

LAS MEDIDAS DE CONFLICTO COLECTIVO EN EL NUEVO ENTORNO ECONÓMICO Y SOCIAL

Fco. Javier Calvo Gallego

Catedrático de Universidad

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla

Proyecto PID2022-141201OB-comiI00

1 INTRODUCCIÓN: TODO CAMBIA... MENOS LA REGULACIÓN.

Cualquier reflexión general sobre la situación actual en España de las medidas de conflicto colectivo, y entre ellas, obviamente, del derecho de huelga, tiene que partir de un dato que no por conocido, resulta menos sorprendente: el hecho de que transcurridos ya cerca de cuarenta y cinco años desde la entrada de en vigor de nuestra Constitución, la huelga siga siendo -y desgraciadamente, parece que seguirá siéndolo- uno de los pocos, o prácticamente el único de los derechos fundamentales -interpretados estos en su acepción más estricta y limitada- que sigue careciendo de un desarrollo orgánico¹. A pesar de algunos intentos y diversas propuestas en este ámbito, la regulación de este derecho sigue sustentándose básicamente sobre una norma preconstitucional, percibida en su momento como un marco meramente transitorio, y que, tampoco debe olvidarse, abordaba la regulación de este derecho desde una perspectiva tan restrictiva y arcaica² que tuvo que ser objeto de una extensa “adecuación” constitucional por una sentencia que, aun siendo fundamental, tiene también –no debe olvidarse- más de cuarenta años.

Esta anomalía normativa resulta por sí misma ciertamente grave y disfuncional³. Pero aún lo es más si recordamos las profundísimas alteraciones que han sufrido todos y cada uno de los elementos de nuestro sistema de relaciones laborales, en especial durante estos últimos treinta años. Anclada en el tiempo, y ante la indiferencia o incapacidad del legislador, esta normativa habría visto así pasar, aparentemente impertérrita, cambios profundísimos en los sujetos, en la ideología y en el contexto que caracteriza nuestro modelo de relaciones laborales; un modelo que no solo habría transitado de un esquema corporativo y autoritario a un modelo pluralista y democrático, sino que, además, se habría debido enfrentar a toda una nueva revolución industrial con su correlativo

¹ Véase, en este mismo sentido, TASCÓN LÓPEZ, R., *El esquirolaje tecnológico*, Aranzadi, 2018, p. 25. De “última ley constitucional pendiente” habla, por ejemplo, DE LOS COBOS ORIHUEL, F. “Insuficiencias de la actual regulación jurisprudencial del derecho de huelga”, en AAVV., *Controversias vivas del nuevo Derecho del trabajo*, (dir. BORRAJO DACRUZ, E.), La Ley, Actualidad Laboral, 2015, p. 17.

² Sobre las carencias de aquella regulación y su parentesco con el anterior Decreto-ley de 1975, ya alertaba, por ejemplo, DURÁN LÓPEZ, F., “La nueva regulación de la huelga y el cierre patronal”, en *Revista de Política Social*, 1977, n. 115, en especial, p. 79

³ De problema crónico, por ejemplo, hablaba, hace ya casi catorce años, CASAS BAAMONDE, M.E. “25 años de jurisprudencia constitucional social: huelga en servicios esenciales y responsabilidad política”, en *Relaciones Laborales*, 2010, núm. 23/24, Año XXVI, Tomo 2, (LA LEY 15178/2010). Más recientemente, y de forma aún muy gráfica, TASCÓN LÓPEZ, R., *El esquirolaje...*, cit. p. 25 se refiere a esta situación como “la mayor anomalía regulatoria del ordenamiento laboral español”. De hecho, el propio Tribunal Constitucional ha señalado expresamente los “múltiples problemas” que “la falta en la actualidad de dicha ley lógicamente plantea” -STC 123/1990, de 2 de julio (BOE núm. 181, de 30 de julio de 1990, ECLI:ES:TC:1990:123) o STC 191/2006, de 19 de junio, (BOE núm. 172, de 20 de julio de 2006, ECLI:ES:TC:2006:191)-. En esta misma línea, DE LOS COBOS ORIHUEL, F. “Insuficiencias...”, cit., p. 18.

impacto en las estructuras de las empresas, en la forma de trabajar y, consiguientemente, en el modo de desarrollar la actividad sindical.

Por todo ello, la primera conclusión y, a la vez, el punto de partida de toda esta reflexión resulta evidente y, al mismo tiempo, llamativo: durante estos últimos cuarenta y cinco años todo habría cambiado en nuestro sistema de relaciones laborales, menos, paradójicamente, el marco legal de las principales medidas de conflicto colectivo y, destacadamente, de la huelga.

La consecuencia, como decimos, es que una legislación inicialmente desfasada y extraordinariamente restrictiva, que situaba originalmente el ámbito natural del conflicto en cada centro de trabajo, que obviaba como titulares de este derecho a las organizaciones sindicales -pendientes, recuérdese, de la aún no aprobada Ley de Asociaciones Sindicales- y que partía, por señalar solo algunos rasgos, de unas formas de ejercicio y de unas finalidades lícitas ciertamente limitadas -propias, todas ellas, de un modelo difícilmente admisible en el nuevo marco establecido por nuestra Constitución-, se habría convertido en la base sobre la que nuestra jurisprudencia habría tenido que realizar un meritorio y continuo proceso de “actualización” y de adaptación de la misma, no solo a un nuevo modelo de Estado y de relaciones laborales, sino también a fenómenos o nuevas realidades que aquella norma, obviamente, ni tan siquiera podía prever⁴.

Piénsese, por señalar solo algunos ejemplos, en el impacto sobre la huelga y en general sobre las distintas medidas de conflicto colectivo de las nuevas formas de organización empresarial, en las que los procesos de descentralización y reorganización empresarial deslocalizan en muchas ocasiones al empresario formal de aquella entidad que posee realmente el poder sobre las cuestiones en conflicto; en las que la propia producción puede trasladarse de una a otra localización dentro del grupo o de la red de forma casi instantánea; en las que el simple algoritmo permite trasladar carga de trabajo de una a otra empresa subcontratista, con independencia de la causa que justifica la inactividad en una de ellas; o en las que la progresiva incorporación a la actividad laboral de las nuevas tecnologías plantea si y hasta qué grado pueden usarse estos mismos medios tecnológicos para reducir o minimizar la acción colectiva por parte del empleador. Y todo ello sin olvidar las dificultades que para este mismo marco normativo tradicional plantea la aparición de nuevas formas de articulación del trabajo productivo en las que la dependencia pasa de ser un dato jurídico a ser ahora solo una cuestión económica; en la que la actividad puede desarrollarse básicamente a distancia, sin relación física entre los compañeros; en la que colectivos hasta ahora más o menos homogéneos como los autónomos se fraccionan en realidades enormemente diversas, o, por señalar solo un último ejemplo, en la que la empresa pretende ser tan solo un mecanismo de intermediación entre consumidores y “*partners*” o “proveedores” bajo el paraguas de un, en muchas ocasiones, oscuro algoritmo.

Pues bien, si a todo ello unimos los problemas generados por la integración europea y la coordinación de este derecho con las tradicionales libertades económicas comunitarias, o recordamos aquellos supuestos en los que la huelga se convierte en un vehículo de expresión y reclamación social de colectivos o grupos sociales postergados o desfavorecidos que desbordan el campo laboral o incluso la articulación exclusivamente sindical, tendremos, en definitiva, un marco tan complejo y abigarrado que inevitablemente ha convertido esta materia en un auténtico semillero de problemas, no solo para nuestros distintos tribunales, sino también para otros órganos como el

⁴ Sobre este factor como agravante en la visión restrictiva de la huelga véase, por ejemplo, BAYLOS GRAU, A. “Huelga y conflicto en una nueva transición constituyente”, *Gaceta Sindical*, 2014, núm. 23, p. 286.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea o el propio Comité Europeo de Derechos Sociales.

En definitiva, en este marco tan complejo y abigarrado, el presente trabajo tan solo persigue señalar -repito, dado su carácter de presentación del resto de intervenciones- algunas de estas nuevas realidades para concluir planteando la necesidad, quizás, de apoyar una visión más actualizada de este derecho de huelga y de su contenido esencial; una visión que no focalice este contenido en las facultades “tradicionales” que hicieron reconocible históricamente este derecho, sino en aquellas otras cuya tutela resulta necesaria para la protección del interés que subyace en el fondo de una institución que, tampoco debe olvidarse, no es solo uno de los pilares esenciales de nuestro Estado Social, sino también un instrumento básico para la realización y el goce efectivo de buena parte de los derechos sociales de una cada vez más amplia capa de la población. Pero no adelantemos acontecimientos.

2 ACCIÓN COLECTIVA Y SU “NUEVA” PERSPECTIVA POR LOS AGENTES SOCIALES: ALGUNOS DATOS.

Por ahora me interesa comenzar señalando cómo uno de los primeros cambios que sin duda aprecia todo investigador que se aproxima a esta realidad se centra en la llamativa alteración de la perspectiva con la que nuestros sindicatos, pero también nuestros propios empresarios, abordan y utilizan en general las medidas de acción colectiva contempladas por el RDLRT: esto es, básicamente la huelga y el cierre patronal.

En este sentido, y por lo que se refiere en primer lugar a las organizaciones sindicales, este cambio debe enmarcarse lógicamente en las conocidas dificultades a las que se enfrenta la acción sindical y el sindicalismo clásico o tradicional ante el nuevo contexto derivado de la crisis económica y de la transformación productiva y digital de nuestras empresas.

Aunque obviamente no es este el tema de mi intervención, no es posible olvidar aquí las dificultades para potenciar la afiliación, la densidad y, por tanto, la presencia sindical de nuestras organizaciones más tradicionales en los nuevos colectivos como los jóvenes, los autónomos económicamente dependientes, las personas de alta cualificación, o en sentido diametralmente opuesto, el cada vez más amplio precariado⁵. Como se ha señalado en múltiples ocasiones, los sindicatos tradicionales europeos no solo están teniendo en general dificultades para que la afiliación evolucione en línea con las tasas de empleo, sino que también están sufriendo un conocido proceso de envejecimiento, en el que la edad media de los afiliados sigue creciendo mientras se reduce la afiliación de los colectivos más jóvenes. Si a todo ello unimos las dificultades para movilizar a segmentos de la población con escasa capacidad de resistencia y los conocidos problemas para alcanzar a nuevos segmentos y sectores productivos, especialmente en empresas, cada vez más frecuentes, de pequeñas dimensiones, y en sectores altamente tecnológicos y de alta cualificación, tendremos un escenario cuanto menos difícil y que ha llevado a algunos investigadores⁶ a plantear escenarios casi lúgubres, que hablan, a mi juicio de forma quizás algo exagerada, o bien de un camino hacia la extinción de las organizaciones sindicales clásicas; de una segmentación y dualización del movimiento sindical, o incluso de una sustitución de este sindicalismo tradicional por otro tipo de movimientos sociales⁷. Por ello, lo que sí resulta evidente es la necesidad (HYMAN) de

⁵ Se toma el término de STANDING, G. *El precariado. Una nueva clase social*, Pasado y Presente, 2013.

⁶ Véase, más ampliamente el interesante estudio de VANDAELE, K. *Un futuro sombrío: estudio de la afiliación en Europa desde 2000*, Fundación 1º de mayo, Colección Informes, núm. 143, Madrid, 2019; HYMAN R. (2007) “How can trade unions act strategically?”, *Transfer*, 2007, Vol. 13 (2), p. 193 y sig.

⁷ Baste pensar, en este sentido, en la aparición de nuevos sindicatos o agrupaciones fundamentalmente

que nuestros sindicatos actúen como “organizaciones que aprenden”, y que por tanto sean capaces de renovarse y revitalizarse, ajustando sus fines (aún hoy) ciertamente necesarios, a esta nueva realidad social diversificada y a las necesidades de los distintos tipos de ocupados, priorizando aquellos sectores de nueva aparición y utilizando las nuevas tecnológicas para interiorizar y defender las aspiraciones de estos grupos en el nuevo contexto tecnológico y social⁸.

Pues bien, en este nuevo contexto, parece obvio el cambio de perspectiva con el que nuestras principales organizaciones sindicales han abordado la utilización del derecho de huelga.

En este sentido, es bien conocido, en primer lugar, como en el momento de aprobación del RDLRT, la huelga era percibida como un instrumento de reacción casi automática, inmediata e incluso preventiva ante cualquier conflicto jurídico, o, sobre todo, de intereses suscitado durante aquellos tormentosos años de la transición. Quizás como reacción ante la larga prohibición de este derecho, y desde luego ante la ausencia de cauces o instrumentos aceptados por ambas partes para la composición autónoma de intereses, lo cierto es que en los primeros años de la transición democrática la mayor parte de nuestras organizaciones sindicales asumieron el recurso a la huelga como una vía normal o incluso usual de la acción sindical. Y todo ello, en segundo lugar, en un contexto en el que estos mismos sindicatos -ya fuera directamente, o a través de sus representantes unitarios- reaccionaron frente a las múltiples cortapisas formales que caracterizaron el lento pero progresivo reconocimiento de la huelga durante los últimos estertores del régimen franquista, rechazando vehementemente la implantación de posibles sistemas de solución de conflictos establecidos legal o administrativamente, y reclamando, por tanto, y como decimos, un acceso rápido, fácil y sin mayores cortapisas o limitaciones a este nuevo derecho fundamental.

Pues bien, frente a esta perspectiva, parece evidente que en la actualidad nuestros sindicatos han optado, en primer lugar, por asumir paulatinamente un uso mucho más selectivo de la huelga, en el que, sin olvidar su papel fundamental en la acción sindical, se potencia un uso más reflexivo y pausado de la misma; un uso, como decimos, en el que la huelga aparece en múltiples ocasiones como la última ratio frente a otras herramientas de presión y reivindicación relativamente novedosas y menos costosas como las bajas generalizadas, supuestos de no colaboración o las denuncias ante el público o clientes de la falta de responsabilidad social del empleador⁹ –la batalla de la imagen- y que permiten reducir el coste de la presión colectiva buscando el apoyo de los poderes públicos, en especial ante la escasa capacidad de resistencia de un colectivo cada vez más amplio de precariado¹⁰. Y, todo ello, claro está, en un marco caracterizado, finalmente, por un uso intenso y efectivo de los procedimientos de solución autónoma de conflicto, de cuyo éxito, ya nadie duda en estos momentos.

Las razones de este cambio, al menos en mi opinión, son múltiples y sinérgicas. En primer lugar, el paulatino pero imparable establecimiento de cauces estables de

conformadas profesionalmente y que paradójicamente han tenido una especial relevancia en algunos de los conflictos más mediáticos (*kellys, riders...*) de estos últimos años. Para un desarrollo más amplio de estas ideas nos remitimos al interesante trabajo de RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., “Organización y acción sindical ante la revolución tecnológica”, en *Teoría y Derecho*, 2018, núm. 23, p. 74 y sig.

⁸ Se comparten, por tanto, las conclusiones de VANDAELE, K. *Un futuro sombrío...*, cit., p. 39.

⁹ Sobre los límites a estas denuncias puede consultarse la interesante STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 172/2017, de 28 febrero (núm. 103/2016, ECLI: ECLI:ES:TS:2017:989) en el que se destaca la necesidad de valorar las posibles expresiones sindicales en el concreto marco del conflicto en el que se exteriorizan.

¹⁰ Sobre la importancia de estos instrumentos en el nuevo contexto véase, por ejemplo, GOERLICH PESET, J.M. “Digitalización y derecho de huelga”, en *Temas Laborales*, 2020, núm. 155, p. 100-101.

participación, aunque también de progresiva relación y conocimiento entre los agentes sociales -de los que el CARL es sin duda un auténtico paradigma-, con todo lo que ello supone de cauces personales y de vínculos de confianza y comprensión entre las partes; la maduración, en segundo lugar, del sistema y la consiguiente profundización en unas relaciones laborales más participadas, en las que la gestión permanente del convenio se convierte en un instrumento esencial que fragmenta y permite soluciones consensuadas a problemas que ya no se acumulan para ser solventados, todos ellos de forma integrada, en un plazo muy limitado de tiempo. En tercer lugar, la progresiva percepción de los altos costes que para ambas partes, y en especial para los propios trabajadores, conlleva la huelga. O en cuarto y último lugar, un cierto temor sindical -por qué no reconocerlo- a una eficacia más limitada o reducida de la misma ante colectivos cada vez más precarios, y en ocasiones menos solidarios.

Todos estos factores, en definitiva, han ido generando, como decimos, un lento pero evidente cambio de orientación de una parte significativa o incluso mayoritaria de nuestros sindicatos; un cambio de orientación en el que si bien se sigue percibiendo la huelga como un instrumento fundamental de la acción sindical, se tiende a resituar su utilización inmediata o casi automática, potenciando previamente la utilización, incluso obligatoria, de sistemas autónomos de solución de conflictos.

Esta nueva perspectiva, que seguramente será analizada en otra ponencia de estas mismas jornadas, es fácilmente constatable analizando, por ejemplo, el establecimiento casi generalizado de cláusulas de mediación obligatoria en los principales sistemas autónomos y extrajudiciales que los agentes sociales han ido construyendo a lo largo de toda la geografía española¹¹. Los viejos mecanismos públicos se han visto así sustituidos por mecanismos autónomos, dando un nuevo sentido a los límites formales para la convocatoria de la huelga, o permitiendo dar una mayor lógica al sistema de fijación de servicios de mantenimiento, al menos tal como fueron diseñados por nuestra jurisprudencia constitucional y, desarrollados más tarde, por la doctrina del orden social. Y esta nueva realidad no solo se deduce de un mero dato normativo. Esta misma conclusión puede extraerse de las propias estadísticas sobre esta materia. Baste recordar, por ofrecer solo algunos datos, como según las cifras facilitadas por el propio SIMA, la mediación en supuestos de huelga dentro de este sistema habría pasado de suponer un tipo casi marginal de procedimiento, en un entorno de entre el 0 al 3% del total entre 1998 a 2009, a suponer entre un 11 y un 20 % de los expedientes tramitados por el SIMA durante estos últimos años. Y algo similar se aprecia si se analizan otras variables como el número de horas de huelga que finalmente no se habrían producido gracias a estas mismas actuaciones. En este sentido, nos limitaremos a mencionar aquí, por señalar nuevamente solo un ejemplo, como según sus propios datos, en el ámbito

¹¹ Véase, por ejemplo, el artículo 13.6 del VI Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (Sistema Extrajudicial) publicada por la Resolución de 10 de diciembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo -BOE» núm. 334, de 23 de diciembre de 2020-; artículo 23.4 del Reglamento de Funcionamiento y procedimiento del SERCLA (BOJA n. 77 de 25 de abril de 2016): “Las partes firmantes del Acuerdo Interprofesional, citado en el artículo 1 de este Reglamento, se comprometen a iniciar las actuaciones contenidas en el apartado 1 del presente artículo en todos los casos en que ellos sean convocantes de una huelga” y aún más claramente el art. 13.6 y 19.3 del VI Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (Sistema Extrajudicial). En relación con la generalización de estas exigencias véase, por ejemplo, MORENO VIDA, M.N., “Sobre la mediación extrajudicial previa como presupuesto de validez de la huelga y la ilegalidad de las huelgas novatorias”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 2008, núm. 12, paraf. 41/2008 (BIB\2008\2136). Sobre los efectos del incumplimiento de estas obligaciones véase, por ejemplo, SSTSJ de C. Valenciana, núm. 334/2008 de 6 febrero (Recurso de Suplicación núm. 4426/2007, AS 2008\965); STSJ Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 1621/2009 de 9 diciembre. (ECLI: ECLI:ES:TSJCL:2009:7520; Recurso de Suplicación núm. 1621/2009).

andaluz el SERCLA habría evitado, solo en los ocho primeros meses de este año 2023, la “pérdida” -y es llamativo el término utilizado en un órgano colegiado- de cerca un millón ochocientas mil horas de trabajo, estimándose en cerca de 47 millones de horas las recuperadas a lo largo de toda su historia.

Sea como fuese, nos interesaría terminar esta necesariamente breve introducción señalando otra cuestión, a mi juicio también clara, pero en ocasiones olvidada y ligada al otro polo de la relación laboral: esto es, el dato, en mi opinión indiscutible, de la pérdida absoluta de centralidad del cierre patronal como medida de reacción empresarial ante el conflicto¹². En este punto, es indudable que seguramente por simple tradición histórica, tanto el RDLT como incluso la propia Constitución situaron al cierre patronal como la medida de conflicto empresarial por antonomasia, interpretándola como antítesis de la propia huelga y epicentro empresarial de estas acciones.

El problema es que la propia concepción del cierre en la jurisprudencia constitucional, básicamente como mecanismo de mera policía, supuso un grave golpe a la perspectiva histórica o tradicional del mismo, al prohibir los cierres ofensivos o sectoriales. Y esta misma postergación o pérdida de importancia o centralidad se ha ido incrementando con el paso del tiempo, dando lugar a una dinámica empresarial en la que, lejos de plantearse este cierre como medida estrella de la acción colectiva del empleador, se han ido potenciando otras medidas empresariales destinadas, básicamente, a limitar el impacto sobre la producción o sobre el propio servicio por parte de la huelga¹³.

De hecho, basta analizar los propios repertorios de jurisprudencia -reflejo, al fin y al cabo, de lo que ocurre en la realidad- para constatar como los mecanismos de conflicto empresariales han ido girando cada vez más hacia la defensa de la producción y hacia la búsqueda de una minimización de los efectos o incluso de la propia visibilidad social de la huelga¹⁴. Y ello, como decimos, ya sea intentando restar apoyos a la misma mediante, por ejemplo, una singular utilización de la “política de información de la empresa” en el marco de estos conflictos¹⁵, ya sea, desde otra perspectiva, buscando reducir sus efectos, mediante, por ejemplo, una utilización “amplia” de instituciones limitadoras de su participación como los servicios esenciales o los de mantenimiento; o, finalmente, acudiendo al traslado de partes de actividad otras empresas del grupo o de sustitución de huelguistas por medios tecnológicos, reactivando el viejo problema del “esquirolaje” tan desfasadamente regulado en el anacrónico RDLRT¹⁶. Y todo ello, claro está, sin

¹² Véanse en este sentido las acertadas reflexiones de SANGUINETI RAYMOND, W. *Los empresarios y el conflicto laboral (del cierre a la defensa de la producción)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 38 y sig.

¹³ Véase, por mencionar solo un ejemplo, GRAU PINEDA C., *Los difusos contornos de la prohibición de esquirolaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 28-29. De hecho, no deja de ser llamativo como, de acuerdo con los sucesivos Anuarios de Estadísticas Laborales, desde el año 2014 al 2022 no existe, salvo error u omisión por mi parte, constancia administrativa alguna de la realización de cualquier cierre patronal. En este sentido, y repito, salvo error u omisión por mi parte, el último año en el que sí existen datos fue 2013 con 4 cierres patronales.

¹⁴ Un estudio de estos mecanismos en SALA FRANCO T., LÓPEZ GARCIA DE LA RIVA I., *Los mecanismos empresariales de defensa frente a la huelga*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; SALA FRANCO T., “Los mecanismos empresariales frente a una huelga”, en AAVV., *Controversias vivas del nuevo Derecho del trabajo*, (dir. BORRAJO DACRUZ, E.), La Ley, Actualidad Laboral, 2015, p. 35 y sig.

¹⁵ Sobre el tema me remito por brevedad a lo que en su momento señalé en “Las comunicaciones empresariales a la plantilla en situaciones de conflicto”, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*. 2017, núm. 199. Para una posición y perspectiva distinta LÓPEZ GARCÍA DE LA RIVA, I. “Valoración jurisprudencial reciente de decisiones empresariales de anuncio y ejecución de medidas extintivas como consecuencia de la huelga”, en AAVV., *Controversias vivas del nuevo Derecho del trabajo*, (dir. BORRAJO DACRUZ, E.), La Ley, Actualidad Laboral, 2015, p.55 y sig.

¹⁶ Un ejemplo de utilización conjunta de diversas vías -ius variandi, poderes empresariales y

olvidar la posibilidad de que la utilización del *big data* y de sistemas de análisis de la “reputación de los trabajadores” a través, por ejemplo, de sus redes sociales no profesionales, permitan revitalizar las viejas listas negras por el desarrollo de la actividad sindical, ahora blanqueadas por la referencia a un simple algoritmo que en ocasiones pretende funcionar como una “caja negra”¹⁷.

En cualquier caso, y más allá de señalar esta lógica, lo que sí nos interesa resaltar aquí es que, paradójicamente, esta perspectiva de actuación empresarial vuelve o incluso reafirma a la huelga como clave central de todas las medidas de conflicto colectivo. Algo sobre lo que más tarde volveremos cuando analicemos el renacido papel de la huelga como instrumento de exteriorización de conflictos relativos a colectivos que no se identifican tanto como trabajadores, como con grupos sociales aparentemente postergados -mujeres, “pueblos o naciones oprimidas”¹⁸, etc.-. Pero no adelantemos nuevamente acontecimientos.

3 LA INCORPORACIÓN A LA UNIÓN EUROPEA Y SU “COORDINACIÓN” CON LAS LIBERTADES ECONÓMICAS.

Por ahora, y tras este breve marco general, me interesa retomar el elenco de “nuevas cuestiones” con las que durante estos cuarenta años ha tenido que enfrentarse el régimen jurídico de la huelga, recordando, en primer lugar, los efectos, a mi juicio ciertamente graves, que sobre el derecho de huelga y, en general, sobre los derechos de acción colectiva de trabajadores y sindicatos han tenido, no ya solo el proceso de internacionalización de nuestras empresas, sino también, y sobre todo, el proceso de integración de España en el ámbito de lo que hoy es la Unión Europea.

Centrándonos en esta última cuestión, y dejando a un lado el impacto que sobre los derechos sociales en general han tenido las políticas de “austeridad”, inspiradas desde la Unión Europea en base a unos procedimientos con reducida participación sindical¹⁹, seguramente lo llamativo, al menos a mi juicio, ha sido el impacto de esta integración sobre el propio régimen jurídico de la huelga y, en general, sobre las medidas de acción colectiva.

Este impacto podría parecer en principio sorprendente dado que la Unión carece y ha carecido tradicionalmente de competencias para apoyar y completar la acción de los Estados en relación con los derechos colectivos laborales y, más concretamente, en materia de derecho de huelga y de cierre patronal -hoy art. 153.5 TFUE-. Y, sin embargo, resulta igualmente evidente que esta incapacidad para abordar normativamente tales aspectos no ha significado que estos derechos hayan quedado en el extrarradio de la normativa europea, simplemente reconocidos como principios generales del Derecho de la Unión o como derechos fundamentales de la Carta Comunitaria. Muy al contrario, su posible conexión con otros ámbitos que sí son propios de la Unión europea, como el derecho de la competencia, o, lo que aquí más nos interesa, con las tradicionales libertades sobre las que se construyó el mercado común europeo -en especial con las de prestación de servicios transnacionales y la de establecimiento-, ha dado lugar a una jurisprudencia del Tribunal de Justicia

comunicaciones a la plantilla- en la reciente STS (Sala Social, Sección 1ª) núm. 273/2023, de 13 de abril (ECLI:ES:TS:2023; 1610).

¹⁷ Sobre esta posibilidad, nuevamente, GOERLICH PESET, J.M. “Digitalización y derecho...”, cit., p. 103.

¹⁸ Véase sobre este singular tipo de huelga la conocida STS (Sala de lo Social) núm 31/2020 de 15 de enero de 2020 (rec. núm. 166/2018, ECLI:ES:TS:2020:202).

¹⁹ Sobre estos mecanismos y la escasa participación inicial de las organizaciones sindicales véase, por todos, PÉREZ DEL PRADO D., *El impacto social de la gobernanza económica europea*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2021.

extraordinariamente polémica y cuyos ecos, aunque hoy en gran parte mitigados, ciertamente aún resuenan.

No voy a cansarles aquí analizando en profundidad una jurisprudencia bien conocida y que, como se recordará, focalizó durante los últimos años de la primera década de este siglo un enorme interés doctrinal²⁰. Por ello me limitaré a recordarles cómo, en un marco caracterizado por la ampliación hacia el Este en lo político²¹, y por la construcción de un mercado único de servicios en lo económico -recuérdese el texto inicial de la propuesta de Directiva Bolkestein-, el Tribunal de Justicia, partiendo del conocido carácter horizontal de estas libertades económicas, va a considerar, fundamentalmente en los asuntos Viking-Line²² y Laval et Partneri²³, ambos de diciembre de 2007²⁴, que las acciones colectivas destinadas a evitar o a limitar el ejercicio transnacional de los derechos de establecimiento o libre prestación de servicios podrían constituirían posibles restricciones a los mismos. O, en otras palabras, que las acciones sindicales destinadas a imponer la adhesión a un convenio colectivo del país de destino por encima de lo entonces establecido en la Directiva 96/71, o a evitar el cambio bandera de una embarcación hacia un país con menores estándares sociales, podrían hacer “menos atractivo” el ejercicio de aquellas libertades, limitando la ventaja competitiva que con estas acciones buscaba el empleador. De ahí que el Tribunal de Justicia no vaya a dudar en entrar a valorar la licitud de las mismas, a pesar, como decimos, de la reconocida ausencia de competencia directa de la Unión para su regulación.

En cualquier caso, lo que sin duda generó aún más polémica en relación con ambas resoluciones fue que al realizar este análisis y a pesar de sus aparentes esfuerzos dialécticos -que incluían el destacar la presencia de una finalidad social en la Unión, o el reconocimiento de estos derechos sociales como principios generales del ordenamiento comunitario, plasmados ya en la Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales-, el Tribunal no va a seguir -repito, al menos a mi juicio- una senda ni tan siquiera equidistante entre ambos grupos derechos, en un intento de garantizar una concordancia práctica entre los mismos²⁵. Muy al contrario, desde una perspectiva unidireccional, que

²⁰ Sobre el mismo, con amplia información bibliográfica a la que nos remitimos, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Libre prestación de servicios y Derecho colectivo de trabajo”, y CABEZA PEREIRO, J. “Huelga, conflicto colectivo y libertades comunitarias”, ambos en AAVV., *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al Profesor Gonzalo Diéguez* (coord. CABEZA PEREIRO, J., MARTÍNEZ GIRÓN, J), Laborum, Murcia, 2008, p. 19 y sig. y 57 y sig., respectivamente. Igualmente, sobre estos temas RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. “Libertades económicas y derechos sociales en la Unión Europea” en AAVV., *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa: XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2010, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Vol. 2, págs. 311 y sig.

²¹ Sobre la conexión de todo este debate con la “división” de Europa en dos partes claramente definidas y las ventajas competitivas que esta doctrina parecía pretender blindar, CABEZA PEREIRO, J. “Huelga, conflicto colectivo...”, cit., p. 59 y 60.

²² Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 11 de diciembre de 2007 (C-438/05), *The International Transport Workers' Federation y The Finnish Seamen's Union*, (ECLI:EU:C:2007:772),

²³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 18 de diciembre de 2007 (C-341/05), *Laval un Partneri*, (ECLI:EU:C:2007:809).

²⁴ Aunque desde una vertiente algo distinta, estas dos sentencias suelen completarse con la mención a otras dos resoluciones algo más tardías, las Sentencias del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 19 de junio de 2008 (C-319/06), *Comisión de las Comunidades Europeas contra Gran Ducado de Luxemburgo y (Sala Segunda) de 3 de abril de 2008 (C-346/06), Dirk Ruffert contra Land Niedersachsen*.

²⁵ A diferencia, por cierto, de lo ocurrido en otras resoluciones anteriores en las que las libertades comunitarias entraron en conflicto con otros derechos fundamentales como, por ejemplo, la libertad de manifestación. Véase en este sentido Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de junio de 2003 (C-112/00), *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge contra Republik Österreich*. Para el Tribunal en este caso sí resultó necesario “ponderar los intereses en juego y determinar, habida cuenta

pretendía asegurar ante todo la eficacia real de las libertades comunitarias -calificadas, estas sí, como “principios fundamentales de la comunidad” -, va a bordar estos derechos sociales de acción colectiva bajo la lógica y los requisitos generales de cualquier otra limitación a estas libertades económicas, olvidando, repito al menos en mi opinión, el carácter fundamental de los mismos y provocando con ello el establecimiento de límites novedosos y ciertamente duros a unos derechos fundamentales que quedarían así, por exigencia de la primacía comunitaria, extraordinariamente limitados, al menos en aquellas ocasiones en las que intentaran tutelar a los trabajadores afectados por el ejercicio transnacional de cualquiera de estas dos libertades²⁶.

Obviamente no voy a entrar aquí a recordar con detalle estas exigencias y requisitos²⁷ que provocaron incluso modificaciones legales en algunos países como Suecia. Lo que en cambio sí me interesa destacar es, en primer lugar, las más que serias dudas que esta misma doctrina suscitó en otros organismos internacionales como el Comité Europeo de Derechos Sociales²⁸. En segundo lugar, los posibles problemas que, llegado el caso, podrían volver a plantearse en relación con las competencias del Tribunal de Justicia y de los Tribunales Constitucionales nacionales cuando se aborde la posible imposición de estos límites “europeos” al ejercicio de derechos fundamentales o constitucionales como el de huelga²⁹. Y finalmente, en tercer lugar, el temor a que la admisión por esta

del conjunto de circunstancias de cada caso, si se ha observado un justo equilibrio entre dichos intereses”.

²⁶ Se coincide, por tanto, con RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Libre prestación...”, cit. p. 40-41 a quien se remite para un mayor aporte bibliográfico, en especial, pp. 52 y sig. o CABEZA PEREIRO, J. “Huelga, conflicto colectivo...”, p. 75 que se refiere expresivamente a un “equilibrio puramente formal, no material”.

²⁷ Básicamente en el caso *Viking* -derecho de establecimiento- se exigía la comprobación de si -finalidad legítima- “los empleos o las condiciones de trabajo de los miembros de ese sindicato que pudieran verse afectados por el cambio de pabellón estaban comprometidos o seriamente amenazados”; en segundo lugar -adecuación y proporcionalidad-, si la medida de conflicto colectivo adoptada por este sindicato era adecuada para garantizar la realización del objetivo perseguido y no iba más allá de lo necesario para lograrlo lo que obsérvese, y, en tercer lugar, y es aquí donde se aprecia lo singular de esta ponderación, que el sindicato “no disponía de otros medios, menos restrictivos de la libertad de establecimiento, para conseguir el éxito de la negociación colectiva desarrollada... y, por otra parte, si este sindicato había agotado estos medios antes de emprender dicha medida”. Como acertadamente señala CABEZA PEREIRO, J. “Huelga, conflicto colectivo...”, cit., p. 78, -a quien se remite para un análisis crítico de estas exigencias-, de ello se deduce que a ojos del Tribunal “el mero ejercicio del derecho de huelga no constituye una finalidad legítima”, no es objeto de protección en su propia identidad, al analizarse aquí sus fines a diferencia de los que aconteció, por ejemplo, en relación con otras libertades constitucionales “clásicas”, como ocurrió en el caso *Schmidberger*, citado supra en nota al pie 24.

²⁸ Paradigmática de esta diversidad de posturas es, al menos a mi juicio, la Resolución del Comité Europeo de Derechos Sociales de 3 de julio de 2013, Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) contra Suecia, reclamación nº 85/2012, que expresamente señala cómo: “Las normas jurídicas relativas al ejercicio de las libertades económicas establecidas por los Estados partes directamente (derecho interno) o indirectamente (a través de la legislación de la Unión Europea) deben interpretarse de manera que no imponga restricciones desproporcionadas al ejercicio de los derechos de los trabajadores tal como aparecen, no sólo en la Carta, sino también en las leyes nacionales, en la legislación de la Unión Europea y en otros instrumentos normativos internacionales vinculantes. Las normas nacionales y comunitarias que regulan el ejercicio de estas libertades deben interpretarse y aplicarse teniendo en cuenta la importancia fundamental del derecho de los sindicatos y de sus miembros a esforzarse por proteger y mejorar las condiciones de vida y de empleo de los trabajadores, así como a tratar de garantizar la igualdad de derechos... independientemente de su nacionalidad o por cualquier otro motivo.” Sobre el tema puede consultarse STARGOS, P., “Sinergias entre la Unión Europea y la Carta Social Europea, en la hora del Pilar Europeo de Derechos Sociales”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social Derecho social Internacional y Comunitario*, 2018, n. 13., p. 153-154.

²⁹ En general, sobre estos riesgos APARICIO TOVAR, J., “Un Pilar social de la Unión Europea carcomido por la gobernanza económica”, *Revista de Derecho Social*, 2017, n. 79, p. 235. Desde una perspectiva más amplia, sobre estos problemas RRIPOLO CARULLA, S. “Los derechos fundamentales,

misma jurisprudencia de la posible imposición de indemnizaciones en el caso de violaciones de las libertades económicas pudiera añadir, al ya amplio arsenal empresarial, un nuevo instrumento de presión, fuertemente desincentivador de este tipo de conflictos, en un área cada vez más amplia de la actividad económica como es la libre prestación de servicios transnacionales.

La preocupación mostrada a este respecto por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ante los “significativos efectos restrictivos” “que esta doctrina... probablemente tendrá... en el ejercicio de este derecho” y la propia experiencia en casos como el de BALPA³⁰, o IAG y BA contra SEPLA, demuestran los riesgos abiertos por una jurisprudencia que, tras el fracaso de la Propuesta de Reglamento sobre el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en el contexto de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios³¹, pareció sostenerse implícitamente por el Tribunal de Justicia, al menos en *Fonnship*³².

En este contexto, no creo, si me lo permiten, que el nuevo contenido del art. 1.bis Directiva 96/71 -tal como fue fijado por la Directiva 2018/957 de 28 de julio-, o la regla similar que igualmente contempla el art. 1.2 de la Directiva 2014/67³³ puedan suponer un cambio en la posición en este punto del Tribunal. Ambas directivas evidentemente no alteran el ejercicio de ese derecho, pero tampoco lo salvaguardan o lo hacen inmune cuando vuelvan a entrar en conflicto con las libertades económicas europeas.

Y de la misma manera, tampoco creo que el actual reconocimiento a la Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales, actualmente con el mismo valor jurídico que los propios Tratados, garantice al derecho de huelga recogido en el artículo 28 una inmunidad o, al menos, una interpretación más equilibrada cuando su ejercicio entre en conflicto con otras libertades europeas. Y ello ya que, no se olvide, este reconocimiento se hace literalmente “de conformidad con el derecho de la Unión”. De ahí que a pesar de las reglas interpretativas del artículo 52.3 y 4 -interpretación en armonía con las tradiciones nacionales y de conformidad con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos- sea bastante probable que, en caso de reiterarse este supuesto,

parte del modo de vida europeo. A propósito de la doctrina sobre los derechos fundamentales de la Unión europea en el 70 aniversario del Tribunal de Justicia”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2023, n. 74, p. 24 y sig. En el fondo, lo que se plantea, como acertadamente recuerda CABEZA PEREIRO, J., “Huelga, conflicto colectivo...”, cit., p. 71, “no debería haber que, a través de la ventana del libre establecimiento o de la libre prestación de servicios, se desvalije el patrimonio de los derechos sociales colectivos”.

³⁰ Conferencia Internacional del Trabajo, *Informe del Comité de Expertos sobre la Aplicación de los Convenios y Recomendaciones*, 99ª Reunión, 2010, p 220 y sig.

³¹ COM (2012) 130 final, conocido habitualmente como Monti II por su relación con el Reglamento (CE) nº 2679/98 del Consejo, de 7 de diciembre de 1998. Una visión crítica del mismo en CASTELLI N., “Derecho de huelga en el espacio europeo y la propuesta de regulación Monti II”, *Revista de Derecho Social*, 2012, n. 59, p. 159 y ss. Sobre el tema nos remitimos igualmente al estudio de MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A. “Derechos colectivos de los trabajadores desplazados: situación de statu quo salvo reforma de los tratados UE” en AAVV., *La lucha contra la precariedad y las reformas en materia de desplazamientos temporales de los trabajadores*, (PÉREZ GUERRERO, M.L. QUINTERO LIMA, M.G directores), 2020, Editorial Laborum, p. 164 y ss.

³² Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 8 de julio de 2014 (C-83/13), *Fonnship A/S*, (ECLI:EU:C:2014:2053).

³³ Y de acuerdo con las cuales ambas directivas no afectarían en modo alguno “al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros y a escala de la Unión, incluyendo el derecho o la libertad de huelga o de emprender otras acciones contempladas en los sistemas de relaciones laborales específicos de los Estados miembros, de conformidad con la legislación o las prácticas nacionales”; del mismo modo que tampoco afectarían “al derecho a negociar, concluir y hacer cumplir convenios colectivos o llevar a cabo acciones colectivas conforme a la legislación o las prácticas nacionales”.

el Tribunal de Justicia asuma su doctrina anterior, interpretando este derecho en las condiciones y dentro de los límites que para el ejercicio de los mismos se derivan de los propios Tratados -art. 52.2 CCDFUE-³⁴.

De hecho, esta línea es la que parece haber seguido el Tribunal en una fecha relativamente reciente cuando al hilo de la impugnación húngara a una de las dos Directivas antes mencionadas señaló expresamente que: “aunque esta disposición indica que la Directiva 96/71 modificada «no afectará en modo alguno al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros y a escala de la Unión... esta Directiva no tiene como consecuencia en absoluto que el ejercicio de esos derechos no quede sujeto al Derecho de la Unión. Bien al contrario, por cuanto hace referencia a los derechos fundamentales reconocidos a escala de la Unión, esta Directiva establece implícitamente que el ejercicio de los derechos a emprender acciones colectivas de los trabajadores, en el contexto de un desplazamiento de trabajadores sujeto a las disposiciones de la Directiva 96/71 modificada, debe ser apreciado con arreglo al Derecho de la Unión, tal como lo ha interpretado” obsérvese “el Tribunal de Justicia”³⁵.

Por tanto, la aparente mitigación de este debate en el ámbito incluso doctrinal no estaría causada, al menos a mi juicio, por el impacto que sobre el mismo hayan podido tener estas nuevas normas derivadas, o el nuevo valor jurídico otorgado a la Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales y, por tanto, a su artículo 28. Ambos elementos se habrían mostrado ineficientes -al menos para el Tribunal y por el momento- para provocar un cambio radical de orientación o de equilibrio en la posible colisión de estos derechos. Por ello parece probable, o al menos esa es mi opinión, que la cierta postergación incluso doctrinal de estas cuestiones se deba más al impacto sobre el control y las exigencias sociales que, tras las reformas normativas desarrolladas al hilo de Pilar Europeo de Derechos Sociales han abordado la materia de desplazamientos transnacionales, que a la incorporación real de un elemento normativo que obligue al Tribunal a analizar la cuestión desde una perspectiva que busque no ya solo una concordancia práctica entre ambos derechos, sino que incluso reconozca el valor del derecho de huelga en la tradición cultural occidental como instrumento básico en la lucha por la igualdad material y el pleno ejercicio de buena parte de los demás derechos sociales.

De ahí, y con ello concluyo este primer “tema”, que quizás fuese no solo pertinente, sino incluso necesaria la posible incorporación al Tratado de un Protocolo de Progreso Social – como de hecho, ha propuesto recientemente la Conferencia sobre el Futuro de Europa³⁶- que asegure esta preeminencia de los derechos sociales y, desde luego del de huelga, sobre los simples derechos económicos³⁷. Algo que, por cierto, debe recordarse al hilo las posibles implicaciones que podría tener la propuesta de derogación del Reglamento (CE) 2679/98 del Consejo de 7 de diciembre de 1998 en el marco de la propuesta de un Instrumento de emergencia del mercado único³⁸. Pero sobre ello, me

³⁴ Esta misma era la previsión -al menos a corto plazo- de CABEZA PEREIRO, J., “Huelga, conflicto colectivo...”, cit., p. 74.

³⁵ Sentencia Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 8 de diciembre de 2020, (C-620/18) Hungría contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea (ECLI:EU:C:2020:1001).

³⁶ Véanse las propuestas 13.5 –“Tomar medidas para garantizar que los derechos sociales se protejan por completo en caso de conflicto con las libertades económicas, incluso mediante la introducción de un protocolo de progreso social en los Tratados– y 14 en el Informe sobre el Resultado Final. Mayo de 2022, p. 189 y sig.

³⁷ Sobre el mismo, por todos, véase el interesante trabajo de GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA, M. A. “El Protocolo Europeo para el Progreso Social. Vicisitudes y actualidad de una propuesta para fortalecer la dimensión social de la Unión Europea”, en *Revista de Derecho Social*, 2019, n. 86, p. 221 y sig.

³⁸ La propuesta de la Comisión de septiembre de 2022 en COM (2022) 459 final. Sobre el tema, muy

imagino, hablaremos a lo largo del posible debate.

4 DIGITALIZACIÓN DE LA ECONOMÍA Y DERECHOS DE ACCIÓN COLECTIVA.

En cualquier caso, no son solo estos cambios en el contexto europeo los que han impactado con fuerza sobre el marco regulatorio y la aplicación efectiva del derecho de huelga y de las medidas de acción colectiva. Seguramente aún más importante, al menos desde una perspectiva práctica y cuantitativa, es un segundo vector, no estrictamente jurídico, pero que sin duda se encuentra en el epicentro de buena parte de los cambios más importantes que ha experimentado nuestro sistema de relaciones laborales durante estos últimos años; esto es, la progresiva informatización y digitalización del sistema productivo y con él, obviamente, de las relaciones laborales³⁹.

En este sentido, existe un amplio consenso al destacar como esta masiva incorporación al sistema económico, al mundo del trabajo y a la propia estructura y gestión empresarial de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, y especialmente durante estos últimos años de los algoritmos -la conocida como gestión algorítmica- estaría en la raíz de una gran parte, sino de casi todos los cambios que de una forma acelerada están sufriendo tanto los sujetos como los restantes elementos de nuestro sistema de relaciones laborales. Unos cambios no solo intensos sino también extensos, que abarcan prácticamente a todas y cada una de las facetas del mercado de trabajo, hasta llegar a sostener la existencia de una nueva revolución industrial con todo lo que ello supone de cambio radical en todas y cada una de estas facetas.

Pues bien, como se comprenderá resulta imposible abordar aquí todas las cuestiones que esta evolución plantea. De ahí que por simple brevedad centre mi atención en aquellos aspectos que, al menos a mi juicio, resultan más novedosos o que presentan en la actualidad una mayor dificultad o controversia jurídica en relación con su impacto sobre las medidas de acción colectiva o, más genéricamente, sobre el derecho de huelga y la actividad sindical.

4.1 Derecho de huelga o acción colectiva y empleo(s) autónomo(s).

Pues bien, la primera de estas cuestiones se centra, como fácilmente se comprenderá, en la situación jurídica del autónomo. Y ello ya que en una economía del conocimiento, en la que cada vez se contrata más por el know-how individual que se atesora y no por la mera capacidad de repetir prestaciones simples, ampliamente robotizadas, y en la que el acceso a determinados medios de producción se ha socializado y generalizado, existe una clara presión por normalizar, ampliar, pero también por extender la base subjetiva del trabajo autónomo, con todo lo que ello conlleva de progresiva centralidad, pero también de progresiva fragmentación y diversidad, en el propio concepto de autónomo.

Desde estas premisas, esta focalización en el empleo autónomo y la creciente diversificación del trabajo por cuenta propia han vuelto a poner de actualidad su situación ante las medidas de acción colectiva y, en especial ante la huelga o, si se prefiere, el cese, el boicot o simplemente la interrupción de las prestaciones colectivamente concertada por los sujetos que conforman este colectivo. Y ello, singularmente, cuando esta medida no tenga como finalidad ejercer una presión sobre los trabajadores asalariados a su servicio –en muchas ocasiones prácticamente

recientemente, BORETTI, S., “La retórica de los derechos fundamentales sin democracia económica en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Social*, 2023, n. 102, p. 18-19.

³⁹ Sobre el tema, por todos, GOERLICH PESET, J.M. “Digitalización y derecho...”, cit., p. 93 y sig. Igualmente son de un alto interés las reflexiones de GRAU PINEDA C., *Los difusos contornos...*, cit., p. 15 y sig., en general, y 25 y sig. en relación específicamente con el conflicto colectivo.

inexistentes-, sino, muy al contrario, cuando con la misma lo que se pretende es ejercer esta misma presión ya sea ante su o sus escasos clientes o frente al poder público, reclamando mejoras en aspectos comerciales o incluso de régimen fiscal o administrativo. Las conocidas “huelgas” -y el uso del término ya resulta significativo- de taxistas, transportistas o repartidores y distribuidores de prensa serían buena muestra de lo que decimos.

Pues bien, en este punto la visión tradicional, asumida básicamente tanto por el RDLRT como, de forma aún más clara, por la STC 11/81 era clara, tajante e incluso, si se nos permite, inequívoca: los autónomos como colectivo genérico e indiferenciado no serían titulares del derecho de huelga reconocido constitucionalmente al carecer, por su propia definición, de una contraparte dotada de poder de dirección ante la cual ejercerlo⁴⁰. En este sentido, y en palabras del Tribunal Constitucional, la cesación en la actividad de este tipo de personas, siempre que la “actividad empresarial o profesional fuera libre”, se podría realizar sin necesidad de que ninguna norma les concediese derecho alguno. Cuestión distinta, continuaba el TC, eran las hipotéticas consecuencias que podrían generarse ante las previsibles violaciones de la concesión o del concreto régimen jurídico-administrativo del que se tratase. Unas consecuencias estas a las que, nos atreveríamos a añadir nosotros, debieran unirse las posibles sanciones derivadas de conductas que podrían encajar en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia o en los art. 101 y siguientes del TFUE⁴¹.

Obsérvese, por tanto, que, para aquella primera jurisprudencia de nuestro Más Alto Tribunal, este tipo de acciones colectivas por parte de cualquier colectivo de autónomos parecería escapar de toda tutela constitucional, rigiéndose básicamente por su simple marco contractual, público o privado o, todo lo más, como manifestación de su genérica libertad de empresa (art. 38 CE)⁴². El Tribunal ni tan siquiera suscita su posible incorporación entre las medidas de acción colectiva del artículo 37 CE que parecía quedar limitadas al ámbito laboral y no a las dirigidas a tutelar otros intereses que se focalizan en el autónomo, como los aspectos fiscales o administrativos⁴³.

De hecho, debe destacarse como, al menos en aquel momento, no nos encontraríamos ni tan siquiera ante una auténtica libertad que, por utilizar el esquema seguido en el tratamiento histórico de la huelga, supondría el reconocimiento de un espacio libre de intervención sancionadora pública, aunque sometido a la hipotética responsabilidad “contractual” o inter-partes. Muy al contrario, la consideración de estos sujetos como agentes económicos, excluidos por tanto de la excepción constitucional que supone la autonomía colectiva⁴⁴ –la famosa excepción Albany⁴⁵ en el marco comunitario-conduciría, en la inmensa mayoría de ocasiones a una responsabilidad administrativa, extensiva a sus propias organizaciones que a estos efectos no podrían ampararse en su

⁴⁰ Esta misma lógica de ausencia de contraparte ante la que ejercer sus funciones subyace también en relación con la regulación contemplada en la Ley Orgánica de Libertad Sindical -STC 98/1985, de 29 de julio, (BOE núm. 194, de 14 de agosto de 1985, ECLI:ES:TC:1985:98)-.

⁴¹ En este sentido, GOERLICH PESET, J.M. “Digitalización y derecho...”, cit., p. 96.

⁴² Véase RUIZ SAURA, J.E., “Huelga y trabajo autónomo económicamente dependiente en la actualidad”, *Temas Laborales*, 2022, núm. 164, p. 141.

⁴³ En cambio, postulando su incorporación por esta vía cuando la convocatoria sea realizada, especialmente, por asociaciones profesionales véase el interesante trabajo de BAZ RODRÍGUEZ, J. “La organización y actuación colectiva de los trabajadores autónomos. Perspectivas y reflexiones tras la LETA”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2011, núm. 149, p. 86.

⁴⁴ Véase Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de septiembre de 2000, Pavlov, (asuntos acumulados (C-180/98 a C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428).

⁴⁵ STJ de 21 de septiembre de 1999, Albany International BV contra Stichting Bedrijfspensioenfondsvan Textielindustrie, asunto C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430

lícita actividad asociativa⁴⁶.

Pues bien, esta primera línea, como decimos, ha sido la que, al menos hasta el momento, ha parecido seguir mayoritariamente la doctrina científica⁴⁷ y la propia jurisprudencia, al menos de la Sala de lo Contencioso de nuestro Tribunal Supremo⁴⁸. Y ello ya que para esta doctrina y esta jurisprudencia este colectivo estaría excluido sin más del derecho de huelga, rechazando incluso su simple consideración como titulares de una mera libertad de boicot al amparo del art. 37 CE. La ausencia de una regulación específica que reconociera una clara excepción a estas reglas de la competencia y una visión quizás excesivamente monolítica y formal en cuanto a la calificación de la relación jurídica habría llevado a nuestro Más alto Tribunal a considerar así que el simple boicot planteado o recomendado por una Asociación sindical -en aquel supuesto, de Transportistas Autónomos- para no prestar servicios a una determinada empresa (naviera en aquel caso) “debe considerarse una práctica colusoria prohibida por las normas de competencia y no puede quedar amparada por el derecho de asociación”⁴⁹. Literalmente, y para esta jurisprudencia, tales actuaciones no implicarían:

“el ejercicio de una acción sindical colectiva en defensa de las condiciones laborales de los trabajadores, pues la recomendación, en este caso, no está dirigida a unos trabajadores por cuenta ajena en defensa de sus condiciones laborales, sino a unos trabajadores autónomos, que en cuanto titulares de sus propios medios de producción y actuando en el mercado por cuenta propia son, en principio, competidores entre sí, dirigida a ejercer un boicot a una empresa concreta que podría haber sido potencial cliente de cualquiera de ellos”.

El problema, como ya avanzábamos, es que si bien esta lógica podría parecer absolutamente inatacable en el caso de empresas o de lo que podríamos denominar autónomos tradicionales -por ejemplo, los que prestan servicios a una multitud de clientes con su propia organización y medios materiales y humanos-, no lo es tanto, o más bien, no lo es en absoluto, si salimos de la zona de certidumbre tradicional y avanzamos en la compleja tipología que hoy presenta el género de autónomos.

No parece necesario detenernos aquí a recordar cómo también en este ámbito se ha producido una profunda transformación y fragmentación de este colectivo, no ya solo en lo social y en lo económico, sino incluso en el plano legal, dando lugar a una extensa variedad de tipos y subtipos netamente diferenciados y frente a los que esta única y uniforme conclusión podría parecer, quizás, algo desfasada o incluso inadecuada a la realidad material que subyace en la misma.

⁴⁶ Véase sobre esta posibilidad RUIZ SAURA, J.E., “Huelga y trabajo autónomo económicamente...”, cit., p. 143-144.

⁴⁷ Para una recapitulación de las distintas posiciones doctrinales puede acudir a RUIZ SAURA, J.E., “Huelga y trabajo autónomo económicamente...”, cit., p. 143 y DESDENTADO BONETE, A., “El traje nuevo del emperador. Sobre la legislación simbólica en el Estatuto del Trabajo autónomo”, *Revista de Derecho Social*, 2008, núm 44, p. 22-23 quien si bien suscita dudas en relación con el autónomo dependiente concluye con la doctrina mayoritaria rechazando esta posibilidad. En una línea más matizada, aunque rechazando que pueda hablarse de “huelga”, al menos mientras se mantuviese la doctrina del TC, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “Los derechos fundamentales de los trabajadores autónomos económicamente dependientes”, *Revista de Derecho Social*, 2008, núm. 42, p. 28.

⁴⁸ STS núm. 1516/2018 de 19 octubre (ECLI:ES:TS:2018:3622, RJ 2018\4698). En esta misma línea y sobre el mismo caso véanse igualmente SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección3ª) núm. 1497/2018, de 10 octubre (ECLI:ES:TS:2018:3631, RJ 2018\4696) y de 19 de junio 2018 (rec. 3055/2017, RJ 2018, 3718).

⁴⁹ Un amplio estudio de la misma en RUIZ SAURA, J.E., “Huelga y trabajo autónomo económicamente...”, cit., p. 144 y sig.; SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Vulneración de las normas sobre competencia por parte de una asociación de autónomos que incita al boicot. STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 19 de octubre de 2018 (recurso de casación núm. 4389/2017)”, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2019, núm. 1.

En este sentido, no está de más recordar cómo incluso en el simple plano legal, esta dispersión y diferenciación del antes monolítico autónomo comenzó relativamente pronto en nuestro sistema, cuando la Ley Orgánica de Libertad Sindical otorgó un régimen singular a los trabajadores por cuenta propia que no tuvieran trabajadores a su servicio, al reconocerles el derecho a afiliarse a organizaciones sindicales, aunque no, ciertamente, a constituir organizaciones de este tipo que tuvieran precisamente por objeto la tutela de sus intereses singulares. Y como, más de veinte años después, esta diferenciación se profundizó con la aprobación del Estatuto del Trabajo Autónomo que procedió a subdividir aquel colectivo de autónomos sin empleados, otorgando un régimen singular a aquellos que, entre otros requisitos, dependieran económicamente de un cliente (TRADE). Y todo ello, claro está, por no hablar, en tercer lugar, de los “productores autónomos” que aparentemente acuden a nuevos mercados de servicios articulados a través de unas plataformas digitales que, sin embargo, y al menos en bastantes ocasiones, condicionaban o conformaban de tal forma su prestación que difícilmente cabe no hablar de subordinación, máxime ante el control realizado a los mismos, por mucho que este pretendiera trasladarse a las simples valoraciones de los usuarios⁵⁰.

En cualquier caso, lo que más me interesa destacar ahora es que, a pesar de las dudas de un sector de la doctrina, la posición mayoritaria entre nuestros autores fue que estos reconocimientos legales, en especial los contemplados en el art. 19 LETA no habrían supuesto un cambio sustancial de la posición originariamente sostenida ni por el Tribunal Constitucional ni, como hemos visto, por el propio Tribunal Supremo. A pesar del reconocimiento expreso de un derecho de los autónomos y de sus organizaciones a la “actividad colectiva de defensa de sus intereses”, lo cierto es que el peso de la doctrina constitucional, unida a las diferencias con las propuestas iniciales de las propias organizaciones, y la ausencia de una referencia específica a estas cuestiones entre las causas de suspensión legal de la relación, llevó a interpretar, repetimos, mayoritaria que no monolíticamente, que el carácter no rupturista de la LETA debería reconducir estas actuaciones colectivas a derechos generales como los de manifestación u otros que genéricamente se tienen como ciudadanos, pero no, desde luego, al derecho de huelga, reservado nuevamente para los trabajadores asalariados⁵¹.

Este era y es, en esencia, el marco legal actualmente vigente, Otra cosa es que el mismo y su diversidad no sean sino el tardío y seguramente insuficiente reconocimiento de una evidente segmentación y diversificación social y económica de un colectivo que, a estas alturas de nuevo siglo, difícilmente podía ser considerado como monolítico y uniforme. Por ello, personalmente creo que seguir manteniendo esta unidad y, sobre todo, aplicar a todo este colectivo reglas únicamente pensadas para una parte cada vez más reducida de los mismos, podría conducir a resultados bien conocidos por el derecho del trabajo, aunque este sea de hace muchos, casi de sus mismos orígenes; situaciones en las que, obsérvese, no ya la ausencia de derechos colectivos, sino incluso la utilización de las leyes sancionadoras de “tutela de la concurrencia individual al mercado” –si me lo permiten, los tipos decimonónicos de coaligación para encarecer “abusivamente” el precio del trabajo, en este caso, autónomo- permitían no ya tanto la negociación real entre oferta y demanda, sino la simple imposición de condiciones por quien detenta

⁵⁰ Recuérdese la tantas veces mencionada STS (Sala de lo Social) núm 805/2020, de 25 de septiembre de 2020 (rec. 4746/2019, - ECLI:ES:TS:2020:2924). Fruto de todo este proceso, como se recordará, fue la incorporación de una presunción de laboralidad para las labores de reparto o distribución de productos de consumo o mercancías articuladas mediante la gestión algorítmica en la DA 23 del ET por la Ley 12/2021 de 28 de septiembre.

⁵¹ En este sentido, por mencionar solo uno, MONEREO PÉREZ J.L., ORTEGA LOZANO P.G., *El derecho de huelga: configuración y régimen jurídico*, Arazandi, 2019, p. 196

poder sobre quien no lo detenta, aunque estos últimos fuesen poseedores de unos medios de producción, cada vez de un menor valor económico, y organizasen de forma “autónoma” –ante la progresiva cualificación intelectual de las prestaciones- su actividad.

Por todo ello, y en un contexto caracterizado por la progresiva diversidad de poder contractual, ante colectivos y grupos que aun siendo autónomos, carecen realmente de poder negociador, y ante situaciones de desequilibrio contractual en donde el que detenta poder se limita a permitir la mera subsistencia de quien no lo tiene, imponiendo unilateralmente condiciones a personas que sociológicamente cada vez se parecen más a los trabajadores asalariados, considero que la aplicación, sobre todo, de reglas de “tutela de la competencia (individual)” que impidan la conformación y manifestación de un auténtico poder negociador acudiendo al momento colectivo podría parecer no solo desfasada, sino incluso inadecuada en un Estado social o, si se nos permite, ante una economía social de mercado. Ante esta nueva realidad creemos que era y es necesario un cambio de lógica que permita adaptar aquella vieja concepción jurídica a esta nueva realidad social y, recuérdese, también económica⁵².

Pues bien, seguramente es este cambio de perspectiva -anticipado aun parcialmente por alguna sentencia del Tribunal de Justicia⁵³- es el que subyace en la reciente y a mi juicio ciertamente importante Comunicación de la Comisión de 30 de septiembre de 2022 sobre Directrices para “la aplicación del Derecho de la Competencia de la Unión a los convenios colectivos relativos a las condiciones laborales de las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados”⁵⁴.

Es cierto, y podrá señalarse, que este documento se mueve en un plano distinto al del reconocimiento de derechos colectivos, centrado únicamente en el análisis de este tipo de acuerdos desde el derecho de defensa de la competencia y, por tanto, de la posible aplicación o no de su aparato sancionador. Pero obsérvese que, más allá de esta cuestión -por lo demás, plenamente comprensible si se recuerda, nuevamente, que la Unión carece de competencias en materia de derecho de asociación, libertad sindical, huelga o cierre patronal-, parece indudable que esta destipificación material en el plano

⁵² En esta misma línea, creo, GOERLICH PESET, J.M. “Digitalización y derecho...”, cit., p. 97 y 95: “la tradicional reserva del derecho de huelga, y de los derechos sindicales en general, a los trabajadores subordinados. La mentada pérdida de nitidez de los confines del contrato de trabajo conduce a la aparición en sus alrededores de trabajadores autónomos de débil posición contractual y, por tanto, con necesidades de tutela colectiva similares a las existentes en el caso de los prestadores de servicios subordinados”. De hecho esta lógica ya era destacada hace veintitrés años por CASAS BAAMONDE, M. E., RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “El Trabajo autónomo y el Derecho de Trabajo”, *Relaciones Laborales*, 2000, Tomo I, núm. 7/8 (LA LEY 6071/2002): “La admisibilidad de acciones conflictivas o huelguísticas más allá del trabajo subordinado puede encontrar fundamento en que se dan las mismas razones de subprotección o debilidad económica y desigualdad contractual individual que justifican el uso de la presión por los trabajadores por cuenta ajena a través de la forma de autotutela que es la huelga. Por ello, se aboga por la consideración de la posibilidad del ejercicio de acciones de autotutela de los trabajadores autónomos como una libertad constitucionalmente protegida (SANTONI)”.

⁵³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 4 de diciembre de 2014, FNV Kunsten Informatie en Media, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411. Sobre los límites de esta a efectos de protección de los autónomos económicamente dependientes, DE STEFANO, DE STEFANO, “Non-Standard Work and Limits on Freedom of Association: A Human Rights-Based Approach”, en *Industrial Law Journal*, 2017 Vol. 46, No. 2, p. 194.

⁵⁴ (2022/C 374/02). Esta iniciativa se puso en marcha en junio de 2020. En enero de 2021 la Comisión realizó una evaluación inicial de impacto y tras consulta pública se elaboró un documento de trabajo ciertamente interesante -SWD (2022) 321 y 322 final- en especial por sus referencias al derecho comparado. Sobre estas Directrices véase el muy interesante y reciente trabajo de BENAVENTE TORRES, I., “La negociación colectiva de las personas trabajadoras autónomas vulnerables”, en *Temas Laborales*, 2023, núm. 168, pág. 447 y sig.

administrativo de determinados acuerdos, integrándolos de facto en la excepción Albany, no solo reduce el aparato sancionador frente a este tipo de comportamientos, sino que también refleja -al acoger, obsérvese, la misma distinción cuatripartita que antes hemos destacado- una serie de factores y realidades sociales que, quizás, debieran hacernos reflexionar sobre los límites de estas actuaciones respecto a determinados colectivos de autónomos.

No podemos detenernos aquí a analizar con detenimiento este extenso y complejo documento. Pero sí recordar al menos como, en primer lugar, la Comisión limita su atención sobre los autónomos que dependiendo de su trabajo personal no tengan empleados a su servicio. Y ello al considerar expresamente que incluso a pesar de su consideración como autónomos, algunas de estas personas “pueden no ser totalmente independientes de su comitente o pueden carecer de poder de negociación suficiente”, especialmente ante la reciente “evolución del mercado laboral”. De hecho, es esta carencia de poder contractual individual –que, eso sí, deberá analizarse en función de las circunstancias, aunque se presumirá, como veremos, en algunos casos⁵⁵-, la que va a llevar a declarar que tanto estos acuerdos sobre las condiciones de trabajo o de empleo⁵⁶, como las posibles actuaciones de coordinación previas, necesarias y proporcionadas para su consecución no estarían incluidas en el art. 101 TFUE, al menos en aquellos casos en los que exista un claro desequilibrio en el poder de negociación y siempre que se cumplan las condiciones y se respeten los ámbitos previstos en la mencionada Comunicación.

Pero es que además, y en la misma senda clasificatoria antes señalada, este mismo documento va a distinguir expresamente dentro de este mismo colectivo de autónomos sin empleados, al “subgrupo” compuesto por los autónomos económicamente dependientes -exigiendo, eso sí, a nivel europeo que dichas personas reciban en promedio al menos del 50% de sus ingresos totales por rendimiento de trabajo de una sola contraparte- para señalar como en estos casos tales “convenios” quedarían directamente excluidos del art. 101 TFUE al considerarse que, en general, estas personas carecerían, por su singular circunstancia, del poder negociador suficiente al que antes hacíamos referencia.

En tercer lugar, esta misma Comunicación va a plantear, aunque sea con una terminología singular, la figura del autónomo que “realizan tareas idénticas o similares “codo con codo” con trabajadores por cuenta ajena. Y ello para señalar que estos sujetos -que en nuestro país seguramente se considerarían falsos autónomos-, podrían no solo negociar convenios excluidos del art. 101 TFUE, sino también ser incluidos en convenios conjuntos con el personal laboral, en una evolución de posible tratamiento conjunto que no deja de recordar lo que finalmente aconteció con funcionarios y laborales en los acuerdos mixtos en el ámbito de las Administraciones Públicas⁵⁷.

Y finalmente, no deja de ser llamativo cómo la propia Comunicación va a dedicar una

⁵⁵ Cuando las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados negocien o celebren convenios colectivos con una o más contrapartes que representen a todo un sector o industria o cuando se celebre con empresas de más de diez empleados (individual o conjuntamente) o cuyo volumen anual de negocios sea superior a dos millones de euros.

⁵⁶ Literalmente se incluyen convenios sobre cuestiones cómo “la remuneración, recompensas y primas, el tiempo de trabajo y los modelos de trabajo, las vacaciones, los permisos, los espacios físicos en los que se desarrolla el trabajo, la salud y la seguridad, los seguros y la seguridad social, y las condiciones en las que las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados tienen derecho a dejar de prestar sus servicios o en las que la contraparte tiene derecho a dejar de utilizar los servicios de las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados”.

⁵⁷ Sobre experiencias previas, tipología de cláusulas y problemas que esta posibilidad plantea véase, BAZ RODRÍGUEZ J., “La organización y actuación colectiva...”, cit., p. 74.

sección singular al cuarto colectivo antes mencionado; esto es, a los prestadores de servicios físicos a través de plataformas digitales de trabajo que organicen el trabajo realizado por personas físicas. Pues bien, tras destacar el progresivo reconocimiento a nivel nacional del carácter subordinado de muchos de estos falsos autónomos, ya sea judicialmente o mediante presunciones legales⁵⁸, la Comunicación -claramente conectada con la propuesta de directiva relativa a la mejora de las condiciones laborales en las plataformas digitales- va a concluir señalando cómo tampoco en este caso los acuerdos entre estos sujetos y las plataformas de trabajo digitales entrarían en el ámbito de aplicación del art. 101 TFUE, adelantando la inactividad en este ámbito y sentido de la propia Comisión.

Pues bien, con todas estas premisas y marcos de reflexión, creo que resulta más que razonable retomar de nuevo aquella monolítica doctrina que en un principio mencionábamos para plantearnos si esta división social, pero también legal, entre autónomos no debiera también conducirnos al reconocimiento expreso, al menos para algunos de ellos, no ya solo de ciertas zonas de libertad en su acción colectiva, sino también y dando un paso más allá, de un cierto y deseable derecho a las mismas – llámese boicot, acuerdo de coaligación o, simplemente huelga- con todo lo que ello supondría en el tránsito de la simple destipificación sancionadora a un auténtico derecho a suspender su relación y, por tanto, a excluir las posibles consecuencias contractuales frente a su cliente.

Pues bien, creo que en este ámbito la propia Comunicación de la Comisión, que enlaza además con otras resoluciones de órganos como el Comité Europeo de Derechos Sociales⁵⁹, que implícitamente asume una nueva realidad en la que una parte significativa de los autónomos, bordean o caen incluso en la pobreza de la ocupación⁶⁰, debieran orientarnos hacia una propuesta de regulación que sostuviera en este campo la existencia por un lado, de dos claras zonas de certidumbre, una positiva y otra negativa, a las que se uniría una tercera zona, ciertamente amplia, de relativa incertidumbre y, al menos, de una cierta insatisfacción sobre su actual marco legal. Intentaremos explicarnos.

Por lo que se refiere, en primer lugar, a la zona de certidumbre negativa parece evidente que los autónomos que hemos clasificado como tradicionales, con trabajadores a su cargo o que prestan servicios a múltiples clientes con unos medios de producción de indudable trascendencia económica, carecerían claramente de este derecho de huelga o de simple acción colectiva, al no existir razón alguna para asignarles un régimen

⁵⁸ A nivel nacional véase lo señalado supra en la nota núm. 50. En el ámbito comparado pueden consultarse los estudios de HIEBL, C., “Case Law on the Classification of Platform Workers: Cross-European Comparative Analysis and Tentative Conclusions (September 5, 2022), disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3839603> y “The classification of platform workers in case law: a cross-European comparative analysis”, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2020, Tomo 42, N.º 2, p. 465 y sig.

⁵⁹ Sobre la no adecuación a la Carta Social europea de una prohibición del derecho a la negociación colectiva por la normativa de la competencia (irlandesa en aquel caso) véase Comité Europeo de Derechos Sociales, decisión sobre el fondo de 12 de septiembre de 2018, Congreso Irlandés de Sindicatos (ICTU) contra Irlanda, Complaint No.123/2016: “Al establecer el tipo de negociación colectiva protegida por la Carta, no basta con basarse en distinciones entre trabajadores y trabajadores por cuenta propia; el criterio decisivo es más bien si existe un desequilibrio de poder entre quienes proporcionan y contratan mano de obra. Cuando los proveedores de mano de obra no tienen una influencia sustancial sobre el contenido de las condiciones contractuales, se les debe dar la posibilidad de mejorar el desequilibrio de poder mediante la negociación colectiva”.

⁶⁰ De hecho, es un dato bien conocido la amplia proporción de autónomos que estadísticamente caen en la pobreza ocupada. Sobre la misma nos remitimos a nuestros estudios previos sobre este concepto y el impacto de las reformas laborales durante la crisis de 2012 en su desarrollo.

jurídico distinto al que reconoció por aquella primera jurisprudencia constitucional o el aplicado posteriormente por el mismo Tribunal Supremo. De ahí que cupiera seguir aplicándoseles, sin mayores trabas o complicaciones, todo el aparato sancionador o represivo propio del derecho de defensa de la competencia y al que antes hicimos referencia.

En cambio, parece igualmente obvio que cuando nos encontremos ante falsos autónomos ya sea por realizar la actividad laboral de manera indistinta con el resto de asalariados, o, por ejemplo, por la imposibilidad de refutar la presunción de laboralidad de determinados trabajadores en plataformas, la regla debiera y debe ser la correcta calificación de la relación y, por tanto, el pleno reconocimiento del derecho de huelga, más allá de las peculiaridades que la implicación de las nuevas tecnologías pueden tener en el desarrollo de esta medida de acción colectiva -y sobre las que más tarde volveremos⁶¹-.

Finalmente, en la zona intermedia o de incertidumbre se encontrarían aquellos autónomos que, no siendo realmente trabajadores subordinados jurídicamente ni asalariados por cuenta ajena, no tienen trabajadores a su servicio, en especial cuando dependen económicamente de un único cliente, careciendo por tanto de un auténtico poder contractual que garantice efectivamente unas condiciones de trabajo y empleo justas. En estos casos parece claro, en primer lugar, que las posibles negociaciones e incluso las posibles presiones temporales ligadas a dicho proceso no deberían considerarse ya violaciones al derecho a la competencia -como, por cierto, reconoció en su momento alguna resolución de la Audiencia Nacional⁶²- con todo lo que ello supone de reconocer un espacio de libertad antes en absoluto garantizado. No otra solución creo que cabe extraer tanto de la Comunicación de la Comisión antes señalada, cómo, y sobre todo, por una simple aplicación de la propia doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales que, como ya hemos indicado, ha considerado una violación del derecho del art. 6.2 de la Carta una prohibición total de la negociación colectiva para

⁶¹ Véase en este sentido la STSJ Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 2557/2020 de 16 junio (Recurso de Suplicación núm. 5997/2019, ECLI:ES:TSJCAT:2020:5752) sobre un supuesto de huelga en una plataforma de servicios por “productores” formalmente autónomos, posteriormente declarados como trabajadores subordinados.

⁶² Sentencia Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, de 8 de julio de 2002, (rec. núm. 0393/1999 que en un caso de conflicto entre una distribuidora y vendedoras de prensa confirmó la previa Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 18 de febrero de 1999, expt. 434/98, declarando que: “No podemos afirmar que el cierre que dio origen al presente recurso tendiese objetivamente a restringir falsear o eliminar la libre competencia, pues en realidad, de las circunstancias concurrentes, negociación en curso, reparto de octavillas y fijación de carteles explicando las razones del cierre-, se desprende que la relevancia normativa de la conducta lo es una manifestación de conflicto laboral o sindical -no se olvide la posición de dominio de la actora-, por las discrepancias en el seno de una negociación. Es, objetivamente, un medio de defensa de los propios intereses utilizando medios legales en conflictos laborales -no corresponde ahora el estudio de las circunstancias del empleo de tales medios, pues no es cuestión que afecte a la libre competencia-. No hay pues tendencia objetiva a afectar la libre competencia. Pero tampoco la conducta, por las condiciones en que se produce, es apta para falsear el libre mercado. Efectivamente, un cierre de dos días no reviste aptitud para falsear la libre competencia. Ni tampoco el que se entre en contacto -como afirma la recurrente- con otras distribuidoras, pues esta última es una opción legítima ante, lo que a todas luces, son discrepancias en las relaciones jurídicas y económicas entre la actora y los vendedores de prensa”. De hecho, la resolución impugnada señalaba en este mismo sentido cómo “un acuerdo como el que hoy se trata tiene más parecido con una manifestación sindical, de las que pueden legalmente llevar a cabo los trabajadores de una empresa como medio de manifestar públicamente una protesta, que de un acuerdo entre empresarios apto para perjudicar la competencia que son los que la LDC prohíbe... es asimétrica y muy desequilibrada la relación existente entre el único oferente que hay (la distribuidora) y los numerosos pequeños vendedores que operan en él. En esas circunstancias, es lógico, y no es contrario a la competencia, que esos pequeños vendedores se asocien para poder negociar unas condiciones de la distribución que individualmente les son impuestas”.

todos los trabajadores autónomos especialmente cuando carezcan de poder contractual. En cambio, y más allá de esta zona de “libertad” frente al derecho de la competencia, no parece que ninguno de ellos goce actualmente a un derecho legal de huelga o de acción colectiva entendida incisivamente, como potestad para colocar en suspenso las posibles obligaciones de prestaciones de servicio, con la correlativa eliminación de posibles consecuencias negativas derivadas de su inactividad concertada. Como ya avanzamos en su momento, ni el limitado reconocimiento de facultades afiliativas en la LOLS, ni la regulación establecida para el colectivo de los TRADE en la Ley 20/2007 reconocen expresamente este derecho⁶³, del mismo modo que tampoco se contempla como causa de suspensión de estos contratos civiles, mercantiles o administrativos, el ejercicio de estas huelgas o de medidas de presión colectivamente concertadas para la mejora de sus condiciones. Por tanto, y podríamos decir, de *lega data*, ninguno de estos colectivos tendría un auténtico derecho a suspender sus prestaciones como instrumento para presionar a la contraparte, salvo, claro está, que este derecho se contemplara como causa específica de suspensión en el concreto Acuerdo de Interés Profesional que les resultara de aplicación a tales TRADE⁶⁴.

Ante esta tesis, una primera vía sería postular una interpretación amplia del concepto de trabajador del art. 28 CE, especialmente en el caso de los TRADE. Para ello sería necesario resituarse en sus justos términos algunas de las afirmaciones de la jurisprudencia constitucional de 1981, lo que, siendo difícil, tampoco resultaría imposible⁶⁵. Y ello ya que la situación de dependencia económica, la falta de poder negociador individual y su progresiva asimilación social al trabajador asalariado serían argumentos que podrían fomentar una reinterpretación amplia que, dada la eficacia directa y horizontal de este precepto constitucional, podría solventar la tímida aproximación del LETA a los derechos colectivos de estos trabajadores, seguramente motivada por el temor, en aquel momento comprensible, a la normativa de defensa de la competencia

Sin embargo, tampoco cabe olvidar que una interpretación de este estilo podría suponer

⁶³ En este sentido puede consultarse el detenido estudio de ROQUETAS BUJR., “Los derechos colectivos de los trabajadores autónomos. Los acuerdos de interés profesional”, en *Temas Laborales* 2012, núm. 114, p. 17 y 27 y sig. para quien, siguiendo la doctrina que hemos calificado como mayoritaria, al menos inicialmente, “La previsión del art. 19.4 LETA no puede entenderse, en consecuencia, como un soporte general para toda clase de acciones sindicales, ni puede servir para atribuir a los trabajadores autónomos derechos que, como el de huelga, el de negociación colectiva «laboral» o el de implantación de secciones y delegados sindicales, están limitados a los trabajadores asalariados”; cuando el art. 19.2.c) LETA “predica de las asociaciones el derecho a “ejercer la defensa y tutela colectiva de los intereses profesionales de los trabajadores autónomos”, se está refiriendo a medidas inespecíficas previstas para el conjunto de los ciudadanos, como los derechos de manifestación o petición, etc.”. Esta misma idea en CARCIA MURCIA J., “Los derechos colectivos del trabajador autónomo”, *Actualidad Laboral*, 2009, Tomo I, n.9, p. 1015 y sig. (LA LEY 11450/2009). En cambio, reconociendo este derecho, además de los citados en páginas anteriores, MARTÍNEZ ABASCAL V.A., “Reflexiones en torno a la regulación del ámbito subjetivo del derecho fundamental de huelga”, *Relaciones Laborales*, 2010, Tomo I, núm. 7, (LA LEY 2280/2010).

⁶⁴ Un ejemplo en el art. 55 del Acuerdo de Interés Profesional suscrito por la empresa Lozano Transportes, SAU, y la Agrupación Sindical de Transportistas Autónomos de Catalunya (ASTAC) y publicado por Resolución TRE/4481/2010, de 20 de diciembre -Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya, núm. 5845 de 25 de marzo de 2011-.

⁶⁵ De hecho, así se ha sostenido por un sector de la doctrina, destacando los cambios sociológicos y la singularidad de los TRADE frente al modelo de autónomo contemplado por la jurisprudencia de los años ochenta del TC -TRILLO PÁRRAGA J., “Derechos colectivos del Trabajador económicamente dependiente”, en *Documentación Laboral*, 2009, n. 85, p. 114-115-. En esta misma línea, MARTÍNEZ ABASCAL V.A., “Reflexiones en torno ...”, cit., ha defendido actualmente una interpretación amplia del término trabajador”.

la ampliación de este derecho no solo al ámbito de la relación contractual en donde por la disparidad de poder negociador, cobra pleno sentido como han resaltado los documentos y resoluciones europeos antes señalados, sino también a otras facetas administrativas, fiscales o mercantiles, en especial frente a los poderes públicos, en los que este reconocimiento quizás no fuera tan evidente. De ahí que posiblemente la solución más razonable sería reconocer expresamente este derecho en una norma legal, centrando su ámbito de aplicación al marco simplemente contractual; una solución que, al menos a mi juicio, y sin la amenaza de las normas sobre la competencia, no solo sería viable, sino incluso plenamente deseable⁶⁶.

4.2 Digitalización y nuevas formas de desarrollar la acción sindical y de prestar los servicios: sobre el trabajo a distancia y el trabajo a través de plataformas.

En cualquier caso, resulta evidente que esta progresiva informatización y digitalización no solo ha dejado su impronta en el empleo autónomo. Este mismo proceso también ha afectado al campo del trabajo asalariado y, con él, obviamente, a los presupuestos, e incluso a la propia forma de desarrollar y plantear la acción sindical y, con ella, a las medidas de conflicto colectivo.

En este sentido, baste pensar en cómo esta nueva revolución tecnológica ha segmentado y diversificado la fuerza de trabajo, dificultando la articulación monolítica del movimiento sindical; como la misma, ha reducido o coadyuvado a disminuir las dimensiones de nuestras empresas, con todas las implicaciones que ello tiene sobre el ejercicio de derechos colectivos y la acción sindical; como ha favorecido una progresiva desigualdad de los propios empleados, generando, junto a grupos de individuos cada vez más poderosos y que disponen de suficiente fuerza para la gestión individual de sus ofertas en el mercado, a otro colectivo aún más amplio de personas con condiciones precarias de vida y de trabajo -el precariado- o de ocupados pobres, lo que dificulta su participación en estas mismas acciones colectivas; o como estas mismas herramientas han facilitado nuevas vías de comunicación o de reorganización productivas que si bien han facilitado la actividad sindical, también han sido y pueden ser utilizadas como instrumentos para fomentar una menor participación en las huelgas o minimizar sus efectos.

En cualquier caso, y más allá de estas y otras cuestiones, en ocasiones más sociológicas o de ciencia política que jurídicas, lo que por ahora me interesa abordar es, en primer lugar, el impacto que ha tenido esta revolución tecnológica sobre algunas de las herramientas utilizadas por los sindicatos para su acción sindical y colectiva, y, en segundo lugar, el nuevo marco normativo para aquellos tipos de prestaciones más afectadas por esta misma y nueva revolución industrial: básicamente los trabajadores a distancia y los productores en plataformas que ofrecen un determinado servicio fundamentalmente personal.

Comenzando por el primero de los puntos, es cierto que a pesar de las múltiples innovaciones tecnológicas a las que estamos asistiendo, en muchos casos la relación interpersonal y el ejercicio de la acción sindical siguen siendo los ya tradicionales, asentados sobre una relación personal física o personal, articulada mediante una comunicación verbal o en papel, y desarrollada en el local físico o mediante el tradicional tablón de corcho, presente en el centro de trabajo. Pero tampoco es menos

⁶⁶ De hecho, en el plano internacional RAZZOLINI O., “Self-Employed Workers and Collective Action A Necessary Response to Increasing Income Inequality”, *Comparative labor law and policy journal*, 2021, Vol. 42, Nº. 2, p. 307- ha destacado, por ejemplo, como: “there is a general convergence towards the idea that it is not the legal classification of the work relation as an employment contract, but an existing condition of social and economic disparity that justifies collective rights”.

cierto que en cada vez más estructuras productivas la relación interpersonal ha dejado de ser en gran parte física para convertirse en virtual. De las charlas en torno a la máquina de agua o de café, hemos pasado a los chats, a los grupos de correo, a las listas de distribución, a las aplicaciones de mensajería o, evidentemente, a la comunicación y difusión de información y comunicación sindical y laboral a través de redes sociales. Del viejo tablón físico de corcho y del local físico en el centro de trabajo, con su clásico mobiliario de sillas y mesas, habríamos pasado progresivamente al tablón o al espacio virtual, en un entorno normalmente otorgado por el empresario dentro de las Intranet corporativas, o a través de portales del empleado, B2E o Employee Information Portals (EIP)⁶⁷. Un nuevo espacio, por tanto, fundamental en la planificación y organización de los derechos colectivos.

Pues bien, en este nuevo contexto laboral y, por tanto, de acción sindical, la realidad normativa legal es nuevamente desalentadora: no debe olvidarse que la regulación central de estas materias, ya sea tanto en el Estatuto como en la LOLS, sigue siendo o sigue procediendo, casi incólume, de normas previas a la revolución digital⁶⁸. De ahí que todas estas nuevas exigencias y realidades hayan quedado extramuros del marco legal, teniendo que ser nuevamente nuestros Tribunales⁶⁹, aunque también de forma progresiva nuestra negociación colectiva⁷⁰, los que hayan tenido que desarrollar esta labor de actualización.

Obviamente, no es posible detenernos aquí a analizar en profundidad esta cuestión. Pero sí querríamos señalar al menos como esta jurisprudencia, iniciada y anclada en la conocida STC 281/2005 de 7 de noviembre, sigue partiendo del reconocimiento a los representantes de los trabajadores y a todos los sindicatos con implantación⁷¹ de su derecho a acceder a aquellos mecanismos digitales de comunicación empresarial ya existentes en la empresa para su relación con la plantilla o sus propios afiliados⁷².

Este derecho, normal, aunque no necesariamente articulado a través de la obtención de una cuenta electrónica y del acceso a las listas de distribución⁷³ estaría no obstante condicionado a que, en primer lugar, el mismo no comportase costes adicionales significativos para la empresa -por ejemplo, por su inexistencia en el momento de su

⁶⁷ Buena muestra de ello es el hecho de que algunas empresas hayan pretendido incluso, en el marco de políticas de seguridad de la información, eliminar la simple comunicación en papel, obligando a que toda la comunicación sindical o representativa se articulada a través de instrumentos electrónicos. Nos referimos, obviamente, a la STS (Sala de lo Social, Sección1ª) núm. 1033/2020 de 25 noviembre. (ECLI:ES:TS:2020:4187, RJ 2020\5600) que rechaza la proporcionalidad de la medida.

⁶⁸ De regulación “obsoleta” establecida en una “época arcaica” habla gráficamente, GOERLICH PESET, J.M. “Digitalización y derecho...”, cit., p. 98.

⁶⁹ Un resumen de la misma en la ya tradicional STS de 17 de mayo de 2012 (Recurso de Casación núm. 202/2011, ECLI:ES:TS:2012:4297) -caso Atento Teleservicios-. Más recientemente véase, por ejemplo, STS (Sala de lo Social, Sección1ª) núm. 71/2023 de 25 de enero (ECLI:ES:TS:2023:659, RJ 2023\1489)

⁷⁰ A pesar del carácter autosuficiente de los criterios jurisprudenciales -GOERLICH PESET, J.M. “Digitalización y derecho...”, cit., p. 99-.

⁷¹ Sobre la limitada posibilidad de introducir distinciones vía negociación colectiva entre organizaciones sindicales postulando solo la admisibilidad en función de su presencia o no en los órganos unitarios STS (Sala de lo Social) de 25 abril 2005 (rec. 85/2003, RJ 2005\6285). En esta misma línea, considerando discriminatorio o antisindical la negativa empresarial al acceso a la intranet y al correo electrónico a un sindicato con presencia en comités de empresa STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 23 de julio de 2008 (rec. 97/2007, RJ 2008\7212).

⁷² STS (Sala de lo Social, Sección1ª) de 17 mayo 2012 (rec. 202/2011, ECLI:ES:TS:2012:4297) con cita de otras muchas.

⁷³ STS (Sala de lo Social, Sección1ª) núm. 667/2016 de 14 julio (rec. 199/2015, ECLI:ES:TS:2016:4000).

solicitud⁷⁴-; a que, en segundo lugar, no perjudicase la finalidad, considerada prevalente⁷⁵, para la que aquellos sistemas fueron creados⁷⁶ - por ejemplo al generar su uso el colapso del sistema⁷⁷-, o, finalmente y en tercer lugar, a que dicho uso sindical no entrase en conflicto con otras normas, por ejemplo, de seguridad (conductores o transportistas en su tiempo de conducción, por mencionar un conocido ejemplo)⁷⁸.

Más allá de recordar que estos impedimentos deberán ser probados por el empresario⁷⁹, lo que sí se deduce con facilidad de nuestra jurisprudencia es que el uso de estos medios puede ser regulado no solo de forma convencional⁸⁰, sino también mediante reglas o códigos unilaterales por parte del propio empresario; una regulación esta que, respetando siempre los principios antes señalados, podría establecer limitaciones justificadas y proporcionales⁸¹: por ejemplo, exigiendo por simple política de seguridad una cierta identificación a las personas que utilicen estos medios o reclamando la necesaria protección de datos de las personas mencionados en los mismo, pero sin que estos límites impidan, por ejemplo, la publicación de tales comunicados por “falta de veracidad”⁸² o que se someta esta misma difusión a una previa autorización empresarial⁸³, del mismo modo que también se ha rechazado que la mera recepción del mensaje durante el tiempo de trabajo pueda suponer una traba para su utilización⁸⁴.

En cualquier caso, lo que también resulta llamativo es que en este campo uno de los principales problemas y dificultades con los que se han encontrado la representación legal de los trabajadores y las secciones sindicales en la empresa ha sido, como ya avanzábamos, la necesidad de coordinar estos derechos con la protección de datos de los propios trabajadores. Y ello ya que en no pocas ocasiones, la empleadora, como responsable jurídico de su tratamiento, ha utilizado paradójicamente esta normativa para intentar limitar la función representativa de los órganos unitarios, la labor de difusión y comunicación, pero también los canales de información entre representantes y representados⁸⁵. La perspectiva estrictamente individual y física de la titularidad del

⁷⁴ STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 22 junio 2011 (rec. 153/2010, ECLI:ES:TS:2011:5684) -caso Leroy Merlin- y de 3 mayo 2011 (rec. 114/2010, ECLI:ES:TS:2011:3070) -asunto Principado de Asturias-.

⁷⁵ STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 3 de mayo de 2011 (rec. 114/2010, ECLI:ES:TS:2011:3070).

⁷⁶ STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 3 mayo 2011 (rec. 114/2010, ECLI:ES:TS:2011:3070) -asunto Principado de Asturias-.

⁷⁷ STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 3 de mayo de 2011 (rec. 114/2010, ECLI:ES:TS:2011:3070).

⁷⁸ STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 799/2018 de 19 julio (rec. 158/2017, ECLI:ES:TS:2018:3208).

⁷⁹ Por mencionar solo un ejemplo, STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 23 de julio de 2008 (rec. 97/2007, RJ 2008\7212).

⁸⁰ Un ejemplo en STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 799/2018 de 19 julio (rec. 158/2017, ECLI:ES:TS:2018:3208).

⁸¹ STS 3 mayo 2011 (rec. 114/2010, ECLI:ES:TS:2011:3070) -asunto Principado de Asturias- “resultaría constitucionalmente lícito que la empresa predeterminase las condiciones de utilización para fines sindicales de las comunicaciones electrónicas, siempre que no las excluyera en términos absolutos”.

⁸² STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 920/2016 de 2 noviembre (rec. 262/2015).

⁸³ Provocando la nulidad de la cláusula convencional en este sentido véase STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 661/2017 de 24 julio (rec. 245/2016, ECLI:ES:TS:2017:3236).

⁸⁴ STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 3 de mayo de 2011 (rec. 114/2010, ECLI:ES:TS:2011:3070).

⁸⁵ Sobre el tema pueden consultarse, entre otros, los interesantes trabajos de TRONCOSO REIGADA A. (2006), “Libertad sindical, libertad de empresa y autodeterminación informativa de los trabajadores”, en AAVV. *La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo* (dir. Farriols i Sola), Cinca, Madrid, p. 114 y sig.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO S. (2015) *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 237y sig.; VALVERDE ASENCIO A.J. (2013) “Protección de datos de carácter personal y derechos de información de los representantes de los trabajadores” en *Temas Laborales*, n.119, p. 13 y ss.; PRECIADO DOMÈNECH, C.H. (2017), *El derecho a la protección de datos en el contrato de trabajo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, p. 332 y sig.; MERCADER UGUINA, J.R., DE LA PUEBLA

derecho de protección de datos, la ausencia de una adecuada valoración de la posible presencia de representantes colectivos de intereses -seguramente por la tradicional visión transversal que configuró normalmente a los interesados como un colectivo “difuso”-, unida nuevamente al silencio del legislador europeo y nacional en este ámbito estrictamente laboral⁸⁶, ha permitido una llamativa utilización de esta normativa como instrumento destinado a intentar limitar estas facultades sindicales y/o representativas, especialmente en el uso y utilización de estos nuevos canales. Y ello, por ejemplo, mediante la aplicación de estas mismas reglas o principios de tratamiento y de seguridad a aquellas ocasiones en las que tanto los órganos unitarios como las propias organizaciones sindicales acceden y, sobre todo, solicitan información o desean que se dé publicidad a comunicados, noticias o documentos que pueden almacenar o constituir datos personales de los empleados o, incluso, de los candidatos o de antiguos asalariados⁸⁷.

De hecho, basta comprobar la importancia de esta cuestión en las diversas obras que han abordado monográficamente la protección de datos en el ámbito laboral –sobre todo si la comparamos con las referencias a estos mismos órganos representativos en relación con la legitimidad, licitud y correcta gestión de estos datos laborales⁸⁸-, para comprender lo que decimos; una atención doctrinal que, unida a la que también han mostrado no solo la propia AEPD⁸⁹, sino también nuestros tribunales⁹⁰ constituye el

PINILLA, A. “Protección de datos y relaciones colectivas”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social.*, 2018, núm. 423, p. 77 y sig..

⁸⁶ De hecho, no deja de ser llamativo que la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de datos y garantía de los derechos digitales haya abordado esta cuestión más desde una pretendida limitación de los derechos de control y sanción del empleador que desde el reconocimiento de estos derechos digitales a los órganos unitarios o incluso a los propios sindicatos dentro de la empresa.

⁸⁷ Un ejemplo extraordinariamente significativo en la SAN (Sala de lo Contencioso) de 8 de febrero de 2013 (Recurso núm. 2/2012, RJCA 2013\407) en la que se ratifica la sanción de la AEPD contra un sindicato que durante un año publicó en su página web de acceso público las actas de la inspección con los nombres y apellidos de trabajadores contratados en sustitución de los huelguistas. En cambio, la jurisdicción social parece bastante más proclive a un equilibrio más favorable al derecho de libertad sindical. En este sentido pueden consultarse la STS (Sala de lo Social) de 21 de diciembre de 2015 (Recurso núm. 56/2015 RJ 2015\6219); SAN (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm.32/2018 de 22 febrero (AS 2018\873); STSJ País Vasco, (Sala de lo Socia) de 16 mayo 2006 (Recurso núm. 607/2006, AS 2007\1028). Véase no obstante, en la jurisdicción contenciosa la STSJ de Castilla y León, Burgos (Sala de lo Contencioso) de 19 de junio de 2009, sentencia núm. 407/2009 (JUR 2009\319062, ECLI: ECLI:ES:TSJCL2009:3964).

⁸⁸ Véanse por ejemplos MERCADER UGUINA, J.R. (2018) *Protección de datos en las relaciones laborales*, Francis Lefebvre, 2018, p. 187 a 205; PRECIADO DOMÈNECH, C.H. ((2017), *El derecho a la protección de datos...*, cit., , p. 332 a 371; RODRÍGUEZ ESCANCIANO S. (2015) *Poder de control empresarial...*, cit., p. 237 a 275. Finalmente, no debe olvidarse cómo la AEPD (2009) *Guía de protección de datos en las relaciones laborales* dedica a estas cuestiones ocho páginas (32 a 40) de las aproximadamente treinta y ocho páginas reales de las que consta dicha Guía.

⁸⁹ Por mencionar solo algunos ejemplos –además de la Guía mencionada en la nota inmediatamente anterior- véase, por mencionar solo algunos de los más recientes, el procedimiento PS/00072/2018 en relación con entrega de datos personales excesivos en un procedimiento de ERTE; en sentido contrario, considerando idónea, necesaria y proporcional la comunicación al comité de empresa de un embargo que afectaba al finiquito véase la Resolución de archivo de actuaciones en el Expediente N°: E/07077/2015; sobre el reconocimiento del derecho de los trabajadores a mostrar su oposición a la recepción de mensajes con contenido sindical si concurren motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal y, consiguiente, la obligación de los Sindicatos de cesar en el tratamiento de los datos de los solicitantes, salvo en el periodo electoral –en el que debe primar el derecho a la actividad sindical consagrado en el artículo 2.1 de la Ley Orgánica de Libertad- véanse la Resolución N°: R/00990/2011 en el Procedimiento N°: TD/01630/2010 y la Resolución N°. R/02103/2010 en el Procedimiento N°: TD/00682/2010.

⁹⁰ Un ejemplo reciente en relación, en este caso, con el acceso por el delegado de prevención a un informe interno en los casos de accidentes de trabajo en la SAN (Sala de lo Social), sec. 1ª, de 30de octubre de

reflejo del uso relativamente frecuente –al menos a nuestro juicio- de este derecho fundamental como instrumento destinado a intentar limitar o impedir el ejercicio por parte de los representantes de los trabajadores de sus facultades de información, control y comunicación sobre la actividad laboral en la empresa.

Entiéndasenos bien, con ello no queremos decir, obviamente, que dichas actuaciones no deban respetar este derecho y que, por tanto, no deba partirse de un necesario equilibrio⁹¹ entre los derechos de la organización sindical o de la representación legal de los trabajadores y los derechos de protección de datos de los trabajadores a los que paradójicamente representan⁹². Tan solo queríamos destacar lo singular de la atención prestada en la práctica a una y otra vertiente o cuestión y al celo aparente con el que estos derechos son defendidos por el empresario, singularmente en estos casos⁹³.

En cualquier caso, y conectando los dos núcleos de este apartado, lo que resulta igualmente llamativo es comprobar como esta transformación digital del contenido de estos derechos se habría producido básicamente mediante la acción jurisprudencial y de la autonomía colectiva. Y ello ya que, salvo error u omisión por mi parte, el único reconocimiento expreso de este derecho a la utilización de los medios electrónicos de comunicación por una norma legal se habría producido muy recientemente y en relación, es obvio, con aquellos colectivos que desarrollan su trabajo a distancia.

En este sentido, el actual artículo 19.2 de la Ley 10/2021, de 9 de julio partiendo del principio general de igualdad, también en el ejercicio de los derechos de naturaleza colectiva, reconoce y transforma aquel derecho condicionado a la existencia de tales instrumentos en la empresa en una auténtica obligación empresarial incondicionada de suministrar a la representación legal los elementos precisos para su actividad y, en especial, el acceso a las comunicaciones y direcciones electrónicas de uso en la empresa y la implantación del tablón virtual, siempre, eso sí, que “sea compatible con la forma de prestación del trabajo a distancia”; una transformación esta, por lo demás lógica, si tenemos en cuenta que difícilmente la empleadora podrá alegar la ausencia de tales medios cuando, como decimos, el trabajo se presta a distancia normalmente mediante el uso intensivo de medios telemáticos.

2014, nº 177/2014, recurso 226/2014 confirmada posteriormente por la STS (Sala de lo Social) de 24 de febrero de 2016 núm. recurso 79/2015, - ECLI: ES:TS:2016:912. Un recopilatorio de estas decisiones en VALVERDE ASENCIO AJ (2013) “Protección...”, cit., p. 32 en especial.

⁹¹ Como ya en su momento sostuvo con acierto TRONCOSO REIGADA A. (2006), “Libertad sindical, libertad de empresa...”, cit., p. 116.

⁹² SSTS (Social) de 7 de febrero de 2018 (núm. 111/2018, ECLI: ECLI:ES:TS:2018:572) y de 24 de febrero de 2016 (rec.79/2015, ECLI: ECLI:ES:TS:2016:912). Previamente –aunque su razonamiento gira sobre el derecho a la intimidad y no a la protección de datos- véase la STS de 27 de septiembre de 2007 (rec 78/2006)

⁹³ De hecho, en alguna ocasión, de la lectura de las resoluciones de la AEPD parece deducirse paradójicamente que el hecho de ser representantes de los trabajadores facultaría a la empresa a comunicar a los trabajadores actuaciones de los mismos en el ámbito de su específica relación laboral que quizás no lo fueran de no ser detentadores de estas funciones representativas. Véase en este sentido la Resolución: R/02457/2010 en el Procedimiento Nº PS/00399/2010 en relación con la comunicación empresarial de la decisión de sus representantes de solicitar la resolución indemnizada de sus contratos tras utilizar previamente sus garantías en un ERE anterior. Por su parte, y en lo relativo a la comunicación, en el marco de un expediente disciplinario, del número del teléfono particular, domicilio habitual y número de cuenta bancaria completo de una delegada sindical al considerarlos “pertinentes para describir la falta imputada” véase la Resolución: R/02120/2010 en el procedimiento PS/00338/2010. En este sentido, quizás no esté de más señalar cómo en algunas ocasiones la AEPD parece ser ciertamente permisiva o realiza una alta valoración del derecho de información del resto de trabajadores cuando la empresa lo utiliza para, por ejemplo, hacer públicos los datos personales –DNI- de los trabajadores que han presentado una reclamación contra la empresa –véase en este sentido la resolución de archivo de actuaciones en el Expediente Nº: E/00788/2010-.

Pues bien, más allá de algunas sorpresas como el hecho de que esta norma parezca seguir apostando por el voto presencial, sin regular en cambio el posible voto telemático en las elecciones a órganos unitarios -en el centro de trabajo al que ahora la persona esté claramente adscrita (art. 7.e)⁹⁴-, creo que es importante destacar como, por un lado, la norma no solo garantiza esta comunicación con los representantes legales, sino también con el resto de personas trabajadoras de la empresa, lo que permitiría conocer posibles convocatorias realizadas por grupos dentro de la plantilla; y, del otro, el dato ciertamente llamativo de que esta misma norma no haya hecho referencia alguna al resto de limitaciones y garantías que, como ya hemos señalado, han ido aquilatándose por nuestra jurisprudencia en relación con esta singular vía de comunicación. Sin embargo, parece lógico considerar que esta incondicionada obligación empresarial debe conservar también algunos de los límites antes señalados -por ejemplo, la necesidad de que su uso no provoque daños en la empresa, evitando el colapso o mal funcionamiento de la misma (aunque no, obviamente, la existencia previa de este sistema que, como ya hemos dicho, lógicamente se presume)- como también de sus propias garantías antes indicadas -por ejemplo, lo inadmisibles de una previa autorización o control empresarial de su “veracidad”-. Y todo ello sin olvidar que el cauce natural para la formalización de este tratamiento detallado debiera ser la negociación colectiva a la que, de hecho, se remite el mismo artículo 19 en su primer párrafo.

Sea como fuere, lo que tampoco hace la norma es abordar las peculiaridades que, obviamente, plantea el seguimiento y la participación de estos trabajadores en una medida de conflicto⁹⁵. Más allá de los problemas que pudieran presentar algunas convocatorias específicas de este tipo de empleados⁹⁶, lo cierto es que la normalmente mayor libertad en la fijación horaria de su jornada o el hecho de que su acceso al trabajo no sea físico sino telemático, plantean -por señalar solo dos ejemplos- la necesidad de adaptar las reglas generales a este singular tipo de prestación, algo que, como decimos, no ha realizado el legislador. No obstante, creo que simplemente aplicando mutatis mutandis la misma lógica general, no debería existir problema alguno en reconocer el derecho de un trabajador a distancia a, por ejemplo, dar publicidad a la huelga y reclamar la participación de sus compañeros mediante redes sociales o correos electrónicos, del mismo modo que también podría acceder a las plataformas o sistemas telemáticos de trabajo, aunque no se preste materialmente servicio -huelga con ocupación del centro-, para detectar supuestos de esquirolaje⁹⁷ o la actividad de otros compañeros que no secundasen el paro e instarles, en el marco de su libertad de expresión y acción sindical, a unirse al mismo con los límites deducidos, en general, para la regulación de los piquetes informativos y la jurisprudencia emanada sobre ellos. Y todo esto, claro está, siempre que no pudiera en peligro ni bienes ni los derechos de la empresa y demás compañeros⁹⁸.

De la misma manera que también parece razonable considerar que la participación

⁹⁴ Sobre su admisibilidad véase SJS núm. 25 de Madrid, núm. 321/2015 de 21 septiembre, (ECLI:ES:JSO:2015:58) y art. 44 EBEP.

⁹⁵ Sobre el tema véase, por todos, VALLE MUÑOZ, F.A. *Los derechos colectivos en las nuevas formas de trabajo tecnológico*, Bomarzo, 2021, p. 39 y sig.

⁹⁶ RUIZ SAURA J.E., “Huelga y nuevas tecnologías: la encrucijada de un derecho fundamental”, en *Temas Laborales*, 2023, núm 167, p. 200, quien plantea los problemas de una convocatoria específica de este grupo, sin presencia sindical cuando, además, este colectivo sea reducido dentro de la plantilla.

⁹⁷ Facilitado en este caso por la posibilidad de recurrir a un mercado de prestadores de servicios mundiales -así RUIZ SAURA J.E., “Huelga y nuevas tecnologías...”, cit., p. 201.

⁹⁸ Sobre el posible uso de correos masivos u otros mecanismos de saturaciones del servicio véase VALLE MUÑOZ, F.A. *Los derechos colectivos...*, cit., p. 43. Este mismo autor p. 42 considera además que no sería admisible que los piquetes informativos se dirigieran al domicilio de los teletrabajadores para recriminarle su actitud, fundamentalmente al no ser este domicilio centro de trabajo.

declarada en una huelga debiera impedir cualquier intento del empresario de exigirle, en el marco temporal más amplio en el que se enmarca el conflicto, el mismo rendimiento que hubiera obtenido si esta no hubiera existido, vaciando así de contenido el propio ejercicio del derecho. O, desde una perspectiva inversa, que empresario y teletrabajador no huelguista utilizaran su mayor autonomía horaria para ampliar su jornada, incluso en días previos, minimizando con ello el impacto económico de la huelga⁹⁹. Finalmente, también parece evidente que los posibles sistemas o algoritmos de control debieran dar el tratamiento legal previsto específicamente a esta suspensión del contrato, evitando, por ejemplo, su inconstitucional equiparación a otras posibles causas de no desarrollo de la prestación -aunque sobre el famoso algoritmo Frank de Deliveroo volveremos, aunque sea brevemente, muy pronto-.

En cualquier caso, aún más compleja se presenta esta misma cuestión en el segundo grupo al que antes hacíamos referencia, el de los usuarios profesionales de plataformas de prestación de servicios básicamente personales. Y ello por múltiples motivos¹⁰⁰.

En primer lugar, porque a pesar de la clara tendencia al reconocimiento del carácter laboral de este tipo de prestaciones, no ya solo en España -si bien solo en el sector del reparto- sino también en buena parte de la Unión Europea -algo en lo que parece insistir el primer borrador de Directiva sobre el tema- lo cierto es que este sector ha sido feudo tradicional del empleo autónomo, al que todavía un grupo no solo de plataformas, sino también de usuarios profesionales se apega, provocando tensiones representativas y de propuestas de regulación entre los propios profesionales del sector. Quizás por ello, en múltiples ocasiones encontramos conflictos no ya solo de representatividad real entre organizaciones profesionales y sindicales, sino incluso entre estas mismas -organizaciones específicas y generales- o entre los mismos productores dando lugar a conflictos “intersindicales” que, ante la disparidad de perspectivas, resultan siempre de difícil abordaje¹⁰¹.

Además, las empresas de este sector, en gran parte internacionales, han asumido tradicionalmente una actitud muy beligerante no solo frente a la entrada de organizaciones sindicales en este sector¹⁰² -potenciando asociaciones profesionales de autónomos, acuerdos de interés profesional o incluso Códigos de buenas prácticas como técnica de lucha o evitación de la introducción del sindicalismo en sus estructuras- sino también frente a los poderes públicos -con amenazas incluso de abandono de la actividad y presión de *lobbies*- resistiéndose a la utilización del contrato de trabajo como mecanismo normal de articulación de sus relaciones con los “profesionales”, lo que condujo, como se recordará, a la incorporación de mecanismos penales seguramente pensados frente a la actitud de algunas de estas empresas -Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre-.

En tercer lugar, pero no por ello menos importante, esta situación ha favorecido igualmente comportamientos antisindicales que se han apoyado incluso en la propia gestión algorítmica típica de estas empresas. La conocida experiencia con el famoso algoritmo Frank de la empresa Deliveroo que en su propio código sancionaba o postergaba en los futuros encargos a profesionales que secundaron acciones colectivas es una buena prueba de ello. Pero obsérvese que en este caso la causa de la

⁹⁹ En este sentido, considerando que se trataría de un esquirolaje prohibido, VALLE MUÑOZ, F.A. *Los derechos colectivos...*, cit., p. 41.

¹⁰⁰ Sobre el tema véanse las muy interesantes reflexiones de RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., “Organización y acción sindical...”, cit., p. 84.

¹⁰¹ Sobre la necesidad de una acción sindical transversal que abarque tanto a trabajadores por cuenta ajena como a “autónomos” RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., “Organización y acción sindical...”, cit., p. 84.

¹⁰² En este sentido, por ejemplo, VALLE MUÑOZ, F.A. *Los derechos colectivos...*, cit., p. 62.

discriminación se encontraba en el mismo código, lo que facilitaba su respuesta jurídica. Lo realmente difícil llegará cuando el resultado del algoritmo no dependa del código sino del simple sesgo de los datos de los que se alimenta, dando lugar a correlaciones cuyo impacto discriminatorio solo puede medirse mediante un análisis casi estadístico de resultados y frente a la que la protección prestada por las tradicionales normas antidiscriminatorias y el Reglamento General de Protección de Datos pueden no ser suficientes¹⁰³.

Finalmente, lo que también resulta evidente y ha señalado acertadamente, entre otros, el Pr. RODRÍGUEZ-PIÑERO, son las dificultades que los propios “proveedores” y sus organizaciones han encontrado en el desarrollo no solo de su organización -por la dispersión, descualificación y aislamiento físico propio de este tipo de actividad¹⁰⁴- sino también en la articulación y plasmación de su acción colectiva. Unas dificultades, estas últimas, que les han conducido a ser un semillero no solo de nuevas herramientas digitales de comunicación y organización¹⁰⁵, sino también de nuevas formas e instrumentos de presión, que van desde las campañas de información al uso de la responsabilidad social frente a los consumidores, pasando por la petición -por señalar un último ejemplo, típico de la experiencia italiana- de apoyo a las entidades municipales en la búsqueda de mejoras en sus condiciones de empleo. Y todo ello sin olvidar la dificultad de aplicar el concepto de esquirolaje interno a plataformas abiertas a miles de productores que en muchas ocasiones no tienen establecidas franjas específicas de trabajo¹⁰⁶.

En cualquier caso, lo que hoy resulta evidente es que, ya se les considere trabajadores por cuenta ajena -en España, normalmente en el caso del reparto algorítmico- o se les califique como autónomos, aunque realmente respondan a una relación laboral -a nuestro juicio, por ejemplo, cuando la plataforma configure y predetermine su prestación con el pretexto de garantizar la “calidad”/homogeneidad de los servicios articulados en su aparente mercado-, estos sujetos disfrutarán claramente del derecho de huelga, sin que, además, el uso de algoritmos o incluso de instrumentos de inteligencia artificial puede permitir encubrir consecuencias negativas para su ejercicio. En este punto, el derecho incorporado recientemente al artículo 64 ET debiera tener una enorme relevancia o trascendencia.

En el resto de casos, esto es, para aquellos casos en los que no se alcance esta naturaleza laboral, tendríamos que acudir a lo que antes señalamos en relación con los autónomos sin trabajadores a su servicio para postular, una vez más, y siempre que ello sea posible una interpretación amplia que en estos casos protegiera igualmente a estos sujetos, especialmente cuando la insuficiencia de poder individual en el mencionado mercado supusiera simple y llanamente la imposición de condiciones hasta un umbral ciertamente inadmisibles.

¹⁰³ Me permito remitir al trabajo “Algoritmo y discriminación” en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 2022, número especial 1, p. 3 y sig.

¹⁰⁴ Nuevamente, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., “Organización y acción sindical...”, cit., p. 85: “El trabajo a través de plataformas digitales rompe, por tanto, todas las identidades que antes sirvieron para construir la solidaridad sobre la que, a su vez, se fundó la creación y actuación de los sindicatos. Ni el territorio, ni la empresa, ni la profesión son elementos de cohesión de los trabajadores de las plataformas”.

¹⁰⁵ Vid. VALLE MUÑOZ, F.A. *Los derechos colectivos...*, cit., p. 64.

¹⁰⁶ Más ampliamente, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., “Organización y acción sindical...”, cit., p. 86-87.

4.3 Las nuevas formas de articulación empresarial y el uso de los medios tecnológicos por el empresario para limitar el impacto de la huelga.

En tercer lugar, es ya un lugar común en la doctrina señalar cómo otro de los múltiples efectos de la nueva revolución tecnológica y digital ha sido el de facilitar y potenciar la profunda transformación interna y externa que han sufrido nuestras organizaciones productivas, especialmente durante estos últimos cuarenta años. La generalizada aplicación de las TIC al ámbito de gestión empresarial y su impacto sobre el modelo económico en general han potenciado un cambio dramático en el modelo, en la dimensión y en el propio ciclo vital de nuestras empresas. Así, de las estructuras rígidas y verticales propias de mediados del siglo pasado, que abarcaban e interiorizaban todas las fases de extracción, producción y comercialización del producto, y cuya plantilla se encontraba rígidamente separada en funciones y competencias, habríamos pasado, en muy poco tiempo, y en el marco de economías de conocimiento, a estructuras de empresas formalmente mucho más pequeñas, concentradas en sus competencias nucleares, pero, al mismo tiempo, articuladas en muchos casos en cadenas de valor, redes o grupos, con una plantilla no solo mucho más pequeña, sino también mucho más plana, con amplias zonas de intersección en el desarrollo de tareas desarrolladas por amplios grupos de trabajadores, en ocasiones autogestionados, y con prestaciones cada vez más intelectuales.

Pues bien, es obvio que toda esta reconfiguración, interna y externa, de buena parte de nuestros empleadores no ha podido dejar de impactar sobre las medidas de acción colectiva. En primer lugar, desde un punto de vista de mera acción sindical, ante la mayor complejidad y dificultad de la misma frente a organizaciones productivas configuradas en redes, grupos o fórmulas de simple externalización, en las que el impacto de la huelga puede ser vaciado mediante meros trasvases de producción o en las que resulta ciertamente difícil atraer a la mesa de negociación a la organización que realmente ostenta el poder último o material¹⁰⁷. Y todo ello, por no hablar de las mayores dificultades que estas medidas encuentran siempre en empresas de cada vez menor dimensión formal y ante relaciones cada vez más individualizadas, no solo por el tipo de prestación y poder contractual, sino también por las nuevas formas de gestión que fomentan la competitividad e incluso el enfrentamiento entre los teóricos compañeros.

Pero no es solo esta perspectiva de acción sindical. Esta nueva realidad empresarial presenta también, y en segundo lugar, una problemática básicamente jurídica, aportando nuevas realidades y problemas a instituciones de viejos perfiles que parten, eso sí, de la nueva perspectiva empresarial ante el conflicto que antes indicábamos; esto es, una perspectiva centrada no ya tanto en la confrontación mediante el simple cierre empresarial, sino más bien al contrario, en el intento de limitar o reducir tanto la participación en la acción -por ejemplo, mediante la utilización de los canales de comunicación con sus trabajadores para desmotivar, criticar o desincentivar, de forma más o menos intensa, la participación en la medida o a sus convocantes¹⁰⁸- como también, y sobre todo, buscando reducir al máximo su impacto sobre la producción e

¹⁰⁷ Véase como ejemplo la STS (Sala de lo Social, Sección1ª) núm. 41/2017 de 23 enero (rec. núm. 60/2016, ECLI: ECLI:ES:TS:2017:528) de acuerdo con cuya doctrina la empresa principal (Telefónica) no tendría la obligación de cumplir los deberes de negociación que impone el artículo 8.2 RDLRT, cuando los trabajadores en huelga no pertenezcan a su plantilla, sino a empresas subcontratistas. Sobre la no violación del art. 11 CEDH en relación con las acciones secundarias o de solidaridad, en especial en los procesos de desintegración empresarial, véase STEDH de 8 de abril de 2014 National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. the United Kingdom - Application no. 31045/10.

¹⁰⁸ Véase, en este sentido, recientemente, Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección1ª) núm. 273/2023 de 13 abril (Recurso de Casación núm. 217/2021, ECLI:ES:TS:2023:1610).

incluso sobre la propia visibilidad externa de la misma, especialmente ante la opinión pública y los consumidores¹⁰⁹.

Es esta última perspectiva la que ha provocado la progresiva centralidad de la utilización empresarial, por ejemplo -y dejamos aquí otras cuestiones más clásicas como la fijación amplia o extensa de los servicios esenciales o de mantenimientos - de nuevas formas de sustitución de trabajadores huelguistas. Y ello, ya sea mediante la simple utilización de sus poderes como empleador o su simple aquiescencia frente a la actuación en esta misma línea de los no huelguistas -esquirolaje interno-; del uso de mecanismos comerciales para reducir este impacto, por ejemplo mediante la utilización de otras empresas del mismo o distinto grupo o red de empresas -esquirolaje comercial “interno/grupal” o “externo/subcontratación”-; o incluso mediante el recurso a la utilización masiva de medios técnicos para sustituir las prestaciones no realizadas por los trabajadores huelguistas -esquirolaje tecnológico-. Y todo ello, además, mediante actuaciones normalmente mixtas, que no suelen abarcar solo una de estas actuaciones, sino incorporar una auténtica batería, todo un arsenal de medidas en las que se mezclan muchas veces toda esta tipología de acciones y perfiles -por ejemplo, esquirolaje interno, comercial externo y tecnológico- lo que dificulta aún más cualquier intento de establecer un marco jurídico claro y preciso para las mismas.

Pues bien, frente a esta nueva y compleja realidad la vieja regulación del RDLT se muestra, otra vez, clara y evidentemente superada. En primer lugar, porque, centrada en el casi extinto cierre, aquella norma nada señalaba sobre las posibles comunicaciones empresariales en estas situaciones de conflicto; unas comunicaciones que, en muchas ocasiones, no solo buscan amedrentar con sanciones, sino también puentear la decisión del sujeto colectivo en la búsqueda de una clara individualización de las relaciones laborales. Y, en segundo lugar, porque en relación con el esquirolaje, aquella norma solo aportaba una prohibición del esquirolaje laboral externo, lo que durante mucho tiempo fue utilizado, mediante una interpretación a contrario, para justificar el resto de actuaciones empresariales, lo que suponía olvidar desde un principio que las mismas también constituyen límites evidentes a un derecho fundamental que corría el riesgo de ser desnaturalizado o, desde luego, de carecer de capacidad para ofrecer una tutela efectiva del interés ínsito en este mismo derecho constitucional, preeminente y dotado de una especial consistencia.

Por ello, la construcción jurídica de estas figuras es, en gran parte, la historia de una evolución jurisprudencial; una evolución que, como todas ellas, no carece de giros y cambios y que, además, presenta la dificultad, por un lado, de compaginar o de intentar compaginar la doctrina de dos Tribunales como son el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, cada uno de ellos con sus propias evoluciones temporales; y que por el otro, refleja igualmente la complejidad que supone intentar extraer de esta doctrina, ligada a un específico y concreto caso, reglas pretendidamente generales con las que afrontar, además, una realidad extraordinariamente diversa, con situaciones mixtas en la que conviven diversos tipos o formas de esquirolaje.

Aunque seguramente esta “historia” sea objeto de otras ponencias en estas mismas Jornadas, parece necesario al hilo de estas reflexiones generales, señalar sus principales hitos, excelentemente sintetizados, entre otros, por la Profesora GRAU PINEDA en su reciente y brillante monografía¹¹⁰.

¹⁰⁹ Sobre esta lógica ya advertía BAYLOS GARU A., “Continuidad de la producción o del servicio y facultades empresariales en casos de huelga”, en AAVV., *Estudios sobre la huelga* (coord. BAYLOS GRAU A.), Bomarzo, 2005, en especial p. 100-101.

¹¹⁰ *Los difusos contornos de la prohibición de esquirolaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021 a la que nos remitimos para todas las cuestiones abordadas en este concreto punto de la ponencia. Igualmente de interés

En este sentido, y centrándonos en primer lugar en el esquirolaje interno, seguramente el hito inicial de todo este proceso puede situarse, por un lado, en la conocida STC 123/1992 de 28 de septiembre¹¹¹ que, en línea con la jurisprudencia anterior de la Sala de lo Social Tribunal Supremo¹¹², y partiendo ya de la “mayor consistencia” o “preeminencia” del derecho de huelga, señalaba -con una frase que se ha convertido en un auténtico mantra en este campo- como el ejercicio de este derecho fundamental produce o debe producir “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”. Desde esta premisa general, el Tribunal abordaba el denominado esquirolaje interno para concluir considerando que el uso del poder de dirección del empresario y en especial de la movilidad horizontal o vertical como vía para limitar o reducir el derecho de huelga debiera considerarse un atentado o violación al mismo.

Esta misma lógica fue posteriormente desarrollada por la STC 33/2011, de 28 de marzo¹¹³, que tras reiterar la prohibición de toda sustitución que, ya sea fuese de forma intencional, o incluso de forma objetiva, produjera un vaciamiento del contenido del derecho de huelga, o una desactivación o aminoración de la presión asociada a su ejercicio”, señalaba igualmente cómo ello acontecería cuando formalmente los trabajadores no huelguistas, incluso de forma aparentemente “autónoma”, cubrieran posiciones que no le eran propias, logrando por tanto vaciar de contenido el derecho de sus compañeros.

El resultado de ambas sentencias fue una doctrina aparentemente pacífica y que, dejando a un lado los problemas probatorios¹¹⁴ fue asumida aparentemente sin mayor dificultad de forma constante por nuestro Tribunal Supremo¹¹⁵ en supuestos incluso de cambio de turno¹¹⁶ o de centro de trabajo¹¹⁷. Cuestión distinta es que el carácter cada vez

resulta el interesante artículo de MARTÍNEZ MORENO C., “El ser o no ser de la huelga, el futbol y el esquirolaje. A propósito de la STC 17/2017, de 2 de febrero, caso Telemadrid”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2017, núm. 9, p. 894 y sig.

¹¹¹ BOE núm. 260, de 29 de octubre de 1992, ECLI:ES:TC:1992:123.

¹¹² STS (Sala de lo Social) de 24 octubre 1989 (RJ 1989\7422) y de 23 octubre 1989 (RJ 1989\7533). En cambio, la Sala de lo Contencioso-Administrativo se había mostrada a favor de permitir que el propio empresario sustituyese la actividad de los huelguistas STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 18 septiembre 1997 (Recurso de Apelación núm. 12078/1991).

¹¹³ BOE núm. 101, de 28 de abril de 2011, ECLI:ES:TC:2011:33.

¹¹⁴ STC 18/2007, de 12 de febrero, (BOE núm. 63, de 14 de marzo de 2007, ECLI:ES:TC:2007:18).

¹¹⁵ Véanse, entre otras muchas - MARTÍNEZ MORENO C., “El ser o no ser...”, cit., p. 897- las SSTS (Sala de lo Social) núm. 191/2013, de 6 junio 2014 (rec. núm. 191/2013, ECLI:ES:TS:2014:3040); núm. 13/2020, de 13 enero (rec. núm. 138/2018, ECLI: ECLI:ES:TS:2020:333) -sustitución de presentadora de televisión por el editor del programa, sustitución por movilidad interna-; núm. 111/2021, de 27 de enero (rec. 140/2019, ECLI:ES:TS:2021:1491) -orden de sustitución de trabajadora con horario distinto-; núm. 759/2021, de 7 de julio de 2021 (rec. núm. 4982/2018, ECLI:ES:TS:2021:3200) con cita de otras muchas-; núm. 499/2021 de 6 mayo (rec. núm. 4975/2018 ECLI:ES:TS:2021:1868); núm. 990/2021 de 6 octubre (rec. núm. 4983/2018, ECLI:ES:TS:2021:3693) -actuación de mandos intermedios de la empresa que proceden a realizar el trabajo de los huelguistas, aun cuando lo hagan por propia iniciativa y sin recibir instrucciones al respecto por parte de aquella-. Aún más reciente Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 273/2023 de 13 de abril (Recurso de Casación núm. 217/2021, ECLI:ES:TS:2023:1610) -invitación a asumir trabajo a personal en día libre-.

¹¹⁶ Sustitución de trabajadores con la misma categoría y funciones, pero de distinto turno y programas, en Euskal Telebista STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 30 abril 2014 (rec. núm. 213/2013, ECLI:ES:TS:2014:2559).

¹¹⁷ STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 18 de marzo de 2016 (rec. núm. 78/2015, ECLI:ES:TS:2016:1775) -cambio de sucursales en huelga en Liberbank- En esta misma línea, previamente STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 25 enero 2010 (rec. núm. 40/2009, ECLI:ES:TS:2010:494).

más plano de nuestras organizaciones y, con ella, de nuestras plantillas, con grupos de trabajo con funciones agrupadas, planteaba en muchas ocasiones hasta qué punto se producía o no una invasión por parte de los no huelguistas de las tareas que se dejaban de realizar por los que sí secundaban la huelga; una cuestión esta que seguramente se encontraba en la raíz de la controvertida STC 17/2017 de 2 de febrero. Pero dado el carácter mixto de este último supuesto, quizás debamos antes plantear al menos la situación jurisprudencial previa respecto de los otros dos tipos de esquirolaje, el comercial -tanto interno como externo- y el tecnológico, al que previamente hicimos referencia.

Pues bien, por lo que se refiere al primero, el denominado esquirolaje comercial, parece evidente que el comienzo de toda esta controversia se sitúa nuevamente en la conocida y controvertida -basta leer el contenido y, sobre todo, los calificativos utilizados en al menos uno de los votos particulares que se realizaron a la misma- STC 75/2010, de 19 de octubre¹¹⁸. Como se recordará en este caso -normalmente conocido por el nombre de la una de las empresas, Samoa- se trataba de analizar la posibilidad de extender el área de tutela del derecho fundamental de huelga a los despidos realizados por el subcontratista ante la extinción o no renovación por la principal de la contrata que unía a ambas mercantiles como consecuencia -al menos para el pleno- del ejercicio de aquel derecho por los trabajadores de la subcontratista. En definitiva, se trataba de analizar el impacto que sobre el ejercicio del derecho de huelga podían o no tener las nuevas estructuras empresariales ligadas al fenómeno de descentralización productiva, a través, en este caso, de empresas que, al menos así aparecía, no formaban parte de un mismo grupo empresarial¹¹⁹.

Sea como fuere, y más allá de otras múltiples cuestiones que no es posible aquí analizar, lo cierto es que el Tribunal, partiendo de la postulada “fragmentación de la posición empresarial” en estos supuestos de relaciones “triangulares”, va a otorgar el amparo, considerando no solo que la extinción contractual habría violado este derecho, sino que esta misma violación se podría por tanto producir por actuaciones distintas del empleador, con todas las evidentes dificultades que la calificación del despido conlleva en estos supuestos y que el Tribunal simplemente traslada al órgano judicial en el incidente de ejecución de sentencia.

En cualquier caso, lo que sí es importante destacar aquí es que, ya sea como consecuencia (o no), de la falta de unidad dentro del propio Tribunal Constitucional, o de la concreta forma en la que en algunos casos posteriores se articuló la específica relación procesal, lo cierto es que al aplicar esta doctrina el Tribunal Supremo va a matizar esta aparente regla general, otorgando en cambio una especial trascendencia a la existencia o no de una “especial vinculación”, que conecte a la empresa principal con la empleadora formal y, sobre todo, con la propia actuación de los trabajadores.

Así, llamativamente, cuando la sustitución se produce en el seno de un grupo de empresas la respuesta va a ser, al menos en apariencia, constante y monolítica. Desde su primera Sentencia de 11 de febrero de 2015¹²⁰ hasta las dos Resoluciones de 3 de octubre de 2018. nuestro Tribunal Supremo reconocerá sin mayores problemas que, dada la fragmentación de la actividad empresarial, aun legítima, la existencia, por tanto,

¹¹⁸ BOE núm. 279, de 18 de noviembre de 2010, ECLI:ES:TC:2010:75. Véanse igualmente las SSTC 76/2010 de 19 de octubre (BOE núm. 279, de 18 de noviembre de 2010, ECLI:ES:TC:2010:76), 107/2010 y 110/2010, ambas de 16 de noviembre (BOE núm. 306, de 17 de diciembre de 2010, ECLI:ES:TC:2010:107, ECLI:ES:TC:2010:110).

¹¹⁹ Sobre otras cuestiones relativas a la problemática de las huelgas en los supuestos de subcontratación puede consultarse SALA FRANCO T., “Los mecanismos...”, cit., p. 45 y sig.

¹²⁰ Recurso de Casación núm. 95/2014, ECLI:ES:TS:2015:1217 -normalmente conocida como Preprint/Prisa por las empresas contratista y principal del grupo.

de una especial vinculación entre ambos empleadores y, finalmente, a que su actuación coordinada (y esta parece ser la clave) puede repercutir sobre los derechos de los trabajadores de cualquier empresa del grupo, pesaría sobre este, como organización productiva y/o comercial, el deber de respeto y no injerencia en el derecho fundamental. Y ello, bastando con el mero efecto limitador y sin necesidad, por tanto, de la prueba de una voluntad específica, quizás como contraposición a las indudables ventajas productivas y de todo orden que se desprenden de este tipo de vinculación grupal.

Para el Tribunal, otra interpretación, que permitiera a la empresa principal sustituir a la empresa cuya plantilla está en huelga por otra distinta ya sea por ejemplo en la impresión de la prensa o revista¹²¹ o en el abastecimiento de una bebida para una determinada zona, vaciaría de contenido el derecho fundamental, arrebatándole su finalidad de medio de presión y, no se olvide, de exteriorización de los efectos de la misma. Y ello, es importante destacarlo, con independencia de la existencia o no de una extensión de responsabilidades entre las sociedades del grupo, o, repetimos incluso de la existencia o prueba de una intención empresarial¹²², bastando a estos efectos la comprobación de la radical alteración de las dinámicas de funcionamiento coordinado de las empresas del grupo producida como consecuencia de la convocatoria de huelga.

En cambio, y esto es lo llamativo, la respuesta de nuestro Más Alto Tribunal, al menos por el momento, va a ser bastante diferente cuando no existe o no se constata una conexión grupal, y nos encontramos, por tanto, ante simples vínculos contractuales de externalización productiva en los que, además, no se acredite una conducta de la empresa principal que pudiera relacionarse de forma directa con la actuación de los trabajadores (GOERLICH) vaciando el contenido de este derecho.

El primer ejemplo de esta segunda línea es, sin duda, la STS de 16 de noviembre de 2016¹²³. Como se recordará, en este caso, y frente a una previa Sentencia de la Audiencia Nacional que seguía fielmente la STC 75/2010, el Tribunal Supremo va a matizar aquella doctrina, no ya en sus líneas fundamentales, pero sí al señalar que en este caso no existía ni una especial vinculación entre las empresas -lo que le impediría “codecidir” con ellas la realización de esos trabajos por terceras empresas- ni se probó que la decisión de la empresa principal de contratar a otras empresas para sustituir durante la huelga a la empresa subcontratista tuviera como efecto, intencionado o no, neutralizar el legítimo ejercicio del derecho de huelga ante una modificación de condiciones de trabajo cuyo procedimiento ya estaba iniciado.

En cualquier caso, repetimos, más allá del evidente condicionamiento que supuso la singular articulación de la relación procesal –y que dejó fuera del proceso a las dos empresas contratistas que realizaron las subcontrataciones ante la huelga en Altrad-, sin duda la parte más llamativa de la resolución se encontraba en su último párrafo que sentaba una doctrina ciertamente expresiva y que, por cierto, conectaba con la orientación del propio Tribunal de principios de los años 2000¹²⁴; esto es, que: “la

¹²¹ Junto a la anterior, véanse las SSTS (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 885/2018 de 3 octubre (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3365/2016, ECLI:ES:TS:2018:3657) -habitualmente conocida como Grupo Zeta- y núm. 888/2018, de 3 octubre (Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1147/2017, ECLI:ES:TS:2018:3659) -habitualmente conocida como Grupo Vocente/ABC-. En un sentido contrario se había manifestado una parte de la doctrina de suplicación. Véase, por ejemplo, STSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm 8041/2014, de 5 de diciembre (Recurso de Suplicación núm. 5279/2014 ECLI:ES:TSJCAT:2014:12120 -grupo Godo-.

¹²² Tribunal Supremo (Sala de lo Social) Sentencia de 20 abril de 2015 (Recurso núm. 354/2014) -conocida normalmente como Coca Cola-.

¹²³ STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 961/2016 de 16 noviembre (Recurso de Casación núm. 59/2016) -normalmente conocida como Altrad-.

¹²⁴ STS (Sala de lo Social) de 11 mayo 2001 rec. 3609/2000, RJ 2001\5205): “pero los clientes o público

apreciación que hace la sentencia recurrida... es tan amplia que conduciría a consecuencias totalmente exorbitantes respecto de una adecuada protección del derecho de huelga, pues si se impidiese a los destinatarios de los trabajos, que no lo tengan prohibido por contrato, contratar con otras, llegaríamos a sostener, como señala en su informe el Fiscal de la Audiencia Nacional, que los consumidores habituales de un comercio no pudieran comprar en otro, en caso de huelga en el primero, o que la empresa que tenga que realizar determinados trabajos no pudiera recurrir a otra empresa de servicios”.

Un segundo paso en esta progresiva diferenciación, con algún que otro antecedente sobre la no inclusión de la empresa principal en el proceso negociador de una huelga de subcontratistas¹²⁵, se da, al menos a mi juicio, con el Auto del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2017 que en el caso de la huelga en un Mercado municipal en el que las empresas usuarias utilizaron sus propios trabajadores para cubrir servicios prestados tradicionalmente por aquella, la Sección va a rechazar la doctrina elaborada en sede de grupos al considerar que “las resoluciones comparadas difieren” sin que, por tanto, proceda aplicar a estos casos de subcontratación estable la cada vez más limitada doctrina establecida para los grupos de empresa¹²⁶. Y finalmente, esta misma división parece asentarse ya definitivamente en la STS de 13 de julio de 2017¹²⁷ aunque en este caso no se insiste ya indirectamente en la especial vinculación de las empresas sino, más específicamente, en el hecho de que en este supuesto no se hubiera “puesto en marcha” un recurso productivo específico para contrarrestar la huelga, sino la simple aplicación de la distribución de trabajos entre las distintas empresas subcontratistas mediante un algoritmo preexistente a la situación de conflicto. En definitiva, mientras que en el caso de los grupos la alteración de la distribución de la producción tradicional parece asumirse como una lesión al derecho de huelga, en el caso de las meras “subcontrataciones” se habría acabado por retomar a la doctrina tradicional que permite a la empresa principal reorientar sus pedidos a otras empresas del mercado en aquellos casos en los que la plantilla de su subcontratista acuda a la huelga¹²⁸.

En cualquier caso, la específica mención de la última sentencia a un elemento tecnológico nos conduce, finalmente, al último tipo de los cuatro esquirolajes a los que antes hicimos referencia: el denominado esquirolaje tecnológico caracterizado, en definitiva, por la utilización de medios tecnológicos para el mantenimiento de la producción (normalmente, emisión)¹²⁹. Sin poder detenernos aquí en la conocida y tormentosa evolución de este tipo de actuación empresarial¹³⁰, parece evidente que la

en general que goza o se sirve de las prestaciones realizadas por la empresa, están completamente desvinculados del derecho de huelga, por ello tienen absoluta libertad para buscar los servicios o prestaciones que la empresa en huelga les suministraba en otras empresas o por los medios que tengan por conveniente”. En un sentido similar se había posicionado anteriormente la STS (Sala de lo Social) de 27 septiembre 1999 (rec. núm. 1825/1998, RJ 1999\7304) críticamente comentada por BAYLOS GRAU A., “Continuidad de la producción...”, cit., p. 103.

¹²⁵ STS (Sala de lo Social, Sección1ª) núm. 41/2017 de 23 enero 2017 (rec. núm. 60/2016, ECLI:ES:TS:2017:528).

¹²⁶ ATS (Sala de lo Social, Sección1ª) de 7 febrero 2017 (Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 412/2016, ECLI:ES:TS:2017:886).

¹²⁷ STS (Sala de lo Social) núm. 624/2017 de 13 de julio (Recurso de Casación núm. 25/2017, ECLI:ES:TS:2017:3166).

¹²⁸ Una posición esta que ya en su momento fue objeto de críticas por BAYLOS GRAU A., “Continuidad de la producción...”, cit., p. 103.

¹²⁹ Sobre el mismo, TASCÓN LÓPEZ, R., *El esquirolaje tecnológico*, cit., en especial, p. 61 y sig. a quien por necesaria brevedad se reenvía para una extensa referencia a la doctrina sobre este tema.

¹³⁰ Sobre la misma puede consultarse, recientemente, TODOLI SIGNES, A. “El esquirolaje tecnológico como método de defensa ante una huelga”, en AAVV., *Controversias vivas del nuevo Derecho del trabajo*, (dir. BORRAJO DACRUZ, E.), La Ley, Actualidad Laboral, 2015, p. 70 y sig.; RUIZ SAURA

misma puede sintetizarse en las dos sentencias del Tribunal Supremo que, tanto por sus fallos, como por sus votos particulares, marcan las posiciones básicas del debate. Así, la primera, de 11 de junio de 2012¹³¹, en el marco de las emisiones (de publicidad) que no pueden considerarse servicios mínimos esenciales, concluye, siguiendo la línea hasta entonces tradicional, que en el caso de publicidad “preprogramada” y completamente automática, sin intervención humana directa, no se lesionaría el derecho de huelga “si la empresa emplea para desarrollar esas actividades trabajadores no huelguistas o sus propios medios técnicos sin aplicación de trabajo humano”. Ese derecho solo se vulneraría si los trabajadores asignados a la prestación de servicios mínimos se utilizasen para cumplir servicios no esenciales, “pero no sí los servicios no esenciales se ejecutan por trabajadores no huelguistas o por medios automáticos”. Y ello ya que el derecho de huelga garantizaría “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»¹³².

En cambio, la segunda, de 5 de diciembre de 2012¹³³, utilizando el pie, si quiera sea algo forzado, que en su momento dio la STC 183/2006¹³⁴ -y que la anterior resolución de junio rechazó- va a considerar, desde una perspectiva finalista, centrada en la necesidad de preservar la finalidad propia de la huelga frente a cualquier actuación empresarial, que: “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, aun 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 uso de las prerrogativas empresariales, aún amparadas en la libertad de empresa, para impedir la eficacia del derecho de huelga”. Y ello, continua la sentencia, por la propia naturaleza de este derecho y también del de libertad de empresa que no incorporaría a su contenido facultades de reacción frente al paro”¹³⁵. Pero obsérvese que, por la propia perspectiva adoptada, la doctrina en realidad no impediría cualquier uso de los medios tecnológicos, sino aquellos que por su intensidad supusieran “un vaciamiento del contenido del derecho de huelga, o una desactivación o aminoración de la presión asociada a su ejercicio”, lo que remitiría a un análisis casuístico que, además, conectaba con esa nueva perspectiva de percepción social del conflicto al que hicimos alusión al principio

J.E., “Huelga y nuevas tecnologías: la encrucijada de un derecho fundamental”, en *Temas Laborales*, 2023, núm 167, p. 189 y sig.; GRAU PINEDA C., *Los difusos contornos...*, cit., p. 104 y sig.

¹³¹ Recurso de Casación núm. 110/2011, ECLI:ES:TS:2012:5579. Para un comentario crítico de la misma PÉREZ DEL REY J., “Tertulias, reportajes de actualidad y esquirolaje tecnológico en la huelga general”, *Revista de Derecho Social*, 2012, núm. 59.

¹³² Véanse también SSTS de 4 de julio de 2000 (Recurso de Casación núm. 75/2000, RJ 2000, 6289); 9 de diciembre de 2003 (Recurso de Casación núm. 41/2003, RJ 2003, 9371) o 15 de abril de 2005 (Recurso de Casación núm. 133/2004, RJ 2005, 4513).

¹³³ Recurso de Casación núm. 265/2011, ECLI: ECLI:ES:TS:2012:9176.

¹³⁴ de 19 de junio (BOE núm. 172, de 20 de julio de 2006, ECLI:ES:TC:2006:183), como en cambio sí hacía el voto particular del Profesor Alarcón Caracuel a la STS de 11 de junio de 2012.

¹³⁵ Una idea que seguramente ya adelantó a mediados de los años noventa CASAS BAAMONDE, M.E., “Derecho de huelga y constitución”, *Relaciones Laborales*, 1994, Tomo.1, p. 49 (LA LEY 1108/2001): “es claro que a su ejercicio no pueden oponerse derechos constitucionales del empresario que neutralicen los efectos de aquel derecho, sean «fundamentales» o «cívicos» (o infraconstitucionales). Ni el derecho empresarial de adopción de medidas de conflicto colectivo ni el de libertad de empresa amparan tales facultades reaccionales de sus titulares”.

de estas páginas¹³⁶.

Evidentemente no podemos detenernos aquí a analizar con detenimiento los dos extraordinariamente interesantes votos particulares que acompañan la sentencia¹³⁷. Pero sí nos gustaría señalar que, al menos en mi opinión, ante una legislación cuyo desfase histórico es del todo conocido, la interpretación de estas cuestiones -que nadie discute son absolutamente novedosas- no debiera basarse en una interpretación casi etimológica de los términos utilizados por una norma, no solo históricamente desfasada, sino que, además, resultaba tan restrictiva que tuvo que ser necesariamente adecuada al nuevo modelo constitucional de Estado y de sistema de relaciones laborales. No es por tanto el art. 6.5 RDLRT el que debe ser interpretado, sino el artículo 28 CE desde una perspectiva eminentemente constitucional y, además, ajustada a la nueva realidad social. Pues bien, recuérdese que el contenido esencial de un derecho, que debe garantizarse ante la acción, pero también frente a la inacción u omisión del legislador (sobre todo si esta se interpreta como, parece suceder en alguno de estos casos, como mecanismo para rechazar su tutela) no solo se determina por el conjunto de facultades que en un momento dado pudieron caracterizar un derecho fundamental. Esta línea interpretativa, como único criterio para su determinación, resulta especialmente inadecuada no solo cuando se abordan problemas inexistentes en el momento histórico en el que este “modelo” o tipo de derecho de huelga se fijó, sino cuando además se pretende trasladar este mismo modelo o percepción a una realidad productiva radicalmente diferente a la tradicional que, en muchos sectores, está claramente periclitada.

Por ello creo que, ante estos cambios tecnológicos y productivos, resulta no solo más fructífero, sino seguramente incluso necesario utilizar, si se quiere, adicionalmente, la segunda vía señalada desde un inicio por el TC, localizando y garantizando aquellas facultades que garanticen, al menos -y ya somos restrictivos- una mínima protección al interés para el que se otorga este poder jurídico¹³⁸.

De hecho, esto es, al menos a mi juicio, lo que buscaba la doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo. Como se deduce del propio fallo, esta no reclama ni pretende tutelar ni garantizar el éxito de huelga -como parece sostenerse en algún voto particular- sino al menos asegurar que mediante estas actuaciones tecnológicas el derecho de huelga, incluso ejercido mayoritariamente, pudiera dejar de tener influencia real sobre la propia producción/emisión, vaciando así de contenido su propia funcionalidad. No se trataría por tanto de una interpretación analógica de un precepto legal, sino de una interpretación de una norma constitucional, directamente aplicable y dotada de eficacia horizontal, que, al igual que ocurre con la doctrina de otros Tribunales en el orden

¹³⁶ De hecho, en alguna sentencia posterior, el Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia de 30 abril 2013, -Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2465/2012, ECLI:ES:TS:2013:2394- ha señalado como dato importante para esta valoración que “el caso de la sentencia recurrida sucede que la empresa durante la huelga realizó la retransmisión del sorteo de la Lotería de Navidad con escasas variaciones” -utilizando imágenes de otra entidad y de agencias, no las generadas por su plantilla en huelga-, “dando una apariencia al espectador de normalidad en la retransmisión”, lo que parecía avalar la importancia de ocultar al público la existencia de una huelga y la importante participación en la misma.

¹³⁷ Sobre los mismos puede consultarse LÓPEZ LLUCH, M.I. “El derecho de huelga: nueva doctrina sobre el “esquirolaje tecnológico” en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de diciembre de 2012”, *Aranzadi Social*, 2013, núm. 5 (BIB 2013\1667).

¹³⁸ En palabras de la STC 11/1981, tantas veces citada, se haría referencia a “aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo se rebasa o se reconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”. En esta línea, creo, ya se había posicionado BAYLOS GRAU A., “Continuidad de la producción...”, cit., p. 89 y sig.

internacional, actualice el contenido del derecho a la nueva realidad, en este caso, social, incorporando aquellas perspectivas que sean necesarias para no convertir en inútil, y por tanto, materialmente inexistente, un derecho fundamental.

Es por todo ello por lo que, obsérvese esta sentencia no prohíbe total e indiscriminadamente la utilización por el empresario de medios tecnológicos preexistentes, sino solo su uso cuando supongan el vaciar materialmente de contenido y de efectos el lícito ejercicio de la huelga. Lo importante, por tanto, es que se alterase el sistema normal de producción preexistente, eliminando el papel humano y, por tanto, haciendo simplemente intrascendente, irrelevante o incluso no visible para el exterior el ejercicio de este derecho fundamental.

En cualquier caso, y ya para concluir, es sobre este complejo y abigarrado panorama -en el que, además, obsérvese, no todas las posibilidades habían sido específicamente analizadas- sobre el que impacta la conocida y controvertida STC 17/2017 de 2 de febrero¹³⁹. Y decimos impacta ya que seguramente pocas sentencias del Tribunal Constitucional han sido -si se nos permite la expresión- tan polémicas como esta¹⁴⁰. Y ello, no solo por el contenido del fallo, sino, y sobre todo, por los argumentos jurídicos utilizados y por su proximidad, incluso terminológica, con los votos particulares de la STS de 5 de diciembre de 2012. De ahí que diversos autores hayan interpretado la misma como una aparente desautorización de aquella doctrina, con la correlativa apuesta por la precedente¹⁴¹, mientras que otros -entre los que me incluyo-, hayan señalado ciertamente su singularidad, pero apostado por un intento más matizado de coordinar las mismas. Pero vayamos por partes.

Como se recordará, el caso, ciertamente complejo, abordaba, al hilo de la emisión de un partido de la Champions League durante una huelga en una emisora pública de televisión, un supuesto mixto en el que se imbricaban tanto un aparente problema de esquirolaje tecnológico como -al menos en el recurso ante el Tribunal Supremo- de posible esquirolaje interno.

Comenzando por esta última cuestión, la relativa al esquirolaje interno, el punto de partida era que el procedimiento seguido aquel día había sido sustancialmente similar, aunque no idéntico, al desarrollado tradicionalmente. Pero era evidente que algunos aspectos, sobre todo en la incorporación del signo distintivo de la emisora -la tan traída y llevada inserción de la mosca-, parecían dar a entender una cierta asunción de funciones inferiores por parte de un superior, aunque, repetimos, estas fueran ciertamente reducidas o incluso mínimas. Pues bien, más allá de si la resolución rehusó o no a realizar una valoración constitucional de los hechos probados¹⁴², lo que sí demuestra este caso son los problemas que suscita esta prohibición de esquirolaje interno en los supuestos de equipos planos y, especialmente, en aquellos modelos de producción en los que la garantía de la consecución de los objetivos conlleva la existencia de múltiples canales que garanticen el resultado, con todo lo que ello supone -no se olvide- para la consecución de la finalidad última de la huelga. Frente a una jurisprudencia que desde un principio ha exigido la no utilización de formas abusivas de huelga que garanticen el éxito de la misma con la utilización de mínimos efectivos, sorprende comprobar la facilidad con la que ni tan siquiera se valoran los efectos de

¹³⁹ BOE núm. 59, de 10 de marzo de 2017, ECLI:ES:TC:2017:17

¹⁴⁰ Por señalar solo un ejemplo, véase con TASCÓN LÓPEZ, R., *El esquirolaje...*, cit., p 78 que lo denomina gráficamente como “tsunami” jurídico.

¹⁴¹ Así parece, por mencionar solo un caso, en el excelente comentario crítico de GRAU PINEDA C., *Los difusos contornos...*, cit., p. 119 y sig. a quien por brevedad nos remitimos en relación con el resto de los autores críticos con esta sentencia.

¹⁴² Véase, por ejemplo, MARTÍNEZ MORENO C., “El ser o no ser...”, cit., p. 900.

estos sistemas que, garantizando el resultando, y estableciendo varios cauces posibles para su consecución, pueden hacer ciertamente difícil o casi imposible la visibilidad social de la acción colectiva.

Pero más allá de todo esto, sin duda los aspectos más conflictivos de esta resolución se centraron en la segunda cuestión, esto es, en el esquirolaje tecnológico. Y ello ya que para el fallo -repito con evidentes ecos de los votos particulares (y en especial de alguno de ellos) realizados a la STS de diciembre de 2012¹⁴³- “exigir al empresario que no utilice medios técnicos con los que cuenta en la empresa supone imponer al empresario una conducta de colaboración en la huelga no prevista legalmente. La utilización de medios ya existentes en la empresa es compatible con el derecho de huelga y no puede extenderse, por vía analógica, a este supuesto la prohibición prevista en el art. 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977, que se refiere al empleo de los recursos humanos en la empresa, pero no a la utilización de sus recursos materiales y tecnológicos”. De ahí, continuaba la Sentencia, que “la efectividad del ejercicio del derecho de huelga no demanda del empresario una conducta dirigida a no utilizar los medios técnicos con los que cuenta en la empresa o a abstenerse de realizar una actividad productiva que pueda comprometer el logro de los objetivos de la huelga, al igual que no obliga a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la protesta, y ello porque lo que garantiza la Constitución es el derecho a realizar la huelga, no el resultado o el éxito de la misma... el empresario tiene que soportar inevitablemente un daño como consecuencia de la huelga derivado de la interrupción de la actividad en que la misma consiste, pero sería desproporcionado exigir al empresario, en supuestos como el presente, que colabore por inacción u omisión al éxito de la huelga. El derecho de huelga aparece configurado como una presión legal al empresario que debe soportar las consecuencias naturales de su ejercicio por parte de los trabajadores que se abstienen de trabajar, pero no se impone el deber o la obligación de colaboración con los huelguistas en el logro de sus propósitos”.

Pues bien, creo que, a pesar de la dificultad de la tarea, aún es posible intentar coordinar la doctrina del Tribunal Constitucional con la antes señalada por el propio Tribunal Supremo. Y ello ya que, al menos a mi juicio, el núcleo de la doctrina de diciembre de 2012 ni imponía al empresario la mera pasividad, ni le prohibía absolutamente la utilización de los medios tecnológicos ya existentes con la plantilla no huelguista, ni desde luego exigía un deber de colaboración o consideraba que el derecho constitucional de huelga garantizase el resultado o el éxito de la misma. Lo que señalaba sustancialmente, al menos a mi juicio, el núcleo de aquella doctrina era que la utilización de estos elementos tecnológicos preexistentes no podía vaciar de contenido y de visualización social al conflicto, haciendo inútil la inactividad de los huelguistas ante la continuidad de la prestación realizada por medios tecnológicos.

Es cierto que el Tribunal Constitucional solo destaca la perspectiva que para el caso le interesaba y abre implícitamente -y lo que a mi juicio es más que discutible- la vía para un uso “diferente” al ordinario de los medios técnicos preexistentes¹⁴⁴. Pero no está de más destacar como con ello quizás permite señalar también el segundo extremo o zona

¹⁴³ Como recuerdan ORTEGA LOZANO, P.G., GUINDO MORALES, S. “Derecho de huelga y nuevas tecnologías: a propósito del esquirolaje interno y tecnológico”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2019 núm. 225, (BIB 2019\9780), especialmente el del añorado Magistrado y Profesor Aurelio Desdentado Bonete.

¹⁴⁴ Y ello es importante ya que un sector de la doctrina, a mi juicio de forma muy inteligente, había señalado este uso diferente al ordinario o habitual de los medios tecnológicos preexistentes como elemento central en la posible admisión o no de su utilización. Véase en este sentido a PÉREZ DEL REY J., “Tertulias, reportajes de actualidad...”, cit., p. 209 a quien se reenvía para un análisis más detenido de esta orientación.

de certidumbre que en este tipo de conflictos debe valorarse y dentro del cual habrán de enjuiciarse, caso por caso, el uso de los medios tecnológicos. Esto es, en el marco de una huelga legal, y más allá de asegurar lógicamente los servicios mínimos y de mantenimiento y seguridad, el empresario, obviamente, no tiene que mantener una actitud meramente pasiva. Respetando siempre las reglas contra el esquirolaje interno y externo, así como el comercial, en especial en el marco de los grupos de empresas, es obvio que podrá organizar y utilizar los medios productivos e igualmente tecnológicos de los que ya disponga, contando solo con los no huelguistas en el ámbito estricto de sus funciones¹⁴⁵ y respetando las normas de seguridad¹⁴⁶. Pero podrá hacerlo, y esto es lo importante, respetando siempre que su uso -en especial los tecnológicos- no suponga ni un instrumento para hacer invisible o inútil el ejercicio del derecho de huelga desactivándola, ni, desde luego, para ocultar o reducir desproporcionadamente el impacto que la huelga debe conducir y generar y que aquel debe necesariamente soportar¹⁴⁷. El derecho de huelga, obviamente, no incorpora el derecho a lograr el éxito de la convocatoria mediante una actitud necesariamente pasiva del empresario. Pero sí el evitar que el ejercicio de los poderes empresariales de organización, especialmente mediante el uso de los medios tecnológicos, supongan de facto la inutilidad o invisibilidad, la eliminación del impacto proporcional de una huelga sobre la producción -o la emisión en este caso-, en especial cuando esta es seguida mayoritariamente por la plantilla¹⁴⁸. Desde esta perspectiva, sería sobre todo el impacto sobre la visibilidad de la huelga o sobre la producción de la utilización de tales medios preexistentes por parte del empresario -la desactivación, en definitiva, de los efectos de la huelga, buscada o no conscientemente por el empleador-, el elemento decisivo, especialmente cuando el paro haya sido seguido de forma mayoritaria o amplia por la plantilla, para analizar los necesarios límites en el ejercicio del, no se olvide, anestesiado y reducido poder de organización del empleador. En definitiva, una interpretación, que, al menos a mi juicio, no estaría muy lejana a la lógica en la que se movía, creo, el fallo del TS de diciembre de 2012¹⁴⁹ y a algunas propuestas de regulación postulada por un destacado sector de la doctrina¹⁵⁰.

¹⁴⁵ Coincido, por tanto, con TASCÓN LÓPEZ, R., *El esquirolaje...*, cit., p. 64 cuando rechaza en principio la licitud de la utilización de los medios técnicos de los que no disponía previamente el empresario para reducir los efectos de la huelga, incluso tras la STC 17/2017 (p, 91 y sig.) En esta misma línea, RUIZ SAURA J.E., “Huelga y nuevas tecnologías...”, cit., p. 198.

¹⁴⁶ TASCÓN LÓPEZ, R., “Propuesta de regulación...”, cit., p. 102: “hacer funcionar el dispositivo sin el supervisor (por encontrarse éste de huelga) supone una actitud que, además de peligrosa o temeraria, puede implicar una lesión del derecho de huelga, pues priva a la huelga de unos efectos que merece por el seguimiento obtenido”.

¹⁴⁷ Creo que en esta misma línea se mueve RUIZ SAURA J.E., “Huelga y nuevas tecnologías...”, cit., p. 199 quien además plantea que cuando se trate de medios completamente automatizados, “sean los mismos que se utilizan con carácter rutinario... y no se trate de una posibilidad a la que se recurre de forma excepcional”. Esta última apreciación, aunque valiosa, me parece desgraciadamente poco compatible con la doctrina y, sobre todo, el caso contemplado en la STC 17/2017.

¹⁴⁸ En una línea similar, creo, nuevamente TASCÓN LÓPEZ, R., *El esquirolaje...*, cit., p.95.

¹⁴⁹ Coincido, por tanto, sustancialmente con la inteligente opinión de TASCÓN LÓPEZ R., “Propuesta de regulación para el esquirolaje tecnológico en el contexto de una hipotética ley orgánica de huelga”, en *Documentación Laboral*, 2020, Vol. III, n. 121, p. 99: “Se quiere con ello decir que no parece posible efectuar un juicio unitario y apriorístico sobre si el esquirolaje tecnológico interno vulnera el derecho de huelga, sino que resulta más apropiado valorar en cada caso concreto cuál ha sido el comportamiento empresarial de utilización de medios tecnológicos para suplir el esfuerzo de los huelguistas y ponderar si tal actitud, en esa eventualidad específica, vacía de contenido el derecho de huelga o, por el contrario, constituye una actividad razonable de mantenimiento de la producción ajustada a las circunstancias; algo que, por cierto, se aproxima bastante a la antigua jurisprudencia fijada por el Tribunal Supremo hace un lustro, que parece querer desplazar la nueva doctrina constitucional”.

¹⁵⁰ TASCÓN LÓPEZ R., “Propuesta de regulación...”, cit., p. 103.

Y de hecho, no deja de ser sintomático como la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo posterior a la STC ha procedido a intentar integrar aparentemente sin conflictos, y creo que en esta línea, de necesario casuismo, ambas doctrinas, por ejemplo, en la STS de 13 de julio de 2017 y en la bastante más reciente STS (Sala de lo Social, Sección 1), núm. 111/2021, de 27 enero¹⁵¹ que, no debe olvidarse, en su fundamento jurídico séptimo incorpora literalmente la doctrina que con carácter general fijó la STS de 5 de diciembre de 2012. Es más, igualmente de forma reciente, el hecho de que la atribución de la asignación de las incidencias se hiciera “de forma automática” -eliminando, se sostenía por la recurrente toda intencionalidad contraria a la eficacia de la huelga- no ha sido suficiente para eliminar la existencia de una lesión del derecho de huelga al provocar la sustitución un número incluso limitado de huelguistas¹⁵².

5 LA HUELGA COMO VEHÍCULO DE EXTERNALIZACIÓN DE OTROS CONFLICTOS SOCIALES.

Finalmente, y ya prácticamente casi sin espacio, no querría concluir estas líneas sin al menos señalar cómo durante estos últimos años hemos asistido igualmente, y de forma sin duda llamativa, a una singular utilización, al menos terminológica, de la huelga no ya solo como un derecho de marcada naturaleza laboral, sino también como un mecanismo de exteriorización, de manifestación, de llamada de atención o incluso de empoderamiento y reclamación social por grupos transversales al ámbito laboral y que en su ejecución también desbordan el ámbito estrictamente laboral.

La huelga, nacida como instrumento de tutela privilegiado de la clase que por antonomasia carecía de poder contractual, la trabajadora, ha sido reclamada, en su versión de no colaboración, por otros colectivos que se consideran igualmente postergados como por ejemplo, el de las mujeres, extendiéndose desde esta perspectiva transversal no solo –que también- al concreto campo laboral, sino también a otros ámbitos de actuación de estos colectivos como la docencia, la investigación, los cuidados o incluso la simple asistencia a clase.

Jurídicamente se trata, sin duda, de fenómenos complejos que, partiendo del conflicto y de la insatisfacción de un grupo social, en parte trabajador, pero de base personal mucho más amplia, trasladan a otras realidades la lógica de cesación concertada de la actividad que, en el ámbito laboral, caracteriza a la huelga. No obstante, su carácter unitario, aunque multifronte, hace que junto a la huelga aparezcan actuaciones que solo sociológicamente lo son (para académico, cese de cuidados...), pero que se formalizan conjuntamente, provocando, ante el desborde en ocasiones de la capacidad sindical, múltiples convocatorias, a veces solo parcialmente coincidentes, en las que junto a organizaciones sindicales aparecen colectivos feministas que, al menos en principio, no son organizaciones sindicales y carecen por tanto de capacidad para tales convocatorias.

En cualquier caso, y más allá de estas cuestiones, lo que sin duda resulta llamativo es comprobar cómo la huelga, instrumento en peligro en el ámbito laboral (GONZÁLEZ ORTEGA), se haya extendido, en su sentido más amplio, como cese concertado de actividad, a otros ámbitos y colectivos socialmente postergados, retomando así un papel central como instrumento de exteriorización de los conflictos no solo económicos, sino también sociales y de poder que caracterizan a sociedades plurales y complejas como la nuestra. Desde esta perspectiva, la huelga, interpretada en sentido amplio y sociológico se convierte en un instrumento general de presión de estos colectivos, como un mecanismo nuevamente básico del Estado social, en la búsqueda de una igualdad real y

¹⁵¹ Recurso de Casación núm. 140/2019, ECLI:ES:TS:2021:1491

¹⁵² STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 153/2021 de 3 febrero (Recurso de Casación núm. 36/2019, ECLI:ES:TS:2021:643)

material entre los grupos y colectivos que la conforman. En definitiva, una visión amplia de los derechos colectivos como derechos humanos no limitados exclusivamente al ámbito laboral y conectados, más ampliamente a situaciones de subordinación o postergación económica o incluso social¹⁵³.

¹⁵³ En esta línea de pensamiento véase el interesante trabajo de DE STEFANO, “Non-Standard Work and Limits on Freedom of Association: A Human Rights-Based Approach”, en *Industrial Law Journal*, 2017 Vol. 46, No. 2, p. 185 y sig. Sobre la utilización de la huelga en el marco de otro tipo de conflictos políticos, aunque con una finalidad formalmente laboral, véase la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 31/2020 de 15 enero (rec. núm. 166/2018, ECLI: ECLI:ES:TS:2020:202).