

SEGUNDA PARTE
PREMIOS RIVERO LAMAS 2020

PROPUESTA DE REGULACIÓN PARA EL ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO EN EL CONTEXTO DE UNA HIPOTÉTICA LEY ORGÁNICA DE HUELGA

PROPOSED REGULATION FOR TECHNOLOGICAL SCABBING IN THE CONTEXT OF A HYPOTHETICAL ORGANIC STRIKE LAW*

Rodrigo Tascón López**
Universidad de León

SUMARIO: 1. El esquirolaje tecnológico como potencial conducta lesiva del derecho de huelga. –2. El esquirolaje tecnológico en los pronunciamientos de los tribunales laborales. –3. Propuesta de regulación del esquirolaje tecnológico en el contexto de una hipotética Ley Orgánica de Huelga.

RESUMEN

Los avances tecnológicos tan portentosos que están acaeciendo tienen influencia sobre los más diversos aspectos de las relaciones laborales. Entre ellos, dejan sentir sus efectos en el ámbito del conflicto colectivo, donde la aplicación de la robótica y la inteligencia artificial está permitiendo (y lo hará con mayor virulencia en el futuro) que sea factible sustituir el esfuerzo productivo de los trabajadores huelguistas, a riesgo de convertir en ilusorio el mecanismo tradicional de expresión del conflicto colectivo.

El presente trabajo, sin olvidar las aportaciones doctrinales más interesantes, se centra en analizar, a modo de repaso, la doctrina jurisprudencial y constitucional existente en derecho español sobre el esquirolaje tecnológico: desde la permisiva jurisprudencia inicial que lo toleraba de forma generalizada bajo el argumento de que la empresa no estaba obligada a colaborar con los fines de los huelguistas; pasando por la más ponderada que entendía que un abuso de los medios técnicos durante la huelga podía vaciar de contenido el derecho fundamental consagrado en el art. 28.2CE; hasta, en fin, la más reciente e inacabada doctrina del Tribunal Constitucional que, si bien hace suya aquella máxima jurisprudencial primera (la empresa no está obligada a colaborar con los huelguistas), mantiene incólume su doctrina sobre el esquirolaje clásico (conforme a la cual la empresa no puede hacer uso de sus poderes durante la huelga alterando las funciones de los no huelguistas), aportando una resultante en la que restan aún muchos aspectos por concretar.

*Recibido el 1 de marzo de 2020. Aceptado el 11 de enero de 2021.

El presente trabajo se ha elaborado en el marco de los Proyectos de Investigación titulados “Nuevos lugares, distintos tiempos y modos diversos de trabajar: innovación tecnológica y cambios en el ordenamiento social”, clave DER2017-82192-C3-1-R, financiado dentro del plan de I+D+I del Ministerio de Economía y Competitividad, y “Sostenibilidad económica, social y medioambiental e innovación tecnológica. Nuevas coordinadas en las políticas públicas en Castilla y León”, clave LE0004P17, financiado por la Junta de Castilla y León, desarrollados en el seno de la Unidad de Investigación Consolidada UIC 198 reconocida por la Junta de Castilla y León, cuyo investigador responsable es el Prof. Dr. Juan José Fernández Domínguez.

** Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

A la vista de este prurito jurídico, el ensayo cierra con un colofón conclusivo que, amén de realista (es difícil que se llegue a producir), trata de ser ambicioso, al efectuar una propuesta de regulación del esquirolaje tecnológico en el contexto de una hipotética Ley Orgánica de Huelga, tratando de cohesionar todos los intereses en presencia.

ABSTRACT

The tremendous technological advances that are taking place have an influence on the most diverse aspects of labor relations. Among them, their effects are felt in the field of collective conflict, where the application of robotics and artificial intelligence is allowing (and will do so with greater virulence in the future) that it is feasible to substitute the productive effort of striking workers, to risk of making the traditional mechanism of expression of collective conflict illusory.

The present work, without forgetting the most interesting doctrinal contributions, focuses on analyzing, by way of review, the jurisprudential and constitutional doctrine existing in Spain about technological scabbing.

In view of this legal pruritus, the essay closes with a conclusive conclusion that, in addition to being realistic (it is difficult to produce it), tries to be ambitious, when making a proposal for regulation of technological scabbing in the context of a hypothetical Organic Law of Strike, trying to make compatible all the interests in presence.

Palabras clave: Derecho de huelga, esquirolaje tecnológico, conflicto colectivo, nuevas tecnologías y relaciones laborales.

Key words: Right to strike, technological scab, collective conflict, new technologies and labor relations.

1. EL ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO COMO POTENCIAL CONDUCTA LESIVA DEL DERECHO DE HUELGA

De todos es conocida la anomalía regulatoria existente en el Derecho español en materia de huelga; la prolongación de la vigencia del contenido del RD-Ley 17/1977, de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo (en adelante RDLRT) y la falta de regulación postconstitucional han provocado que fuera el Tribunal Constitucional quien hubiera de ir esculpiendo, a golpe de sentencia¹, los siempre escurridizos límites del ejercicio del derecho fundamental que consagra el art. 28.2 del Texto Constitucional².

Semejante situación condujo, tiempo ha (y por cuanto específicamente ocupa al objeto de esta comunicación), a que el máximo intérprete de la *norma normarum* expandiera los límites del esquirolaje (analógico) censurable desde el punto de vista de su eventual lesión del conte-

¹ Desde la célebre STCo 11/1981, de 8 de abril; muchos han sido los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en el que se han interpretado, esbozado y definido los límites del ejercicio del derecho de huelga y sus posibles vulneraciones; entre otras, SSTCo 26/1981, de 17 de julio; 43/1990, de 15 de marzo; 189, 190, 191 y 193/2006, de 19 de junio, o 58/2013, de 11 de marzo.

² Entre muchos y por todos, CASAS BAAMONDE, M.^a E.: "Derecho de huelga y Constitución: ¿nuevas perspectivas?", *RL*, T. I, 1994, pp. 44 y ss.; MARTÍN VALVERDE, A.: "La doctrina general sobre el derecho de huelga en la sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981", *RL*, núms. 15-16, 1997, p. 110; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: "Insuficiencias de la actual regulación jurisprudencial del derecho de huelga", en AA.VV.: *Controversias vivas del nuevo Derecho del Trabajo*, La Ley, Madrid, 2015, pp. 17 y ss.; MONEREO PÉREZ, J. L.: Derecho de huelga y conflictos colectivos, cit., p. 501 o, del mismo autor, "El modelo normativo de huelga en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en AA.VV. (CABEZA PEREIRO, J. y MARTÍNEZ GIRÓN, J., Dirs.): *El conflicto colectivo y la huelga*, Laborum, Murcia, 2008, pp. 261 y ss o BAYLOS GRAU, A.: "El derecho de huelga", en AA.VV.: *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2003, p. 585.

nido esencial del derecho fundamental de huelga. Así, al llamado esquirolaje “externo” (expresamente vedado por el art. 6.5 RDLRT), le fue sumado como conducta contraria al derecho de huelga el denominado como “interno” (sustitución de los huelguistas por los propios trabajadores de la empresa), cuando el empresario hiciera uso de sus poderes empresariales (en el caso concreto, para efectuar un cambio de funciones de los llamados a sustituir a los huelguistas), pensados para situaciones ordinarias de la relación laboral, en un momento patológico de la misma, como es el desarrollo de un conflicto colectivo con interrupción del trabajo³.

Severamente limitado el esquirolaje tradicional, el laboralista ha encontrado un nuevo desafío en el llamado esquirolaje “tecnológico”⁴, esto es, aquel en el que la sustitución del esfuerzo productivo de los huelguistas no se produce por otros trabajadores (internos o externos), sino por algún dispositivo tecnológico que, conveniente pre-programado por el empresario, pueda lograr la finalidad de que el proceso productivo se mantenga dentro de parámetros de normalidad durante el desarrollo de la huelga⁵.

Expuesto en tales términos, es evidente que surge cuando menos la duda de si tal conducta resulta lesiva del derecho de huelga, habida cuenta de que, tal y como ha reconocido en numerosas ocasiones el Tribunal Constitucional (y refrenda la doctrina científica⁶), la huelga necesita una “cierta eficacia”⁷ (y visibilidad) para mostrarse útil, y ambas partes tienen que aceptar “sacrificios recíprocos” pero “no desproporcionados”⁸.

Permitir que el empresario pudiera hacer uso del poder *quasiomnímodo* que la tecnología le confiere, en un momento en el que el avance de la informática y la robótica están a punto de dar un salto cualitativo y exponencial, es tanto como permitir un vaciamiento del derecho de huelga⁹ y, a la postre, condenarlo al ostracismo.

No es extraño que atisbando esta perspectiva, antaño se aludiera a que la tecnología, si ilimitada jurídicamente, pondría en tela de juicio la pervivencia misma del derecho de huelga (al menos como conceptualmente es conocido)¹⁰; ni que, hogaño, se recurra a la expresión del

³ STCo 123/1992, de 28 de septiembre. Igualmente resulta lesivo del derecho de huelga, aunque la decisión de reordenación de funciones se hubiera acordado espontáneamente entre los propios trabajadores jefes de sección, STCo 33/2011, de 28 de marzo.

⁴ Término que se ha utilizado de forma generalizada, tanto la jurisprudencia ordinaria [SSTS 11 junio y 5 diciembre 2012 (RJ 2012/6841 y 2013/1751)], como la constitucional [STCo 17/2017, de 2 de febrero (RTC 2017/17)], como la doctrina científica [PÉREZ REY, J.: “Tertulias, reportajes de actualidad y esquirolaje tecnológico en la huelga general”, *RDS*, núm. 59, 2012, pp. 195 y ss.; del mismo autor, “El esquirolaje tecnológico: un importante cambio de rumbo de la doctrina del Tribunal Supremo”, *RDS*, núm. 61, 2013, pp. 163 y ss.; LÓPEZ LLUCH, M. I.: “El derecho de huelga: nueva doctrina sobre esquirolaje tecnológico en la STS de fecha 5 de diciembre de 2012”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2013, pp. 155 y ss.; TALENS VISCONTI, E. E.: “Esquirolaje tecnológico: interrogantes abiertos”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2013, pp. 173 y ss.; TODOLÍ SIGNES, A.: “El esquirolaje tecnológico como método de defensa ante una huelga”, *AL*, núms. 7/8, 2014, pp. 830 y ss.; PEDRAJAS, A.: “El esquirolaje tecnológico”, *Observatorio de recursos humanos y relaciones laborales*, núm. 105, 2015, pp. 66 y ss.; TOSCANI GIMÉNEZ, D.: “La prohibición del esquirolaje durante la huelga con especial mención al esquirolaje tecnológico”, *TyD*, núm. 30, 2017, pp. 82 y ss.].

⁵ Sobre la delimitación conceptual, permítase la remisión a TASCÓN LÓPEZ, R.: *El esquirolaje tecnológico*, Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 76 y ss.

⁶ BAYLOS GRAU, A.: “Formas nuevas y reglas viejas en el conflicto social”, *RDS*, núm. 2, 1998, pp. 78 y ss.; del mismo autor, “Pérdida de la función y eficacia de la huelga, especialmente en los sectores de la información y la telecomunicación”, *RGDTSS*, núm. 5, 2004, p. 3 o ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J.: “El esquirolaje interno como ataque al derecho fundamental de huelga”, *TL*, 116, 2012, p. 206.

⁷ STCo 123/1992, de 28 de septiembre.

⁸ SSTCo 11/1981, de 8 de abril, o 41/1984, de 21 de marzo.

⁹ Algo vedado por la jurisprudencia constitucional; por todas, STCo 33/2011, de 28 de marzo.

¹⁰ TORRENTE GARI, S.: “El derecho de huelga y las innovaciones tecnológicas”, *REDT*, núm. 102, 2000, pp. 455 y ss.

drama shakesperiano para poner de manifiesto que se juega aquí el derecho de huelga su “ser o no ser” futuro¹¹.

2. EL ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO EN LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LOS TRIBUNALES LABORALES

En un primer momento, de forma intermitente pero constante (salvo error u omisión, con una única excepción¹²), el Tribunal Supremo (y, en el recto seguimiento de su doctrina, los demás tribunales laborales¹³) había venido aceptando las posibilidades de sustitución de la actividad de los huelguistas por los medios técnicos habitualmente usados en la empresa, permitiendo, por tanto “una cierta capacidad beligerante del empresario respecto de la huelga”¹⁴.

Los argumentos utilizados por el máximo órgano jurisdiccional pasaban por poner de manifiesto que “no se impone al empresario el deber o la obligación de colaboración con los huelguistas en el logro de sus propósitos... La Ley veta la sustitución de los huelguistas por trabajadores externos (art. 6.5 RDLRT) y la jurisprudencia constitucional restringe el uso de las facultades de organización que le son propias (en orden a exigir movilidad funcional).

Pero no hay precepto alguno que prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone 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, la actividad productiva no fue interrumpida, sin que los huelguistas fueran sustituidos por otros trabajadores, ni extraños a la empresa, ni de la propia plantilla, el derecho fundamental no se ha vulnerado. Este derecho garantiza que los huelguistas puedan realizar los paros sin ser sancionados en modo alguno por ello. No asegura su éxito, ni el logro de los objetivos pretendidos, entre ellos el de conseguir el cese total de la actividad empresarial”¹⁵.

En un supuesto sustancialmente igual a los anteriores (todos ellos en el marco de huelgas desarrollados en medios de televisión), a finales del año 2012 se produce un giro jurisprudencial de ciento ochenta grados en la valoración del esquirolaje tecnológico. Así, la doctrina sentada pasa por considerar que “no solo 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 la radiodifusión sonora y televisión emite programación o publicidad por medios automáticos, en el caso de que dicha actividad empresarial, aún cuando sea mediante la utilización de medios mecánicos o tecnológicos, priva materialmente a los trabajadores de su derecho fundamental, vaciando su contenido esencial de manera que no cabe el uso de las prerrogativas empresariales, aún amparadas en la libertad de empresa, para impedir la eficacia del derecho de huelga, y ello por la propia naturaleza de este derecho y también del de la libertad de empresa, que no incorpora a su contenido facultades de reacción frente al paro”¹⁶.

Tiempo después, el asunto fue abordado por el Tribunal Constitucional, sentando una doctrina que de momento no ha sido revisada y que supuso poco menos que un tsunami jurídico, al implicar un nuevo giro (o completar el anterior para hacerlo de trescientos sesenta grados) al

¹¹ MARTÍNEZ MORENO, C.: “El ser o no ser de la huelga: el fútbol y el esquirolaje. A propósito de la STC 17/2017, de 2 de febrero, caso Telemadrid”, *DRL*, núm. 9, 2017, pp. 894 y ss.

¹² STS 16 marzo 1998 (RJ 1998/2993).

¹³ SSTSJ Cataluña 9 enero 2003 (AS 2003/445) o Extremadura 15 julio 2004 (AS 2004/1862).

¹⁴ PÉREZ REY, J.: “Tertulias, reportajes de actualidad y esquirolaje tecnológico”, cit., p. 206.

¹⁵ SSTS 27 septiembre 1999 (RJ 1999/7304), 4 julio 2000 (RJ 2000/6289), 9 diciembre 2003 (RJ 2003/9371), 15 abril 2005 (RJ 2005/4513) y, como último referente de esta saga y con un voto particular que anticipaba el cambio de doctrina, 11 junio 2012 (RJ 2012/6841).

¹⁶ STS 5 diciembre 2012 (RJ 2013/1751), con 2 votos particulares interesantísimos.

estado de la cuestión, para volver a dejar las cosas *sicut erat in principio*, con una evidente de-sazón en la doctrina laboralista¹⁷.

Descartada en ese caso concreto la concurrencia de esquirolaje interno (algo que los sindicatos demandantes de amparo habían reclamado) pero manteniendo incólume la doctrina sentada al respecto, el pronunciamiento del Alto Tribunal se centra, en consecuencia, en valorar el posible esquirolaje tecnológico, pues “si bien los trabajadores no realizaron funciones que nos les correspondían, sí siguieron un procedimiento distinto al habitual... utilizando un medio técnico con el que la empresa ya contaba, pero que solo se utilizaba en casos excepcionales... lo cual plantea la duda de si constituye una vulneración del derecho de huelga y puede asimilarse a aquellos supuestos de esquirolaje o sustitución de huelguistas”¹⁸.

Para el alto Tribunal, “no se está ante el ejercicio abusivo del *ius variandi* que corresponde al empresario, pues los no huelguistas no han desarrollado funciones distintas a las habituales que tienen asignadas, sino ante el ejercicio del poder de organización de los medios de producción con los que cuenta la empresa... En este sentido, no hay duda de que la libertad del empresario, por lo que respecta a sus facultades de organización y dirección, 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 la empresa para mantener su actividad...

Exigir al empresario que no utilice medios técnicos con los que cuenta supone imponerle una conducta de colaboración con la huelga no prevista legalmente. La utilización de medios existentes en la empresa es compatible con el derecho de huelga y no puede extenderse, por vía analógica, a este supuesto de la prohibición de sustitución de los huelguistas prevista en el art. 6.5 RDLRT, que se refiere al empleo de los recursos humanos en la empresa, pero no a la utilización de sus recursos materiales y tecnológicos”¹⁹, aceptando así lo que la doctrina ha denominado, no sin fuertes dosis de crítica, la “intangibilidad de la disposición técnica del proceso de producción”²⁰.

En consecuencia, “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 la empresa o abstenerse de realizar una actividad productiva que pueda comprometer el logro de los objetivos perseguidos por 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 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 u obligación de colaboración con los huelguistas en el logro de sus propósitos”²¹.

¹⁷ MARTÍNEZ MORENO, C.: “El ser o no ser de la huelga: el fútbol y el esquirolaje. A propósito de la STC 17/2017, de 2 de febrero, caso Telemadrid”, cit., pp. 894 y ss.; PÉREZ REY, J.: “El Tribunal Constitucional ante el esquirolaje tecnológico (o que la huelga no impida ver el fútbol)”, *RDS*, núm. 77, 2017, pp. 171 y ss. o TOSCANI GIMÉNEZ, D.: “La prohibición de esquirolaje durante la huelga, con especial mención al esquirolaje tecnológico”, cit., p. 85

¹⁸ STCo 17/2017, de 2 de febrero, con voto particular de máximo interés.

¹⁹ FJ 7.º STCo 17/2017, de 2 de febrero.

²⁰ BAYLOS GRAU, A. y VALDÉS DE LA VEGA, B.: “El efecto de las nuevas tecnologías en las relaciones colectivas de trabajo”, en AA.VV.: *Nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y Derecho del Trabajo*, Bo-marzo, Albacete, 2004, p. 154.

²¹ FJ 7.º STCo 17/2017, de 2 de febrero.

El cambio jurisprudencial operado a finales de 2012 había sido saludado con notable alborozo en el ámbito doctrinal iuslaboralista, en el entendimiento de que dicho referente suponía un avance significativo en la garantía y efectividad del derecho de huelga en los albores del Siglo XXI²².

Consecuentemente, las críticas se han vuelto a alzar, esta vez incluso con mayor virulencia (por lo que tiene de retroceso), contra el pronunciamiento constitucional que ha vuelto a aceptar, incluso con mayor extensión de lo que en su día lo había hecho el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, las posibilidades de sustitución tecnológica de los huelguistas²³.

Así, se ha hablado de “paso atrás”²⁴ del Tribunal Constitucional, de vocación claramente restrictiva y limitadora de los derechos constitucionales laborales, que culminan su proceso de “deconstrucción” en el ámbito de la empresa y que se aleja de la consideración debida a la dignidad humana en el ámbito laboral frente a las nuevas tecnologías, otorgando a la empresa poderes *quasi* jurisdiccionales²⁵.

De igual modo, se ha aludido a que el pronunciamiento constitucional supone una “reinterpretación restrictiva de la protección del derecho constitucional de huelga”, privando a los trabajadores, por la fuerza de los hechos, de la efectividad reivindicativa y como medida de presión de su derecho de huelga, que queda así visiblemente vaciado de contenido²⁶.

En cualquier caso, aun cuando el Tribunal Constitucional haya querido dar a su pronunciamiento un carácter concluyente, para fijar una doctrina perdurable, lo cierto es que la cuestión relativa al esquirolaje tecnológico no está (no puede estar) ni mucho menos cerrada. Y ello porque los casos resueltos hasta la fecha se circunscriben a un sector muy concreto (el audiovisual), pero es previsible que el número de supuestos y la variedad de empresas y sectores a los que afecte vayan en aumento exponencial en los próximos años²⁷, lo que hará, seguramente, que el máximo intérprete de la constitución deba replantearse su posición, si no para modificarla, sí, al menos, para precisarla, ampliarla y aquilatarla²⁸.

Si todo lo relativo al derecho de huelga presenta abundantes “zonas grises”²⁹, el esquirolaje tecnológico aún no ha hecho sino mostrar la punta del Iceberg de su capacidad de generar situaciones dudosas o problemáticas, por lo que necesita de una reflexión adicional para encontrar soluciones seguras³⁰.

²² LÓPEZ LLUCH, M. I.: “El derecho de huelga: nueva doctrina sobre esquirolaje tecnológico en la STS de fecha 5 de diciembre de 2012”, cit., pp. 155 y ss.; PÉREZ REY, J.: “El esquirolaje tecnológico: un importante cambio de rumbo de la doctrina del Tribunal Supremo”, cit., pp. 163 y ss.; TALENS VISCONTI, E. E.: “Esquirolaje tecnológico: interrogantes abiertos”, cit., pp. 173 y ss. o TODOLÍ SIGNES, A.: “El esquirolaje tecnológico como método de defensa ante una huelga”, cit., pp. 830 y ss.

²³ La ya tantas veces citada STCo 17/2017, de 2 de febrero (RTC 2017/17).

²⁴ ROJO TORRECILLA, E.: “Tecnología y derecho de huelga. Paso atrás del Tribunal Constitucional en la protección de un derecho constitucional fundamental”, El blog de Eduardo Rojo, 19 de febrero de 2017.

²⁵ PRECIADO DOMENECH, C. H.: “El esquirolaje tecnológico o esperando a Asimov”, *Blog Sinpermiso*, 22 de febrero de 2017, p. 2.

²⁶ PÉREZ REY, J.: “El Tribunal Constitucional ante el esquirolaje tecnológico (o que la huelga no impida ver el fútbol)”, RDS, núm. 77, 2017, pp. 171 y ss. o TOSCANI GIMÉNEZ, D.: “La prohibición de esquirolaje durante la huelga, con especial mención al esquirolaje tecnológico”, cit., p. 85.

²⁷ TALENS VISCONTI, E. E.: “Esquirolaje tecnológico: interrogantes abiertos”, cit., p. 184 o TODOLÍ SIGNES, A.: “El esquirolaje tecnológico como método de defensa ante una huelga”, cit., p. 834.

²⁸ TOSCANI GIMÉNEZ, D.: “La prohibición de esquirolaje durante la huelga, con especial mención al esquirolaje tecnológico”, cit., p. 86.

²⁹ GORDO GONZÁLEZ, L.: “El contenido esencial del derecho de huelga: la prohibición del esquirolaje interno”, cit., p. 2.

³⁰ TALENS VISCONTI, E.E.: “Esquirolaje tecnológico: interrogantes abiertos”, cit., p. 184 o TODOLÍ SIGNES, A.: “El esquirolaje tecnológico como método de defensa ante una huelga”, cit., p. 834.

Quizá no sea mucho, pero es un punto de partida para empezar a construir una regla de orden más satisfactoria, como intentará el presente discurso en las páginas que siguen, advirtiéndolo, eso sí, de que este intento está vinculado a la situación de la cuestión en el momento actual y que, seguramente, será necesario revisarlo o puntualizarlo en el futuro al calor de los nuevos supuestos de hecho que puedan ir surgiendo.

Es de destacar, para cerrar el presente epígrafe, que en el primer caso similar que la jurisprudencia ordinaria ha tenido que afrontar tras el establecimiento de la doctrina constitucional descrita, se ha valorado qué ocurre cuando como consecuencia de un sistema de análisis de llamadas, a través de un algoritmo, la empresa principal detecta que el tiempo en espera ha aumentado significativamente en una de las empresas contratistas que prestan dicho servicio de atención de llamadas (precisamente porque hay una huelga convocada y el número de trabajadores es menor) y, en consecuencia y de forma automática, el propio sistema preestablecido (y no expresamente implementado para combatir la huelga) redistribuye las llamadas a las otras dos empresas contratistas que también se ocupaban de prestar tal servicio de forma habitual. De un lado, el Tribunal Supremo duda que se esté en presencia de un verdadero esquirolaje porque “opera el sistema habitual de redistribución de tareas... sin que haya quedado acreditado que las empresas activasen estrategia o tecnología específica para boicotear la huelga. [De otro, reconoce que], en todo caso, la doctrina de la STC 17/2017 aleja la sombra de la aludida vulneración”³¹.

3. PROPUESTA DE REGULACIÓN DEL ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO EN EL CONTEXTO DE UNA HIPOTÉTICA LEY ORGÁNICA DE HUELGA

Una vez analizado el estado de cosas en el que se encuentra el problema jurídico relativo al esquirolaje tecnológico, llega el momento de cumplir lo prometido, y tratar de esbozar una (lo más satisfactoria posible) regulación de tal fenómeno en el contexto de una eventual (tan demandada y difícilmente materializada) Ley Orgánica de Huelga.

En efecto, soñar con una Ley que se atreva siquiera a intentar ordenar una materia tan delicada resulta quimérico. Pero, no obstante, como esta es una de las tareas propias de la doctrina científica, menester será elucubrar acerca de cuál sería el sentido más apropiado a tal regulación.

A juicio de quien esto escribe, una hipotética regulación del esquirolaje tecnológico, asumiendo la doctrina dictada hasta la fecha por el Tribunal Constitucional, pero matizándola y ampliándola a nuevas situaciones, debería de asumir las siguientes líneas maestras:

I.- Es muy importante dejar claro que la doctrina del Tribunal Constitucional emitida hasta la fecha sobre la sustitución de huelguistas por medios técnicos no se pronuncia (y, por tanto, deja aún sin respuesta constitucional expresa) sobre el “esquirolaje tecnológico externo”, esto es, el consistente en la sustitución de los trabajadores huelguistas por medios técnicos de los que no disponía la empresa al tiempo de la convocatoria de la huelga y que son adquiridos (o arrendados, o vinculados a la organización productiva por cualquier otro título jurídico, con carácter temporal o definitivo) precisamente para contrarrestar los efectos de la falta de actividad derivada de la medida de conflicto colectivo desarrollado por los trabajadores.

Al no haber encontrado respuesta en el pronunciamiento constitucional, cabe buscar para ella una solución desde parámetros jurídicos aceptables. En tal sentido, quien esto escribe considera que esta situación parece, *a fortiori*, lesiva del derecho de huelga, pues supone una ac-

³¹ STS 13 julio 2017 (RJ 2017/4148). Un comentario crítico a la misma, en TASCÓN LÓPEZ, R.: “El esquirolaje automático inter-contratas a partir de algoritmos predeterminados (novísimas amenazas para el derecho de huelga)”, en AA.VV.: *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, Madrid (Cinca), 2018.

tividad empresarial intensa y específicamente dirigida a vaciar de contenido el derecho fundamental consagrado en el art. 28.2 CE³².

II.- La doctrina constitucional emitida hasta la fecha sobre la sustitución de huelguistas por medios técnicos se limita a aceptar el “esquirolaje tecnológico interno”, esto es, aquel en el que, para sustituir a los trabajadores huelguistas (rectius, mantener la producción o hacer frente a otros problemas derivados de la propia huelga) se utilizan aquellos medios técnicos con los que la empresa ya cuenta al tiempo de la convocatoria de la misma, pero intensificando su uso o ampliando sus potencialidades para paliar la falta de actividad derivada del ejercicio de la huelga.

Bien es verdad que lo hace de forma amplia y omnicompreensiva, habida cuenta de que no solo acepta la utilización de los procedimientos técnicos habitualmente seguidos en la organización productiva³³, sino, incluso, los “procedimientos distintos a los habituales” y adaptados precisamente a la situación provocada por el paro obrero³⁴.

No menos cierto resulta que esta segunda posibilidad, obviamente, aparece como un peligro de vaciamiento mucho mayor del derecho de huelga³⁵ y que, además y a mayor abundamiento, parece separarse de la lógica seguida cuando se veda el esquirolaje interno tradicional en el caso en el que los trabajadores realizan funciones distintas a las suyas propias habituales³⁶.

Conviene considerar, empero, que el Tribunal Constitucional tiene en cuenta un argumento que, puede gustar o no, pero es jurídicamente relevante: “no se está ante el ejercicio del *ius variandi* que corresponde al empresario, pues los no huelguistas no han desarrollado funciones distintas a las habituales que tienen asignadas, sino ante el ejercicio del poder de organización de los medios de producción con los que cuenta la empresa”³⁷. Es decir, la eventual limitación de la potestad empresarial no afecta al, en buena medida exorbitante³⁸, *ius variandi*, sino al más elemental poder de organización, con lo cual la intensidad de la actuación empresarial es menor y, en consecuencia, su capacidad lesiva del derecho de huelga también hay que valorarla con menor rigor.

Con eso y con todo, no parece de recibo que esta facultad sea concedida de modo absoluto e incondicional, como parece hacerlo el pronunciamiento constitucional tantas veces comentado, pues semejante virtualidad podría llevar a que, debidamente recombinados en cada caso concreto para hacer frente a la específica situación de cada huelga, el uso intensivo de los medios técnicos (por los procedimientos de uso habitual en la empresa o por otros distintos y adaptados al caso) acabaran por hacer ilusorio cualquier intento de presión sobre el empresario, ínsito al derecho fundamental consagrado en el art. 28.2 CE³⁹.

Piénsese en cómo la aceptación de programación pregrabada (no solo publicidad, sino también otros espacios de la parrilla televisiva) hace absolutamente inútil el esfuerzo de los huelguistas por presionar al empresario, lo cual priva de toda eficacia (y, por ende, de sentido) a la

³² Algo vedado por la jurisprudencia constitucional; por todas, STCo 33/2011, de 28 de marzo.

³³ Es el supuesto al que parecen referirse las SSTs 11 junio 2012 (RJ 2012/6841) y 5 diciembre 2012 (RJ 2013/1751).

³⁴ Es el supuesto de hecho que enfrenta la STCo 17/2017, de 2 de febrero (RTC 2017/17).

³⁵ MORALO GALLEGOS, S.: “El ejercicio de la huelga y el impacto de las nuevas tecnologías y la descentralización productiva”, en AA.VV.: *Derecho Colectivo*, cit., pp. 233 y ss.

³⁶ En las tantas veces citadas SSTCo 123/1992, de 28 de septiembre (RTC 1992/123) y 33/2011, de 28 de marzo (RTC 2011/33).

³⁷ FJ 7.º STCo 17/2017, de 2 de febrero (RTC 2017/17).

³⁸ CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Derecho de huelga y sustitución de trabajadores huelguistas: límites jurídicos al *ius variandi* empresarial”, cit., pp. 1016 y ss.

³⁹ PÉREZ REY, J.: “El Tribunal Constitucional ante el esquirolaje tecnológico (o que la huelga no impida ver el fútbol)”, cit., pg. 174;

huelga en el sector audiovisual⁴⁰. Pero no solo eso; con seguridad, más pronto que tarde, las potencialidades técnicas harán que casi cualquier trabajo en casi cualquier sector pueda ser temporalmente sustituido por alguna clase de artilugio tecnológico durante el breve lapso de tiempo de ausencia de esfuerzo humano motivado por una huelga, relegándola a la inoperatividad como medida de conflicto, primero, al desuso, después y, en fin, al ostracismo⁴¹.

Por tal razón, aun cuando el Tribunal Constitucional haya querido dar a su pronunciamiento un carácter concluyente, para fijar una doctrina perdurable, lo cierto es que la cuestión relativa al esquirolaje tecnológico interno no está (no puede estar) ni mucho menos cerrada.

En cualquier caso, es necesario destacar que en el supuesto de hecho enjuiciado por el Tribunal Constitucional el empresario ha adaptado el proceso productivo pero introduciendo en él cambios relativamente menores (recuérdese, se utilizó un codificador de uso excepcional en vez de otro que era el habitual y la mosca de la cadena televisiva fue introducida de forma diferente a la habitual) y no para llevar a cabo un vaciamiento absoluto del derecho de huelga, sino, tan sólo, para emitir, en toda la jornada de huelga, un único espacio televisivo⁴². Es posible que la situación hubiera merecido un juicio más severo si la actitud empresarial hubiera sido más intensa (por ejemplo, emitir durante toda la jornada, tratando de aparentar una normalidad que no existía)⁴³.

Por tal motivo, quizá el entendimiento más razonable de la doctrina constitucional actual (al menos la más satisfactoria para quien esto firma) venga dado por considerar que, efectivamente, el empresario puede hacer uso de los medios técnicos con los que cuente la empresa durante la huelga y que, por tanto, esa conducta no es, *a priori*, lesiva del derecho de huelga; pero que, de hecho, si el uso de tales medios es excesivo y las modificaciones del proceso productivo no son meros ajustes, sino cambios verdaderamente sustanciales, se puede llegar a lesionar el derecho de huelga por dejarlo vacío de contenido, al privarle de toda capacidad efectiva para presionar al empresario.

Una visión realista lleva a suponer que ni toda actuación empresarial destinada a activar los medios técnicos de la empresa durante la huelga es lesiva, *a fortiori*, del derecho de huelga, ni cualquier actividad en este sentido debe ser amparada por la libertad de empresa sin que encuentre límite en la propia efectividad del derecho fundamental⁴⁴.

Por tanto, parece que es necesario volver a los orígenes. 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 circunstancias⁴⁵; 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 constitucional⁴⁶.

⁴⁰ BAYLOS GRAU, A.: "Formas nuevas y reglas viejas en el conflicto social", cit., pp. 78 y ss.; del mismo autor, "Pérdida de la función y eficacia de la huelga, especialmente en los sectores de la información y la telecomunicación", cit., p. 3 o ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J.: "El esquirolaje interno como ataque al derecho fundamental de huelga", cit., p. 206.

⁴¹ TORRENTE GARI, S.: "El derecho de huelga y las innovaciones tecnológicas", cit., pp. 455 y ss.

⁴² FJ 7.º STCo 17/2017, de 2 de febrero (RTC 2017/17).

⁴³ Situación a la que alude la STS 5 diciembre 2012 (RJ 2013/1751).

⁴⁴ TALENS VISCONTI, E. E.: "Esquirolaje tecnológico: interrogantes abiertos", cit., p. 185 o TODOLÍ SIGNES, A.: "El esquirolaje tecnológico como método de defensa ante una huelga", cit., p. 835.

⁴⁵ TALENS VISCONTI, E. E.: "Esquirolaje tecnológico: interrogantes abiertos", cit., p. 184 o TODOLÍ SIGNES, A.: "El esquirolaje tecnológico como método de defensa ante una huelga", cit., p. 834.

⁴⁶ STS 5 diciembre 2012 (RJ 2013/1771). En la doctrina, parecida reflexión en LÓPEZ LLUCH, M.I.: "El derecho de huelga: nueva doctrina sobre esquirolaje tecnológico en la STS de fecha 5 de diciembre de 2012", cit., p. 157.

Desde luego, el reconocimiento de la huelga como derecho fundamental implica la aceptación de que la misma será usada como medida de presión, lo cual presupone que su ejercicio está llamado a causar un daño en la empresa, en forma de pérdida de producción y, consecuentemente, de beneficio; como justa contrapartida, el empleado que secunde el paro perderá su derecho al salario⁴⁷.

Igualmente, el reconocimiento del derecho de huelga exige la consecución de “una cierta eficacia”⁴⁸ (lo que ha de implicar, entre otras cosas, que se permita su visualización ante la opinión pública⁴⁹), y, por tanto, hace necesario el establecimiento de “una serie de garantías para evitar que sea restringido por actuaciones abusivas del empresario”.

En consecuencia, no es ocioso insistir en que el ejercicio del derecho de huelga, cuando entre en conflicto con otros bienes y derechos constitucionales, “exige proporcionalidad y sacrificios mutuos”⁵⁰, de manera “que si existe desproporción entre los daños producidos al empresario y los asumidos por los huelguistas, la huelga será calificada de abusiva”. Los daños producidos por la huelga “no pueden ir más allá de lo que es razonablemente requerido por la propia actividad conflictiva y por las exigencias inherentes a la presión que la huelga necesariamente implica”⁵¹.

Como consecuencia inevitable que destila lo afirmado, no conviene olvidar que cuando se está ante una cuestión de límites entre derechos y valores constitucionales se provoca un conflicto que ha de ser resuelto conforme a criterios de proporcionalidad⁵², pero tratando de dotar de “la máxima eficacia posible” al ejercicio del derecho fundamental⁵³.

Así, descendiendo de los principios generales a las situaciones más o menos concretas, en el caso de esquirolaje tecnológico interno será menester valorar, en cada situación, la intensidad de la conducta empresarial desempeñada. No es igual una sustitución total de las funciones de los huelguistas por los medios técnicos (dejando su huelga vacía de cualquier efecto y relevancia sobre la actividad y producción empresarial), que una actuación “puntual y sin continuidad”⁵⁴, que se limite a ajustar algunos aspectos productivos para impedir que una huelga cause unos daños excesivos o desproporcionados.

III.- En este juego de intereses que se viene describiendo, es necesario valorar el derecho al trabajo de los no huelguistas⁵⁵, que, por más que a veces produzca situaciones de tensión entre propios compañeros⁵⁶, ha de ser respetado ex art. 6.4 RDLRT. Así, a juicio de quien esto

⁴⁷ TALENS VISCONTI, E. E.: “Esquirolaje tecnológico: interrogantes abiertos”, cit., p. 184 o TODOLÍ SIGNES, A.: “El esquirolaje tecnológico como método de defensa ante una huelga”, cit., p. 834.

⁴⁸ STCo 123/1992, de 28 de septiembre (RTC 1992/123).

⁴⁹ BAYLOS GRAU, A.: “Formas nuevas y reglas viejas en el conflicto social”, cit., pp. 78 y ss.; del mismo autor, “Pérdida de la función y eficacia de la huelga, especialmente en los sectores de la información y la telecomunicación”, cit., p. 3 o ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J.: “El esquirolaje interno como ataque al derecho fundamental de huelga”, cit., p. 206.

⁵⁰ SSTCo 11/1981, de 8 de abril (RTC 1981/11) o 41/1984, de 21 de marzo (RTC 1984/41).

⁵¹ STCo 72/1982, de 2 de diciembre (RTC 1982/72).

⁵² SSTCo 98/2000, de 10 de abril y 186/2000, de 10 de julio, sobre la doctrina previamente recogida, entre otras, en SSTCo 66/1995, de 8 de mayo; 55/1996, de 28 de marzo o 37/1998, de 17 de febrero.

⁵³ SSTCo 41/1984, de 3 de marzo (RTC 1984/41) o 123/1992, de 28 de septiembre (RTC 1992/123).

⁵⁴ Por usar una expresión que a veces han utilizado los Tribunales laborales en supuestos de esquirolaje interno tradicional para, aun apreciando un ligero cambio en las funciones de los trabajadores no huelguistas, considerar que las mismas no eran tan relevantes como para entender lesionado el derecho de huelga, STSJ Navarra 5 mayo 2016 (AS 2016/1160) o Andalucía/Málaga 10 octubre 2013 (AS 2014/441).

⁵⁵ SANTANA GÓMEZ, A.: *Régimen jurídico de los trabajadores no huelguistas*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 91 y ss.

⁵⁶ Pues, obviamente, el trabajo de unos puede hacer fracasar la reivindicación de los otros, PÉREZ REY, J.: “El enfrentamiento entre la huelga y el derecho al trabajo (A propósito de la STCo 80/2005, de 4 de abril)”, *RL*, núm. 2, 2006, pp. 3 y ss.

escribe, tiene razón el Tribunal Constitucional cuando afirma que “el mantenimiento o no de la actividad productiva durante la huelga, si de una parte es consustancial al ejercicio del derecho de huelga de los huelguistas, de otra es instrumental al del derecho al trabajo de los no huelguistas... debiendo respetarse la libertad de trabajo de aquellos que no quieran sumarse a la huelga”⁵⁷.

En este sentido, conviene recordar que a juicio del máximo intérprete constitucional “la utilización por parte de los trabajadores no huelguistas de los medios técnicos de los que dispone la empresa, sin realizar funciones de una categoría distinta [aunque sí, recuérdese, por procedimientos distintos a los habituales], ha permitido hacer efectiva la libertad de trabajo que les reconoce el art. 6.4 RDLRT y la jurisprudencia constitucional”⁵⁸.

En relación con lo afirmado, quizá un aspecto a valorar ha de ser el de la participación de los trabajadores o seguimiento de la huelga. Parece que el reconocimiento constitucional del derecho de huelga y su singular preeminencia le hacen merecedor de que se le respete una cierta eficacia, lo que implica necesariamente una disminución de la producción y una visibilización del conflicto⁵⁹, habida cuenta de que la huelga no puede suponer un “nudo cese del trabajo”⁶⁰.

Ahora bien, esa eficacia tiene que estar sustentada en la realidad de un cierto seguimiento de la huelga. De ahí las interminables “guerras de cifras” que suceden entre patronal y centrales sindicales cada vez que hay una huelga de cierta relevancia⁶¹ y las luchas sin cuartel en la determinación de los servicios mínimos, que no pocas veces son utilizados de forma torticera para dar una apariencia de normalidad que resta eficacia simbólica a la huelga⁶².

El éxito de una huelga, y por tanto su eficacia, han de medirse en términos de seguimiento y ello puede (y debe) tener consecuencias sobre las posibilidades de actuación del empresario, de los compañeros no huelguistas y, en general, del mantenimiento del proceso productivo.

Piénsese cómo sería de todo punto absurdo (y jurídicamente abusivo) que una huelga de escaso seguimiento pudiera lograr, mediante el bloqueo de ciertos medios técnicos estratégicos, que fuera detenida de forma completa la producción de una gran empresa, condenando así a quienes no han decidido secundarla a la más absoluta inactividad⁶³.

Por el contrario, no parece de recibo que una huelga con un alto nivel de seguimiento sea invisibilizada completamente por la organización productiva; parece que el nivel de actuación empresarial y, correlativamente, el nivel de producción que sea capaz de mantener, así como la visibilización del conflicto deben ir “acorde con el seguimiento”⁶⁴.

⁵⁷ SSTCo 11/1981, de 8 de abril (RTC 1981/11); 37/1998, de 17 de enero (RTC 1998/37); 33/2011, de 28 de marzo (RTC 2011/33); 69/2016, de 14 de abril (RTC 2016/69); o, en fin, la propia 17/2017, de 2 de febrero (RTC 2917/17).

⁵⁸ FJ 7.º STCo 17/2017, de 2 de febrero (RTC 2017/17).

⁵⁹ BAYLOS GRAU, A.: “Continuidad de la producción o del servicio y facultades empresariales en caso de huelga”, en AA.VV.: *Estudios sobre la huelga*, Bomarzo, Albacete, 2005, pp. 97 y ss.

⁶⁰ FERRANDO GARCÍA, F.: *Los efectos de la huelga en el contrato de trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 2588 y ss.

⁶¹ ESCOBAR ROCA, G.: “Manipulación informativa, derechos de los trabajadores y derechos del público”, *RDS*, núm. 23, 2003, pp. 101 y ss.

⁶² MERINO SEGOVIA, A.: “Servicios mínimos en RTVE”, *RDS*, núm. 2, 1998, pp. 147 y ss.

⁶³ TOCASNI GIMÉNEZ, D.: “La prohibición del esquirolaje durante la huelga, con especial mención al esquirolaje tecnológico”, cit., p. 86.

⁶⁴ BAYLOS GRAU, A.: “Pérdida de la función y eficacia de la huelga, especialmente en los sectores de la información y la telecomunicación”, cit., p. 3 o ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J.: “El esquirolaje interno como ataque al derecho fundamental de huelga”, cit., p. 206.

IV.- En efecto, no conviene olvidar que la doctrina constitucional sobre el esquirolaje tradicional interno ha sido expresamente confirmada por el pronunciamiento constitucional ahora objeto de estudio y comentario⁶⁵. Esto tiene relevancia para afrontar el supuesto híbrido que se pudiera denominar como “esquirolaje mixto”⁶⁶, en tanto tuviera elementos del esquirolaje tradicional (sustitución de huelguistas por otros trabajadores) y del tecnológico (sustitución por medios técnicos).

En este sentido, procede recordar cómo es frecuente que el esquirolaje tecnológico vaya unido al esquirolaje interno, por cuanto que la utilización de medios técnicos requerirá de algún trabajador que los active o programe para que suplan el esfuerzo de los huelguistas⁶⁷. Que este trabajador exista parece “plausible”, aunque, desde luego, “hay que acreditar su existencia y actuación” para poder considerar lesionado el derecho de huelga⁶⁸.

Obviamente, en caso de considerar que ha existido un esquirolaje tradicional interno, éste, por sí solo, ya supone lesión del derecho de huelga, pudiendo entonces prescindirse del análisis y valoración del esquirolaje tecnológico pues “aun cuando ambos se encuentran entrelazados en su origen y desarrollo, mantienen sustantividad propia”⁶⁹.

Resulta plenamente operativa, pues, la “seria limitación”⁷⁰ establecida por la jurisprudencia constitucional sobre el esquirolaje tradicional interno, en tanto en cuanto no es aceptable constitucionalmente que trabajadores ya vinculados a la empresa desarrollen las tareas y funciones propias de los huelguistas, bien porque el empresario utilice expresamente sus potestades empresariales extraordinarias de *ius-variandi* (en un momento patológico y conflictivo de la relación laboral distinto al ordinario para el que están pensadas) para disponer de tal sustitución⁷¹, bien porque acepte la prestación de servicios espontáneamente desarrollada por trabajadores que actúen claramente fuera de su ámbito profesional⁷².

En el caso ahora analizado, por tanto, el nudo gordiano vendrá dado por valorar si existen suficientes trabajadores no huelguistas que, sin desempeñar funciones diferentes a las suyas propias, puedan mantener el proceso productivo en marcha con todas las garantías necesarias, sin menoscabo de las medidas necesarias de seguridad que resulten aplicables al caso concreto⁷³.

En tal caso, procede efectuar dos precisiones; de un lado, es menester considerar que 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 obtenido⁷⁴.

⁶⁵ FJ 5.º STCo 17/2017, de 2 de febrero (RTC 2017/17), reproduciendo con mayor extensión los argumentos contenidos en las ya comentadas SSTCo 123/1992, de 28 de septiembre (RTC 1992/123), y 33/2011, de 28 de marzo (RTC 2011/33).

⁶⁶ TASCÓN LÓPEZ, R.: *El esquirolaje tecnológico*, cit., p. 76.

⁶⁷ En este sentido, por ejemplo, se estructura el alegato del sindicato demandante del amparo en la STCo 17/2017, de 2 de febrero (RTC 2017/17).

⁶⁸ Voto particular formulado por el Magistrado Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete, al que se adhieren la Excmo. Sra. D.ª María Milagros Calvo Ibarlucea y el Excmo. Sr. D. José Luis Giolmo López, a la STS 5 diciembre 2012 (RJ 2013/1751).

⁶⁹ Voto particular que formula el Magistrado D. Fernando Valdés-Dal Re, al que se adhieren la Magistrada D.ª Adela Asua Batarita y el Magistrado D. Juan Antonio Xiol Ríos, a la STCo 17/2017, de 2 de febrero (RTC 2017/17).

⁷⁰ ALZAGA RUIZ, I.: “La sustitución interna de trabajadores huelguistas: supuestos de vulneración del derecho de huelga”, cit., p. 2.

⁷¹ STCo 123/1992, de 28 de septiembre (RTC 1992/123).

⁷² STCo 33/2011, de 28 de marzo (RTC 2011/33).

⁷³ TOSCANI GIMÉNEZ, D.: “La prohibición de esquirolaje durante la huelga, con especial mención al esquirolaje tecnológico”, cit., núm. 30, 2017, p. 85.

⁷⁴ TODOLÍ SIGNES, A.: “El esquirolaje tecnológico como método de defensa ante una huelga”, cit., p. 835.

De otro, conviene recordar que aquella situación en la que la empresa ofrece a los no huelguistas la posibilidad de realizar horas extras durante los días de huelga (aún dentro de las funciones propias de su categoría profesional) para compensar el trabajo perdido puede llegar a afectar al ejercicio del derecho de huelga, sobre todo si la actividad aumentada es significativa (no tanto si fuera una mera “cuestión puntual”) al vaciarlo de contenido⁷⁵.

Por tanto, a la vista de las consideraciones efectuadas, y como conclusión final de esta comunicación que toca a su razonable fin, se propone como precepto regulador del esquirolaje tecnológico, en el contexto de una hipotética (se insiste que improbable) Ley Orgánica de Huelga, uno del tenor semejante al siguiente:

“Art. xxx.- 1. Durante el desarrollo de una huelga, la empresa podrá utilizar los elementos tecnológicos productivos existentes en la organización al tiempo de convocarse la misma, siempre y cuando existan suficientes trabajadores que no la hayan secundado para poder utilizarlos de forma segura y que tengan entre sus funciones habituales las de utilizarlos, manejarlos o programarlos.

Cualquier utilización que se haga de dichos medios tecnológicos que resulte distinta a los procedimientos habituales seguidos en la empresa tiene que estar justificada por criterios de proporcionalidad.

2. En ningún caso la empresa podrá comprar, arrendar o vincular de cualquier modo medios técnicos externos a la organización y dirigirlos a mantener la actividad productiva durante el desarrollo de la huelga.

3. Cuando la posibilidad de utilización de sistemas tecnológicos haga virtualmente ineficaz cualquier intento de huelga en una empresa o sector, el convenio colectivo, o, en su defecto, el acuerdo ad hoc que se alcance entre las partes afectadas, establecerá limitaciones al uso de mecanismos tecnológicos como medida de reacción empresarial frente a la huelga”.

⁷⁵ STSJ Comunidad Valenciana 15 diciembre 2009 (AS 2010/200). En la doctrina científica, IGLESIAS CABERO, M.: “Efectos del ejercicio del derecho de huelga”, en AA.VV.: *El nuevo régimen jurídico de la huelga y el cierre patronal*, cit., pp. 123 y ss.