

El derecho de huelga en la era digital: el esquirolaje tecnológico

The Right to Strike in the Digital Age: Technological Scabbing

Beatriz SÁNCHEZ-GIRÓN MARTÍNEZ

Graduada en Derecho y Relaciones Laborales por la UCM y estudiante de máster en la UC3M
beatriz.sgm@hotmail.com

Recibido: 4/2/2021

Aceptado: 12/03/2021

1. INTRODUCCIÓN: EL NUEVO ESCENARIO DE LA HUELGA

La huelga es, por excelencia, la medida de conflicto colectivo de los trabajadores, y goza de reconocimiento constitucional porque es un pilar básico en un Estado Social Democrático (MERCADER). Desde finales del siglo XVIII, la huelga ha sido utilizada por los trabajadores como instrumento de reivindicación ante su empobrecimiento generalizado a consecuencia de la Revolución Industrial. No obstante, ha recorrido un tortuoso camino que comienza con su penalización y tipificación como delito, hasta que finalmente se ha reconocido como derecho fundamental. La historia de la huelga exige prestar atención al pasado, a las circunstancias políticas, sociales y económicas de cada momento, y, como no podría ser menos, hoy el uso de las nuevas tecnologías también hace que su ejercicio sea muy diferente a lo que ha sido en épocas anteriores.

La Constitución en su artículo 28.2 reconoce de una manera genérica el derecho a la huelga de los trabajadores, dejando su regulación en manos de una ley orgánica aún todavía hoy inexistente. De la doctrina académica y de la jurisprudencia (STC 11/1981)

podemos afirmar que la huelga consiste en la interrupción de la prestación de trabajo pactada y coordinada colectivamente por los trabajadores por cuenta ajena, de ahí que sea un derecho de titularidad colectiva, aunque sea individual la decisión de cada uno de unirse o no a la huelga, para la defensa de sus intereses, ocasionando perjuicio a la empresa para que esta ceda ante las presiones y reconozca las peticiones de estos trabajadores. Gracias al RDLRT (RDL 17/19777, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo) y a la jurisprudencia, especialmente las apreciaciones realizadas del pronunciamiento STC 11/1981, es posible aproximarse hacia un completo contenido jurídico del derecho de huelga con una definición, titularidad, condiciones de su ejercicio y consecuencias del mismo.

La introducción de las nuevas tecnologías en la empresa ha cambiado, entre otros muchos aspectos, la forma de prestación del trabajo pues, además de mejorar la eficiencia, ha permitido que el empresario pueda someter a sus trabajadores a los intereses productivos en cualquier lugar y momento, incluso fuera del espacio y tiempo de trabajo; es el empresario panóptico, según el Prof. MERCADER. La digitalización de la empresa incrementa el poder de dirección y control empresarial y, en consecuencia, coloca al trabajador en una posición de mayor vulnerabilidad. El uso de dispositivos tecnológicos para desempeñar las tareas ha hecho que, frecuentemente, el trabajador acabe siendo sustituido por ellos. Precisamente por estas razones, la huelga no se ha mostrado ajena a la nueva realidad y su regulación jurídica ha quedado obsoleta. Son muchas las voces que alertan de que la era digital pone en difícil protección los derechos de los trabajadores; sin ir más lejos, la ONU ha defendido que «es fundamental que estas personas puedan disfrutar de todos sus derechos humanos, entre otros el derecho a la afiliación sindical y a la huelga. En determinados casos, el ejercicio de esos derechos puede poner coto a los excesos de las empresas»¹.

Llegados a este punto, es imprescindible hacerse preguntas: ¿Qué papel juega la huelga si los puestos de trabajo están más deshumanizados que nunca? ¿Qué perjuicio empresarial provocará la ausencia de trabajadores si las tareas están mecanizadas, digitalizadas y automatizadas? ¿Qué sentido tiene la huelga si fácilmente los trabajadores pueden ser sustituidos por herramientas tecnológicas?

2. EL ESQUIROLAJE: ESPECIAL MENCIÓN AL ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO

Los límites y condiciones del derecho de huelga han sido trazados por el RDLRT y por la jurisprudencia. Por un lado, a los trabajadores se les prohíben las huelgas

1. *Derechos humanos en la era digital. ¿Pueden marcar la diferencia?* Discurso programático de Michelle BACHELET, alta comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Japan Society, Nueva York, 17 de octubre de 2019.

ilegales (art. 11 RDLRT) y las huelgas abusivas (art. 7.2 RDLRT), lo que se resume en que estas deben guardar proporcionalidad entre el interés defendido y el perjuicio causado, pues los daños huelguísticos siempre deben ser razonables (STC 123/1992). En el lado opuesto, si nos situamos en el lado empresarial, el mismo RDL en su artículo sexto indica que la sustitución de trabajadores que acuden a la huelga por trabajadores ajenos a la empresa no está permitida, es el llamado esquirolaje externo. La doctrina jurisprudencial ha señalado también la ilicitud del esquirolaje interno, la sustitución de trabajadores en huelga ahora por trabajadores de la empresa encargándoles tareas que no les corresponderían trasladándoles de su centro de trabajo. El esquirolaje vulnera el derecho de huelga en tanto que lo vacía de su contenido, aminorando la presión pretendida sobre el empresario. De la misma manera, el esquirolaje interno podría suponer un ejercicio abusivo de los poderes empresariales. Primero, si se trata de un cambio de las funciones de los trabajadores podría desbordar los supuestos del *ius variandi* empresarial, por imponer modificaciones de las condiciones de trabajo sin causa alguna. Recordemos que para realizar un cambio de funciones fuera del grupo profesional o un traslado, siempre que sea temporal, es necesario que existan razones técnicas y organizativas para ello (art. 39 ET) donde no cabría el paliar los efectos de la huelga; y que, por otro lado, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo exige un procedimiento regulado en el art. 41 ET. En segundo lugar, si lo que se pretende es un cambio de centro de trabajo, también exige fundadas razones económicas, técnicas, organizativas o productivas.

Como hemos visto, la era digital y tecnológica impone nuevos retos a la huelga que tradicionalmente se conocía, y el esquirolaje tecnológico, tema central de las siguientes páginas, es uno de ellos. Brevemente, el Tribunal Supremo lo define como «la sustitución de medios humanos por medios mecánicos y automáticos durante la huelga» (STS de 5 de diciembre de 2012). Es un ejemplo más de cómo los avances tecnológicos originan problemas para los cuales no existe todavía previsión en la regulación normativa, obligando a una modernización del Derecho del Trabajo que ya llega tarde. De hecho, la profesora GORDILLO ha dicho, textualmente, que existe «obsolescencia del derecho de huelga en nuestro ordenamiento jurídico». Son nuestros tribunales quienes tienen que hacer una labor de aplicación e interpretación para adecuar la norma a las nuevas realidades de este mundo tan cambiante.

El establecimiento de los límites en el ejercicio del esquirolaje tecnológico además ha puesto sobre la mesa dos interesantes debates: uno relacionado con el derecho a la libertad empresarial y otro con el poder organizativo empresarial (*ius variandi*). Las nuevas tecnologías están amenazando los puestos de trabajo porque el empresario está sustituyendo el trabajo humano por máquinas en aras de aumentar la productividad y la eficacia; algo perfectamente posible por el derecho a la libertad de empresa (art 38 CE). En el caso del esquirolaje tecnológico el objetivo perseguido es sustancialmente diferente: ahora la sustitución de trabajadores se hará de manera temporal, y no definitiva, con el objetivo de evitar los perjuicios que una huelga pudiera ocasionar. En consecuencia, se plantea si podría o no quedar amparado por la libertad de empresa,

pues lo que realmente se está tratando de conseguir es una aminoración del impacto del fenómeno huelguístico, práctica que, como ya hemos visto, la jurisprudencia ha considerado ilícita. No obstante, el derecho de huelga no es un derecho de resultado, recuerda el TSJ de Madrid (STSJ Madrid, 23 de julio de 2012), así que «es legítimo, por tanto, que los empresarios traten de atenuar las consecuencias de la huelga mediante aquellos medios de los que dispongan, y siempre que ello se realice mediante conductas lícitas». Fijar los límites en el uso de los medios tecnológicos para no anular el derecho de huelga es una tarea compleja a la que se han enfrentado nuestros tribunales sin tener un criterio armonizado entre jueces y magistrados, como veremos a continuación.

En segundo lugar, en el caso del esquirolaje tradicional quedaba claro que la asignación a los trabajadores internos de tareas diferentes a las pactadas en su contrato de trabajo constituía una modificación sustancial de las condiciones de trabajo y, por lo tanto, era una exlimitación del *ius variandi* del empresario. Cuando nos referimos al esquirolaje tecnológico realmente no se está produciendo ninguna alteración en las condiciones contractuales de trabajo, sino que estamos frente a meras decisiones empresariales organizativas (TASCÓN LÓPEZ).

2.1. El esquirolaje tecnológico en la jurisprudencia

Como es lógico, resulta más fácil sustituir la labor de los trabajadores en empresas tecnológicas que en aquellas donde el factor humano es imprescindible. El sector que por excelencia ha sufrido las consecuencias del esquirolaje tecnológico, como veremos a continuación, es el audiovisual. La respuesta jurisprudencial a este reciente fenómeno, lejos de ser homogénea, se ha ido conformando a lo largo del tiempo, y la postura de nuestros Tribunales, Supremo y Constitucional, hoy no es la misma que la que se adoptó inicialmente. Los pronunciamientos son producto de unas concretas circunstancias que dificultan la construcción de una doctrina general y unitaria.

En un primer momento se decretó la licitud del esquirolaje tecnológico por el TS estableciendo una relación directa con el esquirolaje interno: si la empresa emplea los medios técnicos de los que habitualmente dispone y no ha tenido que adquirir nuevos, y ha empleado a trabajadores con los que ya contaba sin tener que contratar nuevos, no se lesiona el derecho de huelga (STS de 11 de junio de 2012). En este caso, la televisión pública vasca emitió una programación automáticamente pregrabada durante una huelga general. El fallo de esta sentencia viene acompañado de un voto particular incidiendo en que esta práctica sí puede limitar la trascendencia de la huelga en este tipo de empresas y no debería ser legal (magistrado Excmo. Sr. D. Manuel Ramón ALARCÓN en la STS 11 de junio de 2012).

Sin embargo, poco tiempo después se planteó un problema muy similar y el TS cambió totalmente su parecer, explicando que se está reduciendo la repercusión de la huelga si se emite programación pregrabada, respondiendo así a las críticas que

se habían expuesto en el voto particular de la sentencia anterior. En la STS de 5 de diciembre de 2012 se dice que se lesiona el derecho de huelga cuando se realizan actividades más allá de lo decretado como servicio mínimo o «cuando el objetivo sea impedir la eficacia del derecho de huelga» y esta además de por medios humanos «sea por medios mecánicos o tecnológicos» porque «priva materialmente a los trabajadores de su derecho fundamental, vaciando de su contenido esencial el derecho de huelga».

El TC se pronunció con relación a la licitud del esquirolaje tecnológico en la STC 17/2017 de 2 febrero, única en esta materia. Se plantea un recurso de amparo alegando una vulneración del derecho de huelga por el sindicato CGT en Telemadrid, con ocasión de una huelga general en la que dicha cadena de televisión emitió un partido de fútbol. CGT entiende que se saboteó así la huelga quedando frustrada su finalidad reivindicativa. El TC responde con una interesante matización, explicando que la utilización de medios de los que dispone la empresa, aunque no sean los que emplea habitualmente, es lícita. En este caso, las funciones de los trabajadores que no secundan la huelga no son diferentes a las que vienen desarrollando y, por lo tanto, no hay esquirolaje interno. De la misma manera, tampoco hay esquirolaje tecnológico porque, aunque los medios que se emplearon para la emisión del partido de fútbol solo se requieren en situaciones excepcionales, son medios técnicos con los que ya contaba la empresa.

En relación con este asunto, el magistrado Excmo. Sr. D. Fernando VALDÉS DALRÉ emite un voto particular en el que se muestra especialmente duro con el fallo del TC, a quien acusa de «no garantizar una protección efectiva de la integridad de los derechos fundamentales», pues la aplicación del artículo 28 CE, relativo al derecho de huelga, se hace con una perspectiva limitativa. Acusa al TC de simplificar los hechos de tal manera que no encuentra la vulneración del derecho de huelga que a sus ojos es evidente. Exige, en una correcta apreciación en mi opinión acertada, que este Tribunal se mantenga sensible y abierto a los cambios tecnológicos y los tenga en cuenta para esbozar la protección que otorga a los derechos fundamentales.

Las cuestiones relativas a este género no se agotan aquí. Salvo error por mi parte, el último pronunciamiento del TS es de hace pocos meses, en un proceso de unificación de doctrina que, aunque rechazó, es evidencia de que la problemática en torno al esquirolaje tecnológico está a la orden del día (TS Auto de 8 de septiembre de 2020).

Finalmente, se hace obligatorio considerar qué supone la actitud adoptada por nuestros tribunales. Cuando se alega una vulneración del derecho fundamental de la huelga, el procedimiento exige una inversión de la carga de prueba: mediante indicios razonables los trabajadores demandantes alegan la vulneración y es la parte demandante quien tiene que probar que su actuación obedece a fines productivos alejados de la pretendida vulneración del derecho de huelga. La falta de prohibición expresa del esquirolaje interno deja un amplio margen de actuación al empresario, pues actos que podrían considerarse lesivos ahora han encontrado justificación. Si la empresa emplea sus propios medios y a sus trabajadores, igual que no se puede considerar como una práctica ilícita de esquirolaje interno, tampoco cabe hacerlo como esquirolaje tecnológico. En definitiva, la libertad de empresa parece prevalecer sobre el derecho fundamental de huelga.

Cuestión diferente que para terminar estas páginas hay que mencionar por ser una consecuencia típica de las empresas actuales es qué ocurre con la huelga y las redes de empresas o empresas descentralizadas. Cuando nos encontramos con grupos de empresas que tienen a su vez diferentes empresas, o centros de trabajo, o empresas que han subcontratado sus actividades con otras, el ejercicio de huelga se hace aún más difícil. En estos casos, el impacto de la huelga es mínimo porque, bien la empresa cuenta con otros centros donde continuar la producción, bien se trata de un entramado de empresas conectadas que cuentan con pocos trabajadores y cuyas tareas son fácilmente sustituibles. El TS (STS 3 de octubre de 2018) sí ha catalogado como esquirolaje ilícito acudir a otra empresa contratista para sustituir las actividades laborales de una contrata que está en huelga. Sin embargo, lo que se pone de manifiesto es que la configuración del derecho de huelga tradicional no se adapta a las «nuevas realidades empresariales», en palabras del profesor GOERLICH.

3. CONCLUSIONES

La huelga ha sido y sigue siendo uno de los instrumentos más valiosos con los que los trabajadores cuentan para defender sus derechos y lograr mejoras en sus condiciones laborales. Su regulación hoy continúa siendo escasa, sujeta a las decisiones jurisprudenciales que fijan los límites de su ejercicio y que deben ser adaptadas a la realidad del momento.

La introducción de las nuevas tecnologías ha cambiado el desarrollo de las relaciones laborales. El esquirolaje tecnológico es una nueva herramienta empresarial que puede reducir el éxito de las huelgas y dificultar su ejercicio. Por ello, el derecho de huelga no puede ser ajeno a este fenómeno para el que se necesita una respuesta jurídica porque con el paso del tiempo es muy probable que los problemas que hoy se plantean crezcan. Hasta la fecha, la doctrina constitucional ha aceptado el esquirolaje tecnológico interno, pero no se ha pronunciado acerca del esquirolaje tecnológico externo.

Es importante reforzar el derecho de huelga para que continúe resultando útil como arma de defensa de los intereses de los trabajadores. Esto requiere no ignorar la realidad que nos brinda el avance tecnológico que, aunque provoca importantes y positivos cambios productivos, también aumenta el poder empresarial de manera abusiva respecto de los intereses de los trabajadores. Las respuestas de nuestros tribunales han sido claramente restrictivas y desvirtúan el contenido de la huelga. La doctrina general ha realizado una ponderación entre los poderes empresariales y los derechos fundamentales, apelando a la proporcionalidad en el derecho de huelga. Por ello precisamente, a mi juicio, estimo que la protección de este derecho pasa necesariamente por reforzar los controles empresariales. La definición de esquirolaje interno y externo necesita de una relectura adaptada a cada caso concreto que tenga como bandera la protección de la eficacia del derecho de huelga como derecho fundamental amparado por nuestra carta magna.

4. BIBLIOGRAFÍA

- CORDERO GORDILLO, Vanessa. 2019: «La sustitución de los trabajadores huelguistas por medios tecnológicos». *Lex Social: Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, 2019, vol. 9, n.º 1.
- GOERLICH PESET, José María. 2018: «Ejercicio del derecho de huelga en el contexto de la descentralización productiva». En *XXVII Congreso AEDTSS*. Santiago de Compostela.
- MERCADER UGUINA, Jesús R. 2017: *Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?* Valencia: Tirant lo Blanch.
- MERCADER UGUINA, Jesús R. 2017; De la PUEBLA PINILLA, Ana y GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier. *Lecciones de derecho del trabajo* (9.ª, Ser. Manuales). Valencia: Tirant lo Blanch.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo. 2016: *Derecho del trabajo* (37.ª). Madrid: Tecnos.
- TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, José Julio. 2018: *El esquirolaje tecnológico*. Madrid: Aranzadi-Thomson Reuters.
- TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel. 2017: «Observatorio temático de jurisprudencia. La prohibición de esquirolaje durante la huelga con especial mención al esquirolaje tecnológico». *Trabajo y Derecho*, 2017, n.º 30.

ABREVIATURAS

ET	Estatuto de los Trabajadores
RDLRT	Real decreto-ley, sobre relaciones de trabajo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional