

NUEVAS FORMAS DE SUSTITUCIÓN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS HUELGUISTAS EN LA INDUSTRIA 4.0

ALEJANDRO MUROS POLO

Investigador en Periodo de Orientación Postdoctoral FPU¹
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

ÍNDICE: 1. INTRODUCCIÓN; 2. CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE HUELGA: LOS LÍMITES EN LA ACTUACIÓN EMPRESARIAL; 3. CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DENOMINADO ESQUIROLAJE “TRADICIONAL” EXTERNO E INTERNO; 4. LA FIGURA DEL ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO Y SU OSCILANTE INTERPRETACIÓN JUDICIAL; 4.1. La postura inicial del Tribunal Supremo: el lícito uso de la tecnología para sustituir a las personas trabajadoras huelguistas; 4.2. El Tribunal Constitucional ante la fijación de servicios mínimos en las huelgas en el sector audiovisual y su relación con la prohibición del esquirolaje tecnológico; 4.3. La contradictoria respuesta del Tribunal Supremo tras la jurisprudencia constitucional de mediados de los años dos mil; 4.3.1. La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2012; 4.3.2. La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2012 y sus dos votos particulares; 4.4. Un paso atrás en la protección frente a la sustitución tecnológica de la persona trabajadora huelguista: la STC 17/2017; 4.5. Las sentencias posteriores a la última interpretación restrictiva del Tribunal Constitucional; 5. CONCLUSIONES CRÍTICAS: PROBLEMAS APLICATIVOS DE LA DOCTRINA SOBRE LA SUSTITUCIÓN TECNOLÓGICA DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS HUELGUISTAS ANTE LAS NUEVAS FORMAS DE TRABAJO DE LA INDUSTRIA 4.0.

1. INTRODUCCIÓN

La irrupción de la robótica avanzada, de los algoritmos y en especial de la inteligencia artificial está conllevando (y conllevará) importantes cambios en el mundo del trabajo. Además de las numerosas afectaciones que la conocida como Cuarta Revolución Industrial² causa sobre el nivel de empleo en su creación, destrucción y transformación, así como sobre los derechos individuales laborales (vigilancia empresarial, protección de datos personales...), el cambio tecnológico actual también despliega importantes consecuencias sobre el ámbito colectivo de la relación de trabajo.

Para autorizada doctrina “es evidente que la transformación tecnológica lleva consigo un alejamiento de lo colectivo, una especie de desagregación que se traduce en una manifiesta desindicalización”³, que ya se venía produciendo con anterioridad. En efecto, los nuevos y no tan nuevos modelos organizativos empresariales auspiciados en gran parte por las nuevas tecnologías, basados en la dilución de la figura del empleador (descentralización productiva a través de grupos, contratas, teletrabajo y, en última instancia, plataformas digitales y trabajadores independientes), se caracterizan por una dispersión geográfica que, a su vez, genera la atomización e individualización de las

¹ Ayudas para contratos predoctorales de Formación de Profesorado Universitario del año 2019, financiadas por el Ministerio de Universidades y concedidas por Orden de 7 de octubre de 2020.

² Schwab, K., *La cuarta revolución industrial*, Editorial Debate, Barcelona, 2016.

³ Mercader Uguina, J.R., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 174.

relaciones laborales, así como el extrañamiento respecto a los sindicatos y representantes de los trabajadores⁴.

Del mismo modo, si bien es cierto que el uso de internet y las redes sociales pueden suponer un adecuado mecanismo de comunicación, organización y de presión para alcanzar reivindicaciones sociales, el cambio digital y tecnológico en el que estamos inmersos también provoca ciertos riesgos para el conflicto social y su principal mecanismo de expresión, en lo que se ha denominado la “erosión tecnológica de la huelga”⁵. El empresario, con la ayuda de robots, *software* o inteligencia artificial, puede reducir o mitigar los efectos lesivos de la huelga en la paralización de la actividad y la producción. Con ello, se alerta del peligro que supone la utilización de esta nueva tecnología para la efectividad del derecho fundamental a la huelga en la consecución de mejoras en las condiciones laborales y la defensa de los derechos de la clase trabajadora.

Lejos de ser ciencia ficción, ya existen numerosas profesiones que pueden ser sustituidas por mano de obra tecnológica, más allá de las rutinarias o las fácilmente automatizables⁶. Basta mirar a la larga huelga de guionistas contra las principales plataformas audiovisuales estadounidenses, donde una de las mayores reivindicaciones del colectivo ha sido su protección frente al uso indiscriminado de inteligencia artificial generativa para evitar la destrucción de la profesión⁷. Ante este nuevo panorama, no resulta descabellado afirmar que el empresario, casi en cualquiera de los sectores, se puede valer en cierto modo de estas herramientas informáticas para mantener su producción durante la huelga y así paliar sus efectos nocivos. Si la Cuarta Revolución Industrial es capaz de sustituir la mano de obra humana y de destruir puestos de trabajo (y también crear), más aún es capaz de sustituirla temporalmente durante el lapso que dure la huelga, para suplir los daños que acarrea la falta de asistencia por parte de los trabajadores huelguistas a sus puestos de trabajo⁸.

Cabe preguntarse, por ende, si la regulación española del derecho fundamental de huelga ofrece la adecuada protección ante una eventual sustitución tecnológica de las personas trabajadoras huelguistas. Y a ello se dirige el presente trabajo de investigación, que para responder a dicha cuestión aborda un estudio del contenido esencial del

⁴ Aguilar González, M.C., “La acción colectiva en contextos digitales”, en AA.VV., *Sindicalismo y capitalismo digital: los límites del conflicto* (J.M. Gómez Muñoz, Dir., y J.M. Moreno Díaz, Coord.), Bomarzo, Albacete, p. 65.

⁵ Sobre esta relación ambivalente entre huelga y nuevas tecnologías, vid., Álvarez Alonso, D., “Uso de medios técnicos y tecnológicos en caso de huelga”, en VV.AA.: *Huelga y conflicto colectivo de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estudios ofrecidos a María del Mar Ruiz Castillo*, Krk Ediciones, Oviedo, 2021, pp. 413 y ss.

⁶ Gordo González, L., “¿Existirán trabajadores por cuenta ajena en el futuro? La necesidad de desarrollar un Estatuto de los Trabajadores para el Siglo XXI (...y para el XXII)”, *El Foro de Labos*, entrada web del 20 de diciembre de 2022, recuperada de: <https://www.elforodelabos.es/2022/12/existirán-trabajadores-por-cuenta-ajena-en-el-futuro-la-necesidad-de-desarrollar-un-estatuto-de-los-trabajadores-para-el-siglo-xxi-y-para-el-xxii/> donde se habla de los avances que la inteligencia artificial supone para aquellas profesiones que se creían reservadas a la actividad humana (algoritmo *Watson*, *Chat GPT* o *Dall-e-2*). Sobre la automatización de los empleos de clase media y el riesgo de polarización del mercado de trabajo, cfr. Fernández Domínguez, J.J., “Automatización y empleo: la “Paradoja de Polanyi” revisitada”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, 1/2021, pp. 63-93.

⁷ Gómez Abelleira, F.J., “La regulación de la inteligencia artificial en el trabajo de guionistas de cine, televisión, teatro”, *El Foro de Labos*, entrada web del 10 de octubre de 2023, disponible en: https://www.elforodelabos.es/2023/10/la-regulacion-de-la-inteligencia-artificial-en-el-trabajo-de-guionistas-de-cine-television-teatro/?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign=las-ultimas-newsletter-total-entradas-de-nuestro-blog_5

⁸ TODOLÍ SIGNES, A.: “El esquirolaje tecnológico como método de defensa ante una huelga”, *Actualidad Laboral*, N.º 7, 2014, p. 1, versión electrónica.

derecho de huelga y de la prohibición del denominado “esquirolaje tradicional” (externo e interno), así como un análisis de la interpretación judicial que se ha venido fraguando en torno a la sustitución tecnológica de las personas trabajadoras huelguistas o el “esquirolaje tecnológico”. Se finalizará con unas conclusiones críticas, en las que se reflexionará sobre el encaje de la doctrina del esquirolaje tecnológico en las nuevas formas de trabajo de la Industria 4.0⁹.

2. CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE HUELGA: LOS LÍMITES EN LA ACTUACIÓN EMPRESARIAL

El derecho de huelga se configura como un procedimiento de presión y protesta colectiva en el ámbito del sistema de relaciones laborales a través de la perturbación del normal desenvolvimiento del proceso de producción de bienes y servicios (frecuentemente por medio de la suspensión temporal y concertada del trabajo), con el fin de defender los intereses colectivos o generales de los trabajadores. Así, la huelga es un poder de contrapeso que tiene por objeto permitir que las personas en estado de dependencia salarial establezcan una nueva relación de fuerzas en un sentido más favorable para ellas, restableciendo el equilibrio entre las partes de fuerza económica desigual¹⁰.

En este sentido, nuestro sistema constitucional reconoce el derecho de huelga en el art. 28.2 CE dentro de la categoría de derecho subjetivo público fundamental de libertad, lejos del sistema más estricto de huelga-libertad, en íntima relación con la libertad sindical (arts. 7, 28 y 37 CE), como medio idóneo para la promoción de la igualdad material (art. 9.2 CE) y, en general, como un instrumento coherente con el sistema pluralista de Estado social y democrático de derecho (art. 1.1 CE)¹¹.

No obstante, se trata de un derecho social fundamental que no ha sido desarrollado legalmente, en este caso por Ley orgánica (art. 81 CE), por no encontrar el consenso suficiente. Con lo cual el derecho de huelga es desarrollado por una norma preconstitucional, el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (en adelante, RDLRT), el cual ha tenido que ser tamizado por la labor del Tribunal Constitucional para adaptarse a la Carta Magna, en especial por la STC 11/1981, de 8 de abril. No en vano se dice que el derecho de huelga es eminentemente de creación jurisprudencial, sobre todo por la labor del Tribunal Constitucional¹².

En lo que a estas páginas respecta, es necesario ahondar en el conocido como contenido esencial del derecho fundamental de huelga, que no solo actúa como límite o “zona resistente” de la que no puede disponer libremente el legislador ordinario (art. 53.1

⁹ Para Blanco, R., Fontrodona, J. y Poveda, C., “La Industria 4.0: el estado de la cuestión”, *Economía industrial* 406/2017, p. 151, en esta industria “las tecnologías digitales permiten la vinculación del mundo físico (dispositivos, materiales, productos, maquinaria e instalaciones) con el digital (sistemas). Esta conexión habilita que dispositivos y sistemas colaboren entre ellos y con otros sistemas para crear una industria inteligente, con producción descentralizada y que se adapta a los cambios en tiempo real”. En definitiva, en la Industria 4.0 las barreras entre las personas y las máquinas se difuminan.

¹⁰ Monereo Pérez, J.L. y Tomás Jiménez, N., “Derecho a huelga (artículo 6)”, en VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa: el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea* (J.L. Monereo Pérez y C. Monereo Atienza, Coords.), Comares, Granada, 2017, p. 533.

¹¹ Sobre la ubicación del derecho de huelga en la Constitución española, véase, Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.G., *El derecho de huelga: configuración y régimen jurídico*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 49 y ss.

¹² Monereo Pérez, J.L., “El modelo normativo de huelga en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en VV.AA.: *El conflicto colectivo y la huelga* (Cabeza Pereiro, J. y Martínez Girón, J., Coords.), Laborum, Murcia, 2008, p. 263.

CE)¹³, sino que también opera como límite respecto a la colisión con otros derechos, por encima del cual este derecho fundamental no puede ser restringido¹⁴. Tal y como reconoce el Tribunal Constitucional, el contenido esencial es o bien “aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo”; o bien es “aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga”. Siguiendo esta definición se establece que “el contenido esencial del derecho de huelga consiste en una cesación del trabajo, en cualquiera de las manifestaciones o modalidades que puede revestir. Y cabe decirlo así no sólo porque ésta es la más antigua de las formas de hacer huelga y porque es lo que la generalidad reconoce de inmediato cuando se alude a un derecho de este tipo, sino también porque es este un modo que ha permitido la presión para el logro de las reivindicaciones obreras” (STC 11/1981, de 8 de abril).

En este sentido, “la cesación del trabajo en cualquiera de sus manifestaciones”, unido a una cierta eficacia (STC 123/1992, con cita en STC 41/1984), se constituye como el contenido esencial del derecho de huelga. Por ello, se le imponen al empresario una serie de límites, regidos por la proporcionalidad y el sacrificio mutuo, para que en el ejercicio de su libertad de empresa no pueda vaciar de contenido el derecho de huelga, imposibilitando la paralización del trabajo. Una neutralización de los efectos de la huelga que puede ser provocada no solo por medio del mantenimiento de la normal actividad productiva, sino por la desactivación de la repercusión social que genera la huelga. “En definitiva, el derecho de huelga —además de subjetivo (por su contenido) y fundamental (por su protección)— es un derecho de carácter instrumental cuya esencia, más allá de ser identificado con la mera paralización de las labores, consiste en la producción de un daño a la contraparte con el propósito de ejercer sobre ella la coacción psicológica necesaria para forzarla a adoptar un acuerdo favorable a los intereses de quienes lo ejercen”¹⁵.

Habida cuenta de todo lo anterior, el derecho de huelga impone un genérico deber negativo de respeto y reconocimiento *erga omnes* del derecho frente al Estado y a los particulares y, especialmente, frente al empresario, quien no podrá injerirse en el ejercicio del derecho de huelga. De este modo, le corresponde al empresario una actuación pasiva frente a la huelga y, en general, un deber de respeto (*de pati y no facere*), prohibitivo de toda conducta que tienda a privar de efectividad a este derecho fundamental¹⁶. Como expresa el TC en su sentencia 11/1981: “es derecho de los trabajadores colocar el contrato de trabajo en una fase de suspensión y de ese modo limitar la libertad del empresario, a quien se le veda contratar otros trabajadores [para sustituir a los huelguistas] y llevar a cabo arbitrariamente el cierre de la empresa”.

3. CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DENOMINADO ESQUIROLAJE “TRADICIONAL” EXTERNO E INTERNO

¹³ Monereo Pérez, J.L., “La huelga”, en VV.AA.: *Comentario a la Constitución socio-económica de España* (Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N., Dirs.), Comares, Granada, 2002, p. 1058.

¹⁴ Balaguer Callejón, M.L., “El contenido esencial del derecho de huelga”, *Revista de Derecho Político* 34/1991, pp. 125 y 126.

¹⁵ Grau Pineda, C., *Los difusos contornos de la prohibición de esquirolaje*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 55.

¹⁶ Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.G.: *El derecho de huelga: configuración y régimen jurídico*, op. cit., pp. 237 y ss.

La regulación positiva del esquirol/la, entendido como la “persona que se presta a ocupar el puesto de un huelguista”¹⁷, se encuentra en la norma preconstitucional que desarrolla el derecho fundamental a la huelga, el RDLRT, aunque sin recurrir expresamente a dicha denominación. Así, el art. 6.5 RDLRT indica que “en tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma”¹⁸. Un precepto, que no ha sido objeto de depuración por parte del Tribunal Constitucional en su sentencia 11/1981, y que se refiere al conocido como “esquirolaje externo” como un acto ilícito, al prohibir que los trabajadores huelguistas sean sustituidos por trabajadores “externos” o contratados *ex novo* por la empresa, bajo sanción por comisión de infracción administrativa muy grave del art. 8.10 TRLISOS.

De este modo, se prohíbe que el empresario contrate directamente, con indiferencia de la modalidad contractual, a trabajadores no vinculados con la empresa en el momento de comunicarse la huelga, con el objetivo de sustituir u ocupar los puestos de trabajo de los trabajadores huelguistas. Por tanto, sí que se permite la contratación de personas trabajadoras durante la convocatoria de huelga siempre que las funciones de los nuevos trabajadores sean distintas o accesorias a las desempeñadas por los trabajadores huelguistas, y no se busque con ello sustituir a los trabajadores que se sitúan en suspensión del contrato por ejercicio del derecho de huelga. En consecuencia, una vez que se alegue prueba indiciaria de vulneración del derecho de huelga (que se entenderá cumplida con la coincidencia de contrataciones durante la duración de huelga), el empresario deberá de ofrecer una justificación objetiva, razonable y proporcional en cuanto a su actuación, ajena a cualquier propósito lesivo del derecho fundamental en juego (STC 66/2002, de 21 de marzo, ECLI:ES:TC:2002:66)¹⁹.

Por otro lado, la empresa usuaria no puede celebrar contratos de puesta a disposición con empresas de trabajo temporal para sustituir a trabajadores huelguistas (art. 8.a) de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal)²⁰. Se trata de una exclusión del contrato de puesta a disposición que, a su vez, lleva aparejada para la empresa usuaria una infracción administrativa muy grave prevista en el art. 19.3.a) TRLISOS. En concreto, son infracciones muy graves: “los actos del empresario lesivos del derecho de huelga, consistentes en la sustitución de trabajadores en huelga por otros puestos a su disposición por una empresa de trabajo temporal”. Asimismo, según autorizada doctrina científica²¹, para el caso de que se cedan trabajadores para sustituir a trabajadores en huelga, la ETT también incurriría en infracción grave del art. 18.2.c) TRLISOS al formalizar contratos de puesta a disposición para supuestos distintos a los previstos en la legislación aplicable.

¹⁷ También recoge una acepción “despectiva” que se relaciona con el “trabajador que no se adhiere a una huelga”.

¹⁸ El Proyecto de Ley Orgánica de Huelga de 1993 también se refirió a la prohibición de esquirolaje externo en su artículo 18.2: “En tanto dure la huelga, los trabajadores que participen en ella no podrán ser sustituidos por otros trabajadores no vinculados a la empresa en la fecha de declaración de la huelga, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 8 y 16 de esta Ley”.

¹⁹ Valle Muñoz, F.A., *La sustitución empresarial de trabajadores huelguistas: el tratamiento jurídico-laboral del esquirolaje*, Atelier, Barcelona, 2019, pp. 31-40.

²⁰ Sobre las diferentes situaciones que se pueden dar en función de si el trabajador cedido se utiliza para sustituir a un trabajador no huelguista que está cubriendo, a su vez, las funciones de un trabajador huelguista, o bien se produce la sustitución de un trabajador cedido por una ETT que participa en una huelga en la empresa usuario e incluso en la empresa de trabajo temporal, véase, Valle Muñoz, F.A., *La sustitución empresarial de trabajadores huelguistas: el tratamiento jurídico-laboral del esquirolaje*, op. cit, pp. 42-45.

²¹ Chacartegui Jávega, C., *Empresas de trabajo temporal y contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 176.

Resulta expresivo indicar que esta prohibición de contratación prevista en la Ley reguladora de las empresas de trabajo temporal va más allá de la prevista en el art. 6.5 RDLRT. Se amplía la prohibición de esquirolaje externo y se sitúa fuera de los poderes tradicionales de dirección, control y contratación del empresario en el marco de la relación de trabajo y, con ello, “se desplaza a la esfera de la organización de la empresa y sus facultades anejas (contratación mercantil con terceros), que resultan por consiguiente también limitadas en su ejercicio no solo por las normas legales sino por el respeto a los derechos fundamentales del trabajador”, como es el derecho de huelga²².

Junto con la prohibición de esquirolaje externo, el Tribunal Constitucional ya extendió en los años noventa tal prohibición a la sustitución de personas trabajadoras huelguistas por los propios compañeros de trabajo (el denominado, “esquirolaje interno”)²³. En efecto, la mencionada STC 123/1992, de 28 de septiembre (ECLI:ES:TC:1992:123), declaró que vulneraba el derecho fundamental de huelga la sustitución de los trabajadores fijos discontinuos en huelga por la plantilla fija de plantilla (directores y administrativos), “voluntariamente y a instancia de los órganos gestores de la Compañía Envasadora”. El Tribunal Constitucional rechazó en este momento la interpretación a *contario sensu* de que la sola prohibición del esquirolaje externo prevista en el art. 6.5 RDLRT diera lugar a una permisividad de la sustitución interna por el personal ya perteneciente a la empresa. Es más, indicó que la movilidad funcional o geográfica está imaginada para “situaciones corrientes o excepcionales, incluso como medidas de emergencia, pero siempre en un contexto de normalidad con un desarrollo pacífico de la relación laboral, al margen de cualquier conflicto. Por ello puede afirmarse que están en la fisiología de esa relación jurídica, no en su patología”. Y, en concreto, la preeminencia del derecho de huelga como derecho fundamental “produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial. Tal sucede con la potestad directiva del empresario, regulada en el art. 20 del Estatuto de los Trabajadores”, sobre todo cuando se utiliza la facultad empresarial para privar de efectividad a la huelga.

En definitiva, cuando la movilidad interna de trabajadores atente contra el contenido esencial del derecho de huelga, que no es otro que la cesación en el trabajo, se trata de una vulneración del derecho fundamental de huelga pues “constituye el ejercicio abusivo de un derecho que en principio corresponde al empresario, el *ius variandi*, con una posibilidad de novación contractual, desde el momento en que su potestad de dirección se maneja con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico y en una situación conflictiva, no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo”. En estos supuestos no se cumple con el recíproco deber de lealtad y buena fe que debe existir durante la huelga y no supone una conducta que pueda ser encuadrada dentro de las medidas empresariales de conflicto colectivo que legitima el art. 37 CE.

Esta doctrina constitucional ha sido seguida por el máximo intérprete de la Constitución en la sentencia 18/2007, de 12 de febrero (ECLI:ES:TC:2007:18), aunque se negó el amparo por falta de prueba de la sustitución del trabajador huelguista alegada, y en la sentencia 33/2011, de 28 de marzo (ECLI:ES:TC:2011:33), donde se niega que la supuesta voluntariedad de los trabajadores a la hora de sustituir a sus compañeros

²² Grau Pineda, C., *Los difusos contornos de la prohibición de esquirolaje*, op. cit., p. 82.

²³ El Proyecto de Ley Orgánica de Huelga de 1993 en su artículo 18.3 reconocía que: “las facultades empresariales respecto de la movilidad funcional o geográfica de los trabajadores no podrán ser utilizadas con el objeto de limitar o impedir el ejercicio del derecho de huelga”.

huelguistas exima de responsabilidad al empleador. A raíz de esta jurisprudencia la ilicitud de la sustitución de trabajadores huelguistas por otros trabajadores en la empresa es una cuestión por lo general pacífica. Es más, a pesar de que el Tribunal Constitucional solo se ha referido a supuestos de movilidad funcional extraordinaria descendente, la jurisprudencia y la doctrina judicial han venido interpretando que la sustitución de huelguistas por trabajadores de análoga o igual categoría profesional constituye un acto ilícito, en la medida en que se vulnera el derecho de huelga pues se permite la realización por otro trabajador de las tareas dejadas de hacer por parte de la persona huelguista, evitándose los perjuicios derivados de su participación en la huelga²⁴.

Asimismo, el art. 8.10 TRLISOS²⁵ califica como 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”, esto es, para el mantenimiento de los servicios mínimos esenciales para la comunidad y los servicios de seguridad y mantenimiento para la empresa (STC 33/2011). Con ello lo que se pretende, además de sancionar el esquirolaje externo, es impedir la movilidad geográfica de trabajadores externos al centro de trabajo afectado por la huelga, como vía para neutralizar los efectos de la huelga en otras unidades productivas de la misma empresa. De este modo, se produce una contradicción entre el art. 6.5 RDLRT y la conducta que proscribe el citado art. 8.10 TRLISOS, más amplia, produciéndose una derogación implícita del primer precepto a través de la fórmula *lex posterior derogat priori*²⁶.

Por último, también debemos de hacer referencia a un tercer subtipo de esquirolaje, conocido como esquirolaje “comercial”²⁷ o “decidido por un tercero”²⁸. Este nace de la atomización del proceso productivo a través de la descentralización productiva por medio de la subcontratación y el uso de formas flexibles de organización empresarial bajo la forma del grupo de empresas. En dichos supuestos la particularidad reside en que el sujeto activo de la conducta orientada a mantener la producción durante la huelga no es el empleador de los huelguistas, sino la casa matriz y las demás sociedades del grupo en que se integra este o bien la empresa principal a la que este empleador sirve de contratista, mediante el recurso a un tercero (otra sociedad del grupo u otro contratista) para que desarrolle las prestaciones integradas dentro de su respectivo proceso de producción y sustituya a los trabajadores en huelga. Pero no todas las acciones tendentes al mantenimiento de la actividad productiva merecen el mismo reproche, pues la

²⁴ Valle Muñoz, F.A., *La sustitución empresarial de trabajadores huelguistas: el tratamiento jurídico-laboral del esquirolaje*, op. cit., pp. 89-91.

²⁵ Esta infracción ya estaba prevista en la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social.

²⁶ “Aunque ciertamente el problema reside en que una norma de estructura “secundaria” (la configuración propia de las normas sancionadoras) es la que acaba desempeñando la función de una “norma primaria” (...) pero el desajuste técnico no puede llegar, en este caso, a tanto como para que una ley de normación “secundaria” no pueda afectar a una legislación de normación sustantiva preconstitucional”. Cfr., Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.G., *El derecho de huelga: configuración y régimen jurídico*, op. cit., pp. 242 y 243. En cambio, para Sala Franco, T. y López García de la Riva, I., *Los mecanismos empresariales de defensa frente a la huelga*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 67, el art. 8.10 TRLISOS no podrá aplicarse al esquirolaje interno por mor del principio de tipicidad de las infracciones y sanciones administrativas laborales, puesto que dicho precepto se refiere exclusivamente al esquirolaje externo.

²⁷ Un estudio profuso en Grau Pineda, C., *Los difusos contornos de la prohibición de esquirolaje*, op. cit., pp. 131-178.

²⁸ Sanguinetti Raymond, W., “El derecho de huelga en los grupos y redes empresariales: la construcción de la doctrina del Tribunal Supremo”, *Trabajo y Derecho*, 49/2019, p. 2.

jurisprudencia ha venido admitiendo solamente como conductas vulneradoras del derecho de huelga aquellas que se produzcan entre empresas en las que exista una relación de grupo empresarial²⁹.

4. LA FIGURA DEL ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO Y SU OSCILANTE INTERPRETACIÓN JUDICIAL

Como se ha podido observar, nuestro ámbito de estudio no se circunscribe a la sustitución de las personas trabajadoras huelguistas por otras personas (sean o no compañeros de trabajo), sino a la sustitución por medios técnicos o tecnológicos de diverso tipo, que pueden ir desde programas informáticos o maquinaria hasta mecanismos más sofisticados integrados por algoritmos, inteligencia artificial o robots. Estas “viejas” y “nuevas” formas de esquirolaje comparten, no obstante, el mismo objetivo: sustituir el esfuerzo productivo de los huelguistas, garantizando el normal desarrollo de la producción de la empresa y la reducción de la repercusión social de la huelga.

Ante el silencio del legislador, ha sido la jurisprudencia del TS y del TC la que ha ido perfilando, aunque de forma oscilante, la calificación de la sustitución tecnológica de las personas trabajadoras huelguistas. No obstante, se trata de una interpretación judicial que ha venido muy apegada al sector de las telecomunicaciones y, en concreto, de la radiotelevisión, sin que se haya analizado esta problemática en otros supuestos de sustitución digital o robótica (que no tardarán en llegar), al margen de algunas sentencias excepcionales³⁰.

Como resumen se puede indicar que el Tribunal Supremo en un primer momento se mostró a favor de la sustitución tecnológica de las personas trabajadoras huelguistas hasta que a mediados de los años 2000 se produjo una interpretación más restrictiva por parte del Tribunal Constitucional (eso sí, desde la perspectiva de la fijación de los servicios mínimos esenciales), que fue seguida de forma dubitativa por el Tribunal Supremo, ya que en la sentencia de 11 de junio de 2012 se mostró en contra de la citada jurisprudencia constitucional y en la sentencia de 5 de diciembre de 2012 se posicionó a favor. No obstante, con la STC 17/2017, de 2 de febrero, se retorna a una doctrina amplia que respalda el uso lícito del esquirolaje tecnológico en ciertos supuestos, aunque, como se estudiará, ello no ha impedido que sentencias posteriores adopten una postura contraria a la sustitución tecnológica de las personas trabajadoras huelguistas.

4.1. La postura inicial del Tribunal Supremo: el lícito uso de la tecnología para sustituir a las personas trabajadoras huelguistas

Las primeras sentencias que se ocupan en cierto modo del esquirolaje tecnológico, aun sin mencionarlo expresamente, no entienden el uso de la tecnología para sustituir a los trabajadores huelguistas como una conducta que vulnere el derecho de huelga. Con

²⁹ Para supuestos de subcontratación sin vinculación de grupo empresarial, véase SSTS de 11 de mayo de 2001, rec. 3609/2000; de 16 de noviembre de 2016, rec. 59/2016; de 23 de enero de 2017, rec. 60/2016; y de 3 de octubre de 2018, rec. 1147/2017. Para los grupos de empresa destacan las SSTS de 11 de febrero de 2015, rec. 95/2014; de 20 de abril de 2015, rec. 354/2014; y de 3 de octubre de 2018, rec. 1147/2017. Un análisis en Poquet Catalá, R., “Las vigentes líneas en torno al esquirolaje y sus nuevas modalidades: tecnológico y comercial u organizativo”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 55/2020, pp. 448-455.

³⁰ Cfr., STSJ Andalucía (Málaga) de 10 de octubre de 2013, rec. 1093/2013, que consideró que no era contrario al derecho de huelga que, en el contexto de una huelga convocada por los vendedores de billetes de tren en taquilla, la empresa subcontratada para prestar el servicio de atención al cliente y de utilización de máquinas de autoventa siguiera funcionando, incluso asumiendo una mayor demanda durante dicha coyuntura. Ruiz Saura, J.E., “Huelga y nuevas tecnologías: la encrucijada de un derecho fundamental”, *Temas laborales* 167/2023, p. 188.

excepción de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1998 (ECLI:ES:TS:1998:1767), el resto de las sentencias dictadas por este mismo tribunal alrededor de los años 2000 no consideran vulnerado el derecho fundamental de huelga en casos de esquirolaje tecnológico.

La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:5843) analiza el supuesto de la declaración de huelga en la televisión pública catalana durante una determinada franja horaria con el fin de hacer coincidir el parón con la celebración de un partido de fútbol de la Copa del Rey que, no obstante, fue emitido. Emisión que se produjo por el resto de televisiones públicas autonómicas e incluso por la propia radiotelevisión catalana sin la utilización de otros trabajadores no huelguistas, de forma automática, a través de la preprogramación de la emisión con anterioridad al día de la huelga. Sin embargo, para el Tribunal, siguiendo la tesis de la sentencia recurrida, se produjo una frustración parcial del propósito de la huelga pues “la huelga en litigio sí consiguió alterar de forma importante y muy relevante el ordinario proceso productivo en cuanto obligó a la retransmisión sin comentarios ni sonido alguno el partido de fútbol, lo que obviamente permitió alcanzar en gran parte la finalidad perseguida por los trabajadores en cuanto la opinión pública pudo perfectamente conocer la existencia de la huelga y se logró en cierta forma el triunfo de la misma al forzar tan anómala retransmisión televisiva de un acontecimiento de esta relevancia social”. Además, la captación de imágenes por una tercera empresa no supone una vulneración del derecho de huelga, al no sustituirse a los trabajadores que secundaron la huelga en la televisión catalana.

En el mismo sentido, para el caso de Cataluña Radio, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:5515) entiende que no hubo conculcación del derecho de huelga a pesar de que durante los días de la huelga (dos horas durante los días del 24 al 26 de enero) se emitió programación musical preprogramada e incluso en uno de ellos se retransmitió un partido de fútbol por parte de un locutor, que no era trabajador por cuenta ajena de la radio pública catalana, sin ninguna intervención de la plantilla de la empresa. Es necesario añadir que “la situación de huelga trasciende a la opinión pública y no es ocultada por la empresa, dando cuenta de ello el locutor que transmite el partido de fútbol el día 24 de enero”; así como que “la situación de anormalidad laboral trascendió al público al suprimirse los boletines de noticias”. Además, no se produjo sustitución de los trabajadores huelguistas. Por todo ello, el Tribunal Supremo niega que la conducta empresarial haya sido contraria al derecho de huelga, asumiendo que “no hay precepto alguno que prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa, para atenuar las consecuencias de la huelga. Si, a pesar de haberse efectuado, con los paros de los trabajadores que participaron en ella, las emisiones no fueron interrumpidas, sin que los huelguistas fueran sustituidos por otros trabajadores, ni extraños a la empresa, ni de su propia plantilla, el derecho fundamental no se ha vulnerado. Este derecho garantiza el que los huelguistas puedan realizar los paros sin ser sancionados por ello. No asegura su éxito, ni en el logro de los objetivos pretendidos, ni en el de conseguir el cese total de la actividad empresarial”.

De nuevo, la televisión autonómica catalana es la protagonista en la STS de 9 de diciembre de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:7882), donde se discute la aplicación e interpretación por parte de la televisión pública catalana de los servicios mínimos fijados durante la huelga en cuestión (emisión del 50% del tiempo habitual de informativos en la franja horaria de éstos y emisión de los espacios gratuitos fijados por la Junta Electoral y emisión de la propaganda institucional electoral, al coincidir la

huelga con las elecciones al Parlamento Catalán)³¹. En lo que aquí respecta, la parte actora alega que se ha vulnerado el derecho de huelga al emitir “durante el tiempo de huelga de spots de publicidad que determinaron un importante beneficio económico para la empresa, la que, a su vez, utilizó para dichos spots al personal de servicios mínimos. Concretamente, en este aspecto, se alude a la emisión del spot publicitario de Repsol, únicamente, dentro del contenido de los informativos emitidos en las horas de huelga”.

Sin embargo, para el Tribunal Supremo “es de significar que si la empresa se ve forzada en virtud de la huelga declarada en su ámbito a la paralización de su actividad normal y solo puede emitir el 50% de los informativos y los espacios gratuitos de propaganda electoral establecidos por la Junta Electoral, no cabe, en buena lógica jurídica, admitir que viole la esencia del derecho fundamental de huelga al ocupar el resto del tiempo de esta última con material propagandístico, ya enlatado con anterioridad, y para cuya emisión solo se precisa pulsar un botón”. Y añade: “la propia característica de la publicidad pone de relieve la ausencia de la actividad propia de una cadena de televisión y compatibiliza el derecho fundamental de huelga con el, también, derecho de continuidad de la actividad empresarial en términos adecuados”³². En efecto, el Tribunal Supremo cierra la puerta a una vulneración del derecho de huelga y niega la existencia de esquirolaje tecnológico³³.

4.2. El Tribunal Constitucional ante la fijación de servicios mínimos en las huelgas en el sector audiovisual y su relación con la prohibición del esquirolaje tecnológico

Un paso más decisivo en la ilicitud del esquirolaje tecnológico se da con las distintas sentencias que se dictan por el Tribunal Constitucional tras la huelga general del 20 de junio de 2002 y la fijación de servicios mínimos esenciales en el sector de la radiotelevisión (SSTC 183/2006 [ECLI:ES:TC:2006:183], 184/2006 [ECLI:ES:TC:2006:184], 191/2006 [ECLI:ES:TC:2006:191], 193/2006 [ECLI:ES:TC:2006:193], todas ellas de 19 de junio de 2006). En efecto, para el Tribunal Constitucional la calificación como servicio mínimo de “la emisión, dentro de los horarios habituales de difusión, de una programación previamente grabada” supuso una lesión del derecho de huelga ya que, aunque pudiera haber estado comprometido el derecho a comunicar y recibir información del art. 20.1.d) CE en los casos de programación pregrabada de contenido o interés primordialmente informativo, en todo caso de se trataba de una información que obviamente podía ser emitida “con posterioridad a la jornada de huelga, en esta ocasión de veinticuatro horas, sin menoscabo alguno del derecho a comunicar o recibir información, al estar desprovista ésta, por su propia condición de pregrabada, de la actualidad e inmediatez necesarias que pudieran justificar en principio la restricción del derecho de huelga”.

³¹ Para el Tribunal Supremo el derecho de huelga no es un derecho absoluto y buena prueba de ello es la fijación de servicios mínimos esenciales, que en este caso confluyen con otro derecho fundamental, como es el derecho a recibir la información, tutelado por el art. 20.1.d) CE.

³² Respecto al spot publicitario de Repsol indica que: “la excepción que comporta la rápida emisión publicitaria de la empresa Repsol para dar paso a la información del tiempo, no puede constituir, como pretende la recurrente, una violación del derecho de huelga, toda vez que, como se deja dicho ya, los servicios mínimos esenciales concretados al 50% de los servicios informativos, se cumplieron rigurosamente, sin que hubiera en la emisión de los mismos cortes publicitarios y sin que, la anterior o ulterior emisión de espacios de publicidad enlatados altere el contenido del derecho de huelga”.

³³ El TS niega que la empresa pretendiera ofrecer una imagen de normalidad laboral pues, según los hechos probados, la empresa redujo notablemente y en la medida establecida por la autoridad laboral, los telediaros de su jornada informativa, mencionando, incluso, en algún caso, que los mismos se acortaban en razón a la huelga declarada en la empresa.

Es más, no toda la programación pregrabada supone un contenido informativo, “existiendo una gran porción de espacio de puro entretenimiento” que no se sustenta por el derecho del art. 20.1.d) CE ni por ningún otro derecho o libertad constitucionalmente reconocido ni ningún bien de idéntica significación cuya preservación requiera el sacrificio del derecho de huelga para la emisión de la referida programación previamente grabada. El Tribunal Constitucional coincide con el Ministerio Fiscal en que con la fijación de este servicio mínimo lo que perseguía era “la no interrupción del servicio de la radiodifusión sonora y de la televisión, con lo que se priva de repercusión apreciable a la huelga, sustrayéndole su virtualidad de medio de presión y de inequívoca exteriorización de los efectos del paro laboral efectivamente producido mediante la exigencia de una apariencia de normalidad del servicio contraria, como ya hemos señalado, al derecho de huelga”³⁴.

Es cierto indicar que los supuestos analizados por el Tribunal Constitucional no se refieren en puridad a medidas de esquirolaje tecnológico, pues no es el empresario el que decide sustituir a los trabajadores huelguistas por medios técnicos, sino que estos trabajadores son sustituidos tecnológicamente para cubrir los servicios mínimos esenciales fijados por la autoridad pública competente. Al margen de los “vasos comunicantes” que puedan existir entre la fijación de servicios mínimos y la aplicación de estos en una radio y televisión pública, sí que resulta relevante subrayar que si el Tribunal Constitucional niega la posibilidad de emitir programación previamente grabada durante la huelga (con el uso de tecnología y sin el recurso a mano de obra) por no concurrir el interés general de proteger el derecho de información, más si cabe debería de negársele al empresario fuera de los servicios mínimos recurrir a este tipo de sustitución de los trabajadores huelguistas por motivos particulares³⁵.

4.3. La contradictoria respuesta del Tribunal Supremo tras la jurisprudencia constitucional de mediados de los años dos mil

4.3.1. La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2012

A pesar de este avance en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo al aplicar esta doctrina en su primera sentencia, la sentencia de 11 de junio de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:5579)³⁶, se mantiene en una posición contraria a la prohibición del esquirolaje tecnológico. En esta sentencia se discute si la aplicación por parte del empresario de los servicios mínimos aprobados para la programación en la Televisión Vasca del día 29 de junio de 2010, jornada de la huelga general convocada, conculcó o no el derecho fundamental de huelga. En concreto, “el día 29 de junio de 2010 ETB (la televisión pública vasca) emitió publicidad ordinaria y de la llamada Teletienda de manera continuada entre los programas que consideró servicios esenciales. Dicha publicidad se hallaba preprogramada y su emisión se produjo de manera completamente

³⁴ También se fijó como servicio mínimo “la producción y emisión de la normal programación informativa”. Una restricción al derecho de huelga que se fundamenta en el derecho a comunicar y recibir información veraz por cualquier medio de difusión (art. 20.1.d CE) pero que aparece desprovista de una mayor precisión, sin que se pueda considerar justificada ni proporcionada la restricción atendiendo a la extensión y duración de la huelga convocada. El Tribunal Constitucional recuerda que “mantener un servicio implica la prestación de los trabajos necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que el propio servicio satisface, pero sin alcanzar el nivel de rendimiento habitual” (STC 53/1986, de 5 de mayo [ECLI:ES:TC:1986:53], FJ 3), lo que también resulta aplicable y extensible en este caso a la programación informativa durante la jornada de huelga, sin que pueda justificarse sin más la exigencia de una “normal programación informativa”.

³⁵ Álvarez Alonso, D., “Uso de medios técnicos y tecnológicos en caso de huelga”, op. cit., pp. 421-423.

³⁶ Ponente: D. Aurelio Desdentado Bonete.

automática, sin intervención humana directa. ETB ingresó una cantidad cercana a los 6.000 euros en tal concepto”.

Para el Tribunal Supremo la doctrina del Tribunal Constitucional propia de las sentencias del año 2006 no es aplicable, pues argumenta que los servicios mínimos esenciales no suponen un límite a la actuación empresarial, siempre que la empresa emplee para desarrollar su actividad, más allá de estos servicios mínimos, a trabajadores no huelguistas o “sus propios medios técnicos sin aplicación de trabajo humano”. El derecho de huelga “solo se vulnera si los trabajadores asignados a la prestación de servicios mínimos se utilizan para cumplir servicios no esenciales, pero no sí los servicios no esenciales se ejecutan por trabajadores no huelguistas o por medios automáticos”. Para el Tribunal Supremo en el supuesto enjuiciado no se ha considerado como servicio esencial la emisión de publicidad preprogramada, sino que simplemente se ha procedido a la emisión de la misma, sin que conste que para ello se hayan utilizado los servicios del personal designado para cubrir los servicios esenciales. Por el contrario, se ha probado que “la emisión se produjo de manera completamente automática” y, en este supuesto, no se produce vulneración del derecho de huelga.

Y, lo más relevante, añade el Tribunal Supremo: “no existe ningún precepto que prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa, para atenuar las consecuencias de la huelga”³⁷. Además, el TS defiende que si las emisiones preprogramadas se realizaron sin ser interrumpidas, pero “sin que los huelguistas fueran sustituidos por otros trabajadores, ni extraños a la empresa, ni de su propia plantilla, el derecho fundamental no se ha vulnerado” y ello porque el derecho de huelga “garantiza el que los huelguistas puedan realizar los paros sin ser sancionados por ello”, pero “no asegura su éxito, ni en el logro de los objetivos pretendidos, ni en el de conseguir el cese total de la actividad empresarial”.

4.3.2. La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2012 y sus dos votos particulares

Otra respuesta muy distinta (aunque la conclusión sigue siendo la misma) la ofrece la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:9176)³⁸, que parece enmendar la sentencia dictada meses atrás, siguiendo el voto particular formulado a la sentencia de 11 de junio de 2012³⁹. En un supuesto de hecho casi idéntico, la emisión de publicidad preprogramada entre los programas informativos declarados esenciales el día de la huelga⁴⁰, el Tribunal Supremo analiza si dicha conducta empresarial lesiona el derecho de huelga a través de una argumentación jurídica que dista de la utilizada en la sentencia de 11 de junio de 2012.

El Tribunal Supremo, a través de una ponderación de los derechos constitucionales en liza (el derecho de huelga, prevalente por encontrarse en la sección 1ª del capítulo II del título I la CE, y el derecho de libertad de empresa o el derecho de trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo, respectivamente arts. 38 y 37.2 CE), expone, en primer lugar, los tipos de esquirolaje externo e interno, recogiendo de

³⁷ En contra de esta aseveración, véase, Pérez Rey, J.: “Tertulias, reportajes de actualidad y esquirolaje tecnológico en la huelga general (a propósito de la STS de 11 de junio de 2012)”, *Revista de Derecho Social*, N.º 59, 2012, pp. 207 y ss.

³⁸ Ponente: D. Jordi Agustí Julia.

³⁹ Voto Particular formulado por D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel.

⁴⁰ “El día 27 de enero de 2011 EITB emitió publicidad ordinaria y de la llamada Teletienda de manera continuada entre los programas que consideró servicios esenciales. Dicha publicidad se hallaba preprogramada y su emisión se produjo de manera completamente automática, sin intervención humana directa”.

este último tipo las principales sentencias del Tribunal Constitucional y negando que pueda deducirse su licitud de una interpretación *a contrario sensu* del art. 6.5 RDLRT⁴¹. En segundo lugar, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2012 se refiere a la ya expuesta STC 183/2006, de 19 de junio, a pesar de que reconoce que su objeto es diferente ya que esta última sentencia anuló la consideración de la programación pregrabada como servicio esencial, y la presente sentencia del Tribunal Supremo pretende dilucidar si, pese a que la cuestionada actividad no se considere servicio esencial, puede el empresario realizarla amparándose en su libertad de empresa, “siempre que se utilicen trabajadores no huelguistas o bien medios mecánicos o técnicos que funcionan de manera automática” (aunque para el Tribunal Supremo “algún trabajador al menos tendrá que hacerlos funcionar o controlar y vigilar su funcionamiento”).

No obstante, para el Tribunal Supremo sí que interesan ciertos argumentos que utiliza el Tribunal Constitucional para resolver en 2006 el caso en cuestión. Así, que el Tribunal Constitucional haya negado que el derecho a la información de la ciudadanía exija la no interrupción de las emisiones durante la jornada de huelga o que haya omitido referencia a la libertad de empresa para legitimar la ininterrupción de las emisiones, resulta útil para el Tribunal Supremo, pues lo contrario podría suponer vaciar el contenido esencial del derecho de huelga o sustraer la virtualidad a la huelga como medio de presión⁴². Recuértese que “en todo caso no está demás observar que la cuestión planteada es una cuestión de límites de un derecho fundamental, en la que, en la relación entre el derecho y su límite posible, el criterio de interpretación debe ser el de la mayor amplitud posible del derecho y la restricción del límite a lo necesario” (con extensa cita de jurisprudencia constitucional, desde la STC 159/1986 hasta la STC 110/2006).

Por ello, la posibilidad de limitar los efectos prácticos del ejercicio del derecho de huelga a través de la no interrupción del servicio radiotelevisivo debe de ser interpretada restrictivamente, haciendo prevalecer el criterio de la máxima efectividad del derecho fundamental en juego. Para el Tribunal Supremo, si se admitiera en una huelga el uso de programación pregrabada (que, además de publicidad, incluiría a la gran mayoría de la parrilla de programas de cualquier televisión), unido a la emisión lícita de informativos en directo, se conseguiría una apariencia de normalidad con lo que la realización de una huelga en este tipo de empresas podría llegar a tener una trascendencia social prácticamente nula y, consiguientemente, el ejercicio de ese derecho podría quedar prácticamente vacío de contenido real.

En definitiva: “no sólo en el supuesto de que se utilicen medios humanos (trabajadores asignados a la prestación de servicios mínimos) para la realización de actividades que exceden de los servicios decretados como esenciales, se lesiona el derecho de huelga, sino que también se lesiona este derecho cuando una empresa del sector de radiodifusión sonora y televisión emite programación o publicidad por medios automáticos, en el caso de que dicha actividad empresarial, aún cuando sea mediante la utilización de medios mecánicos o tecnológicos, priva materialmente a los trabajadores de su derecho fundamental, vaciando su contenido esencial de manera que no cabe el

⁴¹ “Este es un punto fundamental: la legitimidad del esquirolaje interno no puede extraerse sin más a partir de una interpretación *a contrario sensu* de la prohibición explícita del esquirolaje externo”.

⁴² El Tribunal Constitucional ya indicó: “con la emisión, dentro de los horarios habituales de difusión, de una programación previamente grabada se persigue, como se indica en la exposición de motivos del Real Decreto recurrido, la no interrupción del servicio de la radiodifusión sonora y de la televisión, con lo que se priva de repercusión apreciable a la huelga, sustrayéndole su virtualidad de medio de presión y de inequívoca exteriorización de los efectos del paro laboral efectivamente producido mediante la exigencia de una apariencia de normalidad del servicio contraria, como ya hemos señalado, al derecho de huelga”.

uso de las prerrogativas empresariales, aún amparadas en la libertad de empresa, para impedir la eficacia del derecho de huelga, y ello por la propia naturaleza de este derecho y también del de libertad de empresa que no incorpora a su contenido facultades de reacción frente al paro”. Con estas líneas el Tribunal Supremo, “en una actitud entre lo pedagógico y lo *quasi* legislativo”, pretende establecer una doctrina que con carácter general se aplique a partir de este momento al esquirolaje tecnológico⁴³. De este modo, el Tribunal Supremo modifica su doctrina anterior (incluida la sentencia de 11 de junio de 2012), incorporando expresamente la ilicitud del esquirolaje tecnológico (expresión que utiliza) y admitiendo que las conductas vulneradoras del derecho de huelga no tienen por qué limitarse al uso indebido del poder de dirección o de ordenación de las relaciones de trabajo, sino que pueden tener relación con cualquier otra prerrogativa empresarial⁴⁴.

No obstante, a pesar de tal construcción jurisprudencial y de negar que la emisión automática de programación pregrabada en la huelga pueda tener encaje en la libertad de empresa, el Tribunal Supremo no entiende que se haya vulnerado el derecho de huelga, habida cuenta de que no se probó el efecto de neutralización de la huelga⁴⁵. Algo que para ciertos autores es coherente con la doctrina general expuesta, ya que la sustitución tecnológica solo es incompatible con el derecho de huelga cuando se prive materialmente a los trabajadores de este derecho fundamental, vaciando su contenido esencial⁴⁶. En concreto, el Tribunal Supremo argumenta que “ni en el resto del relato fáctico ni tampoco en los fundamentos de derecho se efectúa alusión ni valoración alguna con respecto a la incidencia que pudo tener en la huelga la descrita actividad empresarial, en el sentido de producir un vaciamiento del contenido del derecho de huelga, o una desactivación o aminoración de la presión asociada a su ejercicio”.

Buena prueba de la controversia que suscita la doctrina que pretende sentar el Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de diciembre de 2012 se refleja en los dos votos particulares formulados, a los que se adhirieron 4 magistrados (dos a cada uno de ellos), sumando un total de 6 los magistrados discrepantes con el fallo de la Sala. Ello demuestra que no se trató de una solución que se adoptara pacíficamente ni estuvo exenta de debate en el seno de la Sala Cuarta del máximo órgano jurisdiccional.

Por un lado, el voto particular, emitido por el mismo ponente de la sentencia de 11 de junio de 2012, y al que se adhieren dos magistrados⁴⁷, rechaza la nueva doctrina sobre el esquirolaje tecnológico, sobre la base de los siguientes argumentos. En primer lugar, porque la garantía del art. 6.5 RDLRT solo opera cuando los trabajadores huelguistas son sustituidos, “y no hay sustitución cuando el trabajo sigue realizándose por los mismos trabajadores que no se unen a la huelga o cuando la actividad productiva, que se realizaba de forma automática sin intervención del trabajo humano continúa desarrollándose de la misma forma y, por tanto, sin necesidad de reemplazo de la fuerza

⁴³ Tascón López, R., *El esquirolaje tecnológico*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, p. 75.

⁴⁴ En el mismo sentido Grau Pineda, C., *Los difusos contornos de la prohibición de esquirolaje*, op. cit., p. 64, que defiende que resulta irrelevante que la conducta que pueda ocasionar la neutralización de la huelga provenga de facultades empresariales directamente relacionadas con la ordenación de las relaciones de trabajo, en particular del poder de dirección, o que sea fruto de decisiones no conectas con estas facultades.

⁴⁵ Álvarez Alonso, D., “Uso de medios técnicos y tecnológicos en caso de huelga”, op. cit., p. 426, sin que esta sentencia del Tribunal Supremo haya determinado los criterios y exigencias probatorias aplicables para adoptar una resolución de condena.

⁴⁶ López Lluch, M.I., “El derecho de huelga: nueva doctrina sobre el “esquirolaje tecnológico” en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 5 de diciembre de 2012”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal* 5/2013, p. 157.

⁴⁷ Voto particular que formula D. Aurelio Desdentado Bonete, al que se adhieren D^a. María Milagros Calvo Ibarlucea y D. José Luis Gilolmo López.

de trabajo para mantener su continuidad durante la huelga”. En segundo lugar, porque la interpretación que realiza la mayoría de la Sala no se focaliza sobre la no sustitución de los trabajadores, sino sobre el resultado de la huelga, “convirtiéndose en una garantía del éxito de ésta, para lo que se impone al empresario una obligación de colaborar a ese resultado, absteniéndose de realizar su actividad por medios que no se ha acreditado que supongan sustitución alguna de los huelguistas”. En un intento de ofrecer un criterio interpretativo más perfilado, este voto particular distingue entre al menos dos situaciones: “1ª) la utilización de medios ya existentes en la empresa para el mantenimiento de determinadas actividades automatizadas sin sustitución de los huelguistas y sin empleo de trabajadores afectados a los servicios mínimos cuando esas actividades no tienen ese carácter; 2ª) la utilización de esos medios para sustituir a los huelguistas, con dos variantes: (a) el empleo para esa finalidad de medios ya existentes en la empresa y (b) la adquisición de esos medios para hacer frente a los problemas planteados por la huelga”. E indica que esta segunda situación (que no se da en el caso enjuiciado) es la que podría lesionar el derecho de huelga, por extensión analógica del art. 6.5 RDLRT.

Por otro lado, el segundo voto particular, al que se adhirieron igualmente dos magistrados⁴⁸, también rechaza la ilicitud del esquirolaje tecnológico y matiza sus razones respecto al anterior voto particular. En primer lugar, expresa que no se dan los requisitos para la aplicación analógica del art. 6.5 RDLRT para la prohibición del esquirolaje tecnológico, en cuanto no existe laguna legal al respecto ni hay identidad de razón ya que la prohibición de sustitución de trabajadores huelguistas se refiere al mismo factor de producción que la huelga (el “capital humano”) mientras que la emisión de programas pregrabados pone en juego un factor o medio de producción netamente distinto (el “capital físico y tecnológico”), de libre disposición por parte de la empresa. En segundo lugar, el voto particular defiende que el derecho de huelga no es un derecho absoluto, que como tal debe de convivir con el derecho del empresario a adoptar medidas de conflicto colectivo, y el mantenimiento de la producción sin intervención humana no es una medida de conflicto colectivo del empresario que haya sido restringida o limitada por parte del legislador, pues se encuentra respaldada tanto por el derecho a la libertad de empresa en su vertiente de ejercicio de actividades empresariales lícitas, como por la defensa de la productividad recogida en el art. 38 CE, encargada expresamente a los poderes públicos.

En tercer lugar, el voto particular también retiene un reproche de carácter metodológico a la sentencia en cuestión, pues entiende que lo que se ha hecho es “fijar doctrina no para el caso controvertido, en el que estima el recurso de la empresa, sino para futuros hipotéticos casos de huelga en medios de comunicación en que la decisión de la dirección del medio de inserción de publicidad sí pudiera constituir lesión del derecho de huelga, aprovechando al paso la ocasión para corregir lo que la propia Sala ha establecido en un supuesto litigioso anterior”. En cuarto lugar, la eficacia general del instrumento de la huelga “no implica que todas las huelgas declaradas deban ser valoradas a priori como acertadas”, ya que el mecanismo de validación o control de oportunidad de la huelga se traslada al juicio individual de cada trabajador, en cuanto a titular del derecho, y, por ello, “la valoración jurídica no puede inclinarse siempre a favor de los huelguistas, y en contra de los demás afectados por la huelga (no huelguistas, empresarios, usuarios, etcétera)” ya que se exige la proporcionalidad de los sacrificios de participantes y afectados. En quinto lugar, para este sentir minoritario del Tribunal, que el derecho de huelga, por su ubicación sistemática en la Constitución,

⁴⁸ Voto particular formulado por D. Antonio Martín Valverde, al que se adhirieron D. José Manuel López García de la Serrana y D. Jesús Souto Prieto.

tenga un rango o posición preeminente respecto a otros derechos, como el derecho al trabajo o el derecho a la libertad de empresa, es un “argumento desenfocado”, ya que la disposición de vías jurídicas de defensa de especial efectividad (art. 53.2 CE) solo se limita a una protección jurisdiccional dotada de la mayor eficacia procesal posible, sin que otorgue al resto de intereses jurídicos protegidos en la huelga (trabajadores no huelguistas, empresarios, usuarios de servicios públicos, etc.) menor consideración o dignidad “sustantiva”⁴⁹. En definitiva, el segundo voto particular aboga por retornar a la doctrina propia de la STS de 11 de junio de 2012, ya que la conducta enjuiciada supone el ejercicio legítimo del derecho constitucional a adoptar medidas de conflicto colectivo *ex art. 37.2 CE*, pues el RDLRT si bien limita la sustitución de los trabajadores huelguistas (art. 6.5 RDLRT)⁵⁰, ni obliga a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la reivindicación o protesta (art. 6.4 RDLRT), ni obliga al empresario a reducir la actividad empresarial más allá del seguimiento que la declaración de huelga haya podido tener en el colectivo afectado.

4.4. Un paso atrás en la protección frente a la sustitución tecnológica de la persona trabajadora huelguista: la STC 17/2017

Tiempo más tarde la construcción jurisprudencial del esquirolaje tecnológico sufre otra convulsión. La sentencia del Tribunal Constitucional 17/2017, de 2 de febrero de 2017 (ECLI:ES:TC:2017:17), resuelve en un sentido opuesto al emprendido por la STS de 5 de diciembre de 2012 (aunque buen parte de su argumentación discurre en torno a la existencia o no de esquirolaje interno). En concreto, en esta sentencia el Tribunal Constitucional busca resolver un recurso de amparo que tiene como objeto valorar si en Radio Televisión Madrid, como sostiene el sindicato recurrente, se vulneró el art. 28.2 CE por haber sido sustituidos los trabajadores huelguistas por trabajadores no huelguistas que realizaron funciones que no les eran propias y por utilizar medios técnicos de uso no habitual en la empresa para retransmitir el partido de la *Champions League* el día de la huelga. Así, el Tribunal tenía que resolver si concurrían o no los elementos, por un lado, del esquirolaje interno y, por otro, del esquirolaje tecnológico.

Respecto al primero de los esquirolajes, el máximo intérprete de la Constitución repasa su jurisprudencia en la materia (señaladamente, SSTC 123/1992, de 28 de septiembre, y 33/2011, de 28 de marzo), aunque con reproche por parte del voto particular, como se comentará. La transcripción de ciertos fundamentos jurídicos de las sentencias mencionadas finaliza con una afirmación del Tribunal Constitucional: “para apreciar la vulneración del derecho de huelga es necesaria la sustitución de los huelguistas sin causa habilitante para ello y que esa sustitución se realice recurriendo a un trabajador contratado *ex novo* o asignado de forma irregular a la tarea del huelguista”.

Sentado este criterio, el Tribunal pasa a exponer cuál hubiera sido el procedimiento “normal” u ordinario de emisión de un partido de fútbol en un día sin huelga, así como expone el método que se siguió el día de la huelga para la emisión del partido en cuestión. Y de este análisis el Tribunal concluye que: “la única diferencia con un día normal fue que la señal se envió desde control central a grafismo, en vez de a continuidad. Es en continuidad donde se pone la mosca de Telemadrid y el día de la huelga la mosca se puso en una máquina del departamento de grafismo. A partir de ahí,

⁴⁹ “En todo caso, la fragilidad o vulnerabilidad del ejercicio del derecho de huelga no es en la actualidad predicable con carácter general; en las huelgas político- económicas de “protesta”, como la enjuiciada en el caso, puede y suele ser más frágil o vulnerable el ejercicio de la libertad de trabajo o el ejercicio de los derechos de los ciudadanos afectados por las alteraciones derivadas de la huelga (...)”.

⁵⁰ Como ya se indicó y reitera: “la sustitución de trabajadores huelguistas que prohíbe el artículo 6.5 se refiere, en atención a las razones ya señaladas, al empleo de los recursos humanos de la empresa, y no a la utilización de sus recursos materiales y tecnológicos”.

un día normal una señal va directamente desde continuidad al codificador A –que es el que normalmente utiliza– y otra señal va a control central donde un trabajador la envía también al codificador B o de reserva. Pues bien, el día de la huelga únicamente se envió la señal desde control central al codificador B, porque en continuidad todos los trabajadores estaban en huelga y por eso la señal no se pudo enviar al codificador A”.

No obstante, habida cuenta de que el Tribunal Constitucional entiende que no puede entrar a conocer sobre los hechos que dieron lugar al proceso en que se alega que se ha producido la vulneración (con cita en el art. 44.1.b) LOTC y SSTC 18/2007, de 12 de febrero y 120/2006, de 24 de abril), dicho Tribunal termina por no reconocer vulneración del derecho de huelga al recogerse como hecho probado en las distintas sentencias recurridas del Juzgado de lo Social y del Tribunal Superior de Justicia, ambas de Madrid, que los trabajadores que no secundaron la huelga y que colaboraron con la emisión del partido, no llevaron a cabo funciones distintas de las que venían desarrollando habitualmente. De este modo, para el Tribunal Constitucional, ateniéndose a los hechos probados de las sentencias recurridas, no han concurrido los presupuestos del esquirolaje interno.

Llegada a esta conclusión, el Tribunal Constitucional estudia la vulneración del derecho de huelga por parte de Radio Televisión Madrid al utilizar “medios técnicos no habituales, aunque técnicamente posibles, para emitir el partido de fútbol”, algo que se asemeja a la cuestión de si existe o no esquirolaje tecnológico ilícito. En efecto, el Tribunal Constitucional reconoce que se siguió un procedimiento distinto al habitual consistente en que: “la emisión del partido fue posible a través del codificador B, que se utiliza en casos excepcionales y que constituye una línea de reserva, en lugar de por el codificador A que es el habitual y, por otro lado, la mosca, símbolo de Telemadrid, fue insertada en una máquina sita en el departamento de grafismo en lugar de en continuidad”. La emisión del partido no fue posible por el codificador A ni se pudo insertar el símbolo de Telemadrid por la sección de continuidad (el procedimiento habitual) ya que en continuidad todos los trabajadores secundaron la huelga.

Por ello, el Tribunal Constitucional debe de determinar si la utilización de medios técnicos preexistentes, pero no habituales, y de un procedimiento diferente al normalmente previsto, constituye o no una lesión del derecho de huelga y, en concreto, un supuesto de esquirolaje tecnológico. Para resolver esta cuestión, el Tribunal Constitucional recuerda su reiterada doctrina de que el derecho de huelga, como el resto de derechos constitucionales, no es un derecho ilimitado, pues debe de ponerse en conexión o confrontación con otros derechos previstos en la Constitución, más o menos intensamente protegidos, así como deben de tenerse en cuenta los límites que establezca la Ley, siempre que no se menoscabe su contenido esencial. Además, recuerda que el derecho de huelga implica el establecimiento de una serie de garantías para evitar que el ejercicio sea restringido por determinadas acciones del empresario, como ocurre con la prohibición de esquirolaje que prevé el art. 6.5 RDLRT.

Con el fin de interpretar si la prohibición del art. 6.5 RDLRT se extiende al caso enjuiciado, uso de medios técnicos preexistentes pero no habituales, el Tribunal Constitucional indica que no se trata de un supuesto de esquirolaje interno (como ya se ha analizado), así como recuerda otra de las garantías del derecho de huelga: la limitación del cierre patronal, pues “es contrario a la Constitución todo tipo de cierre que vacíe de contenido o impide el derecho de huelga” (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 22). De este modo, el mantenimiento de la actividad productiva durante la huelga afecta no solo al derecho de huelga de los huelguistas, sino que también es instrumental al derecho al trabajo de los no huelguistas. Además, habida cuenta de que el derecho de huelga exige “proporcionalidad y unos sacrificios mutuos” (SSTC 11/1981, de 8 de

abril, FJ 10 y 41/1984, de 21 de marzo), si existe una desproporción entre los daños producidos al empresario y los asumidos por los huelguistas, la huelga será calificada de abusiva.

Todos estos argumentos le sirven al Tribunal Constitucional para afirmar que, a pesar de que la libertad del empresario, en cuanto a su facultad de organización y dirección de los trabajadores, se encuentra limitada por el ejercicio del derecho de huelga, no existe precepto alguno que prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa para mantener su actividad. Lo contrario implicaría para el Tribunal imponer al empresario una “conducta de colaboración en la huelga no prevista legalmente”. De este modo, la conducta empresarial aquí enjuiciada no lesiona el derecho de huelga ya que no puede subsumirse por vía analógica en el art. 6.5 RDLRT, “que se refiere al empleo de los recursos humanos en la empresa, pero no a la utilización de sus recursos materiales y tecnológicos”.

El respeto al contenido esencial del derecho de huelga comporta limitaciones importantes en la conducta del empresario, como ocurre con la sustitución de los trabajadores huelguistas del art. 6.5 RDLRT, pero añade: “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 Tribunal Constitucional reitera: “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”⁵¹.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional interpreta que no ha existido lesión del derecho fundamental de huelga ya que el empresario ha hecho un ejercicio regular de sus funciones. En concreto, al finalizar recoge dos criterios que pueden ser de gran utilidad para resolver otros supuestos, como son: i) que los medios técnicos ya existían, esto es, que no fueron adquiridos expresamente para hacer frente a los efectos de la huelga; y ii) que los trabajadores no huelguistas no realizaron funciones distintas a las que les corresponden.

En una postura diametralmente opuesta, sobre todo respecto a la existencia de esquirolaje interno, se encuentra el voto particular formulado por uno de los magistrados, y al que se adhirieron dos más⁵², en la línea de lo ya defendido por el Ministerio Fiscal⁵³. A través de este voto particular se entiende que debería de haberse concedido el amparo por vulneración del derecho de huelga y para justificar tal extremo se analiza, por un lado, la existencia de esquirolaje interno y, por otro lado, la existencia

⁵¹ Álvarez Alonso, D., “Uso de medios técnicos y tecnológicos en caso de huelga”, op. cit., p. 431, se muestra muy crítico con esta argumentación empleada por el Tribunal Constitucional, que califica de objetable, sesgadamente hiperbólica y falaz, pues resulta claro que exigir la abstención de conductas obstaculizadoras o erosivas de la huelga, que además forman parte de procedimientos no habituales de actuación en la empresa, no equivale a exigir que el empresario colabore activamente en el éxito de la acción huelguística.

⁵² Voto particular formulado por D. Fernando Valdés Dal-Ré, al que se adhirieron D^a. Adela Asua Batarrita y D. Juan Antonio Xiol Ríos.

⁵³ “En opinión del Fiscal, se produjo la suplantación absoluta de las funciones encomendadas a los trabajadores mediante el empleo de medios inhabituales que solo buscaban el fracaso de la huelga”.

de esquirolaje tecnológico (aunque, como se verá, finalmente no entra en el fondo de este segundo asunto)⁵⁴.

Para el voto particular la inexistencia de esquirolaje interno se debe a un fallo en la premisa mayor: la obligada aceptación por el Tribunal Constitucional de los hechos establecidos en la vía judicial previa. Se recuerda que este Tribunal tiene encomendada la tutela de los derechos fundamentales (art. 53.2 CE), una tarea que “no puede en modo alguno declinar con base en cualquier expediente técnico que se le ocurre, más o menos decoroso”. En concreto, el voto particular entiende que la premisa mayor se debe a una transcripción parcial, incompleta e incorrecta de la doctrina constitucional, pues la sujeción a los hechos probados no obsta para “alcanzar una interpretación propia del relato fáctico conforme a los derechos y valores constitucionales en presencia”, ni veda, entonces, una valoración discrepante, sin que “suponga una revisión de la valoración de la prueba hecha por el juzgador, función privativa suya, sino una interpretación nuestra de ese relato a la luz de los valores constitucionales” (doctrina contenida en SSTC 224/1999, de 13 de diciembre, FJ 4; 136/2001, de 18 de junio, FJ 4; 17/2003, de 30 de enero, FJ 2; 171/2003, de 29 de septiembre, FJ 2; 188/2004, de 2 de noviembre, FJ 3; 41/2006, de 13 de febrero, FFJJ 4 y 6; 68/2008, de 23 de junio, FJ 2; y 183/2015, de 10 de septiembre, FJ 4).

Así, para el voto particular el juicio de constitucionalidad que compete al Tribunal Constitucional “consiente interpretar unos hechos como plenamente acreditativos de la lesión, si así fuera deducible, al margen de lo que se haya declarado en el proceso judicial en la proyección de esos mismos elementos fácticos sobre el derecho fundamental presuntamente violado”. Ello es el resultado de una interpretación sistemática del art. 44.1.b) LOTC respecto a los arts. 53.2 y 161.1.b) CE. Lo contrario implicaría “renunciar a interpretar los hechos como proceda *ex constitutione* y soslayar el cometido de alcanzar, en su caso, una interpretación propia de aquello que, también en lo fáctico, sea relevante para el juicio de constitucionalidad *ad casum*”, abdicando del control de constitucionalidad que le compete a este Tribunal.

Una vez que se ha tumbado esta premisa mayor, el voto particular se encarga de fundamentar la ilicitud de la conducta empresarial, sobre la base de la existencia de una sustitución interna de los trabajadores huelguistas. En esta empresa, el voto particular llama la atención sobre algunas elusiones u omisiones presentes en las sentencias que se citan en cuanto a la conformación del esquirolaje interno (las ya mencionadas SSTC 123/1992 y 33/2011). Unas elusiones que para el voto particular son decisivas en el juicio de constitucionalidad. En definitiva, se omiten una serie de frases o fragmentos de las sentencias indicadas que apuntan a que la medida empresarial es ilícita cuando, para paliar o minimizar los efectos del ejercicio constitucional del derecho de huelga, se encomienda la realización de funciones propias de trabajadores en huelga a trabajadores no huelguistas de un nivel profesional superior al de aquellos. Y ello completa la aseveración que se realiza en la sentencia 17/2017 cuando indica que el derecho de huelga se vulnera en el momento que se asigna a otro trabajador la tarea del huelguista “de forma irregular”, es decir, cuando los trabajadores que sustituyen tengan un “superior nivel profesional”.

⁵⁴ Secundando esta postura se encuentran Ortega Lozano, P.G. y Guindo Morales, S.: “Derecho de huelga y nuevas tecnologías: a propósito del esquirolaje interno y tecnológico”, *Revista española de Derecho del trabajo*, N.º 225, 2019, que añaden un argumento interesante: el resultado práctico de la emisión del partido de fútbol, con ayuda de medios humanos y tecnológicos, privó de trascendencia a la huelga, ya que la retransmisión de tal partido (un partido de la *Champions* en el que participaba un equipo de Madrid por parte de la televisión pública madrileña) logró que la audiencia fuera superior a la de cualquier otro día normal, en p. 20, versión electrónica.

Dicho lo anterior, el voto particular procede a enjuiciar si los hechos declarados probados supusieron o no la existencia de esquirolaje interno. Para ello, analiza las actuaciones desarrolladas por dos trabajadores no huelguistas que intervinieron en el proceso de emisión del partido de fútbol el día de la huelga: el trabajador de control central y el trabajador de grafismo⁵⁵. Por un lado, entre las funciones ordinarias del trabajador de control central no se encuentra la de reenviar la señal a grafismo (como ocurrió en el supuesto en cuestión), sino que la envía al departamento de continuidad. Por otro lado, aunque pueda admitirse que no hubo sustitución interna por parte del trabajador de control central, “la anterior conclusión resulta de todo punto inaplicable al otro trabajador que no secundó la huelga y que prestaba servicios en el departamento de grafismo”.

El encargado de poner la “mosca” de Telemadrid en grafismo no solo utilizó una máquina que no se destinaba normalmente a ello (pues el símbolo se insertaba en continuidad), sino que era el responsable de coordinar y controlar el trabajo de varios departamentos y, entre ellos, el de grafismo. Por ello, “resulta palmario que este empleado ocupaba en aquel momento en Telemadrid un puesto de notable responsabilidad, pues supervisaba la ejecución de diversos departamentos, entre otros, aunque no solo, el de grafismo”. La duda que existe “es el modo de conciliar las funciones de responsable de una pluralidad de departamentos con la de efectuar un concreto y singular cometido, cual es el de generar la “mosca” en un solo de los departamentos que supervisa”.

Al margen de lo anterior, si se atiende a la doctrina del esquirolaje interno elaborada por el Tribunal Constitucional, para el voto particular resulta claro que la retransmisión del evento deportivo el día de la huelga se articuló e instrumentó mediante la actividad laboral de un trabajador no huelguista cuya categoría excedía con creces de la de los trabajadores que optaron por secundar la huelga (sustitución de los trabajadores huelguistas por “otros de superior nivel profesional”), lo cual supone una sustitución interna irregular e ilícita que lesiona el derecho constitucional de huelga.

Por último, el voto particular no entra a valorar la existencia de esquirolaje tecnológico ya que alega que por la mera existencia de sustitución interna de los trabajadores huelguistas no hubiera sido necesario analizar dicha cuestión, que califica de un “tema de semejante envergadura”. El voto particular sí que alerta, “con un propósito solo enunciativo”, de la deriva que está tomando la jurisprudencia constitucional respecto a la indiferencia con la efectividad de los derechos fundamentales ante el uso de las nuevas tecnologías por parte del empresario en el marco de las relaciones laborales. “No es de recibo que la doctrina sobre los derechos fundamentales se muestre del todo insensible y ajena a los cambios tecnológicos, como si en nada estuviera comprometida la Constitución. No puede soslayarse el empleo y los efectos del uso de las nuevas tecnologías por parte del empresario para potenciar sus cauces de vigilancia y control (refiriéndose a las SSTC 241/2012, de 17 de diciembre, y 39/2016, de 3 de marzo) o, como ahora, para lograr una directa repercusión en la efectividad de los derechos fundamentales, con finalidad de bloqueo de la finalidad que procura su consagración constitucional”.

El voto particular defiende que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional tiene que actualizarse para hacer frente a los nuevos desafíos que las nuevas tecnologías y su uso por parte del empresario suponen para la efectividad de los derechos fundamentales. Se requieren “respuestas constitucionales también nuevas, que garanticen la protección de

⁵⁵ También se pregunta por el modo de activar los emisores y, en concreto, el codificador B: “¿de oficio por Abertis, como sugieren las actuaciones de un día normal, o a instancia de Telemadrid, como se deduce de esas mismas actuaciones en día de huelga?”.

los derechos más esenciales de los trabajadores en un grado asimilable al que ofreció nuestra jurisprudencia en el pasado, cuando dichos medios tecnológicos carecían del desarrollo y de la potencialidad restrictiva con los que ahora cuentan”. Por el contrario, la sentencia aquí discutida “da la espalda, de manera insensible, a la cobertura constitucional y a la necesidad de adaptarla a las nuevas circunstancias, a la evolución de la realidad laboral por razón de las transformaciones que se producen en el marco de las relaciones de trabajo”, confirmando “la reducción progresiva de la tutela que el contratante débil en la relación laboral precisa de la norma fundamental”.

En definitiva, el Tribunal Constitucional en su sentencia 17/2017, basándose en el voto particular del Magistrado Desdentado Bonete de la STS de 5 de diciembre de 2012, acaba por validar el uso de tecnología preexistente en la empresa, aunque a través de un procedimiento diferente, para mantener la producción en la empresa durante la huelga. Surge así una cierta defensa del empresario, con la potestad de utilizar los medios a su alcance, frente al derecho fundamental a la huelga⁵⁶, a pesar de que ello suponga la mitigación de los efectos y el vaciamiento del derecho a la huelga. Así, la STC 17/2017 “para nada ha tenido el efecto vinculado de anestesiar o de prevalecer sobre el poder de dirección del empresario” la huelga, ya que este poder ha sido utilizado “con la única finalidad de minimizar o, como ocurre en este caso, eliminar la presión que ejercen los trabajadores huelguistas”⁵⁷.

4.5. Las sentencias posteriores a la última interpretación restrictiva del Tribunal Constitucional

La primera de las sentencias, salvo error, que aplica (o se refiere) a la doctrina constitucional sentada en la STC 17/2017, de 2 de febrero, es la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3166). En dicha sentencia se resuelve un supuesto de una huelga en el marco de un procedimiento de despido colectivo, en la que los trabajadores huelguistas son sustituidos por un programa informático de la empresa principal que redirige las llamadas (el trabajo) a otras empresas contratistas en función del tiempo de espera. En resumen y según la crónica judicial de instancia: “1º El dispositivo automático al que se achaca la vulneración del derecho de huelga estaba creado por la empresa principal [VODAFONE], no por INDRA [la empresa en la que se convoca la huelga], para distribuir los requerimientos entre los subcontratistas. 2º Dicho dispositivo estaba establecido de manera general en respuesta a los picos de demanda. 3º Se trata de un sistema de reparto de llamadas (entre las contratistas), que viene operando con carácter previo a la huelga de la contratista INDRA”.

En este sentido, el Tribunal Supremo entiende que no se ha lesionado el derecho de huelga al no existir prueba alguna de dicha lesión. Lo más significativo es que indica que “no ha quedado acreditado que las empresas activasen estrategia o tecnología específica para boicotear la huelga”, aunque también indica que “en todo caso, la doctrina de la STC 17/2017 (Telemadrid) aleja la sombra de la aludida vulneración”⁵⁸.

En cambio, el auto del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2020 (JUR 2020\282885) inadmite el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto frente a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de marzo de 2019 (rec. 6531/2018), en la que se confirma la sanción impuesta por la

⁵⁶ Escribano Gutiérrez, J., “Derecho de huelga, ‘ius variandi’ y esquirolaje tecnológico”, *Temas Laborales* 139/2017, p. 227.

⁵⁷ Monereo Pérez, J.L., “La garantía constitucional del derecho de huelga y su función en nuestro tiempo”, *Revista de Derecho del Trabajo* 40/2023, p. 57.

⁵⁸ Sobre el significado de esta enigmática expresión del Tribunal Supremo, véase, Álvarez Alonso, D., “Uso de medios técnicos y tecnológicos en caso de huelga”, op. cit., p. 435.

Inspección de Trabajo y Seguridad Social ante un supuesto que se podría encuadrar bajo la condición de esquirolaje tecnológico y comercial. En este auto se rechaza la contradicción entre la sentencia de suplicación y la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2017 (rec. 25/2017) al no concurrir las identidades que exige el art. 219 LRJS. En concreto, el Tribunal Supremo recoge que “en la sentencia recurrida lo probado es que Telefónica (empresa principal) atendía sus propias llamadas comerciales pero tenía contratada con Atento (contratista) el exceso de las mismas que no pudiera atender en tiempo; convocada huelga en Atento los días 15 y 24 de julio del 2014, se constata numéricamente que Telefónica asume esos días las tareas de atención al cliente que tenía contratadas con Atento, lo que permite entender al Tribunal que se ha vaciado de contenido el ejercicio de este derecho por trabajadores de Atento, lo que incumbe a las dos empresas”.

Asimismo, la sentencia del TS de 3 de febrero de 2021 (rec. 36/2019) califica la conducta de la empresa Ericsson durante la huelga como lesiva, al apreciar que la empresa siguió utilizando la herramienta corporativa de su propiedad para la gestión y administración de incidencias derivadas del servicio a clientes, pero a través de un proceso diferente. En concreto, en lugar de tramitar estas incidencias de la misma forma que antes de comenzar la huelga, es decir, desde un centro localizado en Bucarest (Rumanía), la empresa optó por “despachar los casos a una contrata llamada Zener que no suelen realizar trabajos en estos centros de trabajo”. Lo relevante de esta sentencia es que se atribuye a la empresa la responsabilidad de que los medios técnicos de su propiedad sean utilizados de una forma respetuosa con el derecho de huelga⁵⁹.

Otra sentencia que califica un supuesto de esquirolaje tecnológico como vulnerador del derecho de huelga es la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 15 de noviembre de 2019 (AS\2020\1098), con cita en las SSTs de 20 de abril de 2015 y de 5 de diciembre de 2012. En dicha sentencia se estima el recurso interpuesto por los demandantes contra la sentencia de instancia puesto que, si bien no hubo esquirolaje, ni interno ni externo, sí que se produjo un esquirolaje tecnológico, ya que el traslado de los equipos y maquinaria de la empresa afectada por la huelga a otra empresa subcontratada con el fin de realizar las tareas impidió que la huelga afectase negativamente a la empresa en cuestión. Además, sin que tenga relevancia que dichas tareas hubiesen sido subcontratadas con anterioridad a la huelga, porque para llevarlas a cabo se utilizaron medios técnicos inusualmente empleados por la empresa para garantizar la producción, reduciendo así seriamente el perjuicio lícito que la huelga pretendía provocar, en cuanto a que los trabajadores huelguistas dejaron de ser necesarios para la empresa al no tener acceso a tales máquinas. El Tribunal entiende que “no estamos hablando de exigir al empresario que colabore con el éxito de la huelga, ya que no sólo ha tenido una conducta de omisión sino que ha realizado una conducta positiva de traslado de una maquinaria y equipos, que nunca anteriormente se habían trasladado”. Esta sentencia del TSJ de País Vasco es recurrida en casación para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo, siendo dicho recurso inadmitido por falta de contradicción mediante auto de 12 de enero de 2021 (JUR\2021\46734).

Entre la doctrina judicial también destaca la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 19 de octubre de 2020 (AS 2021\284)⁶⁰, por medio de la cual se declara contrario al derecho de huelga, por vaciar su contenido esencial, la elaboración por parte

⁵⁹ Ruiz Saura, J.E., “Huelga y nuevas tecnologías: la encrucijada de un derecho fundamental”, op. cit., pp. 197 y 198.

⁶⁰ Con anterioridad a la STC 17/2017, de 2 de febrero, destaca la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 29 de abril de 2014 (AS 2014\1291) por la cual se entendió como lesiva del derecho de huelga la conducta de maquetar automáticamente el periódico a través de medios tecnológicos.

de la empresa principal de un plan de contingencia durante la huelga, consistente en el desvío automático de todas las llamadas del servicio de atención al cliente de la empresa empleadora en huelga a otras empresas contratistas diferentes. Un plan que iba más allá de los términos en los que se desenvolvían regularmente las contrataciones de servicios formalizadas con cada una de las empresas contratistas, a diferencia de lo que ocurría en la STS de 13 de julio de 2017 (rec. 25/2017). Para este Tribunal no resulta aplicable la doctrina contenida en la STS de 16 de noviembre de 2016 (RJ 2016\6285) pues aquí no se acude a una tercera empresa, sino que se decide utilizar dispositivos tecnológicos a disposición de la empresa principal, con el fin de desviar llamadas a otras empresas ya contratadas para otros servicios diferentes, excediendo de los términos ordinarios de ejecución de las respectivas contrataciones de servicios. Para esta Sala más bien el supuesto enjuiciado se asemeja a la STS de 20 de abril de 2015 (*Coca-Cola*), donde se puso en marcha un recurso productivo específico para contrarrestar la huelga, y a la STS de 13 de julio de 2017, donde se utilizó la siguiente conclusión para negar la lesión del derecho de huelga: “no ha quedado acreditado que las empresas activasen estrategia o tecnología específica para boicotear la huelga”.

5. CONCLUSIONES CRÍTICAS: PROBLEMAS APLICATIVOS DE LA DOCTRINA SOBRE LA SUSTITUCIÓN TECNOLÓGICA DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS HUELGUISTAS ANTE LAS NUEVAS FORMAS DE TRABAJO DE LA INDUSTRIA 4.0

La regulación de la figura del esquirolaje en el Derecho del trabajo español se encuentra obsoleta. No solo porque el art. 6.5 RDLRT únicamente se refiere a la prohibición de sustitución de las personas trabajadoras huelguistas por nuevos trabajadores contratados para el caso, a pesar de la expansión de la jurisprudencia a otros supuestos, sino porque la norma no prevé un tratamiento jurídico específico acerca de la utilización de medios técnicos, mecánicos o automáticos para continuar con la producción durante el periodo de huelga⁶¹. Es necesario, por tanto, una Ley Orgánica de Huelga que responda a los problemas del siglo XXI, ya que si bien la sustitución tecnológica de las personas trabajadoras huelguistas no era un asunto que se contemplara en 1977, en el corto y medio plazo resultará de plena actualidad⁶².

Mientras se espera la intervención legislativa, ha sido la jurisprudencia, tanto del TS como del TC, la que ha ido perfilando la figura del esquirolaje tecnológico. No obstante, no se trata de una cuestión cerrada ni acabada, ya que incluso parece haber sentencias con doctrinas contradictorias entre sí, como se ha podido comprobar. Además, no se han analizado todas las casuísticas que rodean a la sustitución tecnológica de los trabajadores huelguistas. Los pronunciamientos judiciales han venido refiriéndose en exclusiva al sector audiovisual (aunque las últimas sentencias se refieren a otros sectores, como el del *call center*), si bien previsiblemente en un futuro próximo, con el desarrollo y aplicación de programas informáticos, la robótica y la inteligencia artificial en la empresa, es muy probable que este tipo de conflicto se expanda al resto del sistema productivo⁶³.

⁶¹ Así define Aguilar de Castillo, M.C., “El uso de la tecnología y el derecho de huelga: realidades en conflicto”, *Labour & Law Issues* 4/2018, p. 25, al esquirolaje tecnológico con cita en Rota A., “La acción sindical en la sociedad altamente tecnológica. Una reflexión sobre el contexto italiano”, *Rvta. del Trabajo y de la Seguridad Social*, 420/2018.

⁶² Véase, la propuesta de *lege ferenda* de Tascón López, R., “Propuesta de regulación para el esquirolaje tecnológico en el contexto de una hipotética Ley orgánica de huelga”, *Documentación laboral*, N.º 121, 2020, p. 103.

⁶³ Sala Franco, T., “El esquirolaje tecnológico”, en VV.AA.: *Derecho del trabajo y nuevas tecnologías* (Monreal Bringsvaerd, E.J.; Thibault Aranda, J. y Jurado Segovia, Á., Coords.), Tirant lo Blanch,

En este sentido, esta última parte del trabajo se dedica a proponer una serie de criterios interpretativos, sobre la base de los distintos tipos de esquirolajes tecnológicos ya estudiados por la doctrina⁶⁴, en la idea de intentar resolver en qué supuestos la sustitución a través de medios técnicos o tecnológicos supone una vulneración del derecho fundamental a la huelga. No se trata de demonizar el uso de la tecnología durante la huelga, sino de encontrar una posición intermedia por la que ni toda suplantación o neutralización de la huelga pueda considerarse legítima, ni toda utilización de medios tecnológicos durante la huelga quede prohibida⁶⁵. Una delimitación entre el derecho de huelga y la libertad de empresa del empleador que deberá de estar guiada por la valoración en función del caso concreto, sin recurrir a reglas universales, y atendiendo a criterios de proporcionalidad⁶⁶. Además, dicha respuesta deberá de mostrarse a favor de la mayor amplitud posible del derecho de huelga y de la restricción del límite impuesto por el empresario a lo necesario, rechazando cualquier conducta empresarial destinada a vaciar el contenido esencial del derecho de huelga.

Así, el esquirolaje tecnológico externo, conocido como aquel por el cual se adquiere tecnología no existente en la empresa con anterioridad a la huelga con el fin de eliminar o contrarrestar sus efectos, supone una vulneración del derecho de huelga, ya que se trata de una conducta que está destinada a vaciar el contenido esencial de dicho derecho fundamental y, por ende, se puede aplicar de forma analógica la prohibición del art. 6.5 RDLRT⁶⁷. De hecho, la propia STC 17/2017 parece admitir este criterio cuando indica que los medios técnicos “no fueron adquiridos expresamente para hacer frente a los efectos de la huelga”⁶⁸.

En cambio, para el análisis del esquirolaje tecnológico interno, esto es, aquel que se produce a través de medios técnicos o tecnológicos preexistentes al momento de inicio de la huelga, deben de valorarse distintas circunstancias para calificar esta conducta como contraria al derecho fundamental de huelga.

Por un lado, debe de tenerse en cuenta si es necesaria la participación de otros trabajadores no huelguistas para el mantenimiento de la actividad productiva a través de la tecnología propia de la empresa. En este sentido, si las personas trabajadoras no huelguistas requeridas para dicho cometido realizan funciones distintas de las empleadas habitualmente en una situación de normalidad, estaríamos ante una situación de esquirolaje interno, que ya merece de por sí su reproche jurídico por contravenir el derecho de huelga (se ha definido como un esquirolaje mixto). Ahora bien, el debate está servido cuando los trabajadores no huelguistas realizan sus funciones habituales o no es necesario el concurso de otros trabajadores para mantener la producción, ya que esta se mantiene de forma automática a través de mecanismos sofisticados.

Para valorar la conducta empresarial destinada a organizar la producción durante la huelga con la ayuda de la tecnología y de otros trabajadores no huelguistas que desempeñan sus funciones propias, es necesario tener en cuenta si dichos medios técnicos se utilizan de forma habitual o extraordinaria en la empresa, o si se han utilizado conforme a su procedimiento ordinario. En mi opinión, en contra de lo que se

Valencia, 2020, p. 896.

⁶⁴ Clasificación elaborada por la doctrina científica, *vid.*, Tascón López, R., *El esquirolaje tecnológico*, op. cit., pp. 62-68 y Grau Pineda, C., *Los difusos contornos de la prohibición de esquirolaje*, op. cit., pp. 98-104.

⁶⁵ Álvarez Alonso, D., “Uso de medios técnicos y tecnológicos en caso de huelga”, op. cit., p. 438.

⁶⁶ Tascón López, R., *El esquirolaje tecnológico*, op. cit., pp. 91 y ss.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 64.

⁶⁸ Cordero Gordillo, V., “La sustitución de los trabajadores huelguistas por medios tecnológicos”, *Lex Social* 9/2019, p. 350.

deja entrever en la STC 17/2017, no sería respetuoso con el derecho de huelga la utilización de tecnología preexistente en la empresa conforme a un uso o procedimiento no habitual, en el sentido de que se haya modificado su procedimiento, intensificado su uso o ampliadas sus funciones para hacer frente a la huelga (criterio que se asume implícitamente en la STS de 13 de julio de 2017 y en los autos del mismo tribunal ya comentados⁶⁹). En este sentido, para autorizada doctrina científica existiría un paralelismo evidente con la doctrina del tradicional esquirolaje interno, pues en ambos casos la empresa estaría utilizando durante la huelga, ya sea a trabajadores no huelguistas o ya sea a medios técnicos, más allá de sus funciones habituales o condiciones técnicas⁷⁰.

Para el caso del esquirolaje tecnológico automático, esto es, el que se produce sin intervención humana, e incluso para el esquirolaje tecnológico interno según procedimiento tecnológico ordinario con ayuda de trabajadores no huelguistas en sus funciones habituales, que podría entenderse en ciertos supuestos legítimo, debería de valorarse por parte de los tribunales el nivel de seguimiento de la huelga con el fin de posibilitar el ejercicio del derecho de huelga en aquellos sectores en los que, por su nivel de digitalización, sea imposible conceder la eficacia que la doctrina constitucional reconoce a tal derecho fundamental⁷¹. Algunas propuestas han situado la solución a esta problemática en la negociación colectiva, como vía para limitar el uso de mecanismos tecnológicos en aquellos supuestos en los que su utilización haga virtualmente ineficaz cualquier intento de huelga en una determinada empresa o sector⁷². Todo ello sin perjuicio de que sea necesaria la supervisión de la tecnología por parte de la persona trabajadora durante su funcionamiento habitual, por razones de seguridad, y esta se obvie durante la huelga (esquirolaje automático), ya que nos encontraríamos ante una conducta ilícita⁷³.

Por otro lado, también cabe reflexionar en cuanto al momento en el que tenga lugar el esquirolaje tecnológico respecto a la convocatoria de huelga. En cuanto al esquirolaje “previo” o “diferido”, la programación por parte de un trabajador, sobre todo si es futuro huelguista, según indicaciones del empresario de un medio tecnológico o bien la realización de tareas a través de medios digitales (v.gr.: grabaciones de clases) con anterioridad al inicio de la huelga, con el fin de que tal mecanismo mantenga automáticamente la producción durante el parón, constituirá una conducta contraria al derecho fundamental de huelga, que incluso podría ir en la línea del supuesto ya estudiado por la doctrina judicial de realizar horas extraordinarias antes del paro⁷⁴. Del mismo modo, el esquirolaje tecnológico posterior podría resultar ilícito si, atendiendo a criterios de proporcionalidad, ha vaciado el derecho de huelga o, al contrario, ha supuesto un razonable ejercicio de las facultades organizativas del empresario para mitigar los efectos negativos de la huelga⁷⁵.

Como se ha podido comprobar, la conformación actual jurisprudencial del esquirolaje tecnológico en el panorama jurídico-laboral español es insuficiente, ya que existen numerosas situaciones que o bien no han sido tratadas, y no tardarán en trasladarse a la

⁶⁹ AATS de 8 de septiembre de 2020 (JUR 2020\282885) y de 12 de enero de 2021 (JUR\2021\46734).

⁷⁰ Sala Franco, T., “El esquirolaje tecnológico”, op. cit., p. 897.

⁷¹ Tascón López, R., *El esquirolaje tecnológico*, op. cit., pp. 100-103.

⁷² Tascón López, R., “Propuesta de regulación para el esquirolaje tecnológico en el contexto de una hipotética Ley orgánica de huelga”, op. cit., p. 103.

⁷³ Cordero Gordillo, V., “La sustitución de los trabajadores huelguistas por medios tecnológicos”, op. cit., p. 351.

⁷⁴ Todolí Signes, A., “El esquirolaje tecnológico como método de defensa ante una huelga”, op. cit., pp. 4 y 5.

⁷⁵ Tascón López, R., *El esquirolaje tecnológico*, op. cit., p. 104.

realidad, o bien no han recibido la adecuada protección. Es más, ante las nuevas formas de trabajo propias de la Cuarta Revolución Industrial, como el teletrabajo o el trabajo en plataformas digitales, esta regulación presenta dificultades, no solo a nivel del esquirolaje tecnológico, sino incluso en materia del esquirolaje “tradicional” externo e interno. La dispersión geográfica y el aislamiento que sufren estos trabajadores, a causa de una técnica de descentralización productiva llevada al máximo, imposibilita que se pueda realizar un control sobre los trabajadores sustitutos, tanto externos como internos, de las personas trabajadoras huelguistas⁷⁶. Y mucho más se dificulta que los trabajadores puedan comprobar si el empresario está recurriendo a medios tecnológicos nuevos o haciendo un uso desviado de los preexistentes para paliar o mitigar los efectos de la huelga. Una huelga que en el caso de los trabajadores de plataformas se ejercita a través de las “huelgas de desconexión”⁷⁷.

En definitiva, si se quieren cumplir con los postulados de Isaac Asimov, en cuanto a que la tecnología debe de quedar al servicio del ser humano, el Derecho del Trabajo debe de visitar la regulación de la sustitución tecnológica de las personas trabajadoras huelguistas con el fin de garantizar el derecho fundamental a la huelga, huyendo de la “intangibilidad del poder tecnológico como parte integrante del derecho de libertad de empresa”⁷⁸.

⁷⁶ De ello alerta Cordero Gordillo, V., “La sustitución de los trabajadores huelguistas por medios tecnológicos”, op. cit., p. 352 y Valle Muñoz, F.A., *Los derechos colectivos en las nuevas formas de trabajo tecnológico*, Bomarzo, Albacete, 2021, *passim*.

⁷⁷ Ruiz Saura, J.E., “Huelga y nuevas tecnologías: la encrucijada de un derecho fundamental”, op. cit., pp. 204-207.

⁷⁸ Aguilar del Castillo, M.C., “El uso de la tecnología y el derecho de huelga: realidades en conflicto”, op. cit., p. 28.