalizada que debe entenderse también que incluye al Gobierno de las Comunidades Autónomas, en cuanto autoridades políticas con competencias en este ámbito, siempre que la huelga no supere, en cuanto al ámbito territorial del conflicto no así en lo que hace a sus repercusiones sociales o económicas, el espacio territorial de la Comunidad Autónoma de que se trate; como puede suceder con una huelga localizada en una concreta Comunidad Autónoma pero con impacto generalizado en el conjunto de la economía nacional. O la necesidad de una motivación suficiente y adecuada de la medida como garantía de publicidad y también para su posible impugnación judicial. O la exigible imparcialidad del árbitro designado, como corresponde a un arbitraje entendido como una solución impuesta por un tercero equidistante del conflicto que debe abordar y solventar mediante el laudo.

En cambio, sí es más relevante apreciar la evolución práctica en torno a las circunstancias que justifican esa grave intromisión gubernamental en el derecho de huelga, aunque sea indirectamente mediante la imposición de un arbitraje obligatorio, y,

más concretamente, en el hecho de su grave repercusión perjudicial sobre la economía nacional. Partiendo de que esa repercusión no debe ser teórica, abstracta, probable o presunta sino real y actual, el debate ha girado en torno a dos aspectos: el alcance nacional de los perjuicios económicos y la gravedad de los mismos.

En cuanto a lo primero, se ha partido de la base, ciertamente lógica, de que la repercusión nacional de la huelga no necesariamente exige que ésta sea igualmente de ámbito nacional; aunque supuestos típicos sean los arbitrajes de los años 1981 en el caso de la huelga nacional de estaciones de servicios o el de las huelgas de ámbito estatal de Iberia y de pilotos y controladores aéreos de los años 1984, 2001, 2011 y 2012. En consecuencia, huelgas de ámbito más reducido (como las de limpieza viaria o de edificios de Madrid de 1994, de Barcelona, de 1996, del País Vasco de 1997 o de Málaga del año 2002; o las del metro de Barcelona, de 2002, de transportes de viajeros de Castellón y de Vizcaya, de los años 2002 y 2003, o de la construcción de Barcelona del año 1988) que puedan tener repercusión nacional, aunque en algunos casos esta repercusión se base en una argumentación poco consistente y más teórica que real que, en la práctica, debilita esa repercusión nacional.

El paso siguiente ha sido aceptar que tienen repercusión económica suficiente para imponer el arbitraje huelgas con impacto económico exclusivamente autonómico, como consecuencia del reconocimiento a la autoridad gubernativa de ese nivel de la facultad para imponer el arbitraje. Es el caso de las huelgas de la pesca de arrastre de Pontevedra del año 1993, o de la empresa siderúrgica Balboa en Extremadura del año 2002, debido al importante impacto de la actividad productiva de dicha empresa en la economía de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

En definitiva, la evolución interpretativa de la exigencia de la repercusión nacional de los perjuicios ocasionados por la huelga de que se trate ha hecho que del rigor máximo en la constatación de esa repercusión nacional se haya pasado, ampliando por lo mismo el impacto limitativo respecto de la huelga del arbitraje obligatorio, a asumir que también lo justifican huelgas de relevancia económica en ámbitos territoriales más reducidos, desde luego de Comunidad Autónoma y con impacto solo en dicha Comunidad, pero también de ámbito local y, por lo tanto, de repercusión exclusiva o prevalente en dicho municipio como lo expresan las huelgas de los transportes urbanos de una concreta localidad, particularmente si se trata de grandes ciudades. De forma que, en la práctica, la repercusión grave en la economía nacional que justifica el arbitraje obligatorio se ha convertido solo en una repercusión económica grave y generalizada de la huelga con efectos colaterales que exceden, también con un impacto económico de relevancia, su específico ámbito, delimitado por los trabajadores que se ponen en huelga marcando el ámbito personal, territorial y productivo de la misma. Una ampliación, por tanto, de las posibles limitaciones del derecho de huelga, ahora mediante la herramienta indirecta de la imposición del arbitraje obligatorio que supone prácticamente la prohibición de su ejercicio o la carga de su finalización.

De manera casi inevitable, una vez que se ha flexibilizado el ámbito de repercusión de la huelga, de la misma forma lo hace la otra exigencia de la gravedad de los perjuicios que la huelga ocasiona ya que, evidentemente, no es lo mismo requerir que la huelga tenga un impacto grave y notable en el conjunto de la economía nacional, algo de ocurrencia mucho más excepcional y que requiere de justificaciones mucho más solventes, que argumentar ese mismo impacto en espacios más limitados que pueden

referirse, por hipótesis, al propio sector en el que la huelga tiene lugar. Y ello aunque haya que insistir en la necesidad, para justificar el arbitraje, de que esos posibles perjuicios sean graves. Lo que quiere decir relevantes, de máxima entidad hasta el extremo de desestabilizar el ámbito de que se trate excediendo de la capacidad de tolerancia del sistema económico que, en todo caso, debe ser igualmente notable.

Esta exigencia de gravedad de los perjuicios económicos es fundamental en la lógica subsanadora del RDL 17/1977 de la STCo 11/1981, pero arriesga igualmente banalizarse sobre todo si se tienen en cuenta las más recientes Sentencias del Tribunal Constitucional, particularmente las dictadas con ocasión de los recursos de inconstitucionalidad planteados frente a la reforma laboral de 2012, en las que los valores económicos empresariales de productividad y rendimiento, como elementos imprescindibles vinculados a la creación de empleo, han pasado a desempeñar un papel prevalente respecto de derechos fundamentales, justamente de naturaleza colectiva, como los de libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva. Antecedentes que permiten augurar que también la gravedad del impacto de la huelga en la economía nacional se verá afectada, y ya comienzan a existir ejemplos como, por ejemplo, el de los servicios de seguridad aeroportuarios, en los que se ha impuesto el arbitraje obligatorio pese a que seguramente no se dan las circunstancias extremas que requiere el art. 10.1 RDL 17/1977.

Un efecto que se debe a que la argumentación justificadora del arbitraje obligatorio impuesto por el Gobierno, cuyo rigor inicial se hace derivar de la potencialidad lesiva del mismo sobre el derecho de huelga, acaba desplazándose hacia el terreno, mucho más flexible, de la abusividad de la huelga, tendiendo a interpretar la gravedad de la repercusión económica de la huelga en los mismos términos y con la misma lógica, mucho más dúctiles, que han servido para calificar algunas huelgas como abusivas: lo excesivo de sus efectos económicos en función aquí de lo que la huelga pretende. De manera que, llegados al extremo, puede ser el propio perjuicio que la huelga causa naturalmente el que justificaría la imposición del arbitraje y, no se olvide aunque el Tribunal Constitucional otra cosa diga, el fin mismo de la huelga.

No es, desde luego, aceptable todo esta deriva interpretativa que, sin duda, hace menos rigurosas las exigencias, en principio muy estrictas, establecidas en el art. 10.1 del RDL 17/1977 para justificar el arbitraje obligatorio. Se ha de insistir, por el contrario, en la idea de que, para que el arbitraje obligatorio se justifique, los efectos de la huelga deben, en primer lugar, exceder los de su propio ámbito para afectar a otras muchas y relevantes actividades económicas. Que la huelga de la limpieza viaria, por ejemplo, afecte a la sanidad pública es una consecuencia natural de la misma y que debe ser solventada mediante la imposición de los servicios mínimos y no con el recurso al arbitraje obligatorio. Sólo si esa huelga afectara, por ejemplo, y de forma muy grave a otras muchas actividades tales como el comercio, el turismo, el transporte, o la enseñanza, es cuando podría plantearse la razonabilidad del arbitraje obligatorio. Y, además, que la huelga tenga una grave repercusión económica generalizada, no bastando solo con una cierta trascendencia superior a lo habitual, como está sucediendo cada vez con más frecuencia.

Lo que pone de manifiesto cómo la interpretación flexibilizadora de los requisitos para la constitucionalidad del arbitraje obligatorio establecidos por la STCO 11/1981 está haciendo que dicho arbitraje, con todo lo que significa de negación y

limitación del derecho de huelga, se esté configurando cada vez más como un recurso habitual y no excepcional para poner fin a las huelgas que tienen una cierta dimensión económica y social. Con lo que la huelga, una vez más, vuelve a arrinconarse como herramienta clave e instrumento central de las acciones de presión de los trabajadores, para convertirse en algo indeseable, solo tolerable mientras que no cause una alteración excesiva de la normalidad social y productiva. Producido lo cual deja de ser legítima para ser sustituida por una solución unilateralmente impuesta. Finalmente, la capacidad de presión de la huelga deja de ser su valor más importante para convertirse en su propia sentencia de muerte.

Las facultades de reacción del empresario: del cierre patronal a los distintos tipos de esquirolaje y otras posibles acciones empresariales de respuesta

Toda relación de conflicto implica una confrontación de intereses. Un contexto en el que es natural esperar que cada parte utilice los medios que estime más oportunos para reforzar su posición en ese enfrentamiento y lograr así de la otra parte el mayor número de concesiones que sean beneficiosas para la satisfacción del interés de quien recurre a esos medios de presión. Hasta ahora se ha analizado el variado conjunto de limitaciones del derecho de huelga que, en virtud de la regulación legal así como a consecuencia de la interpretación jurisprudencial, tienen una repercusión restrictiva indudable en la frecuencia, la intensidad y la eficacia del recurso a este instrumento de presión. Pero el ejercicio del derecho de huelga también debe soportar otras limitaciones impuestas por las actuaciones empresariales de reacción para la defensa de sus intereses.

El instrumento típico de respuesta empresarial a la huelga es el cierre patronal, es decir, la decisión empresarial de impedir a los trabajadores, sean o no huelguistas, el acceso al centro de trabajo y el desempeño ordinario de su labor productiva con la consiguiente pérdida de los salarios. Una acción empresarial que tanto puede ser una medida de presión en el contexto de un conflicto colectivo como también una respuesta a una huelga ya convocada, iniciada o acabada, pretendiendo con ello asumir el empresario la iniciativa y el control del conflicto mismo. Sin embargo, aceptar la legitimidad de este tipo de medida empresarial de manera equivalente a la posibilidad de que los trabajadores recurran a la huelga implica asumir el llamado principio de igualdad de armas que, según la STCo 11/1981, supone “*la paridad en la lucha (...) o la igualdad de trato o del paralelo entre las medidas de conflicto nacidas en el campo obrero y las que tienen su origen en el sector empresarial*”. Una equiparación que el Tribunal Constitucional rechaza conforme a los siguientes argumentos, tanto normativos como de fondo.

Así, mientras que la huelga está reconocida como derecho fundamental en el art. 28.2 CE, el cierre patronal, que no está expresamente mencionado en la Constitución, solo puede acogerse a la referencia, mucho más genérica, del art. 37 CE al derecho de trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. Lo que supone que el derecho de los empresarios al cierre patronal tiene una protección constitucional diversa a la de la huelga y menor que la que se desprende del art. 28.2; y, consecuentemente, que puede estar sometido a limitaciones más amplias como así lo señala expresamente el propio art. 37 CE.

En segundo lugar, y como fundamento de su diverso encaje constitucional, la STCo 11/1981 subraya que la huelga cumple la función de ser un contrapeso a la posición de supremacía y de poder del empresario y tiene como finalidad permitir una nueva relación de fuerzas entre ambos. Como la misma STCo 11/1981 dice sintéticamente “(el derecho de huelga) *tiende a reestablecer el equilibrio entre partes de fuerza económica desigual (mientras que) el cierre patronal es una mayor dosis de poder que se otorga a una persona que ya tenía poder antes*”. De manera que el reconocimiento del derecho empresarial al cierre al mismo nivel que el derecho de huelga anularía esta función reequilibradora que la Constitución atribuye a esta última,

haciendo que un simple derecho cívico impida u obstaculice el ejercicio de un derecho fundamental.

En tercer lugar y de forma adicional, el Tribunal Constitucional rechaza la equiparación del cierre patronal con la huelga con el argumento de que, al imponerse a todos los trabajadores sean o no huelguistas, impide a éstos (que la STCo 11/1981 califica como “*personal pacífico*” por oposición implícita a personal conflictivo o violento, un ejemplo más de la carga ideológica negativa que acompaña a la huelga y de la que se hablaba al principio) realizar su trabajo, quedando gravemente lesionados sus derechos y su libertad de trabajo. Además de que, cuando el cierre patronal es una medida de retorsión, utilizándose por la empresa como instrumento represivo frente a los huelguistas una vez que la huelga ha acabado y por haber hecho huelga o haber participado en ella, adopta la naturaleza de una sanción que es inadmisibles en cuanto que el ejercicio de un derecho constitucional no puede implicar consecuencias de este tipo para sus titulares.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional considera que el cierre patronal nunca puede ser ofensivo al no poder tener un contenido reivindicativo sino solo de defensa, siendo legítimo exclusivamente cuando se ejercita como una medida de policía con la finalidad de asegurar el orden en la empresa y evitar situaciones de peligro para la vida, la integridad física, las instalaciones o los bienes por las consecuencias que la huelga u otras medidas de conflicto adoptadas por los trabajadores puedan tener en este ámbito y, en todo caso, limitado al tiempo estrictamente necesario para remover esas causas y asegurar la reanudación de la actividad productiva. Y siempre, además, que la empresa manifieste una clara voluntad de reabrir el centro de trabajo una vez desaparecido el riesgo, siendo “*contrario a la Constitución toda medida de cierre que vacíe de contenido o impida el derecho de huelga*”. Las medidas de control público del cierre, contenidas en los arts. 13 y 14 del RDL 17/1977 confirman esta ordenación limitativa del cierre patronal que se convierte en algo prácticamente excepcional.

La proyección de estas afirmaciones sobre la regulación del cierre patronal en los arts. 12 a 14 del RDL 17/1977 no significa su inconstitucionalidad siempre que se interpreten desde la perspectiva descrita. Lo que es sencillo en relación con dos de las causas de cierre patronal que el art. 12 recoge como son, justamente, la existencia de un peligro, que debe ser notorio, de violencia para las personas y de daños, asimismo graves, para las cosas (apartado 1, a) y cuando se produzca una ocupación ilegal del centro de trabajo o de sus dependencias, o, al menos, peligro cierto de que así suceda. Una causa esta última que, al estar coordinada con la primitiva prohibición de las huelgas con ocupación del lugar de trabajo contenida en el art. 7.1 del RDL 17/1977 y al ser esta norma reinterpretada por el Tribunal Constitucional en el sentido de que no siempre esa ocupación es ilegítima ya que puede justificarse como forma de comunicación entre los trabajadores y como expresión de la defensa de los puestos de trabajo en los casos de despidos colectivos, ha perdido mucha de su virtualidad justificadora del cierre patronal.

Más complicado aún es el mantenimiento en vigor de la tercera causa legal de cierre patronal, en concreto la que lo habilita cuando “*el volumen de la inasistencia o irregularidades en el trabajo impidan gravemente el proceso normal de producción*”. Una circunstancia que vuelve a plantear la capacidad de la norma jurídica, teniendo en cuenta la esencia del derecho de huelga, de asumir los efectos naturales y más eficaces

de una huelga que será tanto más exitosa cuanto mayor sea el volumen de la inasistencia al trabajo o la perturbación que, dentro de la legalidad, suponga para el normal proceso de producción. Desde esta perspectiva, no es aceptable que el éxito de una huelga pueda convertirse en justificación de una medida empresarial que, como se ha visto, se asume solo en cuanto no vacíe el propio derecho.

Por esta razón, la única posibilidad interpretativa es reconducir esta causa del cierre patronal a los supuestos en los que la huelga, aun siendo legal, se ejercita en un contexto en el que no se cumplen, por ejemplo, las obligadas medidas de garantía de la seguridad (algo que puede incardinarse en la primera de las causas del cierre patronal) y, sobre todo, las de tutela de los servicios esenciales de la comunidad por inobservancia de los servicios mínimos. Aunque también aquí debe subrayarse que, respecto de lo primero, el art. 6.5 del RDL 17/1977 prevé expresamente la posibilidad del empresario de contratar trabajadores que sustituyan a los que se niegan a prestar los servicios de seguridad y de mantenimiento. Y, en relación con lo segundo, que el cierre no es la mejor forma de combatir esa inobservancia que, aplicado de forma plena, lesionaría igualmente esos mismos derechos. Finalmente, esta causa de cierre, o bien es inoperante, o bien se limita a los casos de huelgas ilegales o abusivas; un juicio, por otra parte, que no corresponde hacer al empresario y menos de forma preventiva aunque se haya abierto ahora, como se ha indicado antes, la posibilidad de obtener una calificación judicial de forma cautelar. En conclusión, pues, hay que entender que esta tercera causa de cierre, como la segunda que ya se ha analizado, no tiene aplicación real y que el cierre patronal se reduce a ser un instrumento de tutela de la integridad física y para evitar daños a las cosas, siempre que el peligro sea notorio y el daño a ocasionar grave.

Descartado un papel real limitativo del cierre patronal en relación con la huelga, existen, sin embargo, otras formas empresariales, mucho más sofisticadas, sólidamente argumentadas y más eficaces de reaccionar frente a la huelga, diferentes de la confrontación directa que el cierre patronal implica; y que, al justificarse como medidas basadas en razones empresariales, diversas de las directamente implicadas en la huelga, son también menos discutibles y controlables. Consisten en todo lo relacionado con el ejercicio de los poderes empresariales, ordinarios y extraordinarios, de contratación, de movilidad, de sanción o de despido, y si tales medidas están o no orientadas, directamente o indirectamente, a paliar los efectos de la huelga o se trata, por el contrario, de decisiones empresariales guiadas por motivos que no tienen ninguna conexión con la huelga, no siendo una respuesta empresarial, en términos de medida de conflicto, frente a ella. Dicho de otro modo, si el ejercicio de los poderes empresariales está o no motivado directamente por la huelga y si se acude o no a él para hacer frente a las repercusiones de la huelga, tanto en lo que se refiere a la ausencia del personal, mediante la sustitución de los trabajadores huelguistas, como a otras consecuencias de tipo económico, organizativo o productivo.

Una vez más los estereotipos normativos condicionan la regulación y su interpretación posterior ya que, respondiendo al modelo clásico de huelga que el art. 7 del RDL 17/1977 pretende implantar, las restricciones de los poderes empresariales en el caso de huelga se condensan expresamente en el término “*sustituir*”. Que la norma prohíbe al empresario imponiéndole un límite a su capacidad de respuesta consistente en que “*en tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los trabajadores huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma...*”. Se trata de un supuesto claro de tutela de la eficacia de la

huelga al prohibir que la acción empresarial de reacción frente a la misma consista en la contratación externa de trabajadores cuya tarea sea justamente la de suplir las ausencias de los trabajadores en huelga; o, lo que es lo mismo, en el recurso a trabajadores de empresas de trabajo temporal aunque estos trabajadores no sean contratados formalmente por el empresario que sufre la huelga ya que así lo prohíbe, además, el art. 8, a) de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal. Esto es, lo que se ha convenido en calificar como esquirolaje externo.

De esta forma, el RDL 17/1977 da una respuesta negativa a la posibilidad empresarial de recurrir a una medida, tónica y tradicional en la historia de los conflictos laborales, como es contratar a trabajadores externos a la empresa y al conflicto que, normalmente movidos por necesidades económicas, se prestan a colaborar con el empresario para conseguir atenuar el impacto de la huelga, debilitando con ello la posición de los huelguistas. Basta recordar múltiples casos, bien conocidos y popularizados por los medios de comunicación, los documentales e incluso por el cine, de huelgas mineras para identificar fácilmente la figura que materializa un tipo de esquirolaje diferente del que, perteneciendo a la empresa, pretende ejercitar su libertad de trabajo y al que se ha hecho referencia antes.

La regulación del art. 6.5 del RDL 17/1977, prohibitiva sólo del esquirolaje externo, ha sido utilizada, incluso jurisprudencialmente, como fundamento para concluir que cualquier otra medida empresarial de reacción frente a la huelga es legítima conforme al brocardo jurídico *“permissiur quod non prohibetur”* (lo que la norma no prohíbe, está permitido). Un planteamiento que, posiblemente, fuera concorde con la orientación primitiva del RDL 17/1977 pero que, tras su depuración constitucional, ya no es aceptable. Así lo ha entendido el propio Tribunal Constitucional el cual, en la importante Sentencia 123/1992, de 28 de septiembre (posición reiterada por la STCo 33/2011, de 28 de marzo de 2011) ha establecido que la huelga produce *“durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial. Tal sucede con la potestad directiva del empresario, regulada en el art. 20 del Estatuto de los trabajadores...”*.

De forma que, también el llamado esquirolaje interno, es decir, la utilización de trabajadores de la empresa en huelga para tareas que no son las suyas habituales como una forma de cubrir las ausencia de los huelguistas y, con ello, atenuar el impacto de la huelga, está prohibido en cuanto contrario a la garantía del derecho fundamental que reclama la tutela de su misma eficacia y que resultaría afectada seriamente al anularse o reducirse *“la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo”*. Prohibición, pues, también del esquirolaje interno cualquiera que sea la forma y el contexto que adopte: sea por decisión del empresario imponiendo a los trabajadores no huelguistas tales tareas no habituales (STS de 18 de marzo de 2016); sea aunque la prestación de estos servicios tenga lugar de forma voluntaria por propia iniciativa de los no huelguistas (el supuesto de la STCo 123/1992); sea, incluso, cuando, como alegaba la empresa con escaso convencimiento, cuando la prestación del trabajo de los no huelguistas se realiza a propia iniciativa de estos trabajadores y sin conocimiento ni aprobación de la empresa, como sucedió, según el argumento de la empresa para eludir su responsabilidad, en el poco creíble supuesto de la edición del diario ABC por jefes y directivos que no secundaron la huelga (STCo, 33/2011, de 28 de marzo).

Esta importante restricción de los poderes empresariales frente a la huelga ha sido asumida por la jurisprudencia si bien no sin controversias. Como la que pone de manifiesto la STCo 17/2017, de 2 de febrero, la cual, aceptando la tesis general de la prohibición del esquirolaje interno, sin embargo, ha centrado la cuestión, con la consecuencia de reforzar la posición empresarial y por tanto el margen de tolerancia respecto de sus medidas frente a la huelga, en el tema, más técnico y sutil, de qué tareas en concreto no pueden ordenarse a los trabajadores no huelguistas. O, dicho de otra manera, qué medidas de movilidad funcional puede ordenar el empresario, aceptando que, siempre que se trate de la ordinaria o normal no necesitada de justificación, su uso no puede ser considerado una agresión al derecho de huelga; limitando, por tanto, esta calificación a las medidas de movilidad excepcional o extraordinaria (el llamado “ius variandi”).

Se trata de una cuestión de más trascendencia de la que parece a primera vista. Sobre todo en un marco de regulación de las funciones a desarrollar por el trabajador que están determinadas no ya por la categoría profesional (una forma de determinación del contenido del contrato particularmente garantista para el trabajador) sino por el grupo profesional (que es un modo de fijación de ese objeto mucho más genérica en beneficio de la permanente exigencia empresarial de flexibilidad). En consecuencia, tras la reforma laboral, el espacio de la movilidad extraordinaria o “ius variandi” se ha reducido sensiblemente hasta el extremo de haber convertido en movilidad ordinaria, gracias al recurso al grupo profesional, muchas de las tareas que eran extraordinarias o fuera de lo establecido en el contrato. Y, por lo mismo, las órdenes empresariales a los no huelguistas de realizar trabajos que corresponden a su grupo profesional no integran finalmente el supuesto del prohibido esquirolaje interno.

Esto es justamente lo sucedido con el asunto abordado por la STCo 17/2017 donde se considera que los trabajos hechos por los jefes de equipo no huelguistas en sustitución de quienes los realizaban habitualmente, no siendo tareas habituales de tales jefes, sí podían considerarse integradas en el contenido obligacional de sus contratos. Una forma de rescatar la idea, rechazada por el STCo 123/1992, de que quien está capacitado para hacer trabajos de nivel superior también lo está para hacer los de menor exigencia y cualificación profesional. Con el efecto de una notable ampliación de las posibilidades empresariales de reacción, con el auxilio de los trabajadores no huelguistas, aunque sea en demérito del derecho de huelga. Con un efecto evidente de retroceso en la garantía de la eficacia del derecho de huelga.

No acaban aquí las polémicas, que pueden considerarse de plena actualidad, entre un enfoque garantizador del derecho de huelga, de acuerdo con su naturaleza de derecho fundamental del máximo nivel, y otro que tiende a ampliar, a costa de él, el ámbito de ejercicio de los poderes contractuales y organizativos del empresario, expresando el habitual tratamiento limitativo del derecho de huelga. Lo que se manifiesta, en primer lugar, en la mayor o menor tolerancia o permisividad frente a lo que se viene a calificar como “esquirolaje tecnológico”; esto es, la posibilidad de que el empresario acuda a medios tecnológicos, cada vez más abundantes y eficientes, para sustituir el trabajo de los huelguistas consiguiendo el efecto de restar visibilidad y capacidad de impacto al derecho de huelga.

Naturalmente que las posibilidades del esquirolaje tecnológico se concentran en los sectores de actividad donde se han implantado las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información que tienen la capacidad de sustituir al trabajo humano, particularmente en lo que hace a las actividades de radiodifusión y de comunicación audiovisual. Cuestiones como si cabe, durante una huelga en una televisión, emitir programas pregrabados más allá de los estrictamente imprescindibles para garantizar el derecho fundamental a la información (STCo 183/2006, de 19 de junio y STS de 11 de junio de 2012, respecto de las televisiones y la emisión durante la huelga de programas pregrabados de publicidad y entretenimiento), o si es legítimo el recurso a medios tecnológicos de los que dispone la empresa pero que no se usan habitualmente para la emisión de los programas (STS de 30 de abril de 2013, sobre la retransmisión de un sorteo de la lotería de Navidad), son una muestra de las que plantean el tema del esquirolaje tecnológico. Que viene recibiendo una respuesta judicial dubitativa donde, junto a resoluciones en las que se considera que cualquier medida empresarial de esta naturaleza que tenga el efecto de hacer casi imperceptible la huelga debe ser considerada atentatoria del derecho fundamental, existen otras, como la ya citada STCo 17/2017, en la que la licitud del recurso empresarial a medios tecnológicos durante la huelga depende de que los mismos estén en poder y a disposición de la empresa de forma habitual antes de la convocatoria de la huelga, aunque se trate de sistemas excepcionales que no se utilizan normalmente para realizar el trabajo (la retransmisión de un partido de fútbol, como era el caso) ahora afectado por la huelga.

Todavía pueden existir otras posibilidades limitativas de la huelga a consecuencia del recurso empresarial a otras medidas, en este caso, de tipo organizativo o mercantil, consistiendo en lo que puede calificarse como esquirolaje estructural o comercial.

Empezando por este último, se plantea la cuestión de si una empresa, afectada por una huelga, puede o no acudir a contratar externamente, no a trabajadores, sino a otra empresa, externalizando temporalmente los servicios que los trabajadores en huelga no prestan. Sin duda que tampoco esta hipótesis estaba en la mente del legislador del RDL 17/1977 pero, también sin duda, hay que considerarla una medida empresarial que, no obstante estar amparada por la libertad de empresa del artículo 38 CE, no puede tener como objetivo el reducir la eficacia del derecho de huelga que, como derecho fundamental, debe ser preservada frente a los intereses económicos del empresario aunque aquí lo que pretenda, y precisamente por ello, sea minimizar los efectos de la huelga. En consecuencia, aunque se trate de una contratación empresarial externa y no de los trabajadores concretos, su finalidad práctica es indudablemente la misma, y no es otra que la de sustituir a los trabajadores huelguistas; esto es, una medida con una intencionalidad clara antihuelga que, al atentar a la eficacia del derecho, debe considerarse inconstitucional.

La relativa unanimidad jurisprudencial en relación con lo dicho (en contra, aunque indirectamente, la STS de 23 de enero de 2017, en el caso de empresas subcontratadas por Telefónica) se quiebra cuando la situación es la de una empresa, cuyos trabajadores están en huelga, que presta sus servicios mediante un contrato de empresa a otra principal, la cual, dada la situación de huelga, decide contratar a otra empresa, temporal o definitivamente, la realización del trabajo que la empresa en huelga no puede hacer; o cuando opta por la resolución del contrato mercantil que la vincula

con la empresa afectada por la huelga, precisamente por el incumplimiento por parte de ésta de sus compromisos contractuales, suscribiendo un nuevo contrato con otra empresa similar.

Comportamientos que, en algún supuesto, ha sido considerados sin más contrarios al derecho de huelga (como sucedió en el caso Samoa, STCo 75/2010, de 19 de octubre), y en otros sólo en la medida en que las empresas implicadas pertenecían al mismo grupo y la decisión de encomendar la tarea imposible de realizar por causa de la huelga a otra empresa del grupo fue tomada por la empresa principal controladora del mismo (los casos de El País, STS de 6 de junio de 2014 y de Coca-Cola, STS de 11 de febrero de 2015). En estos supuestos, la razón de fondo para considerar estas decisiones contractuales de las empresas contrarias al derecho de huelgas el hecho de que tanto la empresa en huelga como la empresa cliente tienen lazos y conexiones, muchas veces de superioridad y de dominio de la empresa cliente sobre la contratista. En cuyo caso, se considera que, aunque la huelga no se hace directamente contra la empresa cliente, en realidad es ésta la que la provoca y la condiciona al tener una capacidad de influencia directa (sea por participación mayoritaria, sea por dominio económico u organizativo) sobre la empresa contratista frente a la que los trabajadores hacen huelga. Implicada la empresa cliente en la relación huelguística debido a la relación de dominio, se entiende que la huelga se hace también frente a la empresa cliente y que ésta, como así fuera, no puede acudir al esquirolaje, que sería así casi interno, en que consistiría encomendar a otra empresa, normalmente del mismo grupo, las tareas que la que soporta la huelga no puede transitoriamente cumplir de forma adecuada.

Fuera sin embargo del grupo de empresas, sin embargo, las posibilidades empresariales de reaccionar frente a la huelga recurriendo a decisiones organizativas o productivas como las que se han descrito son muy amplias. Así, el Tribunal Constitucional ha entendido que esas maniobras empresariales son una legítima expresión de la libertad empresarial ya que, una cosa es que la empresa tenga prohibido tomar decisiones que afecten a la eficacia del derecho de huelga, y otra muy distinta que se exija de ella (y mucho menos de la que no está directamente afectada con la huelga) que colabore activamente con el éxito de la misma. Una tesis que se manifiesta de forma clara en la STS de 16 de noviembre de 2016, en el caso ALTRAD, una empresa dedicada al montaje y desmontaje de andamios metálicos respecto de la que, convocada una huelga, la empresa cliente acuden a otras contratistas, dando por terminado el contrato con ALTRAD). Como puede apreciarse, el terreno del esquirolaje, en cualquiera de sus versiones, es donde hoy se juega actualmente la batalla entre los enfoques contrapuestos, garantizador uno y limitador otro, del derecho de huelga.

Finalmente, no puede olvidarse que, al margen de las decisiones de contratación, al empresario aún le restan muchos poderes cuyo ejercicio puede suponer una forma de impedir la huelga, de atenuar su impacto o de reaccionar frente a los trabajadores huelguistas. Basta con recordar aquí supuestos, abordados por diferentes resoluciones judiciales, en los que se discute si las advertencias por parte del empresario, hechas públicas para conocimiento de los trabajadores antes del inicio de la huelga y con un tono conminatorio y coercitivo, acerca de la supuesta ilegalidad de la misma y/o de las consecuencias negativas que pueden derivarse de ella (sanciones, despidos, pérdida de contratos con otras empresas o con la Administración Pública), son o no formas de lesión del derecho de huelga STS de 12 de febrero de 2013, respecto de una empresa

tecnológica en la que esas comunicaciones se hicieron de forma personalizada y mediante correo electrónico).

O si los cambios de puesto de trabajo, las alteraciones del calendario laboral, las modificaciones de los gráficos de servicios a causa de la huelga (supuesto de la STS de 8 de junio de 2011, en el caso de una huelga en Renfe), las promociones condicionadas por la situación de la empresa a consecuencia de la huelga (STCo 90/1997, de 6 de mayo, sobre la negativa a transformar un contrato a tiempo parcial en otro a tiempo completo coincidiendo con la participación de la trabajadora interesada en una huelga), las contrataciones por la misma causa (STCo 66/2002, de 21 de marzo, en un caso de despido de tres trabajadores y de contratación simultánea de eventuales al tiempo de la convocatoria de una huelga) o los despidos disciplinarios por hechos relacionados con la huelga, pueden ser o no así calificadas. O si las sanciones o los despidos, particularmente los colectivos o por causas objetivas, pueden quedar justificados por la repercusión de la huelga en la marcha de la empresa (STS de 18 de julio de 2014, en el caso CELSA ATLANTIC) y si es legítimo ampliar, a causa de la convocatoria de una huelga, el número de trabajadores afectados por un despido colectivo ya en marcha (STS de 20 de septiembre de 2013). O, en si la grabación en vídeo de los participantes en un piquete informativo a las puertas de la empresa lesiona o no el derecho de huelga (STCo 37/1998, de 17 de febrero).

En definitiva, todo un mundo en el que, de nuevo, la confrontación a resolver refleja la permanente disputa en torno a si la huelga es la manifestación del ejercicio de un derecho fundamental de fuerte contenido social que debe ser protegido y no sólo por la mejora que puede conseguir de las condiciones de trabajo de los huelguistas sino también por su impacto en la realización de la igualdad y de la justicia social en cuanto valores constitucionales máximos. O si, por el contrario, es un incómodo y disfuncional instrumento de redistribución de la riqueza que ha de ser controlado, domesticado y limitado en homenaje a los intereses económicos de la empresa que la reciente jurisprudencia constitucional ha elevado a un valor supremo en cuanto condición previa e indispensable de cualquier progreso económico y social así como para la obtención del pleno empleo. Un debate en el que no sólo el legislador y la jurisprudencia de aplicación han de tomar partido.

Conclusiones

El recorrido que se ha hecho, con la intención de poner de manifiesto el conjunto de limitaciones que sobre el derecho de huelga, ponen de manifiesto la fuerte entidad y el amplio alcance de los obstáculos que se oponen a un uso eficaz de esta herramienta central de los trabajadores en el conflicto de intereses que los enfrentan a la empresa. Y ello pese a su reconocimiento constitucional como derecho fundamental del máximo nivel, merecedor, por el contrario, de una tutela normativa y jurisprudencial que, garantizando su ejercicio, se extienda al aseguramiento de su eficacia, como así lo exige su contenido esencial.

Desde el acercamiento a este fenómeno social, lleno de prejuicios sobre su significado, hasta la ampliación de los supuestos en que puede ser anulado mediante la imposición de un arbitraje obligatorio, pasando por su regulación por una norma preconstitucional, extraordinariamente restrictiva del derecho de huelga no obstante la depuración a que ha sido sometida por el Tribunal Constitucional, por la expulsión de la legalidad de determinado tipo de huelgas que más eficacia tienen en cuanto instrumento de presión, por la defensa a ultranza del hipotético derecho al trabajo de los no huelguistas, por las limitaciones que a la huelga le imponen los servicios de seguridad y mantenimiento y los servicios mínimos, o por la degradación de la huelga a un simple instrumento auxiliar de la negociación colectiva, todo ello son ejemplos significativos de una posición desconfiada del ordenamiento jurídico frente a este medio de acción que, al menos hasta el momento, continúa siguiendo la forma más poderosa de expresión del conflicto laboral y de presión sobre el interlocutor laboral para obtener la satisfacción de las reivindicaciones de los trabajadores implicados.

Por no hablar del tratamiento, hasta cierto punto tolerante, que reciben las medidas de reacción del empresario frente a los fenómenos huelguísticos y que afecta, no tanto al recurso al cierre patronal, prácticamente imposible de practicar de forma legal, sino más bien el ejercicio por parte del empresario de sus facultades ordinarias de organización, de contratación, de dirección y de disciplina con la finalidad de frenar el uso de la huelga, fomentar la división entre los trabajadores, o atenuar su impacto sobre los intereses económicos de la empresa. Un territorio en el que se confrontan la permisividad, basada en la tutela de la libertad de empresa, con la garantía de la eficacia de la huelga que constituye una obligación tanto normativa como jurisprudencial que la Constitución reclama como corolario de su condición de derecho fundamental e instrumento central de redistribución de la riqueza y de realización de la justicia material.

Todo lo cual se refleja en el uso decreciente de la huelga, prácticamente reservada a los casos en los que tiene un fuerte impacto mediático, haciéndola visible y con ello el conflicto que está en su base, a las situaciones en que quedan afectados los múltiples usuarios de los servicios públicos o en las que las estructuras productivas u organizativas de la empresa hacen que sus efectos dañinos sobre sus intereses económicos sean más significativos. Manifestaciones de la huelga más eficientes, por la capacidad que tienen de afectar a esos intereses como forma de presión y de

convencimiento del empresario y que, paradójicamente, son las que están más obstaculizadas por el ordenamiento jurídico. Y ello pese a que el deterioro de las condiciones laborales, fuertemente acentuado por las últimas reformas laborales, podría justificar un recrudecimiento de la conflictividad laboral.

Visto con una perspectiva más general y de futuro, es posible que esta tensión entre eficacia y límites del derecho de huelga lo que ponga de manifiesto no es tanto la inadecuación, indudable, de su regulación actual sino la propia identificación de la huelga como la mejor arma en manos de los trabajadores. Ejercitada en un contexto de desorientación y de deslegitimación del sindicato como sujeto colectivo típico, en un marco de precariedad y de individualización de las relaciones laborales, y afectada directamente por la desintegración de la conciencia de pertenencia a una misma clase social, la huelga ha visto debilitarse los referentes que la ha hecho, durante toda la historia del movimiento obrero, a la vez la forma tradicional de expresión del conflicto laboral y el medio más eficiente de obtener una más justa redistribución de los beneficios de la actividad productiva en cuya generación la fuerza de trabajo es, y seguirá siendo, uno de los factores más sobresalientes. Hasta el extremo de hablar de ella como un derecho en entredicho o, como he preferido apuntar en el título del trabajo, como un derecho acorralado.

No es pequeño el desafío que la función actual de la huelga, que, recuérdese, debe ser tratada como corresponde a su naturaleza de derecho fundamental, plantea no sólo a los que la organizan y convocan y a quienes están llamados a ser agentes activos de la misma, los trabajadores, sino también a quienes, empresas, poderes públicos y ciudadanos en general intervienen o están afectados por ella. Un desafío frente al que, quienes nos dedicamos a la investigación de los conflictos laborales desde cualquier perspectiva, política, sociológica, económica y jurídica, no podemos permanecer insensibles.

Bibliografía

AAVV. *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en Homenaje al profesor Gonzalo Diéguez*», Laborum, 2008.

AAVV. *Número monográfico de la Revista de Estudios Económicos dedicada a la regulación del derecho de la huelga*, 2-3/2010.

AYUGA ROLDÁN, Ana, «La huelga: un derecho legalmente congelado en el tiempo», *Lex Nova: La revista*, 61/2010.

BARRIOS BAUDOR, G. L. y GARCÍA GIL, M. B., «Efectos de la huelga y el cierre patronal en las relaciones laborales y de Seguridad Social», Aranzadi, 2017.

BORRAJO DACRUZ, E. «Los mecanismos empresariales de defensa frente a la huelga», *Actualidad laboral*, 3/2014.

CABEZA PEREIRO, J., «La constitucionalización del derecho de huelga», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 156/2016.

CARRIZOSA PRIETO, María Esther, «La alteración empresarial del calendario laboral como medida lesiva del derecho de huelga», *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 11/2012.

CASAS BAAMONDE, M.E., «25 años de jurisprudencia constitucional social: huelga en servicios esenciales y responsabilidad política», *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*, 2/2010.

ENÉRIZ OLAECHEA, F.J., «El derecho fundamental de huelga: su debida regulación postconstitucional», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 5/2011.

ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J. «El derecho de huelga en el marco de la descentralización empresarial», *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 110/2011.

- «Posible carácter coercitivo de las advertencias empresariales sobre la ilegalidad de una huelga», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 176/2015.

- «El esquirolaje interno como ataque al derecho fundamental a la huelga», *Temas laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 116/2012.

GÁRATE CASTRO, J., «*Derecho de huelga*», Bomarzo, 2013

GARCÍA QUIÑONES, J.C., «Derecho de huelga y grupos de empresa: lesión del derecho de huelga por quien no es empresario de los trabajadores huelguistas», *Derecho de las Relaciones Laborales*, 4/2015.

GARCÍA TORRES, A., «Derecho de huelga y subcontratación: a vueltas con el “esquirolaje externo”», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 196/2017,

GRACIA ALEGRÍA, G. «Despido disciplinario de representante de los trabajadores por hechos ocurridos principalmente durante el desarrollo de unas jornadas de huelga», *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Vol. 3, 15/2010.

MOLINA NAVARRETE, C. «Despido colectivo y derecho de huelga: la intervención judicial del “esquirolaje interno indirecto»», *Estudios Financieros, Revista de Trabajo y Seguridad Social*. 388/2015.

MONEREO PÉREZ, J. L., «*Derecho de huelga y conflictos colectivos: estudio crítico de la doctrina jurídica*», Comares, 2002.

MORENO VIDA, M. N., «*La huelga en servicios esenciales*», Aranzadi, 2007.

- «La gestión privada en los servicios esenciales para la comunidad y las garantías para su mantenimiento», *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 135/2016.

NAVARRO SERRANO, A., «El derecho de huelga: ¿es posible acordar como medida cautelar la suspensión de la huelga cuando se cuestiona si ésta es ilegal?», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 7/2015.

PÉREZ DE LOS COBOS Y ORIHUEL, F., «Insuficiencias de la actual regulación jurisprudencial del derecho de huelga», *Actualidad Laboral*, 5/2014.

POQUET CATALÁ, Raquel, «Servicios esenciales y derecho de huelga», *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Vol. 6, 3/2013.

RAMOS QUINTANA, M.I., “La huelga como derecho fundamental”, en *Sindicalismo y Democracia*, Comares, 2017

RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., «Sustitución de huelguistas en supuestos de contrataciones de empresas de trabajo temporal», *Actualidad Laboral*, 6/2014.

RENTERO JOVER, J. «*El comité de huelga en el derecho español*», Consejo Económico y Social de España, 2002.

SALA FRANCO, T. y LÓPEZ GARCÍA DE LA RIVA, I., «*Los mecanismos empresariales de defensa frente a la huelga*», Tirant lo Blanch, 2013.

SANGUINETI RAYMOND, W., «¿El derecho de huelga en entredicho?», *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 28/2017,

- «El derecho de huelga en la encrucijada del cambio tecnológico y productivo», *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 14/2016.
- «La tutela sustancial del derecho de huelga en las estructuras empresariales complejas», *Revista de Derecho Social*, 74/2016.

SEMPERE NAVARRO, A.V., “Huelgas ilegales y huelgas abusivas”, en *Sindicalismo y Democracia*, Comares, 2017

TALENS VISCONTI, E.E., «Esquirolaje tecnológico: Interrogantes abiertos», *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Vol. 6, 5/2013.

TAPIA HERMIDA, A., «Derecho de huelga y sustitución de trabajadores huelguistas»; *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, 341-342/2011.

TOSCANI GIMÉNEZ, D., «La prohibición de esquirolaje durante la huelga con especial mención al esquirolaje tecnológico», *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 30/2017.

- «Los servicios esenciales como límite del ejercicio del derecho de huelga, una interpretación restrictiva», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 171/2014.

UGARTE CATALDO, J. L., «Teoría del derecho de huelga, constitución y contenido protegido», *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 23/2016.

VIDAL MARTÍN, T., «Un derecho clásico pero de rabiosa actualidad: algunas consideraciones constitucionales sobre el derecho de huelga», *Parlamento y Constitución. Anuario*. 14/2011.

VIVERO SERRANO, J. B., «*La terminación de la huelga*», Tirant Lo Blanch, 2007.

- «*La huelga en los servicios esenciales*», Lex Nova, 2002.