

HUELGA Y NUEVAS TECNOLOGÍAS: LA ENCRUCIJADA DE UN DERECHO FUNDAMENTAL *

JOSÉ ENRIQUE RUIZ SAURA

Contratado Predoctoral-FPU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia

EXTRACTO

Palabras Clave: Huelga, nuevas tecnologías, esquirolaje, teletrabajo.

Los cambios en los modelos productivos y en el sistema de relaciones laborales que, progresivamente, se van consolidando en la época actual, han evidenciado la necesidad de dotar de seguridad jurídica al ejercicio de la huelga como derecho fundamental recogido en nuestra Constitución de 1978 y reconocido sin cortapisas en los ordenamientos jurídicos de los Estados sociales modernos. En el presente trabajo, se analiza la forma en que las nuevas tecnologías vienen condicionando el desarrollo de los conflictos colectivos a día de hoy y, en particular, cómo afectan a la puesta en marcha de ceses en la prestación de servicios. Se constata que, estos nuevos sistemas de trabajo están provocando el desplazamiento de las formas clásicas de articulación de la protesta, y a su vez revelan una serie de límites legales que el vigente marco sociolaboral, debe disponerse a afrontar.

ABSTRACT

Key Words: Strike, new technologies, scabbing, teleworking.

The changes in the productive models and in the system of labor relations that are progressively consolidating in the current era, have evidenced the need to provide legal certainty to the exercise of the strike as a fundamental right included in our Constitution of 1978 and recognized without restrictions in the legal systems of modern social States. In the present work, we analyze the way in which new technologies have been conditioning the development of collective conflicts today and, in particular, how they affect the implementation of cessations in the provision of services. It is verified that these new work systems are causing the displacement of the classic forms of articulation of the protest, and in turn reveal a series of legal limits that the current socio-labour framework must be prepared to face.

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación “LA ACTIVIDAD SINDICAL Y DERECHOS COLECTIVOS EN LAS RELACIONES LABORALES DEL SIGLO XXI”, realizado en el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia con la financiación del Ministerio de Universidades (FPU 19/02487).

ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO INICIAL DE LA CUESTIÓN
2. EL LÍMITE A LA UTILIZACIÓN DE MEDIOS TÉCNICOS DURANTE UNA HUELGA: ¿PODEMOS DELIMITAR EL ALCANCE DEL ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO?
 - 2.1. Génesis del esquirolaje tecnológico y conceptualización jurídica
 - 2.2. Primeras sentencias del Alto Tribunal
 - 2.3. El criterio cambiante de los periodos 2000-2005 y 2006-2012
 - 2.4. La importancia de la STC de 2/02/2017 y pronunciamientos siguientes
 - 2.5. Consideraciones en torno al esquirolaje tecnológico
3. EL EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA EN EL MARCO DEL TRABAJO *ONLINE*
 - 3.1. Problemática específica de la huelga en el teletrabajo
 - 3.2. Las primeras huelgas en el teletrabajo
4. LAS NOVEDOSAS HUELGAS EN EL ÁMBITO DE LA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS
 - 4.1. Las huelgas de desconexión
 - 4.2. El caso español
5. CONCLUSIONES

1. PLANTEAMIENTO INICIAL DE LA CUESTIÓN

A nivel laboral, el conflicto colectivo tiene como exponente más relevante y significativo el ejercicio del derecho de huelga, que se caracteriza por el cese temporal de la actividad desempeñada por los prestadores de servicios con la finalidad de “forzar al empresario a sucumbir a las pretensiones colectivamente solicitadas”¹.

Esta concepción sigue siendo mayoritariamente aceptada en la actualidad. Muestra de ello es que, a finales del año 2019, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet, incidió en el carácter “fundamental” del derecho de huelga como mecanismo que ayude a evitar “los excesos de las empresas” en las relaciones laborales derivadas de las nuevas tecnologías².

Sin embargo, el inicio y mantenimiento de una huelga en la nueva economía de principio del siglo XXI, se está convirtiendo en un reto cada vez mayor para quienes la organizan y participan en ella. Y es que, actualmente, los importantes avances tecnológicos permiten la fácil sustitución de determinadas actividades

¹ Domínguez Morales, A., “Representación colectiva y negociación de derechos de trabajadores en plataformas”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, cit., pág. 164.

² “También tenemos razón al poner de relieve la situación de las personas empleadas en la industria informática, a menudo en condiciones precarias o en la economía sumergida, que pierden todos los beneficios inherentes al empleo fijo. Es fundamental que estas personas puedan disfrutar de todos sus derechos humanos, entre otros el derecho a la afiliación sindical y a la huelga. En determinados casos, el ejercicio de esos derechos puede poner coto a los excesos de las empresas” (discurso programático pronunciado por Michelle Bachelet, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en octubre de 2019).

productivas por el desempeño de tareas a través de máquinas, así como la flexibilización temporal y espacial de los servicios a prestar.

Consecuentemente, el ritmo alcanzado por la tecnología aplicable a los medios de producción, en muchos casos, incide en las posibilidades de las empresas para reaccionar frente a una huelga y solventar el impacto del cese de la mano de obra sobre la organización productiva.

Además, otra realidad propia de esta nueva era es que, sin lugar a dudas, el teletrabajo está adquiriendo una importancia cada vez mayor en el mundo laboral, viéndose acelerada esta importancia aún más a raíz de la llegada del Covid-19 y su impacto a nivel social y económico. De esta manera, el trabajo *online* ha desbordado los esquemas temporales y espaciales propios de la organización del trabajo fordista, lo cual ha conllevado la llegada de nuevas problemáticas derivadas, esencialmente, de una mayor dificultad para articular cualquier protesta colectiva en un escenario de frecuente confusión entre la jornada de trabajo y el espacio de tiempo reservado a la vida personal de la persona trabajadora.

2. EL LÍMITE A LA UTILIZACIÓN DE MEDIOS TÉCNICOS DURANTE UNA HUELGA: ¿PODEMOS DELIMITAR EL ALCANCE DEL ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO?

2.1. Génesis del esquirolaje tecnológico y conceptualización jurídica

El esquirolaje externo³ es el único supuesto de sustitución de trabajadores huelguistas prohibido expresamente en el art. 6.5 del RDL 17/77. Sin embargo, la jurisprudencia ya ha consolidado un criterio que, huyendo de un positivismo extremo, admite la tutela del derecho fundamental ante otras acciones de boicot empresarial no vetadas normativamente de forma expresa. Así ocurrió en el caso del esquirolaje interno⁴.

El esquirolaje tecnológico puede considerarse una evolución del interno, pues consiste en recurrir a medios técnicos preexistentes en la empresa para cubrir provisionalmente la realización de tareas que deja de asumir la persona huelguista.

Los ejemplos más habituales de esta casuística están en las huelgas que tienen incidencia en retransmisiones de televisión o radio, en las cuales, la prestación de trabajo de los huelguistas es sustituida por grabaciones efectuadas con anterioridad y que permiten la transmisión sin intervención de persona alguna. No obstante, se prevé que esta modalidad de esquirolaje tenga un protagonismo cada vez mayor no

³ Se produce, básicamente, cuando quienes realizan las sustituciones no formaban parte de la plantilla de la empresa o, en su caso, del centro de trabajo en el momento de iniciarse la huelga.

⁴ Tiene lugar cuando, en un contexto de huelga, el empresario recurre al personal contratado no huelguista para reasignarle tareas que habitualmente no realiza y que son propias de quienes sí han secundado esa medida.

sólo en el sector de la radio y la televisión, sino también en otros sectores, dados los significativos avances que están teniendo lugar en el campo de la digitalización y la automatización de tareas⁵.

De hecho, una muestra ilustrativa de ello en un contexto completamente diferente al del sector audiovisual, lo constituye el supuesto de hecho analizado en la STSJ Andalucía (Málaga) 1633/2013, de 10 octubre⁶. Ésta vino a señalar en su FJ 3º que, en un contexto de huelga secundada por el personal que vendía billetes de tren en ventanilla, no podía considerarse contrario a derecho que la empresa subcontratista encargada del servicio de utilización de máquinas de autoventa continuara con la prestación de dicho servicio a través de la expedición de billetes mediante máquinas de autoventa e, incluso, que asumiera una mayor demanda del mismo durante esa coyuntura. Todo ello, bajo el razonamiento siguiente:

“(…) la empresa ya contaba con el sistema de venta automática de billetes mediante máquinas expendedoras instaladas en las principales estaciones, como también ofrece el de venta “online” en internet. Y si dichos medios auxiliares de venta de billetes, por las razones que fueren, como por ejemplo una mayor afluencia de viajeros derivada de épocas vacacionales, eventos esporádicos, etc., necesitan una mayor atención al viajero, la empresa adjudicataria de dichos medios auxiliares de venta, puede implementar las necesidades puntuales mediante la reorganización de sus medios materiales, informáticos o humanos, sin que ello suponga sustitución de los trabajadores operarios de venta de billetes en taquilla, al ser un medio de puesta a disposición del viajero del título para efectuar su viaje, independiente de aquél”

Pues bien, no cabe duda de que éste es un escenario que no pudo ser tenido en cuenta en el momento de elaborar la norma aprobada en el año 1977 y vigente aún para regular el derecho de huelga. Consecuentemente, es la jurisprudencia quien está llamada por el momento a abordar las soluciones más ecuanímes a los diversos supuestos que se plantean sobre esta cuestión.

Todo ello nos conduce a analizar el concepto de esquirolaje tecnológico, que se trata de una tercera modalidad de esquirolaje⁷ consistente en la sustitución de la prestación “actual” o “física” de los trabajadores participantes en la protesta por otro tipo de prestaciones “virtuales” o “automáticas”.

En este sentido, el Alto Tribunal, no ha mantenido un criterio invariable a lo largo de las últimas décadas. Actualmente, a diferencia de su postura inicial, sí considera contraria a derecho que, para la sustitución de personas trabajadoras que secundan una huelga lícita, se recurra a medios técnicos o mecánicos no utilizados

⁵ Cordero Gordillo, V., “La sustitución de trabajadores huelguistas por medios tecnológicos”, *Lex Social*, cit., págs. 352 y 353.

⁶ Rec. 1093/2013.

⁷ Esta modalidad se suma al esquirolaje externo y al esquirolaje interno.

de forma habitual en la empresa. Tanto es así que se considera que esta práctica supone vaciar *de facto* en contenido esencial de este derecho fundamental⁸.

Por ello, la importancia de estudiar la jurisprudencia generada en los últimos años sobre esta modalidad de huelga, radica en que por razones de seguridad jurídica se hace necesario concretar hasta qué punto queda limitada la posibilidad de utilizar a medios tecnológicos para amortiguar o evitar las consecuencias derivadas de la huelga.

2.2. Primeras sentencias del Alto Tribunal

En los primeros pronunciamientos del TS sobre la utilización de herramientas técnicas o tecnológicas durante una huelga, surgieron criterios dispares sobre la consideración que merecían estas prácticas.

En ambos casos, se trata de sentencias que abordan una casuística desarrollada en el sector audiovisual. En la primera de ellas, la STS nº de 16 de marzo de 1998⁹, trata lo acaecido durante una huelga de los trabajadores de Canal Sur en junio de 1996. En esa ocasión, la empresa, que habitualmente emitía su programación desde un centro de Málaga, desvió la señal de satélite a una unidad móvil situada en la población sevillana de Carmona, y continuó su emisión desde allí. Finalmente, se declara antijurídica la práctica de la empresa en base que, según expuso en el FJ 5º de la sentencia, el derecho fundamental de los trabajadores “quedaría vacío de contenido, si durante el periodo de huelga, se pudieran emitir y mantener, no solo informativos, sino también al resto de la programación habitual”. Tanto es así que, esa emisión de contenido televisivo diferente a lo que sería un mero noticiario, fue considerado por el TS como un “exceso notable” que supera los “parámetros racionales y de proporcionalidad” en los cuales habría de armonizarse el interés de los trabajadores de ese servicio público y el derecho a la información de la ciudadanía en ese contexto de huelga legal¹⁰.

⁸ Ruiz Saura, J.E., “El esquirolaje en la empresa del siglo XXI. Repaso jurisprudencial del caso español”, *Revista DELOS*, Especial Noviembre 2021, pág. 45.

⁹ Rec. 1884/1997.

¹⁰ Es cierto que el derecho constitucional de huelga, garantizado por el art. 28 CE, no es un derecho absoluto, y que cuando se trata de servicios públicos -como puede ser la televisión- han de mantenerse las garantías necesarias para sostener los servicios esenciales de la comunidad, entre los que se encuentra el derecho a recibir la información, tutelado en el art. 20.1.d). Pero esta limitación no puede enervar aquel derecho constitucional del trabajador, cuyo derecho quedaría vacío de contenido, si durante el periodo de huelga, se pudieran emitir y mantener, no solo informativos, sino también al resto de la programación habitual. De contrario, la armonización de los intereses de los trabajadores de la empresa y de los usuarios del mencionado servicio público debe hacerse dentro de parámetros racionales y de proporcionalidad. Atendiendo a tal proporcionalidad se fijaron los servicios mínimos a que se refiere la sentencia impugnada, y de esta resolución deriva que los mismos no fueron respetados por la parte hoy recurrente, que se excedió notablemente en cuanto a su programación.

Con posterioridad a esta primera sentencia sobre esquirolaje tecnológico, fue dictada la STS de 27 de septiembre de 1999¹¹, que entra conocer sobre lo ocurrido en la huelga que tuvo lugar el día 12 de marzo de 1997, entre las 20:30 y 23:00 horas, protagonizada por los trabajadores de TVE Catalunya, S.A. En esta ocasión, ocurrió que “como consecuencia de los avances técnicos y de los enlaces preexistentes a la huelga, TV3 cuenta con las imágenes, sin haber sustituido a sus trabajadores en las habituales tareas de captación, sino en virtud del contrato aludido entre EUMOVIL (empresa proveedora de servicios de filmación de eventos) y FORTA (Federación de Organismos o Entidades de Radio y Televisión Autonómicos)”¹². Finalmente, el TS se posiciona de manera menos restrictiva a como lo hizo en su anterior resolución con respecto a la utilización de medios técnicos para sobrellevar una situación de cese en la prestación de servicios por parte de su plantilla. De tal forma que, tras analizar lo acontecido a lo largo del FJ 4º de la sentencia, concluye señalando que la forma de proceder por parte de TVE Catalunya, S.A., se ajusta a la legalidad contenida en el RDL 17/1977 y al art. 28.2 CE.

¹¹ Rec. 1825/1998.

¹² “(...) el proceso técnico de retransmisión del partido, que consistió en que EUMOVIL, mediante sus cámaras instaladas en el estadio (eso sí, utilizando los mismos cuadros eléctricos de conexión que Televisión de Catalunya S.A.) envió “la señal a la unidad móvil de esta empresa en el exterior y desde la misma y a través del Centro de Comunicaciones de Cataluña se reenvía desde la Torre de Collserola a la sede de Retevisión en Madrid y desde este punto se distribuye a cada una de las Televisiones Autonómicas”. (...) según el hecho probado octavo “Al disponer de un enlace permanente con la Torre de Collserola recibe ininterrumpidamente las señales que viajan a través de la misma y puede por tanto emitir por antena cualquiera de ellas ...sin intervención de personal alguno al estar ya preprogramada la emisión con anterioridad al día de la huelga... se emite sin comentarios y sin inclusión de los títulos, anuncios publicitarios, escenas animadas o cualquier otro grafismo de los habitualmente utilizados durante la emisión de partidos de fútbol por TV3”. (...)Y es que hay una realidad innegable: la empresa tenía respecto del partido dos funciones: Captación de imágenes y retransmisión. La primera la omite de manera absoluta, soportando los efectos del ejercicio del derecho de huelga por sus trabajadores. Y advierte a los restantes medios televisivos que no cuenten con su acostumbrada actuación en esta concreta fase de la actividad generadora de productos televisivos. FORTA logra sustituir tal sujeto industrial de captación de imágenes mediante el contrato suscrito con EUMOVIL, cuya intervención (ya vimos que lícita desde la cuestión litigiosa), proporciona la imagen del partido a todas y cada una de las Televisiones que ostentan el derecho exclusivo de su transmisión. Y, como consecuencia de los avances técnicos y de los enlaces preexistentes a la huelga, TV3 cuenta con las imágenes, sin haber sustituido a sus trabajadores en las habituales tareas de captación, sino en virtud del contrato aludido entre EUMOVIL y FORTA. Tampoco se configura en esta situación una conducta contraria a las prevenciones del artículo 6.4 del Real Decreto-Ley de Relaciones de Trabajo, ni un desconocimiento del contenido identificador del derecho de huelga proclamado por el art. 28 de la Constitución”.

2.3. El criterio cambiante de los periodos 2000-2005 y 2006-2012

Con carácter previo al análisis de la jurisprudencia más cercana en el tiempo, es preciso contextualizar la evolución de los planteamientos del TS con respecto al esquirolaje tecnológico, pasando de una visión permisiva a otra más prohibicionista. La primera etapa de este tránsito se situaría en el periodo 2000 a 2005, donde el esquirolaje tecnológico, básicamente, no era considerado una vulneración del derecho de huelga.

En este sentido, el FJ 2º de la STS de 4 de julio del año 2000¹³ (Rec. 75/2000), de manera expresa, descartó la existencia de impedimento legal alguno que permitiera tachar de antijurídico al esquirolaje tecnológico:

“(…) no hay precepto alguno que prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa, para atenuar las consecuencias de la huelga. Si, a pesar de haberse efectuado, con los paros de los trabajadores que participaron en ella, las emisiones no fueron interrumpidas, sin que los huelguistas fueran sustituidos por otros trabajadores, ni extraños a la empresa, ni de su propia plantilla, el derecho fundamental no se ha vulnerado”.

Unos años más tarde, el TS volvió a reafirmar este posicionamiento en su sentencia de 9 de diciembre de 2003¹⁴, que analizaba la licitud de que la mercantil “dentro de las horas de huelga intermitente y fuera de los espacios informativos, propiamente dichos, hubiera retransmitido spots publicitarios que ya tenían enlatados”. Y en este caso, además de reiterar lo señalado en la anterior sentencia, matizó en su FJ 13º que “La propia característica de la publicidad pone de relieve la ausencia de la actividad propia de una cadena de televisión y compatibiliza el derecho fundamental de huelga con el, también, derecho de continuidad de la actividad empresarial en términos adecuados”¹⁵.

¹³ Rec. 75/2000.

¹⁴ Rec. 41/2003.

¹⁵ “(…) la parte recurrente imputa a la empresa el que dentro de las horas de huelga intermitente y fuera de los espacios informativos, propiamente dichos, hubiera retransmitido spots publicitarios que ya tenían enlatados, con lo que obtuvo un beneficio económico importante y para lo que utilizó, aunque fuese muy brevemente, a trabajadores integrantes de los servicios mínimos. Al respecto, es de significar que si la empresa se ve forzada en virtud de la huelga declarada en su ámbito a la paralización de su actividad normal y solo puede emitir el 50% de los informativos y los espacios gratuitos de propaganda electoral establecidos por la Junta Electoral, no cabe, en buena lógica jurídica, admitir que viole la esencia del derecho fundamental de huelga al ocupar el resto del tiempo de esta última con material propagandístico, ya enlatado con anterioridad, y para cuya emisión solo se precisa pulsar un botón. La propia característica de la publicidad pone de relieve la ausencia de la actividad propia de una cadena de televisión y compatibiliza el derecho fundamental de huelga con el, también, derecho de continuidad de la actividad empresarial en términos adecuados”.

Sin embargo, esta primera etapa permisiva llega a su fin a raíz de los pronunciamientos del TC contenidos en sus sentencias 183/2006¹⁶, 184/2006¹⁷, 191/2006¹⁸ y 194/2006¹⁹, todas con fecha de 19 de junio. Esto supone el inicio de un periodo que abarca los años transcurridos desde 2006 a 2012 y que, en síntesis, se caracteriza por emplear un criterio significativamente más restrictivo con respecto a la sustitución de trabajadores en huelga por medio de nuevas tecnologías.

En esa ocasión, el contexto de todos los supuestos de hecho analizados se ubica en la huelga general convocada para el 20 de junio de 2002, así como en las connotaciones asociadas dentro de la misma al RD 531/2002, de 14 de junio, que fijaba los servicios mínimos correspondientes a las emisoras de radio y las cadenas de televisión competencia del Estado. Concretamente, fueron fijados unos servicios mínimos consistentes en “la emisión, dentro de los horarios habituales de difusión, de una programación previamente grabada” y “la producción y emisión de la normal programación informativa”. Todo ello, dio lugar a la controversia de que la fijación de esos servicios podía incurrir en una vulneración del derecho de huelga.

Pues bien, del análisis de las antedichas resoluciones, subyace la idea de que recurrir a programas pregrabados para su posterior emisión en el horario habitual de ese medio, es una práctica que viene motivada por una finalidad que no es ajustada a derecho, como es evitar la interrupción de la programación de radio y televisión. Por ello, se considera que ésta sería una conducta contraria derecho y atentatoria contra los legítimos intereses de los trabajadores, ya que “se priva de esta forma de repercusión apreciable a la huelga, substrayéndole su virtualidad como medio de presión y de inequívoca exteriorización de los efectos del paro laboral efectivamente producido mediante la exigencia de una apariencia de normalidad del servicio, contraria, como ya hemos señalado, al derecho de huelga”.

En definitiva, el TC vino a establecer que, la decisión de considerar servicio mínimo a la emisión de programación grabada con carácter previo, supone una restricción desproporcionada al derecho de huelga²⁰. No en vano, aunque se tratase de una programación realmente de naturaleza informativa, el mero hecho de ser pregrabada lo despoja de la inmediatez y actualidad que justifica limitar el derecho de huelga en beneficio del derecho a comunicar y recibir información.

Además, el TC remarcó que no cabe admitir que toda la programación de un cadena de televisión o una emisora de radio guarde por sí misma relación con el derecho a la información (art. 20.1.d CE), sino que buena parte de sus contenidos diarios irían destinados al “puro entretenimiento” de la audiencia, lo cual es

¹⁶ Rec. 1116/2003.

¹⁷ Rec. 1118/2003.

¹⁸ Rec. 7727/2003.

¹⁹ Rec. 6182/2004.

²⁰ Cordero Gordillo, V., “La sustitución de trabajadores huelguistas por medios tecnológicos”, *Lex Social*, cit., págs. 344-345.

completamente ajeno a garantizar cualquier otro derecho fundamental que pudiese colisionar con el de huelga.

Unos años más tarde, el TS matizó la doctrina del TC referida en los párrafos precedentes. Lo hizo a través de dos sentencias emitidas en 2012. En primer lugar, la STS de 11 de junio de 2012²¹ acota el alcance de la prohibición de emitir programación pregrabada durante el transcurso de una huelga. Para ello, expone que “lo que veda la doctrina del Tribunal Constitucional mencionada es que se califique como servicio esencial y que, por tanto, pueda ser atendida por trabajadores asignados a estos servicios (por ejemplo, en labores de control, conexión o supervisión) la gestión de una programación pregrabada que no tiene valor informativo alguno (...). Pero de ahí, no cabe deducir que, como se trata de una actividad no calificable como servicio esencial, no pueda realizarse por la empresa”²².

Posteriormente, la STS de 5 de diciembre de 2012²³, ha sido menos permisiva que la anterior resolución, señalando que es contraria al derecho de huelga la mera emisión automática de contenido informativo y publicitario preprogramado, al margen de que sean o no empleadas personas trabajadoras para hacerlo posible. Concretamente, expone que “también se lesiona este derecho cuando una empresa del sector de radiodifusión sonora y televisión emite programación o publicidad por medios automáticos”²⁴.

Estas dos sentencias señalaron la posibilidad de que el derecho de huelga sea vulnerado, además de empleando medios humanos para sacar adelante actividades que puedan superar los servicios decretados como esenciales, mediante el recurso

²¹ Rec. 110/2011.

²² “(...) se ha probado que “la emisión se produjo de manera completamente automática”. No hay, por tanto, ninguna lesión del derecho de huelga, porque lo que veda la doctrina del Tribunal Constitucional mencionada es que se califique como servicio esencial y que, por tanto, pueda ser atendida por trabajadores asignados a estos servicios (por ejemplo, en labores de control, conexión o supervisión) la gestión de una programación pregrabada que no tiene valor informativo alguno y que, sin embargo, al emitirse, creando la imagen de una continuidad del servicio, puede perjudicar los objetivos de la huelga. Pero de ahí, no cabe deducir que, como se trata de una actividad no calificable como servicio esencial, no pueda realizarse por la empresa. La actividad podrá realizarse, como cualquier otra, siempre que no se asignen a ella trabajadores encargados de los servicios mínimos, es decir, si se realiza con personal no huelguista y sin utilizar personal incluido en la prohibición de sustitución del art. 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977, o si se realiza de forma totalmente automática”.

²³ Rec. 265/2012.

²⁴ “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

a instrumentos tecnológicos para la emisión de programación o publicidad en los casos de empresas de radio o televisión. De tal manera que, en estos casos, el ejercicio del poder de dirección y el derecho a la libertad de empresa, quedarían supeditados a la efectividad del legítimo ejercicio de la huelga como derecho fundamental.

2.4. La importancia de la STC de 2/02/2017 y pronunciamientos siguientes

Tras las dos etapas señaladas anteriormente, en las cuales el TS presentó un criterio cambiante, la fundamentación jurídica contenida en la STC nº 17/2017, de 2 de febrero²⁵, ha sido de gran relevancia.

El origen de este litigio está fechado en 29 de septiembre de 2010, en un contexto de huelga general a nivel nacional. Además, ese día estaba prevista la emisión en directo de un partido de fútbol a las 20:45h en la cadena autonómica de televisión Telemadrid. No obstante, a raíz del seguimiento de la huelga, la señal del partido llegó directamente desde el estadio (Mestalla, en Valencia) sin locución ni edición.

Durante la retransmisión de ese partido, la cadena sólo contaba con dos trabajadores que no habían secundado la huelga: el locutor y un técnico. Finalmente, la señal fue recibida en la cadena a través del servicio de un trabajador ubicado en el control central, el cual tenía entre sus cometidos exigibles la conmutación de señales. Tras ello, la señal fue devuelta de forma automática a control central, y desde allí, nuevamente se envió a grafismo. Fue allí donde el coordinador insertó el logotipo de la cadena en una esquina del plano valiéndose de la herramienta habitualmente utilizada para ello en grafismo²⁶.

Con carácter previo, la STSJ de Madrid resolvió en su sentencia nº 777/2012, de 23 de julio²⁷ que la forma de actuar de la mercantil no podía considerarse atentatoria contra el derecho fundamental de huelga de los accionantes. Posteriormente, tras pasar por el TS y ver inadmitido su recurso de casación para unificación de doctrina, el demandante recurrió en amparo ante el TC. Una vez allí, el Ministerio Fiscal interesó que se concediera el amparo pretendido al sindicato Confederación General del Trabajo (en adelante, CGT), ya que consideraba que la actuación de la empresa se dirigió a minimizar los efectos de la huelga sirviéndose para ello de la decisiva actuación de un trabajador que operaba en un departamento (control central) que habitualmente no tiene por cometido el de cursar la señal televisiva, de otro que actúa como coordinador de la sección de grafismo, y de la redirección de

derecho de huelga, y ello por la propia naturaleza de este derecho y también del de libertad de empresa que no incorpora a su contenido facultades de reacción frente al paro”.

²⁵ Rec. 1168/2014.

²⁶ Sanz Pérez, A., “El poco conocido caso de las máquinas que impidieron hacer huelga”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2017, págs. 1 y 2.

²⁷ Rec. 3623/2012.

la señal a un decodificador alternativo, que solo se emplea en casos excepcionales si es que por el predeterminado no pudiera transmitirse la programación.

Finalmente, el TC desestimó el amparo solicitado por CGT en base a la fundamentación de que lo acontecido era encuadrable dentro del “ejercicio del poder de organización de los medios de producción con los que se cuenta en la empresa”. Concretamente, así lo indicó en el FJ 7º se la referida sentencia:

“(…) la empresa utilizó medios técnicos de los que disponía, de uso no habitual, para retransmitir el partido de Champions el día de la huelga, y para ello se sirvió de trabajadores no huelguistas que siguieron realizando las funciones propias de su categoría (...).

Nuestras SSTC 123/1992 y 33/2011, atendiendo al objetivo inspirador del art. 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977, han considerado que constituye un ejercicio abusivo del *ius variandi* del empresario la sustitución interna de los trabajadores no huelguistas durante la huelga. Sin embargo, en el presente supuesto no estamos ante el ejercicio del *ius variandi* que corresponde al empresario, pues, los no huelguistas no han desarrollado funciones distintas a las que tienen asignadas, sino ante el ejercicio del poder de organización de los medios de producción con los que se cuenta en la empresa.

.../...

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

De otra parte, exigir al empresario que no utilice medios técnicos con los que cuenta en la empresa supone imponer al empresario una conducta de colaboración en la huelga no prevista legalmente. La utilización de medios ya existentes en la empresa es compatible con el derecho de huelga”.

Sin embargo, esta misma sentencia contiene un Voto Particular (en adelante, VP) formulado por el Magistrado Valdés Dal-Ré (y al que se adhirieron la Vicepresidenta, Adela Asua, y el Magistrado Juan Antonio Xiol), abiertamente discrepante con el fallo y, por ende, con su fundamentación.

En primer lugar, este VP muestra una visión distinta sobre un aspecto muy relevante a la hora de valorar la antijuridicidad de la organización del trabajo llevada a cabo por la empresa durante la huelga. Se trata de la asignación de tareas a trabajadores que, en condiciones normales, no habrían de asumir esos cometidos:

“(…) la retransmisión del evento deportivo el día de huelga se articuló e instrumentó mediante la actividad laboral de un trabajador no huelguista cuya categoría excedía con creces la de los trabajadores que optaron por secundar la huelga”.

Por último, en su parte final, el VP considera que el criterio de la sentencia supone entrar en una “reducción progresiva de la tutela que el contratante débil en la relación laboral precisa de la norma fundamental”. Y para concluir, hace una profunda reflexión sobre el escenario en el que se van a desarrollar las relaciones laborales en un futuro no muy lejano, su incidencia sobre los derechos fundamentales y el papel que debería jugar su máximo garante:

“Las renovadas fuentes de incidencia empresarial en la efectividad de los derechos fundamentales, al amparo de los nuevos medios técnicos a los que recurre para hacer más penetrante su actuación limitativa e impeditiva de la tutela constitucional, requieren respuestas constitucionales también nuevas, que garanticen la protección de los derechos más esenciales de los trabajadores en un grado asimilable al que ofreció nuestra jurisprudencia en el pasado, cuando dichos medios tecnológicos carecían del desarrollo y de la potencialidad restrictiva con los que ahora cuentan”.

Además de lo anterior, otro sector doctrinal se ha mostrado crítico con la fundamentación que hace el TC en esta resolución²⁸. Para ellos, el constituyente no va más allá de emitir argumentos que se estancan en la legalidad ordinaria y evitan desarrollar la interpretación constitucional de los derechos fundamentales que se espera del TC, así como que incurre en contradicción consigo mismo al realizar “una interpretación a *sensu contrario*, que en resoluciones anteriores había censurado”. Incluso, de forma incisiva, se ha llevado al absurdo la fundamentación de la referida sentencia, al señalar que “basta que el día antes de la huelga se pulse un botón, que asegure la continuidad de la actividad empresarial, o que se empleen medios empresariales tecnológicos ya existentes para desactivar la huelga”.

Más adelante, la STS de 13 de julio de 2017²⁹, dio acogida a la doctrina constitucional analizada. En este caso, el TS no apreció que fuera atentatorio contra el derecho de huelga que la conducta de la empresa Vodafone, que en ese momento, tenía subcontratada con varias mercantiles (entre ellas, Indra) el servicio de atención telefónica y averías. Para llevar a cabo este servicio, se utilizaba un dispositivo automático que redistribuía entre las distintas contratistas las llamadas recibidas en momentos de saturación de las líneas. El funcionamiento del dispositivo era automático, valiéndose de algoritmos para la distribución de la carga de trabajo entre las distintas empresas como “respuesta a los picos de demanda y al tiempo de recuperación de llamadas, de manera que, si se producen retrasos relevantes, se distribuye a otros proveedores”.

²⁸ Cordero Gordillo, V., “La sustitución de trabajadores huelguistas por medios tecnológicos”, *Lex Social*, cit, pág. 349.

²⁹ Rec. 25/2017, caso Indra y Vodafone.

En este escenario, las personas trabajadoras de la Indra, es decir, la subcontrata, iniciaron una huelga. Sin embargo, durante el periodo en que estaba previsto ese cese en la actividad, la referida aplicación informática fue empleada para reasignar a otras empresas subcontratistas la mayor parte de llamadas al servicio de atención al cliente.

A pesar de que, ante supuestos similares, el TS venía declarando la vulneración del derecho de huelga, en esta ocasión resolvió de forma diferente. Para ello, se valió de los siguientes argumentos:

- 1º) El dispositivo automático al que se achaca la vulneración del derecho de huelga estaba creado por la empresa principal, no por Indra, para distribuir los requerimientos entre los subcontratistas.
- 2º) Dicho dispositivo estaba establecido de manera general en respuesta a los picos de demanda.
- 3º) Se trata de un sistema de reparto de llamadas (entre las contratistas), que viene operando con carácter previo a la huelga de la contratista Indra.

En definitiva, esta nueva resolución argumenta que “no ha quedado acreditado que las empresas activasen estrategia o tecnología específica para boicotear la huelga” en el caso de autos. De esta forma, el TS ha asumido el criterio contenido en la doctrina de la STC 17/2017, de 2 febrero, esto es, que “(...) la protección constitucional del derecho de huelga impone limitaciones al empresario pero no le obliga, ni a él ni a los empleados que deciden ejercer su derecho a trabajar, a contribuir al éxito de la protesta”.

Cabe añadir a lo anterior que, llegado a este punto, también se puede considerar como criterio consolidado que el uso de los medios técnicos de los que ya disponía la empresa por parte los trabajadores que no secundan el paro, no sea entendido como una vulneración del derecho de huelga, siempre y cuando estos trabajadores no asuman funciones impropias de su cargo para sustituir a los huelguistas.

Más recientemente, en línea con lo anterior, el TS en su sentencia nº 153/2021, de 3 de febrero³⁰, entró a conocer las prácticas llevadas a cabo por la mercantil Ericsson durante el desarrollo de una huelga por parte de su plantilla en España. En esa ocasión, la empresa no sólo siguió contando con la habitual herramienta corporativa de su propiedad, para la gestión y administración de las incidencias derivadas del servicio a clientes (la llamada Workforce Management, WFM). La particularidad se dio por el hecho de que, en lugar de tramitar estas incidencias de la misma forma que antes de comenzar la huelga, esto es, desde un centro de despacho localizado en Bucarest (Rumanía), se optó por “despachar los casos a una contrata llamada Zener que no suelen realizar trabajos en estos centros de trabajo”³¹.

³⁰ Rec. 36/2019.

³¹ Hecho Probado 15º.

En esta sentencia, que ya ha sido analizada en páginas anteriores, confluyen prácticas encuadrables en el esquirolaje externo (se recurre a una subcontrata) y en el esquirolaje tecnológico (se emplea un mecanismo de automatización de procesos). Aunque, lo destacable en esta ocasión, es que se atribuye a la empresa la responsabilidad de que los medios técnicos de su propiedad, sean utilizados de una forma respetuosa con el derecho de huelga que se encontraba ejercitándose en ese momento por parte de su plantilla. Así lo señala la referida sentencia en su FJ 3º:

“Sostienen las recurrentes que la atribución de la asignación de las incidencias se hace de forma automática, lo que, a su juicio, permite negar toda intencionalidad contraria a la eficacia de la huelga.

Ciertamente, queda probado que la gestión de incidencias se lleva a cabo a través de una herramienta y que se efectúa la asignación desde una ubicación en Rumanía. Ahora bien, esos medios técnicos son propiedad de las demandadas y, por tanto, sometidos a su dirección y control. Es más, precisamente la automatización hace más difícilmente explicable que cupiera una atribución de tareas a personas distintas a las que, en buena lógica, se hallaban en el sistema de asignación “automatizado”, por ser las que tenían atribuidas las mismas”.

2.5. Consideraciones en torno al esquirolaje tecnológico

Si bien hemos asistido a no pocas resoluciones sobre el esquirolaje tecnológico en los últimos años, también es significativo que se ha dado una casuística muy variada en la mayoría de sentencias analizadas. Todo ello, nos conduce a identificar supuestos de hecho concretos en los cuales las connotaciones del esquirolaje serán diferentes. En este sentido, se distinguen los tres siguientes supuestos³²:

a) Cuando la empresa se dota de medios técnicos o tecnológicos con posterioridad a la huelga

En ese caso, cabe pensar que la actuación de la empresa pretende limitar los efectos de dicha huelga o amortizarlos. Por tanto, puede entenderse que se trataría de una conducta vulneradora del derecho de huelga y que, lo dispuesto en el art. 6.5 RDL 17/1977, es aplicable por analogía.

De hecho, en la STC 17/2017, concretamente, en el último párrafo del FJ 7º, se corrobora este criterio. No en vano, así se desprende de la interpretación a sensu contrario de dicho párrafo: “los medios técnicos ya existían (no fueron adquiridos expresamente para hacer frente a los efectos de la huelga) y los trabajadores que no secundaron la huelga no realizaron funciones distintas a las que les corresponden”.

³² Cordero Gordillo, V., “La sustitución de trabajadores huelguistas por medios tecnológicos”, *Lex Social*, cit, págs. 350-352.

- b) Cuando la empresa emplea medios técnicos y tecnológicos con los que ya contaba antes de iniciarse la huelga, pero es necesaria la participación de uno o varios trabajadores para su puesta en funcionamiento

En esta situación, será necesario determinar si los trabajadores participantes se ocupan de sus funciones habituales en la empresa o si, contrariamente, asumen tareas impropias con motivo de la coyuntura de huelga. Esto último, ya de por sí supondría una vulneración del derecho de huelga por parte de la mercantil al haberse incurrido en esquirolaje interno, al margen de la existencia o no del esquirolaje tecnológico.

Si los trabajadores que hayan decidido no sumarse a la huelga continúan con sus funciones habituales anteriores al conflicto, habrá que entrar a valorar hasta qué punto concurre o no un supuesto de esquirolaje tecnológico contrario al derecho de huelga. Para ello, ha de distinguirse si la conducta de la empresa implica que el contenido del derecho de huelga quede materialmente vaciado de contenido o no. Evidentemente, se trata de una tarea compleja que requiere analizar las peculiaridades de cada caso para “valorar si, efectivamente, el empleo de medios técnicos ha conseguido el efecto de neutralizar o, al menos, minimizar la efectividad de la huelga, privando así a los trabajadores de su derecho fundamental”³³.

- c) Cuando la empresa emplea medios técnicos y tecnológicos con los que ya contaba antes de iniciarse la huelga, y además, funciona de manera totalmente autónoma, sin requerir de ninguna intervención humana

En un caso como éste, lo esencial para que no se produzca esquirolaje será que los medios técnicos empleados durante la huelga sean los mismos que se utilizan con carácter rutinario para el desarrollo de la actividad productiva, y no que se trate de una posibilidad a la que se recurra de forma excepcional.

Así mismo, el hecho de que la máquina requiera la mera supervisión de algún trabajador para que pueda funcionar de forma automática durante el transcurso de la huelga, supondría que la una práctica de la empresa deba considerarse vulneradora del derecho fundamental.

3. EL EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA EN EL MARCO DEL TRABAJO *ONLINE*

El desempeño de una actividad laboral bajo la modalidad *online* o teletrabajo no es óbice para que la persona trabajadora en cuestión sea titular del derecho de huelga con la misma extensión que cualquier otro trabajador por cuenta ajena. De

³³ Cordero Gordillo, V., “La sustitución de trabajadores huelguistas por medios tecnológicos”, *Lex Social*, cit, pág. 352.

hecho, así viene recogido con claridad en los arts. 19.1 y 19.3 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia^{34,35}.

No obstante, al margen de la anterior precisión legal, es inevitable que el ejercicio de la huelga por alguien en régimen de teletrabajo conlleve una serie de particularidades que lo diferencien de un trabajador presencial.

Como es sabido, con carácter general, un trabajador presencial ejercita su derecho de huelga absteniéndose de acudir a su centro de trabajo, motivado por la pretensión de paralizar u obstaculizar el normal desenvolvimiento del ciclo productivo o la prestación de servicios propia de la mercantil que alberga el conflicto laboral. Sin embargo, en el caso de un teletrabajador, su forma de secundar una huelga consistirá en apagar el ordenador u otros dispositivos electrónicos, eludir la atención de llamadas telefónicas, evitar la recepción de correos electrónicos, hacer caso omiso a reuniones virtuales y sistemas de mensajería instantánea, etc., y en definitiva, dejar de estar a disposición de la empresa para cualquier reclamo de una previa prestación de servicios a distancia³⁶.

En este sentido, la doctrina³⁷ advierte de dificultades para poner en marcha de una huelga auspiciada por teletrabajadores y basada en reivindicaciones propias de ese colectivo. Sobre todo, si la modalidad de trabajo *online* no representase a una proporción mayoritaria de la plantilla, lo cual pondría en entredicho la legitimidad del colectivo de teletrabajadores para la convocatoria de esa huelga, forzándoles a contar con apoyo de centrales sindicales con un nivel suficiente de representatividad, con el de la representación legal de los trabajadores y/o con el respaldo expreso de la mayoría del conjunto de personas trabajadoras restante. Todo ello, en base a las exigencias de legitimación determinadas para la promoción de una huelga en el art. 3.2 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo³⁸.

³⁴ BOE de 9 de julio de 2022.

³⁵ “Las personas trabajadoras a distancia tendrán derecho a ejercitar sus derechos de naturaleza colectiva con el mismo contenido y alcance que el resto de las personas trabajadoras del centro al que están adscritas.

.../...

Deberá garantizarse que las personas trabajadoras a distancia pueden participar de manera efectiva en las actividades organizadas o convocadas por su representación legal o por el resto de las personas trabajadoras en defensa de sus intereses laborales, en particular, su participación efectiva presencial para el ejercicio del derecho a voto en las elecciones a representantes legales”.

³⁶ Valle Muñoz, F.A., *Los derechos colectivos en las nuevas formas de trabajo tecnológico*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2021, págs. 39 y 40.

³⁷ De las Heras García, A., “Relaciones colectivas y teletrabajo”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 5, 2017, pág. 19.

³⁸ “Están facultados para acordar la declaración de huelga:

a) Los trabajadores, a través de sus representantes (...).
 b) Directamente los propios trabajadores del centro de trabajo, afectados por el conflicto (...).”.

En consecuencia, la naturaleza colectiva que la legislación atribuye al derecho de huelga, supone que la posibilidad de convocar la misma esté vedada a un grupo minoritario de trabajadores en la empresa³⁹. Por tanto, en el supuesto de que ese grupo minoritario de empleados sea de teletrabajadores que aspiren a reivindicar condiciones específicas, para que esa huelga pueda llevarse a cabo, sería necesaria colaboración de sindicatos representativos o la solidaridad del resto de la plantilla con trabajo presencial hasta aglutinar al menos a la mayoría de los empleados del centro de trabajo en el que estén adscritos.

3.1. Problemática específica de la huelga en el teletrabajo

Las diferencias indicadas en líneas anteriores sobre cómo llevar a cabo el derecho de huelga por parte de los trabajadores bajo la modalidad *online*, inevitablemente, también van unidas de una forma paralela a la posibilidad de diferentes prácticas para conculcar este derecho por la parte empresarial. No en vano, la utilización de herramientas tecnológicas en un contexto de huelga es habitualmente problemática. Y esto es algo que también sucede en el campo del teletrabajo, puesto que el mismo conlleva especiales dificultades para el control del esquirolaje, tanto tecnológico como interno y externo. De hecho, estas dificultades se ven agravadas en el teletrabajo gracias a las alternativas que ofrecen los recursos tecnológicos con que cuenta la empresa en cuestión. No en vano, son muchas las conductas empresariales que podrían dirigirse a vulnerar el derecho de huelga de los trabajadores, pero la problemática fundamental para el ámbito específico del esquirolaje, radica en que “la empresa podría recurrir a otros trabajadores o a otras empresas de cualquier parte del mundo para que sustituyeran a los huelguistas casi con total impunidad, por la dificultad de control y prueba”⁴⁰.

Además, también se viene poniendo de relieve⁴¹ la seria dificultad que puede entrañar el control del esquirolaje por parte de un teletrabajador que, siendo ajeno a la empresa o excediendo ilegalmente las funciones propias de su puesto, se preste a colaborar con la mercantil en detrimento de la huelga. No en vano, cabe recordar que este esquirolaje puede ocurrir en contextos en los que el trabajo *online* se lleve a cabo bajo un horario de trabajo flexible o no determinado. Pues bien, esta situación habilitaría a esa persona a aportar mano de obra fuera del horario vedado por la huelga, o incluso, con carácter previo a la fecha de inicio efectivo de la propia huelga.

³⁹ Domínguez Morales, A., “Derechos colectivos de los trabajadores a distancia en el Real Decreto-Ley 28/2020 de 22 de septiembre: problemas de aplicación práctica”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, núm. 3, 2021, pág. 164.

⁴⁰ Cordero Gordillo, V., “La sustitución de trabajadores huelguistas por medios tecnológicos”, *Lex Social*, núm. 29, 2019, pág. 352.

⁴¹ De las Heras García, A., “Relaciones colectivas y teletrabajo”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, cit., pág. 20.

Aunque, en puridad esta forma de operar no implique la prestación de servicios, cualquier acuerdo entre empresa y teletrabajador en esta línea sería constitutivo de una vulneración del derecho fundamental de huelga⁴². Pero, pese a la ilicitud de estas prácticas, su peligro radica en la dificultad de identificarlas.

3.2. Las primeras huelgas en el teletrabajo

A pesar de las dificultades constatadas para ejercer este derecho fundamental en un contexto de trabajo *online*, ya han tenido lugar las que se han considerado “las primeras huelgas en teletrabajo”. Fundamentalmente, se han producido en empresas dedicadas al telemarketing o al *contact center*, que son actividades que cada vez son llevadas a cabo con mayor frecuencia por medio de trabajo remoto.

En este sentido, puede destacarse que, el 29 de marzo de 2021, se produjo un paro de dos horas por parte de las personas trabajadoras de la mercantil Majorel, empresa dedicada a la actividad de *call center* y cuya plantilla se encuentra mayoritariamente trabajando desde su domicilio. Esta huelga fue convocada por las organizaciones sindicales CCOO, UGT y SAT “para reclamar la mejora de las condiciones de trabajo”⁴³. Posteriormente, el 28 de mayo del mismo año, nuevamente se produjo una huelga en el seno de la misma empresa motivada por las mismas reivindicaciones.

También cabe destacar la huelga convocada por CGT para el 21 de octubre de 2021 en los centros de A Coruña, Zaragoza, Barcelona, Málaga y Madrid de la mercantil Abai Group, empresa compuesta en su mayoría por personal que teletrabaja y que se dedica a prestar servicios de atención telefónica. Además, también han tenido lugar paros en la actividad de servicios autonómicos de atención telefónica de emergencias (los conocidos como teleoperadores del 112), como ocurrió en Castilla y León el 12 de agosto de 2022.

En el año 2022, ha tenido lugar una serie de huelgas sucesivas en todo el sector del *call center*, el cual se caracteriza por la prestación de servicios mediante el trabajo remoto de la mayor parte de empleados. Las mismas han tenido la finalidad de ejercer presión sobre la Asociación de Compañías de Experiencia con el Cliente (CEX), la patronal del sector, a quienes los sindicatos acusan de bloquear las negociaciones del convenio estatal llamado a regular esta actividad. A principios de año, se iniciaron las protestas que tuvieron como punto álgido las huelgas convocadas por USO el 13 y 14 de abril, y las convocadas por UGT y CCOO los días 13 y 26 de mayo y 13 de junio de 2022.

Y más recientemente, el pasado 28 de noviembre de 2022 tuvo lugar una nueva huelga con una duración de 24 horas, lo que derivó en dificultades importantes para

⁴² Valle Muñoz, F.A., *Los derechos colectivos en las nuevas formas de trabajo tecnológico*, cit., pág. 40.

⁴³ Disponible en: https://www.diariodejerez.es/jerez/conflicto-laboral-majorel-primera-huelga-teletrabajo_0_1560445041.html (última revisión en fecha de 21/12/2021)

que se dispensara el servicio telefónico de atención al cliente en empresas como Telefónica, Vodafone, Más Móvil, Jazztel, Orange, Santander, BBVA, Openbank, Iberdrola o Endesa. La misma fue convocada por CGT (el tercer sindicato más representativo del sector tras CCOO y UGT) y secundada por otros sindicatos como ELA, la CIG o el SAT, y ha estado motivada por las discrepancias surgidas entre la parte social y la patronal durante la negociación de la tabla salarial del convenio sectorial.

En este caso y otros similares, los trabajadores ordinarios que llevan a cabo sus cometidos laborales bajo la modalidad presencial, no se ven en la necesidad de informar previamente al empresario de su intención de secundar la huelga o de continuar trabajando durante la misma. Simplemente, dejan de asistir al centro de trabajo durante el desarrollo del paro o continúan con su actividad en tiempo y lugar de trabajo, pero no ocurre lo mismo cuando se trata de teletrabajadores. Por ello, una controversia que subyace a raíz de estas huelgas es si resulta adecuado que, aquellos teletrabajadores que secunden el paro, comuniquen a la empresa y al comité de huelga que lo harán⁴⁴, ante el riesgo de que su decisión cesar temporalmente en su la actividad pase inadvertida debido a la ausencia de una vigilancia específica por parte del empleador. Y es que, como se ha señalado anteriormente, es problemática la verificación de la adhesión del teletrabajador a la huelga cuando la prestación de servicios se produce fuera de las dependencias de la empresa. Incluso, ante un aparente éxito de los piquetes informativos que escenifique un seguimiento total del cese en el trabajo, puede esconderse que haya trabajadores que permanezcan activos bajo la modalidad *online* de manera encubierta. De hecho, en el caso de la referida huelga sectorial del *Call Center*, CGT denunció las prácticas antisindicales de las principales empresas del sector se han constatado cuando el día de huelga se ha disparado el teletrabajo para evitar que la gente secundara la huelga⁴⁵. ”

Para hacer frente a situaciones como las descritas, se ha reflexionado sobre la posibilidad de que los piquetes informativos cuenten con la facultad de acceder a los domicilios o lugares donde tiene lugar el teletrabajo⁴⁶. No obstante, como no puede ser de otra manera, la doctrina⁴⁷ aclara que esta posibilidad tiene un nulo

⁴⁴ Valle Muñoz, F.A., *Los derechos colectivos en las nuevas formas de trabajo tecnológico*, cit., pág. 40.

⁴⁵ Disponible en: https://cgt.org.es/la-huelga-de-24-horas-satura-los-centros-de-llamadas-del-sector-del-call-center/?pk_campaign=feed&pk_kwd=la-huelga-de-24-horas-satura-los-centros-de-llamadas-del-sector-del-call-center (última revisión en fecha de 9/12/2022)

⁴⁶ Lafont Nicuesa, L., “El teletrabajo desde la perspectiva de la protección de los derechos constitucionales del trabajador”, *Información Laboral. Legislación y Convenios Colectivos*, núm. 9, 2004, pág. 19.

⁴⁷ De las Heras García, A., “Relaciones colectivas y teletrabajo”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, cit., pág. 20.

recorrido por suponer una colisión con derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio⁴⁸.

4. LAS NOVEDOSAS HUELGAS EN EL ÁMBITO DE LA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS

4.1. Las huelgas de desconexión

En el ámbito de la economía de plataformas virtuales (en adelante, EPV), la huelga ha adoptado nuevas formas de vehicularse. Son diversas las acciones colectivas de protesta surgidas en este nuevo escenario laboral, pero puede destacarse entre ellas la consistente en que los prestadores de servicios acometan una salida de la plataforma simultánea y cuidadosamente pactada. El efecto perseguido (y habitualmente conseguido) es que la asignación de pedidos de los clientes quede bloqueada, generándose una imposibilidad temporal de que funcione el servicio. Coloquialmente, esta forma de canalizar la protesta laboral es conocida como “huelga colectiva” o “huelga de desconexión”.

Se trata de una nueva variante de medida de presión circunscrita a la EPV. Y más concretamente, a aquellas empresas del sector que aún no han extendido o reconocido la laboralidad formal de todas aquellas personas con las que conciertan la prestación de los servicios vinculados a su *app*. Esto hace que, al menos a nivel formal, la empleadora no pueda exigir a un trabajador autónomo⁴⁹ su presencia en la aplicación para asumir pedidos en un momento concreto, ni cabe la imposición de medidas disciplinarias por un supuesto abandono del puesto de trabajo.

La posibilidad de articular esta medida por parte de una colectividad de trabajadores no fue *a priori* contemplada por las principales mercantiles de la EPV. No en vano, el número necesario de personas trabajadoras para el adecuado reparto de pedidos por parte de la plataforma, suele estar cubierto en la mayoría de casos. Pero las tornas se invierten cuando las personas prestadoras del servicio llegan a un cuerdito suficientemente amplio a nivel cuantitativo para inutilizar la gestión algorítmica de pedidos y entregas.

Esta es una manifestación del carácter “líquido” que a menudo envuelve muchos aspectos de la EPV, en contrapunto con la mayor rigidez de la organización del trabajo de hace unas décadas. Por ello, la desconexión de la aplicación por parte de los prestadores de servicios para reforzar la presión al empleador en un contexto de conflicto laboral, se ha convertido en un arma importante para la organización grupal de trabajadores en estas nuevas realidades laborales. De hecho, como

⁴⁸ Art. 18 CE: “El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”.

⁴⁹ Habitualmente “falso autónomo”.

viene observándose en los últimos años, se ha constatado que resulta una medida difícilmente gestionable para las plataformas virtuales.

Consecuentemente, queda patente que el imaginario clásico de la organización y desarrollo de una huelga ha dejado de ser el único posible en contextos de conflictividad dentro de empresas que se valen de algoritmos para la gestión de personal, fundamentalmente, en la EPV⁵⁰.

4.2. El caso español

En nuestro país, la primera “huelga de desconexión” tal cual ha sido conceptualizada en el apartado anterior, tuvo lugar el 2 de julio de 2017, entre las 20:00 y las 23:00. Fue en el seno de la mercantil Deliveroo⁵¹ y tuvo un alcance nacional. Posteriormente, se produjeron experiencias similares en la empresa Glovo de forma más local.

Una de las huelgas más destacadas fue la ocurrida en Zaragoza el 9 de septiembre de 2018 entre las 20:30 y las 23:00, siendo este un horario deliberadamente elegido por tratarse de la hora punta habitual en este servicio de reparto. En esa ocasión, se dieron cita en Plaza de España de la ciudad zaragozana una cantidad superior a cincuenta *riders* para abandonar temporalmente de la aplicación de Glovo al unísono. A ello se sumó que varias decenas más de repartidores se quedaron en sus domicilios y también se mantuvieron inactivos. De esta forma, se logró el objetivo pretendido de colapsar la aplicación. De hecho, Glovo, es decir, la empresa en cuestión, no fue capaz de recuperar el funcionamiento de la aplicación durante todo el espacio de tiempo escogido por los huelguistas para la desconexión su duración.

Además de lo ocurrido en Zaragoza, también se produjo una casuística similar a la de Zaragoza durante la desconexión de los repartidores de Glovo en Madrid el día 16 de septiembre de 2018 entre las 21:00 y las 23:00. En este caso, la huelga de desconexión fue analizada por Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, quien en su sentencia 53/2019, de 11 de febrero, entró a conocer el despido de uno de los promotores de la protesta resolución que se analizó la actuación de uno de los impulsores de la referida huelga. Si bien el actor operaba como “falso autónomo” mientras participó activamente en la huelga de desconexión, la empresa decidió prescindir de sus servicios al conocer implicación en la protesta. Frente a ello, la sentencia determina la nulidad del despido efectuado. Y para ello, fundamenta dicha decisión en el derecho del trabajador a promover y participar este tipo de parones o huelgas, aun cuando las mismas no sean estrictamente lícitas⁵². Este

⁵⁰ Göerlich Peset, J.M., “Digitalización y derecho de huelga”, *Temas laborales*, cit., pág. 102.

⁵¹ Disponible en: https://www.eldiario.es/catalunya/trabajo/repartidores-deliveroo-convocan-primera-economia_1_3306408.html (última revisión en 19/08/2021).

⁵² “El único dato fáctico en que tales imputaciones se apoyan es el mensaje de voz colgado por el actor en una cuenta whatsapp denominada “Paro glovomadrid” (...). La lectura de dicho mensaje sólo evidencia la opinión del demandante en relación con dicho paro volcada en una cuenta

criterio fue posteriormente refrendado por la STSJ de Madrid 1223/2019, de 18 de diciembre⁵³.

Posteriormente, se produjo otro hecho comparable al anterior en Barcelona dos años más tarde, el 1 de agosto de 2019, también en el seno de Glovo. Incluso, cabe señalar que, en esta ocasión, los *riders* constituyeron un comité de huelga través de los cauces previstos legalmente. Todo ello, con la intención de negociar colectivamente con la mercantil, algo a lo que esta nunca estuvo dispuesta a aceptar.

Estos hechos fueron abordados por la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 31 de Barcelona 193/2019, de 11 de junio, que nuevamente declaró nula la decisión empresarial de prescindir varios de los promotores de esta protesta y miembros del comité de huelga. Se consideró para ello que, la “huelga de desconexión” y las denuncias públicas efectuadas previamente, quedaban enmarcadas y amparadas por el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales de libertad sindical y huelga de estos repartidores⁵⁴. Y ese criterio, fue igualmente corroborado por el TSJ de Cataluña en su sentencia 2557/2020, de 16 de junio⁵⁵, que indicó que la manera de proceder de la empresa se trataba de una reacción a “la actividad sindical desplegada en defensa de los derechos laborales reconocidos a los reclamantes”, considerándose que formaba parte de la misma la actuación de los *riders* demandantes en calidad de miembros de un comité de huelga.

Es significativo que, pese a que la llamada *Ley Rider*⁵⁶ establece la presunción de laboralidad del trabajo desempeñado por repartidores “mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital”⁵⁷, empresas como las referidas anteriormente aún siguen empleando en gran medida a personas trabajadoras por cuenta propia. Por ello, tiene importancia que, resoluciones como las reseñadas en este apartado, también reconozcan el

colectiva de whatsapp sin que pueda interpretarse como una medida de incitación a secundar la huelga ni de coacción a otros repartidores. Sus palabras entran dentro del ejercicio de su libertad de expresión. No pueden por ello ser causa de despido y además al haberse reaccionado así se atenta contra el ejercicio de ese derecho fundamental lo que arrastra la tacha de nulidad del despido por esta causa realizado. Reconoce el actor su participación en los paros previstos el 16-9-2018 entre las 21 y 23 horas. Sabido es que la mera participación en una huelga, aun incluso ilícita, no justifica el despido”.

⁵³ Rec. 714/2019.

⁵⁴ Art. 28 CE.

⁵⁵ Rec. 5997/2019 (FJ 5).

⁵⁶ Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales (BOE nº 233, de 29/09/2021).

⁵⁷ Disposición Adicional Vigésimotercera. Presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto.

derecho a medidas de conflicto colectivo en este tipo de contextos laborales no formalizados⁵⁸.

5. CONCLUSIONES

En la era de la economía digital, derechos colectivos como el de huelga están altamente condicionados por fenómenos como la virtualidad de los centros de trabajo, la externalización de actividades y la consolidación de la empresa-red⁵⁹. Además, todo ello ocurre sin que iniciativas legislativas recientes, como es el caso de la modificación del art. 42 ET, parezcan haber revertido esta realidad en gran medida.

No obstante, pese a que la concepción clásica de la huelga no es tan fácil de llevar a cabo en entornos laborales tan novedosos con la EPV, la creatividad de sus principales actores ha permitido que se pongan en marcha nuevas medidas de presión. El mejor exponente de ello podría ser las conocidas como “huelgas de desconexión”, es decir, el colapso premeditado de los servicios de una *app* por medio de quienes estaban llamados a asumir esa prestación de servicios.

Además, es preciso contextualizar esta cuestión poniendo énfasis en que, con frecuencia, estas acciones de protesta llevadas a cabo por los *riders* logran ser percibidas emblemáticas en el terreno sociopolítico. De hecho, desde distintos espacios de opinión, las mismas son empleadas para focalizar la deriva que sigue el sistema de relaciones laborales en su conjunto. Por ello, el argumentario de los colectivos de *riders* u organizaciones sindicales que los respaldan⁶⁰ recurre con frecuencia a que, la situación de precariedad que motiva sus protestas, no es sino el reflejo del proceso de desregulación laboral y reformas neoliberales desarrollado desde las últimas décadas del siglo pasado⁶¹.

En lo concerniente a fenómenos como el esquirolaje tecnológico, la escasez de medidas regulatorias del derecho de huelga en nuestro ordenamiento, ha sido uno de los factores que ha propiciado un largo debate jurisprudencial con postura contradictorias desde finales del siglo pasado hasta prácticamente la actualidad⁶². En síntesis, las líneas rojas admitidas a día de hoy para diferenciar la conducta

⁵⁸ Ruiz Saura, J.E., “Huelga y trabajo autónomo económicamente dependiente en la actualidad”, *Temas Laborales*, núm. 164, 2022, págs. 154.

⁵⁹ Esteve Segarra, M.A., “Desafíos de las relaciones colectivas de trabajo en las empresas de plataforma”, *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y protección social*, vol. 3, nº 3, 2022, pág. 59.

⁶⁰ V. gr., *Riders x Derechos* a nivel más informal, o CGT *Riders* como ejemplo de agrupación en torno a un sindicato formal.

⁶¹ Haidar, J., Diana Menéndez, N. y Arias, C., “¿La organización vence al algoritmo? Plataformas de reparto y procesos de organización de los trabajadores de delivery en Argentina”, *Revista Pilquen*, núm. 23, 2020, pág. 24.

⁶² Valle Muñoz, F.A., “La incidencia de las nuevas tecnologías en el ejercicio del derecho de huelga”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 52, 2020, pág. 163.

empresarial ajustada a derecho de la que sería una vulneración del derecho de huelga, por un lado, pivotan sobre la disyuntiva de que los medios tecnológicos empleados estuvieran o no a disposición de la empresa antes de comenzar la huelga, y además, que para la utilización de dichas herramientas sea necesaria o no la intervención de personas trabajadoras, las cuales a su vez, deberá verificarse si lo hacen actuando dentro de sus funciones habituales o excediendo las mismas en esa coyuntura concreta.

Por otra parte, el ejercicio de la huelga está irremediabilmente sujeto a peculiaridades en el ámbito del teletrabajo. Concretamente, el aislamiento de la persona trabajadora con respecto a su centro de adscripción o la dispersión de quienes teletrabajan con respecto al conjunto de la plantilla, son algunas de las peculiaridades más evidentes⁶³. En cualquier caso, esto no puede ser óbice para que el legislador lleve a cabo las medidas necesarias para que el ejercicio de este derecho fundamental se garantizado en términos prácticos y en igualdad de condiciones con respecto a cualquier otra persona trabajadora de la plantilla.

⁶³ *Ibid.*