

Análisis y reflexiones sobre la inédita Ley orgánica de huelga: la gran asignatura pendiente del legislador laboral

Francisco Agustín Rodrigo Sanbartolomé

Profesor Ayudante Doctor

Dept. Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

Universitat de València.

francisco.rodrido@uv.es

Resumen: Si bien el art. 28.2 de la Constitución Española encomendó al legislador la aprobación de una Ley (Orgánica) que regulase el ejercicio del derecho fundamental de huelga y las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, actualmente, la regulación de la huelga en nuestro país se contiene en un Real Decreto Ley preconstitucional: el RDLRT 17/1977, de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo. Aun cuando, tras más de cuatro décadas de incumplimiento del mandato constitucional, dicha norma, ha bastado —con la depuración constitucional realizada por la STC 11/1981, de 8 de abril y posteriores— para la regulación del derecho de huelga en nuestro país, existen importantes razones, no sólo formales, que hacen perentoria la promulgación de una nueva norma. El presente estudio tratará de dar cuenta de todo ello, realizando un somero análisis de la regulación vigente y de los principales problemas aplicativos que, durante todos estos años, ha puesto de manifiesto la necesidad de reconducirse a una norma obsoleta, preconstitucional y con vigencia parcial como consecuencia de la depuración operada por la jurisprudencia constitucional. Asimismo, con relación a cada uno de estos problemas, tratarán de ofrecerse, en un plano *lege ferenda*, proposiciones a incorporar en una futura Ley Orgánica de Huelga.

Abstract: Although art. 28.2 of the Spanish Constitution entrusted the legislator with the approval of an (Organic) Law that regulates the exercise of the fundamental right to strike and the necessary guarantees to ensure the maintenance of essential services of the community, currently, the regulation of strikes in Spain is contained in a pre-constitutional Real Decreto Ley: RDLRT 17/1977, of March 4, on Labor Relations. Even though, after more than four decades of non-compliance with the

constitutional mandate, said norm has been sufficient - with the constitutional purification carried out by STC 11/1981, of April 8 and later - for the regulation of the right to strike in our country. There are important reasons, not just formal, that make the promulgation of a new norm urgent. The present study will try to account for all this, carrying out a brief analysis of the current regulation and the main application problems that, during all these years, have revealed the need to redirect to an obsolete, pre-constitutional and partially valid norm because of the purification carried out by constitutional jurisprudence. Likewise, in relation to each of these problems, I will try to offer proposals to be incorporated into a future Organic Strike Law.

Palabras clave: Huelga, Ley Orgánica de Huelga.

Keywords: Strike, Organic Strike Law.

Sumario: I. Introducción. II. Concepto y modalidades de huelga. 2.1. Concepto. 2.2. Modalidades de huelga. III. Titularidad del derecho de huelga. 3.1. Titularidad individual y ejercicio colectivo del derecho de huelga. 3.1.1. Titularidad individual del derecho de huelga. 3.1.2. Sujetos facultados para el ejercicio colectivo del derecho de huelga. IV. Procedimiento de la huelga. 4.1. La convocatoria. 4.2. Desarrollo. 4.2.1. Los piquetes. 4.2.2. El esquirolaje. 4.2.3. Los servicios de seguridad y mantenimiento. 4.2.4. Los servicios esenciales para la comunidad. 4.3. Modos de finalización de la huelga. V.- Efectos de la huelga. 5.1. Efectos de la huelga legal. 5.2. Efectos de la huelga ilegal. VI.- Reflexión final. VII.- Bibliografía

I. Introducción

El art. 28.2 de la Constitución Española contiene un mandato dirigido al legislador. Concretamente, le encomienda la aprobación de una Ley (Orgánica, ex art. 81.1 CE) que regule el ejercicio del derecho fundamental de huelga, estableciendo las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. No obstante, como es sabido, actualmente, la regulación de la huelga en nuestro país se contiene en un Real Decreto Ley preconstitucional: el RDLRT 17/1977, de 4 de marzo, de relaciones de trabajo.

Si bien es cierto que, desde un punto de vista práctico, tras más de cuatro décadas de incumplimiento del mandato constitucional, el RDLRT 17/1977, de 4 de marzo, ha bastado, con la depuración constitucional realizada por la STC 11/1981, de 8 de abril, para la regulación del derecho de huelga en nuestro país y, si bien, también es posible —pese a las deficiencias de ajuste constitucional en cuanto a forma que la vigencia de esta norma implica— realizar una valoración positiva en cuanto a contenido por su regulación integral, especialmente tras un análisis de derecho comparado con los países de nuestro entorno que se caracterizan por una normativa de huelga dispersa y fragmentada¹, cabe apuntar una serie de razones de con-

1 En los países más afines a nuestro sistema jurídico, como Francia e Italia, la huelga se reconoce como derecho a nivel constitucional si bien, curiosamente, el fenómeno huelguístico no es objeto de un desarrollo legal unitario y sistematizado, sino a través de varias normas dispersas y antiguas,

sideración en favor de la necesidad de aprobación de una Ley Orgánica que regule la huelga en nuestro país. Así:

1.- En primer lugar, resulta precisa la promulgación de una norma con el rango formal adecuado para cumplir con las exigencias derivadas del mandato constitucional. Resulta difícilmente justificable, transcurridos más de cuarenta años desde la promulgación de nuestra Carta Magna que, todavía hoy, la huelga siga regulada por una norma preconstitucional que carece del exigible rango de Ley Orgánica derivado de la ubicación del art. 28.2 CE en la Sección 1.ª del Capítulo II del Título I de la Constitución, en concordancia con lo prevenido en los arts. 81 y 53 de la misma. La depuración, criba e interpretación en sede constitucional realizada por el TC en sentencia 11/1981, de 8 de abril y posteriores², si bien cumplió su función en su momento, debió ser entendida como una solución provisional, pero no un pretexto para una acomodación que desembocara en una interinidad permanente.

2.- De otro lado, desde el punto de vista social, las distintas huelgas que se han ido sucediendo durante el tiempo de vigencia provisional de esta norma en el ámbito de sectores estratégicos de la sociedad, como los transportes públicos y, en particular, algunos casos más flagrantes en el concreto ámbito del transporte aéreo, han generado, por momentos, cierta crispación general, y un caldo de cultivo favorable a la culminación de una regulación más completa y equilibrada de la huelga que contribuya a garantizar mejor todas las implicaciones de este derecho fundamental, al tiempo que permita limitar en mayor medida las manifestaciones abusivas del mismo. En este último sentido, cabe subrayar la importancia —que no puede obviarse ni olvidarse— de la salvaguardia de los servicios esenciales para la comunidad —a la que se refiere expresamente el constituyente— ya que, al tratarse del único condicionante en la configuración del contenido de este derecho que aquel introduce de forma explícita, hace una idea de su gran relevancia.

3.- Actualmente, como se ha apuntado certeramente (Göerlich Peset, 2020, p. 95), exigencias de índole práctica aconsejan, asimismo, la adaptación de una regulación obsoleta de la huelga —como la vigente— pensada y alumbrada sobre un sustrato económico, social y tecnológico basado en un modelo puramente industrial superado por el creciente protagonismo del sector servicios y, sobre todo, por un nuevo contexto de las relaciones laborales que resulta de importantes transformaciones generadas por el inusitado desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación (*TIC*), la generalización del uso de las redes sociales y, en general, por la expansión del fenómeno conocido como *digitalización*. En efecto, entre otras consecuencias, estos cambios han repercutido en la potenciación del teletrabajo y del trabajo

principalmente referidas al sector público, con lo cual, *prima facie*, comparativamente, podría hasta quedar disculpado el caso español y ser vistas con cierta indulgencia sus deficiencias en cuanto su regulación por una norma preconstitucional depurada por el TC sin el rango formal exigido por la norma constitucional pues, al menos, aquí se cuenta con una norma unitaria que trata de regular la huelga en su conjunto.

- 2 STC 26/1981, de 17 de julio; STC 33/1981, de 5 de noviembre; STC 72/1982, de 2 de diciembre; STC 66/1983, de 21 de julio; STC 120/1983, de 15 de diciembre; STC 13/1984, de 3 de febrero; STC 41/1984, de 21 de marzo; STC 90/1984, de 5 de octubre; STC 13/1986, de 30 de enero; STC 26/1986, de 19 de febrero; STC 51/1986, de 24 de abril; STC 53/1986, de 5 de mayo; STC 99/1987, de 11 de junio; STC 254/1988, de 21 de diciembre; STC 27/1989, de 3 de febrero; STC 43/1990, de 15 de marzo; STC 123/1990, de 2 de julio, STC 48/1991, de 28 de febrero; STC 152/1991, de 8 de julio y STC 8/1992, de 16 de enero.

a distancia, en general, y han provocado que la prestación de servicios se caracterice, ahora, en muchos sectores y actividades, por la dispersión, frente a la tradicional concentración simultánea de trabajadores en un centro de trabajo, lo cual incide directamente sobre las circunstancias y posibilidades organizativas y de comunicación subyacentes en la iniciación y desarrollo de las huelgas y de las actividades sindicales, en general. A su vez, estas nuevas herramientas suscitan, en este ámbito, problemas concretos nuevos —a los que también me referiré sucintamente—, como el denominado *esquirolaje tecnológico*.

Sin embargo, es preciso apuntar que la apatía, seguramente, no ha sido la principal razón para la postergación de la aprobación de tal norma. Asimismo, existen razones de fondo que parecen explicar la demora:

1. Tratándose de una materia relativa a un derecho fundamental («el derecho fundamental de huelga»³), es necesaria —como ya he avanzado— su regulación por Ley Orgánica y ello exige, desde el punto de vista formal, su aprobación por mayoría absoluta en el Congreso de los Diputados pero, desde un punto de vista de legitimidad material, siempre ha permanecido latente el sentimiento de que, para que la norma cumpla correctamente su función, sería deseable que contara con un amplio consenso social y con la implicación de todos los sectores afectados. Lo cual, generalmente, no se ha conseguido (v. gr.: la oposición de la patronal al acuerdo con los sindicatos mayoritarios para el Proyecto de Ley Orgánica de 1993).

3 Es tradicional, desde antaño, la distinción de tres formas históricas de abordar el fenómeno huelguístico. Partiendo de un tratamiento generalizado originario de prohibición (incluyendo, en muchos casos, su tipificación como delito), pasando por su consideración como libertad cuyo ejercicio únicamente llevaría aparejadas responsabilidades contractuales y que patentiza una posición de neutralidad el Estado, hasta llegar, finalmente, en la mayor parte de los países desarrollados a alcanzar su consagración como derecho, incluso fundamental, con el consiguiente papel activo y garantizador por parte de los poderes públicos, que excluye las consecuencias sancionadoras para el trabajador, si la huelga se ejerce legalmente. No obstante, en los países más representativos de la tradición jurídica de la *common law* predomina la consideración de la huelga como libertad. Así, en Inglaterra, ya desde antaño, la denominada «Golden formula» patentizó un régimen de libertad de huelga con garantía de irresponsabilidad por daños del sindicato (Ley de Conflictos Laborales de 1906 y, posteriormente, Ley de Sindicatos y Relaciones Laborales de 1974). La huelga no se configuraría como un derecho sino como un mero ejercicio de la libertad individual, de modo que si, en su caso, se considerase un incumplimiento contractual, de originar el despido no sería impugnabile, salvo discriminación. En EE. UU., desde 1932, La Ley Norris-La Guardia estableció un sistema muy similar al inglés, basado en la inmunidad jurisdiccional del sindicato, canalizándose las exigencias de responsabilidad por parte del empresario de forma individual frente a los trabajadores huelguistas, que pueden ser despedidos sin causa. En este contexto, la Ley Wagner de 1935 trató de limitar los posibles abusos por parte del lado empresarial. Sin embargo, como es connatural en los sistemas jurídicos del *common law*, cuya piedra angular es el precedente judicial, es la jurisprudencia del Tribunal Supremo de dicho país la que ha ido delimitando la huelga en un sentido en ciertos aspectos, paradójicamente, bastante similar al vigente en otros sistemas como el nuestro que constituye un claro ejemplo de la tradición jurídica del Civil Law. Por lo demás, en este caso, sí cabe la impugnación del despido por parte del trabajador despedido por participación en huelga legal, en primer lugar, mediante un procedimiento administrativo ante la Agencia Federal *National Labor Relations Board*, con posibilidad de apelación ante los Tribunales Federales de Apelación que podrían imponer la readmisión (Domínguez Bautista, 1993, p. 13).

2. De otro lado, desde la perspectiva sindical, se ha defendido tradicionalmente que «la mejor Ley de huelga es la que no existe», propugnando el establecimiento de procedimientos de autorregulación sindical del derecho de huelga, al modo del modelo italiano intentado desde los años ochenta (Domínguez Bautista, 1993; García-Perrote Escartín, 1993).

Sobre la base de las necesidades y condicionantes que se derivan del planteamiento anterior, en lo que sigue desarrollaré un estudio que, siguiendo el esquema clásico de análisis de esta materia (concepto, modalidades, convocatoria, desarrollo, finalización y efectos de la huelga), tratará de ahondar en los principales aspectos críticos de la regulación del fenómeno huelguístico, en aras a formular ciertas reflexiones y proposiciones, *lege ferenda*, que puedan servir de base a un eventual Proyecto futuro de Ley Orgánica de Huelga. El *iter* metodológico empleado para tal fin partirá, generalmente, de un somero examen del contenido básico del vigente régimen jurídico derivado del RDLRT —teniendo en cuenta la depuración realizada por el TC en la sentencia 11/1981, de 8 de abril y posteriores, pero sin perder de vista la jurisprudencia ordinaria principal a considerar— que será puesto en relación con dos referencias principales: a) el derecho comparado de los países más representativos tanto de nuestro entorno jurídico (*civil law*), como de los máximos exponentes de la cultura jurídica del *common law*; b) el contenido del frustrado Proyecto de Ley Orgánica de Huelga de 1993⁴.

II. Concepto y modalidades de huelga

2.1. Concepto

Tradicionalmente, la ordenación jurídica de nuestro país —e incluso la jurisprudencia, incluida la constitucional— han rehusado proporcionar una definición jurídica, concreta y completa de lo que debe entenderse por huelga. Sin embargo, es posible proporcionar un concepto amplio, ofrecido por la STC 11/1981, de 8 de abril⁵. En el plano del Derecho positivo, el art. 28.2 CE se limita a circunscribir la huelga al ámbito propio de los trabajadores para la defensa de sus intereses. A nivel legal, tampoco en el ET —en cuyo art. 4.1e) se cataloga

-
- 4 Con anterioridad, en junio de 1992 ya había sido aprobado un Proyecto de Ley Orgánica de Huelga en el Congreso de los Diputados, pero, en noviembre del mismo año, se pactó con las organizaciones sindicales más representativas, UGT y CC.OO., un nuevo texto con importantes modificaciones, que no contó con el beneplácito de CEOE. Finalmente, tras haber sido aprobado ya por el pleno del Senado, este nuevo intento también quedó frustrado, por la disolución anticipada de las Cortes Generales en 1993, pocos días antes de la fecha en que estaba prevista la votación definitiva en el Congreso de los Diputados.
 - 5 «(...) 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 de servicios que se lleva a cabo en forma pacífica y no violenta, mediante un concierto de los trabajadores y de los demás intervinientes en dicho proceso. En este sentido amplio, la huelga puede tener por objeto reivindicar mejoras en las condiciones económicas o en general en las condiciones de trabajo, y puede suponer también una protesta con repercusión en otras esferas o ámbitos».

como un derecho básico de los trabajadores— se contiene ninguna conceptualización de lo que por huelga deba entenderse. Y lo mismo ocurre con el RDLRT 17/1977, de 4 de marzo, de relaciones de trabajo, que actualmente regula este derecho, pero no lo define.

Por su parte, el proyecto de Ley Orgánica de 1993 definía la huelga como «(...) la cesación total o parcial del trabajo, así como la alteración del normal desarrollo del mismo⁶, llevadas a cabo por los trabajadores de forma colectiva y concertada, para la defensa de sus intereses».

Se trataba de una definición amplia que, de entrada, admitía no sólo la cesación en el trabajo, en el sentido tradicional más estricto configurado por la doctrina y la jurisprudencia desde antaño, sino también otras modalidades que resultaran subsumibles dentro de las alteraciones del normal desarrollo del trabajo a que se refería el Proyecto de Ley Orgánica, siempre que no «(...) supongan una grave desorganización de la actividad productiva y un daño desproporcionado», puesto que en este caso se trataría de modalidades abusivas y, por tanto, ilícitas, según este mismo Proyecto de Ley.

En mi opinión, esta definición —así como la mayor parte de las que se han propuesto por la doctrina científica— adolecen de cierta focalización en aspectos relativos a las modalidades y procedimientos de la huelga y —tal vez— podrían ser completadas con una referencia a los efectos jurídicos que la misma origina. Particularmente, la suspensión del contrato de trabajo en lo laboral, y la situación de alta especial en cuanto a la seguridad social. Así, podría ensayarse el siguiente texto: «El derecho de huelga comprende la cesación temporal total, parcial, u otras perturbaciones no abusivas en el régimen de trabajo, acordadas colectivamente por los trabajadores para la defensa de sus intereses, que produce la suspensión del contrato de trabajo y una situación de alta especial en la seguridad social».

2.2. Modalidades de huelga

El Proyecto de Ley Orgánica de Huelga de 1993, consideraba ilegales las huelgas que tuvieran por objeto subvertir el orden constitucional, así como las novatorias (excluyendo los conflictos jurídicos interpretativos, los que trataran de forzar la aplicación del convenio y los conflictos de intereses que tuvieran por fin reivindicar aspectos no regulados por el convenio vigente). En cambio, no se refería a las huelgas secundarias o de solidaridad. Asimismo, introdujo el tratamiento de abusivas para las huelgas rotatorias, para las estratégicas, tapón o trombosis y para las de celo o reglamento siempre que supusieran una grave desorganización de la actividad productiva y un daño desproporcionado, lo cual parece que habría que entender que debería probarse por el empresario. Por tanto, para el Proyecto de Ley —a diferencia de la interpretación que realiza la STC 11/1981, de 8 de abril del art. 7.2 RDLRT 17/1977, de 4 de marzo—, como ocurre con las huelgas intermitentes, parecía establecer que la presunción *iuris tantum* sería en favor de su licitud y la prueba en contrario debería ser sobre su carácter ilícito o abusivo por suponer una grave desorganización o daño desproporcionado (STS 23 de diciembre de 2003, rec.46/2003).

6 Esta definición no restrictiva parecía tener presente el tenor de la STC 11/1981, de 8 de abril, que —además de la noción contenida en el párrafo arriba transcrito— definió el contenido esencial del derecho de huelga como «(...) una cesación del trabajo en cualquiera de las manifestaciones o modalidades que pueda revestir».

En Inglaterra se prohíben las huelgas políticas, secundarias o de solidaridad y con ocupación de locales. En EE. UU., el Tribunal Supremo ha ido delimitando el contenido del derecho de huelga, reconociendo el derecho de los trabajadores a participar en huelgas legales (*right to strike*) con prohibición por ilegales (*unlawful strikes*) de huelgas con ocupación de locales o de brazos caídos (*sit down strikes*), novatorias, de solidaridad y de las estratégicas, trombosis o tapón. En Francia, las huelgas políticas quedan rotundamente prohibidas por la jurisprudencia francesa, si bien al estilo de lo admitido por nuestro TC, la Corte de Casación francesa admite matizaciones en relación con las huelgas mixtas, siempre que pueda detectarse una mayor prevalencia de los intereses profesionales sobre los políticos. En relación a las huelgas de solidaridad o secundarias, en una interpretación amplia parecida a la de nuestro TC en la sentencia 11/1981, de 8 de abril, se admiten siempre que estén implicados, de manera directa o indirecta, los intereses de los trabajadores huelguistas. En general cualquier modalidad distinta de la simple cesación de la prestación de servicios (celo, trabajo lento, etc.) es considerada abusiva, si bien las huelgas turnantes y las huelgas estratégicas o tapón se admiten de entrada, salvo que supongan una grave desorganización del proceso productivo de la empresa. En Italia, las huelgas salteadas y tapón, si bien inicialmente se consideraban ilegales, desde la promulgación del Estatuto de los Trabajadores italiano de 1970, gran parte de la jurisprudencia las ha admitido por no estar prohibidas expresamente (Domínguez Bautista, 1993, p. 16).

Centrándome en nuestro país, parece deseable que el nuevo texto legal, con independencia de que incorpore, en mayor o menor medida, los criterios de la STC 11/1981, de 8 de abril (prohibición de las huelgas políticas insurreccionales, de las huelgas sorpresa abusivas y muy limitadamente de las de solidaridad y de las novatorias si bien con una noción muy restrictiva, presunción *iuris tantum* de abuso de derecho de huelgas rotatorias, en servicios estratégicos, tapón o trombosis y de celo o reglamento; admisión de la huelga intermitente con presunción *iuris tantum* de licitud, así como de la huelga con ocupación de locales siempre que no concurra un ilegal ingreso en los locales o negativa al desalojo frente a una legítima orden de abandono —con aceptación de las huelgas de *brazos caídos*— y no se perturbe la libertad de trabajo o el derecho de reunión de otros trabajadores; y licitud tanto de las huelgas sindicales como las espontáneas), aborde también la actualización de la regulación de las modalidades de huelga a las exigencias de la sociedad y de la realidad empresarial/laboral de nuestro tiempo. Así, por ejemplo, en el moderno ámbito de las empresas en que predominan las prestaciones de trabajo adaptadas al modelo de las nuevas tecnologías y/o el teletrabajo, ha surgido la posibilidad de nuevas modalidades de huelga como la llamada «*telehuelga*», consistente en una desconexión general concertada por los trabajadores huelguistas y respecto de la cual la doctrina científica (Göerlich Peset, 2020, p. 102) no ha encontrado especiales dificultades para su encaje, como versión digital, de la «cesación de la prestación de servicios por los trabajadores afectados y sin ocupación por los mismos del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias» con que define la huelga, en su sentido clásico, el art. 7.1 del RDLRT 17/1977, de 4 de marzo.

III. Titularidad del derecho de huelga

3.1. Titularidad individual y ejercicio colectivo del derecho de huelga

Desde la STC 11/1981, de 8 abril, se ha generalizado el reconocimiento de una titularidad individual, pero de ejercicio colectivo, del derecho de huelga. Sin embargo, por parte de la doctrina, también se ha defendido que la huelga no puede ser considerada exclusivamente un derecho individual de los trabajadores, puesto que no es posible negar dicha titularidad a los sindicatos, en la medida en que la huelga forma parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical reconocido en el art. 28.1 CE y a dichas organizaciones sindicales y a los representantes de los trabajadores les deben corresponder necesariamente la titularidad de determinados aspectos de la huelga, como la capacidad de convocatoria y publicidad de la misma o la negociación de soluciones que pongan fin al conflicto (Palomeque López, 1992, p. 357; Sala Franco, 1994, p. 458). Al extremo, desde esta perspectiva, es posible incluso plantearse, inversamente, la existencia de una titularidad colectiva del derecho de huelga, de ejercicio individual, representado en las facultades de cada trabajador individual de sumarse o no a las huelgas —que se convocan colectivamente— o desvincularse de las que estuviera participando.

Asimismo, el art. 2 del proyecto de Ley Orgánica de 1993, en coherencia con la STC 11/1981, 8 de abril, propugnó una concepción de la huelga basada en la titularidad individual del derecho pero de necesario ejercicio colectivo, al establecer que «(...) el contenido individual del derecho de huelga comprende la participación voluntaria en cuantas actividades preparatorias o de desarrollo de la huelga se lleven a cabo, la adhesión a una huelga ya convocada y la decisión de dar por terminada la propia participación en la misma». Si las facultades anteriores eran las que correspondían a la titularidad del derecho de huelga de las personas trabajadoras individualmente consideradas indicadas, desde el punto de vista de su ejercicio colectivo, el art. 3 de aquel Proyecto de Ley, reconocía a las organizaciones sindicales más representativas y las que tuvieran presencia en el ámbito de la huelga, a los representantes legales de los trabajadores y a los propios trabajadores de la empresa o centro de trabajo afectados mediante decisión mayoritaria en asamblea, las facultades de convocatoria, elección de modalidades, adopción de medidas de desarrollo y desconvocatoria de la huelga.

3.1.1. Titularidad individual del derecho de huelga

El art. 28.2 CE, según la jurisprudencia constitucional, reconoce un derecho individual de adhesión a la huelga, pero también, en sentido negativo, existe un derecho de titularidad individual a no adherirse a una huelga o a desvincularse de la que se estuviera participando, en virtud de la libertad de trabajo reconocida en el art. 35 CE. Al encontrar su fundamento, en precepto radicado en la sección 2ª, del Capítulo II del Título I de la CE —a diferencia del derecho de huelga reconocido en el art. 28.2 CE, ubicado en la sección 1ª de dicho Capítulo—, se ha apuntado (Sala Franco, 1994, p. 457) que esta segunda versión (ejercicio individual negativo de la huelga) no gozaría del reconocimiento constitucional y de la consiguiente protección especial prevista en el art. 53.2 CE (recurso de amparo ante el TC y procedimiento preferente y sumario antes los Tribunales ordinarios).

El citado artículo 2 del Proyecto de Ley Orgánica de 1993 manejaba una noción amplia de las personas trabajadoras que ostentaban la titularidad individual de este derecho comprensiva tanto de los asalariados en sentido estricto (sujetos de una relación laboral) como del personal al servicio de las Administraciones Públicas (funcionario o estatutario).

En general, ha sido pacífica por parte de la doctrina y jurisprudencia la admisión como titulares individuales del derecho de huelga de las personas trabajadoras asalariadas (en el sentido del art. 1.1 ET), incluyendo las relaciones laborales especiales, ya sean españolas o extranjeras, y tanto en el ámbito privado como del sector público.

En cuanto a los empleados públicos, la licitud de las huelgas de funcionarios (salvo los colectivos específicos con libertad sindical excluida o limitada, como magistrados, jueces y fiscales) resulta pacífica tras la LOLS, que los incluye en su ámbito de aplicación sin establecer peculiaridades. Asimismo, el RDLTVO 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba TRLEBEP, en su art.15c) señala que: «los empleados públicos (tanto funcionariales como laborales) tienen los siguientes derechos individuales que se ejercen de forma colectiva: ejercicio de la huelga, con la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad». No obstante, quedan excluidos del derecho de huelga los miembros de las Fuerzas Armadas (Ejército de Tierra, Aire, Armada y personal militar adscrito al Centro Nacional de Inteligencia) e Institutos Armados de carácter militar (Art. 7.2 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio y para la Guardia Civil: art. 12 de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre), así como los miembros de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, (Art. 6.8 Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; y art. 8.3.a) de la Ley Orgánica 9/2015, de 28 de junio, para la Policía Nacional). No obstante la exclusión de jueces, magistrados y fiscales, en el ámbito de la Administración de Justicia, sí que tienen derecho de huelga los letrados de la administración de justicia y los funcionarios del cuerpo de gestión y del de tramitación procesal y administrativa, y auxilio judicial.

Sin embargo, como fue agudamente señalado (Alonso Olea, 1993), con ocasión de la intención del Proyecto de Ley Orgánica de Huelga de 1993 de incluir en su regulación la huelga de los funcionarios públicos, lo cierto es que esta no debe ser objeto de este tipo de norma, puesto que el derecho de huelga reconocido como fundamental por el art. 28.2 CE —como he avanzado arriba— queda referido a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses, debiendo entenderse por tales a los trabajadores subordinados por cuenta ajena definidos en el art. 1.1 ET, pero no a los funcionarios públicos que pueden tener y tienen reconocido el derecho a la huelga por Ley (este papel lo desempeña, actualmente, el art. 15c) del TRLEBEP, RDLTVO 5/2015, de 30 octubre), pero no puede considerarse como fundamental, ni es procedente, por tanto, su regulación por Ley Orgánica, por no tener su origen en el precepto constitucional citado.

En cuanto a los extranjeros en materia de derechos colectivos, la jurisprudencia constitucional ha impulsado cierta evolución, pues ahora tienen siempre derecho de libertad sindical, tanto si son residentes legales como si no lo son (tras la reforma de la LOE, 4/2000, de 11 de enero, impulsada por las SSTC 236/2007, de 7 de noviembre y 259/2007, de 19 de diciembre), pudiendo fundar sindicatos, afiliarse o desafiliarse, aunque no fundar sindicatos que sólo agrupen a personas de una determinada nacionalidad o raza. Pueden ser electores y elegibles en las elecciones a representantes unitarios de los trabajadores y, tanto si son titulares de permiso de trabajo como si no (STC 259/2007, de 19 de diciembre), tienen derecho de huelga.

Quedan excluidos del derecho constitucional de huelga —sin perjuicio de que por Ley se les puedan reconocer, con cierto paralelismo, derechos parecidos—, los jubilados, desempleados, estudiantes y los trabajadores autónomos, aunque sus paros y manifestaciones de protesta se suelen denominar huelgas. En el caso de los trabajadores autónomos, la propia STC 11/1981, de 8 de abril, reconoció expresamente su derecho a la cesación de su actividad, subsumible en el marco de la libertad de empresa, y sin que sea apropiado, en su caso, arbitrar para ellos, con carácter garantizador y tuitivo, un derecho como el de huelga⁷. Sin embargo, más allá de lo advertido por el TC, hay que reconocer que las implicaciones de los ceses de actividad de los trabajadores autónomos pueden desbordar con facilidad la esfera de las responsabilidades puramente contractuales con sus clientes y/o usuarios, pudiendo tener también consecuencias en el ámbito del régimen jurídico-administrativo de las contrataciones o concesiones públicas de las que, en su caso, fueran adjudicatarios y, muy especialmente, en el terreno de las normas de defensa de la competencia (Göerlich Peset, 2020, p. 96). Por lo demás, es una materia en que la generalización presenta evidentes riesgos, puesto que, a efectos de la necesidad/justificación —y consiguiente legitimidad— de su actividad reivindicativa concertada, pueden merecer muy distintas valoraciones las muy heterogéneas realidades empresariales y de posición contractual o de fuerza económica que plantea la propia diversidad de tipología de trabajadores autónomos existente: «falsos» autónomos, trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADES), etc.

A nivel de derecho comparado, cabe apuntar que, en Francia, la Ley de conflictos colectivos de 1950 prohibió la huelga para determinados colectivos, como policía, magistrados y jueces, funcionarios de prisiones. En Italia, originariamente, estaba prohibida y tipificada como delito la huelga de funcionarios, si bien actualmente se admite perfectamente la huelga de este colectivo.

3.1.2. Sujetos facultados para el ejercicio colectivo del derecho de huelga

Como señaló la STC 11/1981, de 8 de abril, estamos ante un derecho de titularidad individual, pero de ejercicio colectivo, puesto que la huelga requiere ser desarrollada (carece de sentido la huelga de un único sujeto) y convocada colectivamente, formando parte esta facultad de convocatoria de huelgas del contenido esencial del derecho de libertad sindical. Así el TC, estableció que la titularidad del derecho, en esta acepción colectiva, corresponde a los trabajadores en su conjunto (que pueden convocarla en asamblea de trabajadores) y a sus representantes (sindicales y también los unitarios).

Por su parte, como hemos visto, el art. 3 del Proyecto de Ley Orgánica de huelga de 1993 se refería, a estos efectos, a las organizaciones sindicales más representativas y las que tuvieran presencia en el ámbito de la huelga, a los representantes legales de los trabajadores y a los propios trabajadores de la empresa o centro de trabajo afectados mediante decisión mayoritaria en asamblea.

⁷ La STC 11/1981, de 8 de abril, estableció que el derecho constitucional de huelga se concede para que sus titulares puedan desligarse temporalmente de sus obligaciones jurídico-contractuales (colocarse provisionalmente fuera del marco del contrato de trabajo). Aquí radica una muy importante diferencia de los trabajadores independientes que no son trabajadores por cuenta ajena ligados por un contrato de trabajo retribuido. La cesación en la actividad de este tipo de personas, si la actividad empresarial o profesional es libre, se podrá realizar sin necesidad de que ninguna norma les conceda ningún derecho, aunque sin perjuicio de las consecuencias que haya que arrostrar por las perturbaciones que se produzcan.

Así, respecto a las organizaciones sindicales, finalmente, se consideró suficiente la mera presencia del sindicato en el ámbito de la huelga, frente a la primera versión del Proyecto de Ley, aprobada por el Congreso, en junio de 1992, previa a las modificaciones acordadas con los sindicatos más representativos, que exigía una representatividad de, al menos, el 10 % en el ámbito funcional correspondiente. Esta nueva visión se corresponde mejor con la interpretación defendida por la STC 11/1981, de 8 de abril, que declaró la inconstitucionalidad de ciertos requisitos del RDLRT 17/1977, de 4 de marzo (en relación al quórum del 75 % de asistencia a la reunión de representantes legales o que la iniciativa de someter la votación de los trabajadores en asamblea fuese respaldada por un 25 por ciento de los trabajadores de la plantilla) por considerar que este tipo de exigencias adicionales —como podría ocurrir también con la exigencia mencionada del Proyecto inicial de una representatividad mínima de los sindicatos convocantes— «(...) es una manera de ahogar el nacimiento de la huelga y constituye una importante limitación a este derecho. Sólo tendría sentido si la voluntad de la mayoría se impusiera necesariamente a la minoría de los no huelguistas de acuerdo con los principios democráticos. Esta conclusión no es coherente porque si la huelga es, como ya se ha dicho, un derecho de carácter individual (aunque de ejercicio colectivo) es claro que no puede ser al mismo tiempo una obligación».

En efecto, la configuración de la titularidad individual del derecho de huelga permite que el ejercicio colectivo del mismo pueda atribuirse ampliamente, incluyendo sujetos colectivos que, a priori, puedan parecer poco significativos o con escasa implantación, pues la convocatoria de huelga y su desarrollo en ningún modo puede obligar ni condicionar a los sujetos individuales que siempre conservan su derecho a adherirse o desvincularse de la huelga. Así las cosas, el éxito (o fracaso) de la huelga y la consiguiente representatividad (o su carencia) de los intereses defendidos por los sujetos convocantes quedará plasmado, en la realidad, por la adhesión efectiva de las personas trabajadoras a la misma o, por el contrario, por el hecho de ser desatendido por estas el llamamiento realizado por unos sujetos que los propios hechos, y no la exigencia limitativa de requisitos previos, demostrarán *de facto que carecen de legitimidad suficiente*.

Asimismo, como he avanzado, el Proyecto de 1993 admitía las huelgas adoptadas por decisión mayoritaria de las personas trabajadoras en asamblea (se admitían, por tanto, como vimos, las denominadas huelgas espontáneas o salvajes) como lógico correlato de la titularidad del derecho de huelga que, de acuerdo con el art. 28.2 CE, corresponde «(...) a los trabajadores para la defensa de sus intereses».

IV. Procedimiento de la huelga

4.1. La convocatoria

Con relación a la convocatoria de huelga, la regulación del RDLRT —depurado por la STC 11/1981, de 8 de abril— vino a proscribir las huelgas sorpresa, al exigir un preaviso de 5 días naturales o 10 días naturales cuando afecte a empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos, debiendo notificarse al empresario o empresarios y a la autoridad laboral e incluyendo, asimismo, un deber de publicidad a los usuarios de servicios públicos, en su caso. Si bien, según el TC, la falta de preaviso no convierte la huelga en ilícita

necesariamente, pero sí que podría convertirla en abusiva si no concurren fuerza mayor o estado de necesidad eximentes. El Proyecto de Ley Orgánica de Huelga de 1993 no introducía grandes novedades en cuanto al procedimiento respecto a la regulación vigente con similares plazos de preaviso al empresario u organizaciones empresariales afectadas y autoridad laboral (también a la autoridad gubernativa en huelgas en las Administraciones Públicas), etc. El escrito de comunicación era muy similar al vigente, debiendo contener datos mínimos, tales como: motivos de la huelga y modalidades a emplear, ámbitos de la misma, fechas de inicio y fin, procedimientos de solución de conflictos utilizados y composición del Comité de Huelga.

La gran novedad aquí residía en el hecho de que podía omitirse el preaviso al empresario en caso de fuerza mayor o estado de necesidad (como cuando se produce cualquier atentado grave a los derechos fundamentales de los trabajadores afectados). Asimismo, la figura del comité de huelga quedaba desdibujada en el Proyecto de Ley respecto a la regulación vigente, adoleciendo de falta de concreción en cuanto a sus funciones y responsabilidades, en especial con relación a la garantía de los servicios de seguridad y mantenimiento. Por otro lado, sí que se introducían algunas novedades, como la previsión de que el comité de huelga, cuando la huelga fuese convocada por las representaciones sindicales o unitarias de trabajadores, podría venir integrado por los propios convocantes.

En Inglaterra, se exige que el acuerdo de convocatoria de huelga venga respaldado por el voto mayoritario y secreto de los miembros del sindicato convocante en cada centro de trabajo, cuya decisión tiene un alcance temporal de validez que se extiende a los 4 meses posteriores a la adopción del acuerdo. El incumplimiento de los requisitos materiales (como incurrir en las motivaciones o modalidades de huelga prohibidas) o procedimentales y de plazo señalados, vicia la legalidad del proceso huelguístico, que despojado de la protección derivada de la consideración del ejercicio legítimo de una libertad, acarrea, asimismo, la pérdida de la inmunidad del sindicato convocante por los daños ocasionados y puede ser objeto de la reclamación civil de resarcimiento correspondiente, sin perjuicio de los interdictos judiciales de paralización de huelga ilegal que puedan instarse. En Francia, el acto de declaración de huelga debe ser expreso y público, soliendo exigirse por la jurisprudencia la necesidad de preaviso, si bien su omisión no suele determinar la ilicitud de la huelga por sí sola. En cambio, en el ámbito de los servicios públicos, el art. L.521-3 del *Code du Travail* sí que establece la obligación de preaviso. *En Italia, no es necesario preaviso, salvo cuando puedan derivarse daños innecesarios o superiores a los pretendidos.*

4.2. Desarrollo

Una vez convocada la huelga, la fase de desarrollo de la misma presenta como principales puntos controvertidos: la regulación de los piquetes y del esquirolaje, así como la de los servicios de seguridad y mantenimiento y de los servicios esenciales para la comunidad. De todo ello me ocuparé a continuación:

4.2.1. Los piquetes

El RDLRT 17/1977, de 4 de marzo, dota de cobertura legal a la actividad de los piquetes informativos que podrán efectuar publicidad de la misma, en forma pacífica y llevar a cabo una recogida de fondos sin coacción alguna (art. 6.6 RDLRT 17/1977, de 4 marzo). El TC ha respaldado, asimismo, esta previsión al considerar que, sobre todo en determinados tipos de

huelga, la difusión y publicidad de sus causas y objetivos es un elemento esencial en el éxito de la huelga, formando parte del contenido esencial de este derecho fundamental, que toda Ley que lo desarrolle deberá respetar de acuerdo con lo previsto en art. 53.1 CE (SSTC 2/1982, 29 enero; 120/1983, 15 diciembre; 134/199, 9 mayo; 332/1994, 19 diciembre y 37/1998, 17 febrero), pero limitado, a su vez, por lo dispuesto en el art. 6.4 RDLRT: «se respetará la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quisieran sumarse a la huelga» (art. 35.1 CE). Es posible superar la simple publicidad (STS de 20 de marzo de 1991), procurando obtener la participación de los trabajadores en la huelga, mediante el uso de la persuasión (incluso, modernamente, a través de las redes sociales y el recurso a medios digitales: correo electrónico, *intranet* de la empresa, etc.) pero nunca recurriendo a la violencia o coacción (STC 137/1997, 21 julio). Resultan inaceptables, en este sentido, conductas obstruccionistas de la libertad de trabajo de los trabajadores no huelguistas (o de la libertad del empresario y/o de los directivos), ya sean consistentes en barricadas, amenazas, secuestro de materias primas o medios de producción de la empresa, u otras similares.

Este tipo de actuaciones ilícitas pueden originar consecuencias en el ámbito sancionador-administrativo y responsabilidad contractual, pues pueden llevar aparejadas sanciones disciplinarias, incluido el despido. En concomitancia, con otras circunstancias, puede afectar a la legalidad de la huelga, con los efectos que estudiaremos.

En el ámbito penal, existen modificaciones legislativas de gran actualidad y relevancia. El art. 315 de la Ley Orgánica del Código Penal 10/1995, de 23 de noviembre, tradicionalmente, ha tipificado como delito la conducta de los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impidieren o limitaren el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga, con previsión de un tipo penal cualificado, con penas superiores, cuando las conductas reseñadas se llevaran a cabo con coacciones. Recientemente, por Ley Orgánica 5/2021, de 22 de abril, se suprimió el apartado 3 que contenía un tipo penal específico para «Quienes actuando en grupo o individualmente, pero de acuerdo con otros, coaccionen a otras personas a iniciar o continuar una huelga». Se mantiene, por tanto, la penalización de las conductas obstruccionistas del derecho de huelga, pero se despenaliza, o al menos, desaparece la tipificación penal específica de las actividades vulneradoras de la libertad de trabajo propias de los piquetes coactivos, en el bien entendido de que estas, eventualmente, podrán seguir siendo penalizadas —caso de producirse— conforme al delito genérico de coacciones previsto en el art. 172 de la misma norma penal.

4.2.2. El esquirolaje

El Proyecto de Ley Orgánica de Huelga de 1993, seguía manteniendo una línea similar a la contenida en la regulación vigente (art. 6.5 RDLRT), en cuanto a la prohibición de sustitución de los trabajadores huelguistas por otros no vinculados a la empresa en el momento de iniciarse la misma (esquirolaje externo), salvo en caso de incumplimiento de los servicios de seguridad y mantenimiento o de los servicios mínimos. Si bien aquel texto tampoco especificaba si era posible la sustitución por trabajadores adscritos a centros de trabajo distintos, la LISOS (cuyo Texto Refundido vigente fue aprobado por RDLTVO 5/2000, de 4 de agosto) ha servido tradicionalmente de apoyo para clarificar, en sentido negativo, la cuestión y así, en su actual art. 8.10, considera constitutivos de infracción muy grave: «Los actos del empresario lesivos del derecho de huelga de los trabajadores consistentes en la sustitución de los trabajadores en huelga por otros no vinculados al centro de trabajo al tiempo de su ejercicio, salvo en los casos justificados por el ordenamiento».

Por lo demás, cabe recordar la extensión de la prohibición de esquirolaje a otras variantes posibles de recurso a trabajadores externos, como ocurre con la interdicción de los contratos de puesta a disposición formalizados por las empresas usuarias en huelga con Empresas de Trabajo Temporal (ETTs) que se contiene, expresamente, en el art. 8a) de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las ETT, y cuyo incumplimiento viene tipificado como infracción muy grave de la empresa usuaria en el art. 19.3.a) del TRLISOS 5/2000, de 4 de agosto.

Junto al esquirolaje externo referido en el art. 6.5 RDLRT, han surgido importantes complicaciones jurídicas, doctrinales y jurisprudenciales, con relación a otras tres modalidades o manifestaciones: como son el denominado esquirolaje interno, el tecnológico y el organizativo o comercial. En efecto, frente a la literalidad de la norma vigente (art. 6.5 RDLRT) que circunscribe el esquirolaje prohibido a la sustitución de los huelguistas por trabajadores no vinculados a la empresa al iniciarse la huelga (esquirolaje externo), se ha planteado, desde antiguo, la extensión de la prohibición a todos o algunos de estos otros supuestos. Sin embargo, el análisis en detalle de estas cuestiones de enorme interés científico-jurídico bien merece un estudio aparte. En lo que se refiere al objeto de este trabajo, que pretende arrojar luz sobre las distintas posibilidades regulatorias, es posible obtener ciertos ejemplos a nivel de derecho comparado que, frente a la prohibición de esquirolaje española, llegan hasta la opuesta hiperlaxitud permisiva propia de los EE.UU.⁸, pasando por la regulación intermedia francesa que prohíbe expresamente la contratación temporal mientras dure la huelga, pero no la indefinida y que admite ejercer la movilidad funcional con los trabajadores no temporales que no hayan secundado la huelga. En Italia, desde el Estatuto de los Trabajadores de 1970, que reguló aspectos aislados tales como las conductas antisindicales por parte del empresario motivadas por la huelga, parte de la doctrina y jurisprudencia se mostró contraria al esquirolaje, por considerarlo práctica antisindical (Domínguez Bautista, 1993, p. 19).

4.2.3. Los servicios de seguridad y mantenimiento

Actualmente, el art. 6.7 del RDLRT 17/1977, de 4 de marzo, encomienda al comité de huelga la garantía de la prestación durante la huelga de los servicios necesarios para la seguridad de personas y cosas, así como para el mantenimiento de locales, maquinaria, instalaciones y materias primas en orden a facilitar la reanudación de las actividades al finalizar el conflicto. Sin embargo, como es sabido, la STC 11/1981, de 8 abril, declaró la inconstitucionalidad de la atribución al empleador, en exclusiva, por el inciso final de este precepto, de la facultad de designación de los trabajadores que deban encargarse de dichos servicios.

8 La Ley nacional de relaciones laborales y derecho a ir a la huelga, estableció que, si el objetivo de una huelga es obtener del empleador alguna concesión económica, tales como salarios más altos, horarios más cortos o mejores condiciones de trabajo, los empleados en huelga son considerados huelguistas de carácter económico. Estos conservarán su condición de empleados y no pueden ser despedidos, pero pueden ser reemplazados por su empleador. Si el empleador ha contratado reemplazos permanentes que se hallan ocupando los trabajos de los huelguistas de carácter económico, cuando los huelguistas solicitan incondicionalmente volver a trabajar, los huelguistas no tienen derecho a la reincorporación en ese momento. Sin embargo, si los huelguistas no obtienen un empleo regular y sustancialmente equivalente, podrían tener derecho a ser llamados para trabajar para los que estén calificados cuando aparezcan vacantes.

Para el TC, en la sentencia indicada, no cabe duda de la necesidad de adopción de tales medidas y de que al empresario le corresponde dicha facultad («no tanto en atención a su condición de propietario de los bienes, como en atención a las facultades de policía de que en el seno de la empresa está investido»), pero en la medida en que la ejecución de estas medidas corresponde a los propios trabajadores (como «uno de los sacrificios que el ejercicio responsable del derecho de huelga les impone») éstos deben tener también alguna intervención en el proceso de fijación y designación para estos servicios. De este modo, en la actualidad, debe ser el empresario junto con el comité de huelga quienes designen a dichos trabajadores, debiendo recaer dicha designación, en la medida de lo posible, sobre los trabajadores no huelguistas, en cuanto se trata de la solución menos invasiva con el derecho de huelga. Por lo demás, sólo en el caso de que el comité de huelga se niegue u obstaculice esta negociación, podría admitirse la actuación unilateral del empresario, sin perjuicio de la posterior revisión judicial de su decisión (SSTS de 29 de noviembre de 1993 y 28 de mayo de 2003, recs. 856/1992 y 5/2002).

Lo anterior constituye un buen ejemplo de las complicaciones que derivan de la regulación provisional vigente, pues una vez declarada por el TC la inconstitucionalidad de la exclusión del comité de huelga sobre las decisiones en esta cuestión, no queda claro si, en caso de desacuerdo, mientras no exista pronunciamiento judicial, el trabajador huelguista puede optar por seguir las instrucciones del comité de huelga al respecto o queda vinculado por las decisiones del empresario y, si en este último supuesto, en caso de incumplimiento, podría ser sancionado disciplinariamente por este. Con el sistema vigente, resultante de la depuración del art. 6.7 del RDLRT 17/1977, de 4 de marzo, por el TC, parece que, indirectamente, en cierto modo, se esté propugnando, en estos casos de desacuerdo, la aplicación del principio *solve et repete*, como en general en el resto de las decisiones empresariales que cuentan con presunción *iuris tantum* de legitimidad. Pero no debe olvidarse que en este caso, la propia SCT 11/1981, de 8 de abril, estableció que no se trata de decisiones empresariales al uso derivadas de su poder de organización y dirección, sino que deben ser consensuadas con el comité de huelga y que, incluso aunque no fuera así, la jurisprudencia ha venido reconociendo un cierto *ius resistentiae* del trabajador cuando, entre otras, se trate de órdenes empresariales relacionadas con derechos irrenunciables del trabajador y, en este caso, puede estar en juego el ejercicio de un derecho fundamental, como el de huelga. Lo anterior conduce a que en caso de desobediencia de medidas no consensuadas con el comité de huelga no parezca defendible la imposición de sanciones.

En cualquier caso, la cuestión se presenta controvertida y llena de dificultades, siendo uno más de los aspectos que demanda ser abordado y resuelto, directamente, en una Ley Orgánica que regule la huelga, con mayor razón —si cabe— a la vista de que conforme al art. 16.2 del RDLRT 17/1977, de 4 de marzo, la sanción por el incumplimiento de unas medidas, —cuya fijación presenta tantas dudas— alcanza el despido. Son muchas las soluciones posibles que se vislumbran, si bien, tal vez la más operativa, sea propiciar o encomendar, por Ley, el establecimiento previo, voluntario y concertado, pero preceptivo, del recurso a un órgano de solución extrajudicial permanente, general y de actuación urgente, ya sea creado *ad hoc* o bien sirviéndose de los ya pactados/creados por los agentes sociales (Fundación SIMA del ASAC o autonómicos equivalentes), que pueda imponer una solución vinculante rápida a través de un arbitraje obligatorio.

Por otra parte, con independencia de lo anterior y volviendo al estado actual de cosas, una vez acordadas las medidas, si el comité de huelga no prestase la colaboración precisa para el

mantenimiento de dichos servicios, la huelga podrá ser declarada ilícita por abusiva (STCO 11/1981, de 8 de abril, FJ 11.º) con una posible exigencia de responsabilidad a los sindicatos convocantes de indemnizar los daños y perjuicios (art. 5 LOLS). Sin embargo, cuando el comité de huelga sí cumple con su obligación, el incumplimiento por parte de los trabajadores designados sujeta a estos a las sanciones que pueden derivar por responsabilidad disciplinaria, incluido en su caso el despido (al que se refiere específicamente el art. 16.2 RDLRT 17/1977, de 4 de marzo), pero no convierte, por sí mismo, la huelga en ilícita. Asimismo, cabe recordar que estos trabajadores sí podrían ser sustituidos sin incurrir en esquirolaje prohibido (arts. 6.5, 6.7 y 10.2. RDLRT 17/1977, de 4 de marzo).

4.2.4. Los servicios esenciales para la comunidad

En un sentido parecido al mandato contenido en el art. 28.2 CE: «(...) La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad», el art. 10.2 RDLRT 17/1977, de 4 de marzo, había establecido que «cuando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida o 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 adecuada»⁹.

9 En Inglaterra, el Gobierno, en virtud de la Ley de Poderes de Emergencia de 1920, cuando se trate de huelgas que afecten gravemente a servicios esenciales de la comunidad, puede adoptar las medidas necesarias —como la prestación por efectivos militares— para garantizar la prestación de los mismos (en un sentido parecido al previsto por nuestro RDLRT 17/1977, de 4 de marzo, en su art. 10.2.º). En Francia se promulgaron las Leyes de 31 de julio de 1963 y 19 de octubre de 1982 (incorporada al *Code du Travail*) para la regulación de la huelga en los servicios públicos y de funcionarios públicos. A tal efecto, por Decreto de 1962 se facilitó el denominado «procedimiento de requisición» que permite, excepcionalmente, paralizar temporalmente las huelgas y/o imponer determinadas prestaciones personales a los huelguistas. Esta normativa somete las huelgas en el sector público al requisito del preaviso mínimo de 5 días hábiles por parte de las organizaciones sindicales nacionales y del sector afectado, con indicación de los motivos de la huelga, el lugar, la fecha y la hora de comienzo de la misma, así como su duración. La huelga ilegal en este ámbito público lleva aparejadas eventuales sanción, a discreción de las autoridades correspondientes, que pueden alcanzar la remoción del cargo en cuestión. En Italia, la Ley 146 de 12 de junio de 1990 reguló la huelga en servicios públicos esenciales en que puedan verse afectados derechos constitucionalmente protegidos: tales como los relacionados con la vida, la salud, la libertad, la seguridad, la libertad de circulación, la asistencia social y el fondo de previsión (*previdenza*), así como la instrucción y la libertad de las personas de comunicarse (posteriormente, por Ley 83, de 11 de abril de 2000, se incluyeron también entre los servicios públicos esenciales los prestados por ciertas categorías de trabajadores por cuenta propia, profesionales y artesanos). Concretamente, esta regulación sujeta la huelga en estos servicios públicos esenciales al requisito de un preaviso mínimo de 10 días, en que deberá constar la duración prevista de la huelga. Asimismo, es preciso comunicar a los usuarios, así como al público en general, las medidas a adoptar para garantizar el funcionamiento de los servicios mínimos y el ejercicio de los derechos implicados en tales servicios. En caso de incumplimiento de tales medidas, la norma prevé la imposición de sanciones individualmente a los trabajadores afectados que pueden alcanzar el despido o la imposición de sanciones pecuniarias o la suspensión en el cargo en el ámbito de las Administraciones Públicas.

En un primer momento, el TC, en la STC 11/1981, de 8 de abril, postergó la determinación de los servicios susceptibles de ser considerados esenciales, limitándose a indicar que se trataba de un concepto jurídico indeterminado, que sería objeto de concreción en futuros recursos de amparo que, efectivamente, se fueron sucediendo y delimitaron un acervo jurisprudencial que, entre otros, pasó a caracterizar como esenciales actividades, tales como: transporte público, sanidad, enseñanza, administración de justicia, parlamentaria, etc. En el ámbito de los medios de comunicación, el derecho a recibir la información tutelado en el art. 20.1, d) CE, impone, asimismo, un importante límite al ejercicio del derecho de huelga (STS de 16 de marzo de 1998, rec. 1884/1997). Como criterios generales de dicha doctrina, cabe referirse a la desidentificación del servicio público con servicio esencial y a la prevalencia del resultado o de los intereses que la actividad en cuestión persigue (derechos fundamentales, libertades públicas y bienes constitucionalmente protegidos) sobre la naturaleza misma de la actividad en sí misma (STC 26/1981, de 17 de julio).

Tratando de concretar y ofrecer seguridad jurídica sobre esta controvertida cuestión, el art. 11 del Proyecto de Ley Orgánica de Huelga de 1993, contenía una lista, considerada cerrada o «*numerus clausus*» (Domínguez Bautista, 1993, p. 34), de sectores y actividades considerados esenciales, sobre la base de la necesidad de protección de los siguientes derechos y libertades constitucionalmente protegidos: vida, integridad física y protección de la salud, libertad y seguridad, libre circulación, libertad de información, comunicación, educación y tutela judicial efectiva. En dichos sectores y actividades se hubieran debido negociar, *ex ante*, dentro de los 12 meses siguientes a la aprobación de la norma, Acuerdos específicos de Regulación del Derecho de Huelga (que deberían contener previsiones sobre fijación de servicios mínimos, procedimientos de designación de trabajadores a adscribir, de solución de conflictos derivados de estas medidas, etc.) entre las Administraciones Públicas implicadas (con exclusión de los empresarios) y los sindicatos más representativos o suficientemente representativos que, posteriormente, serían aprobados como Decreto por la autoridad competente. No obstante, en caso de falta de acuerdos, se preveía la aplicación de un procedimiento alternativo a establecer en una norma provisional supletoria.

El régimen jurídico general, muy elaborado y planificado, prefijado por el Proyecto de Ley Orgánica de Huelga de 1993 contrasta con el carácter más casuístico e improvisado del procedimiento vigente de fijación de servicios mínimos en los servicios esenciales, que vienen determinados por la autoridad gubernativa competente, si bien se admite negociación previa, mediante el correspondiente Decreto de fijación de servicios mínimos, sujeto a motivación no genérica y al control jurisdiccional del orden contencioso administrativo (art. 3d LRJS 36/2011, de 10 de octubre), salvo en lo relativo a la designación del personal laboral adscrito a la prestación de tales servicios.

La designación de dichos trabajadores, en palabras de la propia STC 11/1981, de 8 de abril, debería recaer preferentemente sobre los trabajadores no huelguistas ya que es la solución menos invasiva con el derecho de huelga. En caso de incumplimiento de estos servicios mínimos cabe la exigencia de responsabilidades individuales, de todo tipo, incluido el despido entre las disciplinarias y se permite la sustitución de los trabajadores sin, por ello, incurrir en contravención de la interdicción de esquirolaje del art. 6.5 RDLRT 17/1977, de 4 de marzo (STC 122/1990, de 2 de julio). Asimismo, con amparo en el último inciso del art. 10.2 RDLRT

Asimismo, las organizaciones sindicales implicadas podrían perder los beneficios patrimoniales que tienen reconocidos por Ley (Domínguez Bautista, 1993, p. 18).

17/1977, de 4 de marzo, en caso de incumplimiento, el Gobierno podrá acudir a medidas de intervención tales como la sustitución por otros trabajadores, o excepcionalmente por efectivos militares, e incluso, en su caso, la eventual imposición del arbitraje obligatorio previsto en el art. 10.1 RDLRT 17/1977, de 4 marzo (esta última posibilidad constitucionalizada expresamente por la STC 11/1981, de 8 de abril).

4.3. Modos de finalización de la huelga

Tradicionalmente, suelen distinguirse tres vías principales de finalización de las huelgas:

1.- Acuerdo de fin de huelga. El artículo 8.2 del RDLRT 17/1977 establece la obligación de empresario y comité de huelga de negociar (con eventual apoyo por mediación por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, ex art. 9 RDLRT 17/1977, de 4 de marzo) con miras a la consecución de un acuerdo que ponga fin al conflicto, al cual —caso de alcanzarse— se le otorga «la misma eficacia que lo acordado en convenio colectivo» (arts. 8.2 y 24.1 RDLRT 17/1977, de 24 marzo)¹⁰. Una vez más, se plantean problemas derivados de la regulación obsoleta y provisional vigente sobre la huelga, pues tratándose el precepto comentado de una norma previa al ET, para el legislador del RDLRT no era posible anticipar si dicha eficacia es de convenio colectivo estatutario o extraestatutario, lo cual tiene especial trascendencia en orden a determinar las reglas que hayan de resolver los eventuales conflictos y fricciones entre estos acuerdos y los convenios colectivos en sentido estricto, previos o posteriores. Para ello, por lógica, parece que habría de atenderse a la legitimación/representatividad, a la luz del Título III del ET, de los sujetos que conciertan el acuerdo, pero aun así, surgen múltiples dudas y, entre otras muchas cosas, cabe plantearse qué papel y qué relaciones pueden tener los pactos alcanzados por los comités de huelga (que tienen unas reglas de constitución y composición en el RDLRT 17/1977, de 4 marzo, distintas a las previstas en el ET para las comisiones negociadoras de convenios aunque puedan venir integrados por miembros con representatividad suficiente conforme a este) y lo mismo puede decirse respecto de los acuerdos alcanzados y ratificados directamente por los trabajadores en asamblea. Asimismo, cabe preguntarse qué tipo de contenido pueden incorporar estos acuerdos (se ha reconocido, por lo general, que además de contenido normativo propio de la negociación colectiva se puedan acordar compromisos obligacionales relativos al desarrollo del conflicto mismo como, por ejemplo, la renuncia al ejercicio del poder disciplinario por parte de la empresa ante las conductas sancionables de los trabajadores durante la huelga). Finalmente, se origina un entramado de problemas sobre la vigencia (especialmente, si no se concreta su validez por un plazo determinado) y conflictos de concurrencia entre estos acuerdos y convenios anteriores y posteriores. Incluso aplicando las reglas generales del ET sobre vigencia y concurrencia de convenios (arts. 82.4, 84 y 86.5 ET) y, en su caso, las que rigen sus relaciones con los convenios extraestatutarios, se han planteado importantes cuestiones. De entrada, la jurisprudencia (STS de 22 de junio de 2016, rec. 186/2015) ha partido, dada la eficacia de convenio colectivo otorgada a estos acuerdos, por la aplicación del principio de modernidad, pero —a mi juicio— la cuestión no es tan sencilla si el conflicto se origina mediando un convenio vigente, ya que cuando no se trate de ámbitos en que exista preferencia aplicativa

10 STC 11/1981, de 8 de abril y SSTS de 31 de mayo de 1995 (rec. 1677/1994), 29 de octubre de 2002 (rec. 1244/2001), 14 de marzo de 2005 (rec. 6/2004), 21 de julio de 2009 (rec. 3389/2008), 21 de septiembre de 2009 (rec. 56//2009), 23 de septiembre de 2009 (rec. 4065/2008), 9 de febrero de 2010 (rec. 2010/2834), 3 de junio de 2010 (rec. 3008/2009), 15 de junio de 2010 (rec.680/2009), 5 de julio de 2010 (rec. 2039/2009) y 4 de noviembre de 2010 (rec. 2907/2009).

del nuevo convenio ex art. 84.2 y 3 ET, debería sustentarse la aplicación de convenio vigente hasta su terminación, pues a salvo dichas excepciones, en nuestro sistema sigue rigiendo la regla general de no concurrencia (art. 84.1 ET) y la prohibición de huelgas novatorias (art. 11c) RDLRT 17/1977, de 4 marzo). Pero, incluso no estando vigente el convenio anterior, o existiendo preferencia aplicativa, y siendo negociado el acuerdo de fin de huelga por sujetos con legitimación para suscribir un convenio estatutario, se ha opuesto que la aplicación del principio de modernidad propio de las normas requiere no sólo la intervención de sujetos legitimados, sino el cumplimiento de otros requisitos formales y procedimentales que el art. 90 ET previene para garantizar la eficacia normativa de los convenios: particularmente, su publicación en el Boletín Oficial correspondiente, dando cumplimiento al requisito de publicidad de las normas¹¹. Para terminar de complicar la cuestión, como ha sido denunciado por la doctrina (Escribano Gutiérrez, 2018, p. 184), la jurisprudencia ha terminado admitiendo, no sólo dicha virtualidad de los acuerdos de fin de huelga para derogar y/o modificar lo pactado en convenio sino, también, la de los acuerdos de conciliación judicial (a nivel empresa) para modificar, incluso *in peius*, lo pactado en un acuerdo de fin de huelga pactado a nivel grupo de empresas (STS de 27 de abril de 2017, rec.280/2016¹²).

2.- Por desistimiento de los trabajadores, fin de la convocatoria o por desconvocatoria. La huelga también puede finalizar por terminación del plazo contenido en la convocatoria de la misma (si no era indefinida), con o sin consecución de los objetivos perseguidos. El art 8.2 del RDLRT 17/1977 contempla la posibilidad de que los trabajadores convocantes den por finalizada la huelga en cualquier momento, incluso antes de iniciar una huelga ya convocada. Se admite que la orden de cese de huelga parta de la representación de los trabajadores que la convocó, de asamblea de trabajadores o del comité de huelga. Por otro lado, aunque no exista acuerdo, también es posible un desistimiento tácito, sin orden de cese, que se patentaría por la reincorporación de facto de todos los trabajadores huelguistas a sus puestos de trabajo.

3.- Finalmente, el art. 10.1 del RDLRT 17/1977, de 4 de marzo, prevé que el Gobierno, excepcionalmente, a la vista de la duración y/o consecuencias de la huelga (perjuicio grave para la economía nacional) y de las posiciones alejadas de las partes, pueda poner fin a la huelga mediante la imposición de un arbitraje obligatorio. La STC 11/1981, de 8 de abril, introdujo el requisito de que se garantizase la imparcialidad de los árbitros y declaró la inconstitucionalidad de las previsiones de este precepto respecto a la imposición de una reanudación temporal de la actividad laboral. El arbitraje obligatorio, aparte de la cuestión más dogmática sobre una eventual intromisión en la autonomía colectiva y en el derecho de libertad sindical y de huelga que fue constitucionalizada por dicha STC con la justificación de la conciliación del derecho de huelga con los intereses generales, plantea, asimismo, importantes problemas prácticos, especialmente, si no se establece un plazo de vigencia en el laudo arbitral. Se ha propuesto (Sala Franco, 1994, pp. 504-505) que en caso de conflictos jurídicos el laudo tenga una duración coincidente con la de la norma a interpretar o aplicar, pero en el caso de conflictos de intereses, se presenta muy inoperativo considerar abierta la capacidad de reivindicación y huelga en cualquier momento, pues de poco o nada habrá servido el laudo en los casos en que no se fije un plazo de vigencia.

Todos estos problemas claman por una solución global, y conducen, de nuevo, en el terreno *lege ferenda* a plantear posibles soluciones a incorporar en una futura Ley Orgánica de Huelga.

11 SSTS de 25 de junio de 1994 (rec. 2847/1993), 2 de noviembre de 1999 (rec. 4786/1998) y 9 de marzo de 1998 (rec. 2061/1997).

12 Con numerosos e importantes votos particulares.

Como avancé al tratar de los servicios de seguridad y mantenimiento, la única solución realmente respetuosa con la libertad sindical y la autonomía colectiva constitucionalmente reconocida, parece pasar por que la Ley auspice la creación por medio de convenios o acuerdos marco del art. 83.3 ET de un órgano permanente de solución extrajudicial o imponga la utilización preceptiva de los ya existentes, para su intervención en las cuestiones incidentales surgidas durante el desarrollo de las huelgas (servicios de seguridad y mantenimiento y/o servicios mínimos, etc.) y que facilite y promueva la consecución de acuerdos, en lo posible, con eficacia de convenio colectivo estatutario. Para ello podría establecerse, en caso de conflictos enquistados, cuando las huelgas hayan superado el límite temporal razonable que se determine, la intervención preceptiva de dicho órgano, con llamamiento por el mismo a todos los sujetos con legitimación inicial (art. 87 ET) legitimados para negociar un convenio estatutario en el ámbito en que se haya planteado la huelga, para que con independencia de quiénes hayan sido los sujetos convocantes de la misma se trate de obtener un acuerdo negociado (directamente o mediante mediación o conciliación) con el consenso más amplio posible y con la eficacia normativa propia de un convenio estatutario. A partir de la consecución del acuerdo, este debería tramitarse conforme al art. 90 ET y los problemas que su vigencia pudiera plantear y los conflictos de concurrencia que puedan originarse podrán resolverse conforme a las reglas generales de los arts. 82.4, 84 y 86.5 ET. En caso de que no pudiera alcanzarse un acuerdo por sujetos con legitimación suficiente para suscribir un convenio estatutario, pero pudiera ponerse fin al conflicto con un acuerdo extraestatutario de eficacia contractual y limitada, lógicamente la tramitación finalizaría en este punto, debiendo auspiciarse por dicho órgano la incorporación de cláusulas en el pacto en que se reconozca, expresamente, por las partes que la eficacia del acuerdo se limita a la posibilidad de incorporación de lo pactado como condición más beneficiosa de origen contractual a las concretas relaciones individuales de trabajo y que el régimen de modificaciones se rige por el art. 41 ET y las reglas propias aplicables a dichas condiciones. Finalmente, en caso de desacuerdo, después de haber sido admitida por la STC 11/1981, de 8 de abril, la constitucionalidad de la imposición de un arbitraje obligatorio por el Gobierno, no parece que se puedan plantear dificultades, con mayor razón, para que por Ley Orgánica se pueda establecer la intervención preceptiva, en caso de huelgas con efectos graves para los intereses generales, de un órgano como el propuesto, que sería el acordado previamente por las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, dictando un laudo obligatorio y vinculante que ponga fin al conflicto por un plazo de vigencia que debería hacerse constar expresa y preceptivamente en el texto del mismo.

V. Efectos de la huelga

5.1. Efectos de la huelga legal

Como es sabido, el art. 45.1.I) ET configura el ejercicio del derecho de huelga como causa de suspensión del contrato de trabajo que exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo (art. 45. 2 ET), con cómputo de la antigüedad y derecho a reserva del puesto de trabajo (art. 48.1 ET). Por tanto:

1.- El primer y principal efecto de la huelga legal es que no hay deber de prestar servicios por el trabajador en huelga y tampoco existe obligación de retribuir el trabajo por parte del empresario mientras dure la huelga. No se devengan los salarios (art. 6.2 RDLRT) correspondientes a los días en huelga y también se descuenta la parte proporcional de la retribución

correspondiente a los días de descanso semanal y a las pagas extraordinarias (asimilándose a ellas las pagas de participación en beneficios). Sin embargo, los festivos que no coincidan con los días en huelga se cobran íntegros, sin que la huelga pueda suponer tampoco el descuento en la duración ni en la retribución de las vacaciones que correspondan (SSTS de 26 de mayo de 1992, rec. 1244/1991, 22 de enero de 1993, rec.32/1992, 24 de enero de 1994, rec. 2653/1992, 18 de abril de 1994, rec. 2555/1993 y 11 de octubre de 1994, rec. 190/1994).

2.- En materia de seguridad social, la regulación jurídica vigente (art. 166.7 LGSS) considera que se produce una situación de alta especial que exonera de la obligación de cotizar durante la misma. En materia de acción protectora, durante la huelga el trabajador se considera en alta a efectos de causar derecho a prestaciones de asistencia sanitaria, pero no en cuanto a desempleo (aunque sí que se considera período cotizado a efectos de carencia) ni IT (art. 173.3 LGSS, RDLTVO 8/2015, de 30 de octubre), si bien se iniciará la percepción del subsidio con efectos desde la fecha de finalización de la huelga, aplicándose el régimen en cuanto a porcentajes aplicables a la base reguladora y, en su caso, en cuanto a determinación del sujeto responsable (entidad gestora o colaboradora) que corresponda en función del tiempo transcurrido desde el acaecimiento de la contingencia determinante como si se hubiera iniciado la percepción desde esta última fecha.

3.- Lógicamente, estos efectos no se aplican a los trabajadores no huelguistas y a los que, aun cuando eventualmente lo hubieran sido, estén obligados a prestar servicios de seguridad y mantenimiento o servicios mínimos en los servicios esenciales. En relación con los trabajadores no huelguistas de otras empresas que no puedan prestar servicios debido a la huelga, en general, se considera fuerza mayor que exonera a su empresario de sus obligaciones, salvo en supuestos excepcionales en que, habiendo sido declarada la huelga en empresas ajenas con antelación suficiente, constase que el empresario pudo adoptar las medidas preventivas oportunas para evitar sus efectos en su empresa. Por lo demás, cuando los no huelguistas imposibilitados para prestar sus servicios por razón de la huelga sean trabajadores de la propia empresa en huelga, ha prevalecido la consideración de que no se trata de fuerza mayor y el empresario debe retribuirlos con base en el art. 30 ET.

Si bien el empresario podría escapar de este efecto, acudiendo al cierre patronal (en el caso de que el volumen de inasistencia o irregularidades en el trabajo impidan gravemente el proceso de producción, según lo previsto en el art. 12.1 c) RDLRT 17/1977, de 4 de marzo), provocando la suspensión de los contratos de trabajo (ex arts. 12.2 y 6.2 RDLRT 17/1977, de 4 de marzo y art. 45.1.m) ET, RDLTVO 2/2015, de 23 de octubre).

4.- El ejercicio del derecho de huelga legal no extingue la relación de trabajo, ni puede dar lugar a sanción alguna, incluido el despido, salvo que el trabajador, durante la misma, incurriera en falta laboral (6.1. RDLRT 17/1977, de 4 de marzo). En este sentido, se consideran atentatorias del derecho fundamental de huelga las coacciones o intimidaciones consistentes en amenazas o advertencias de sanción por parte del empresario (SSTS de 22 de octubre de 2002, 23 diciembre de 2003 y 12 de febrero de 2013, recs. 48/2002, 46/2003 y 254/2011).

5.- Las eventuales vulneraciones del derecho de huelga, cuando se ejercita legalmente se sustancian a través del proceso especial de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 177 y ss. LRJS 36/2011, de 10 de octubre) y pueden ser sancionables administrativamente (infracción muy grave, según el art. 8.10 LISOS, RDLTVO. 5/2000, de 4 de agosto) e, incluso, penalmente (art. 315 CP).

5.2. Efectos de la huelga ilegal

Los efectos en cuanto a salario y seguridad social de las huelgas ilegales no difieren, en lo esencial, de los descritos para las huelgas legales, con alguna salvedad (en estos casos, sí que podrían aceptarse descuentos sobre las vacaciones).

La doctrina (Sala Franco, 1994, pp. 477-478), desde antiguo, se planteó dudas, en caso de ilegalidad de la huelga, sobre si sería posible por el empresario el recurso al esquirolaje o únicamente dispondría de la posibilidad del cierre patronal.

Las consecuencias más sustanciales de las huelgas ilegales se producen en el terreno disciplinario y de las responsabilidades jurídicas. El Proyecto de Ley Orgánica de Huelga de 1993, al ser acordado con las organizaciones sindicales más representativas, suprimió la mayor parte de las previsiones de exigencias expresas de responsabilidad civil, penal y administrativa a los sujetos participantes en huelga ilegal o en caso de incumplimiento de servicios mínimos que venían previstas en el texto anterior elaborado por el Gobierno y aprobado por el Congreso en junio de 1992. En el Proyecto de 1993 se excluía, además, expresamente, la posibilidad de despido del trabajador por participación activa en huelga ilegal, el cual quedaría reservado para conductas que, excediendo la simple participación activa, de forma grave y culpable, supusieran el incumplimiento de las obligaciones derivadas de los servicios de seguridad y mantenimiento o los servicios mínimos, o bien fomentaren u organizaren dichas conductas.

Llama la atención el régimen de responsabilidades tan generoso de dicho Proyecto con relación a los trabajadores frente a la regulación vigente en la que, excepción hecha de la exoneración general de responsabilidad de los sindicatos del art. 5 de la LOLS, 11/1985, de 2 de agosto, respecto a los actos individuales de sus afiliados (salvo que se produzcan el ejercicio regular de sus funciones representativas o se pruebe que actuaban por cuenta del sindicato) y, pese a que no existe ningún precepto que específicamente se refiera a la participación en huelga ilegal como causa de despido, no se han planteado, por lo general, dificultades en vía judicial para su incardinación dentro de la genérica transgresión de la buena fe contractual prevista en el art. 54.2.d) ET.

VI. Reflexión final

A lo largo de las páginas precedentes del presente estudio han tratado de ponerse de manifiesto las carencias que presenta la vigente regulación del derecho fundamental de huelga. Como ha podido comprobarse, la regulación preconstitucional contenida en el RDLRT 17/1977, de 4 de marzo, aun con la depuración constitucional realizada por la STC 11/1981, de 8 de abril, sigue planteando numerosos interrogantes con relación a las principales cuestiones jurídico-laborales tradicionales en esta materia, pero también respecto de problemas nuevos que no pudieron ser previstos hace más de 40 años en una norma alumbrada en el contexto de una realidad social y económica que dista mucho de la presente. En este sentido, baste con referirse al importante desarrollo y expansión, en tiempos recientes, de las fórmulas descentralizadoras de las organizaciones empresariales productivas y de servicios, así como a la creciente implementación del factor tecnológico en las distintas ramas de actividad económica.

Por otro lado, como hemos visto, aunque el régimen jurídico contenido en el RDLRT 17/1977, de 4 de marzo —pese a su carácter provisional derivado tanto de la depuración del TC (que amputó parcialmente la norma rompiendo la integridad del texto y sujetó la validez del resto del mandato legal a unas determinadas interpretaciones), como de sus carencias formales— puede haber servido a sus fines incluso con mayor rigor y plenitud que las regulaciones aplicables en los países de nuestro entorno caracterizadas por su dispersión, lo cierto es que resulta muy oportuno aprovechar la necesidad de cumplimiento de los requisitos constitucionales en cuanto a la tipología de la disposición normativa apta para la regulación de este derecho para incorporar un contenido que dé respuesta a las deficiencias advertidas.

Por ello, han tratado de incorporarse, para cada una de las cuestiones abordadas en los distintos capítulos de este trabajo, propuestas e ideas *de lege ferenda* originales y eficaces en la medida de lo posible para tal fin. Con independencia del mayor o menor acierto y fortuna de las mismas, el planteamiento elaborado será igualmente satisfactorio si, al menos, consigue animar el debate doctrinal y estimular la formulación de nuevas aportaciones por los autores sobre esta cuestión que —aunque *prima facie* pueda no parecerlo— reviste tanta actualidad jurídica y social como perentorias son las soluciones a los problemas que la realidad laboral española demanda en nuestro tiempo con relación al ejercicio del derecho fundamental de huelga.

VII. Bibliografía

ALONSO OLEA, M. (1993). «A propósito del proyecto caducado de la Ley de Huelga». *Anales de la Real Academia de las Ciencias Morales y Políticas* (70), pp. 413-448.

CORDERO GORDILLO, V. (2019). «La sustitución de los trabajadores huelguistas por medios tecnológicos». *Lex Social: revista de los derechos sociales*. 9 (1), pp. 338-354.

DOMÍNGUEZ BAUTISTA, J.C. (1993). «Algunos apuntes sobre el Proyecto de Ley Orgánica de Huelga». *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED* (3), pp. 9-43.

Escribano Gutiérrez, J. (2011). «El derecho de huelga en el marco de la descentralización empresarial». *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, (110), pp. 195-206.

— (2017). «Derecho de huelga, ius variandi y esquirolaje tecnológico». *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, (139), pp. 217-228.

— (2018). «Relación entre el acuerdo de fin de huelga y el acuerdo de conciliación judicial». *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, (142), pp. 181-193.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (1993). *El proyecto de Ley orgánica de huelga de 1993: la huelga en los servicios esenciales de la comunidad como telón de fondo*. Santander: Servicio de publicaciones de la Universidad de Cantabria.

- GÖERLICH PESET, J.M.^a** (2018). «Ejercicio del derecho de huelga en el contexto de la descentralización productiva». *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial. XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018 / coord. por Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.* (1), pp. 175-201.
- GÖERLICH PESET, J.M.^a** (2020). «Digitalización y Derecho de Huelga». *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social* (155), pp. 93-108.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.** (1992). «La titularidad diferenciada del derecho de huelga». *Actualidad Laboral.* (2), pp. 357-364.
- PÉREZ REY, J.** (2017). «El Tribunal Constitucional ante el esquirolaje tecnológico (o que la huelga no impida ver el fútbol)». Comentario a la STC 17/2017 (BOE 10 de marzo de 2017). *Revista de Derecho Social*, (77), pp. 151-168.
- PRECIADO DOMÉNECH, C. H.** (2017). «El esquirolaje tecnológico: un paso más en la sumisión de la persona a la máquina. Jurisdicción social Blog de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la democracia», 23 de febrero de 2017, disponible en <http://jpdsocial.blogspot.com/2017/02/el-esquirolaje-tecnologico-un-paso-mas.html> [Recuperado: 26 de junio de 2022].
- RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.** (2014). «Sustitución de huelguistas en supuestos de contratas y de empresas de trabajo temporal». *Actualidad laboral* (6), p.3.
- SALA FRANCO, T.** (1992). «La libertad sindical y la jurisprudencia». En (AA.VV.) *Constitución y Derecho del Trabajo*, (pp. 1981-1991). Madrid. Marcial Pons.
- SALA FRANCO, T.** (1994). «La Huelga». En (AA.VV.) *Derecho Sindical* (3ª ed.), (pp. 447-520). Valencia. Tirant lo Blanch.
- TALENS VISCONTI, E.** (2013). «Esquirolaje tecnológico: interrogantes abiertos». *Revista doctrinal Aranzadi social*, 6 (5), pp. 173-192.