

Voto particular que formula la magistrada doña Concepción Espejel Jorquera a la sentencia dictada el 12 de marzo de 2026 por el Pleno de este Tribunal, que estima el recurso de amparo núm. 4382-2024.

En el ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 LOTC y con respeto a la opinión de los magistrados que han conformado la mayoría del Pleno del Tribunal, manifiesto mi discrepancia con la decisión de estimar el recurso de amparo promovido por Sindicato Independiente de Trabajadores del Transporte contra la sentencia núm. 1168/2024, de 24 de abril, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el recurso de suplicación núm. 958-2024. Por las razones defendidas en su momento durante la deliberación y que expongo a continuación, considero que el recurso debió ser desestimado.

1. En primer lugar, no puedo compartir que la sentencia se limite a una *aclaración* de la doctrina sobre el denominado “esquirolaje tecnológico”, como aparece en el título del FJ 4, sino que acomete un cambio de doctrina, en particular, de la sentada en la STC 17/2017, de 2 de febrero, lo que, por otra parte, corresponde con la causa de admisión del recurso de amparo apreciada en la providencia de admisión de 25 de mayo de 2025: dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina como consecuencia de un proceso de reflexión interna [STC 155/2009, FJ 2, b)].

2. Para que sea reconocible el cambio de doctrina que, según sostengo, se ha producido, me parece ilustrativo reproducir los siguientes pasajes de los FFJJ 5 y 7 de la citada STC 17/2017:

Esta doctrina [en referencia a la STC 123/1992, de 28 de septiembre, que amplió la prohibición de esquirolaje del art. 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo] ha sido reiterada posteriormente en la STC 33/2011, de 28 de noviembre, FJ 4, en la que de nuevo se afirma que “la sustitución interna de huelguistas durante la medida de conflicto constituye un ejercicio abusivo del *ius variandi* empresarial, derecho que, con los límites legalmente previstos, corresponde al empresario en otras situaciones. Pero en un contexto de huelga legítima el referido *ius variandi* no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones; ya que, en tal caso, quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo. Por ello, ni el empresario puede imponer a los trabajadores no huelguistas la realización de las tareas que corresponden a los que secundaron la convocatoria, ni los trabajadores que libremente decidieron no secundarla pueden sustituir el trabajo de sus compañeros. Esa regla general admite dos excepciones, conectadas a las previsiones legales sobre el aseguramiento de determinados servicios mínimos esenciales para la comunidad (art. 10 del Real Decreto-ley 17/1977), y a las previsiones sobre los servicios de seguridad y de mantenimiento en la empresa (art. 6.7 del Real Decreto-ley 17/1977). En estos dos supuestos, si los trabajadores designados para el mantenimiento de los referidos servicios se negaran o se resistieran a prestarlos, quedaría justificada su sustitución a tales efectos. No obstante, en la determinación de cuáles son los servicios mínimos esenciales para la comunidad, o cuáles son los servicios de seguridad y de mantenimiento requeridos, debe atenderse a ciertos límites, que impidan interpretaciones restrictivas del derecho fundamental (SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 18, y 80/2005, de 4 de abril, FFJJ 5 y 6). Si las cautelas frente a un entendimiento restrictivo del derecho de huelga se proyectan incluso sobre la ordenación de los

servicios mínimos, no puede resultar incongruente que, en el ámbito que estamos examinando, la prohibición de la sustitución interna constituya el principal límite al *ius variandi* empresarial en situaciones de huelga. Como ha declarado este Tribunal, y como se repite en la jurisprudencia ordinaria en numerosas resoluciones, la prohibición de la sustitución interna de los trabajadores es consecuente con la necesidad de garantizar la efectividad del derecho fundamental en juego. Por ello, en tanto resulte probado que las funciones de los huelguistas han sido desarrolladas por quienes tenían asignadas otras diferentes en la misma empresa, debe concluirse que se ha lesionado el referido derecho”.

[...]

La duda que se nos plantea en el presente supuesto es si la utilización de medios técnicos de los que dispone la empresa, pero que no utiliza con carácter habitual, constituye una vulneración del derecho de huelga y puede asimilarse a los supuestos de esquirolaje o sustitución de los trabajadores huelguistas. En este sentido, resulta interesante resaltar que no existe en los ordenamientos de nuestro entorno ninguna previsión que ampare una lectura del derecho de huelga que abarque lo que aquí se pretende.

[...]

No hay duda de que la libertad del empresario, por lo que respecta a sus facultades de organización y dirección de los trabajadores, queda restringida por el ejercicio del derecho de huelga, mas no hay precepto alguno que, durante este ejercicio, prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa para mantener su actividad. Una actividad que, como se ha dicho, es inherente a la lesividad del ejercicio de la huelga e instrumental al ejercicio del derecho al trabajo de aquellos trabajadores que han decidido no sumarse a la misma.

De otra parte, exigir al empresario que no utilice medios técnicos con los que cuenta en la empresa supone imponer al empresario una conducta de colaboración en la huelga no prevista legalmente. La utilización de medios ya existentes en la empresa es compatible con el derecho de huelga y no puede extenderse, por vía analógica, a este supuesto la prohibición prevista en el art. 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977, que se refiere al empleo de los recursos humanos en la empresa, pero no a la utilización de sus recursos materiales y tecnológicos.

[...]

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

El empresario tiene que soportar inevitablemente un daño como consecuencia de la huelga derivado de la interrupción de la actividad en que la misma consiste, pero

sería desproporcionado exigir al empresario, en supuestos como el presente, que colabore por inacción u omisión al éxito de la huelga. El derecho de huelga aparece configurado como una presión legal al empresario que debe soportar las consecuencias naturales de su ejercicio por parte de los trabajadores que se abstienen de trabajar, pero no se impone el deber o la obligación de colaboración con los huelguistas en el logro de sus propósitos.

3. La doctrina acabada de exponer concluye que el empleo por el empresario de medios tecnológicos ordinarios de los que dispone, no vulnera el derecho de los trabajadores que se acogen al derecho de huelga, por las siguientes razones: (i) el empleo de tales medios no está prohibido por norma jurídica alguna; (ii) no cabe extender al “esquirolaje tecnológico” la analogía aplicada a los casos de “esquirolaje interno”, porque este afecta al elemento “trabajador”, lo mismo que el “esquirolaje interno”, legalmente prohibido de forma expresa. En mi opinión, no cabe apreciar identidad de razón entre ambos fenómenos, al no afectar el *esquirolaje tecnológico* al trabajo como factor de producción, sino a factores de naturaleza diferente, como los técnicos o tecnológicos; y (iii) no cabe imponer al empleador el deber o la obligación de colaborar con los huelguistas en el logro de sus propósitos, lo que se produciría si se le privara del uso de los medios materiales ordinarios de los que dispone.

Los argumentos empleados en la sentencia de la que disiento para llegar a la estimación del recurso de amparo, dejan patente el cambio de doctrina que, en mi opinión, debió ser mantenida en el caso ahora analizado por las razones que paso a exponer.

4. En primer lugar, porque si bien es cierto que en los servicios mínimos prestados por los conductores se emplearon más trenes dobles de los inicialmente previstos en las tablas provisionales de trenes, lo que repercutió porcentualmente en el número total de unidades que prestaron servicios mínimos los días 13, 20 y 27 de diciembre de 2018, en franjas de dos horas de mañana y tarde, el uso de aquella clase de trenes estaba previsto tanto en la citada programación previa a la declaración de huelga, como en los correlativos periodos de los servicios mínimos. No puede hablarse, por tanto, de un uso de medios “extraordinarios”.

5. En segundo lugar, considero que la clave del fundamento del cambio de doctrina está en la idea — formulada en el FJ 3 de la sentencia — de efectividad de la huelga, entendida, con fundamento en la doctrina constitucional, como dimensión social y política del ejercicio del derecho “que hace público el conflicto y proyecta fuera de la empresa el paro y las reivindicaciones de los huelguistas, lo que se conecta con el reconocimiento legal de las facultades de extensión y publicidad de la huelga a otros trabajadores y al conjunto de la ciudadanía, definidas como derechos de información sobre el hecho del paro y sobre las circunstancias y obstáculos que se oponen a su desarrollo para expresar su propia postura, recabar la solidaridad de terceros o superar la oposición de otros (STC 120/1983, de 15 de diciembre, FJ 4)”. Más adelante, en alusión a la STC 33/2011, de 28 de noviembre, incide en que “la presión propia de la huelga no se limita a provocar la paralización o disminución de la actividad productiva, sino que está dirigida también a lograr un impacto mediático, una proyección externa a la empresa. La sentencia concluía que la lesión del derecho se produce igualmente cuando las actuaciones empresariales se dirigen a reducir dicho impacto público, mediante acciones que son idóneas, como en el caso, para desactivar las consecuencias y la repercusión de la huelga legítimamente convocada”. Para concluir en esta idea en el FJ 5: “En efecto, la conducta observada, además de alterar los equilibrios ponderados como necesarios entre el ejercicio de derecho de huelga y la cobertura mínima del servicio público de transporte interurbano, disminuyó de manera muy relevante las consecuencias que el paro laboral producía

en los usuarios del servicio, así como su impacto, su repercusión social y su proyección de seguimiento ante la opinión pública, afectando directamente al contenido esencial del derecho de huelga. Unas decisiones empresariales que interfirieron en el ejercicio del derecho fundamental provocando su lesión”.

A mi juicio tal argumento, que constituye en este caso la base para extender analógicamente la prohibición legal del esquirolaje, interno o externo, al esquirolaje técnico — más que tecnológico, propio de procesos avanzados de automatización —, difícilmente puede sostenerse al basarse en una conjetura, en una hipótesis no declarada probada, como es la disminución real del “impacto” de la huelga, de su repercusión social y de su proyección de seguimiento ante la opinión pública, como consecuencia del ocasional empleo de trenes dobles en lugar de simples durante la prestación de servicios mínimos. Ese presunto efecto sobre el impacto de la huelga constituye un *hecho* y, como tal, debió ser alegado y, en su caso, declarado probado en sentencia tras la práctica de medios de prueba admitidos en derecho.

El impacto negativo de la actuación empresarial en la huelga al que me refiero, pudo ser acreditado mediante un estudio comparativo sobre el alcance del impacto negativo de la huelga en función, por una parte, de la composición de los trenes previstos en los servicios mínimos y, por otro lado, de la composición de los trenes que efectivamente prestaron servicio durante la huelga. Hay circunstancias que pudieron tenerse en cuenta para cuantificar ese presunto impacto, como, a modo de ejemplo, la habilitación de medios de transporte alternativo, la adaptación por los usuarios de sus horarios a los periodos de servicios mínimos, la disminución de actividades profesionales y educativas durante el período navideño, la alteración del flujo de viajeros en comparación con los periodos de normalidad en la prestación del servicio, o el nivel de ocupación de los trenes tanto simples como dobles durante los servicios mínimos.

En conclusión y por las razones expuestas, el recurso de amparo debió ser desestimado.

Madrid, a doce de marzo de dos mil veintiséis.