

DIGITALIZACIÓN Y DERECHO DE HUELGA*

JOSÉ MARÍA GÖERLICH PESET

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universitat de València

EXTRACTO

Palabras clave: Digitalización, derecho de huelga, conflicto colectivo

Los cambios en las relaciones laborales que impone la transformación digital afectan directamente al ejercicio del derecho de huelga. Aparte sus efectos sobre las fronteras del contrato de trabajo—que obligan a repensar su titularidad—, reducen la capacidad de movilización de las organizaciones sindicales y amplían las posibilidades empresariales de reaccionar frente al conflicto. Se analizan los principales problemas interpretativos y se sostiene la necesidad de una intervención normativa, no solo del legislador interno, que actualice la protección del derecho fundamental.

ABSTRACT

Key words: Digitization, right to strike, collective conflict

The changes in labor relations imposed by the digital transformation directly affect the exercise of the right to strike. Apart from its effects on the borders of the employment contract -which force a rethinking of its ownership-, they reduce the capacity for mobilization of the trade union organizations and broadens the management possibilities of reacting to the conflict. The main problems of interpretation are analyzed and the need for normative intervention, not only from the domestic legislator, is maintained, which updates the protection of the fundamental right.

* Este trabajo recoge la ponencia presentada al Congreso Internacional “Derechos Fundamentales, trabajo subordinado y digitalización” (octubre-noviembre de 2020), organizado por el sub-proyecto de investigación “Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo subordinado en la era digital” (DER2017-83488-C4-3-R), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, la Agencia Estatal de Investigación, FEDER y por la Conselleria de Innovació, Universitats, Ciència y Societat Digital de la Generalitat Valenciana.

ÍNDICE

1. EL DERECHO DE HUELGA EN LAS RELACIONES LABORALES 4.0
2. SOBRE LA TITULARIDAD DEL DERECHO
3. LA TECNOLOGÍA AL SERVICIO DEL CONFLICTO
4. NUEVAS FORMAS DE EXTERIORIZACIÓN DEL CONFLICTO: LUCES Y SOMBRAS
5. EL INCREMENTO DE LAS POSIBILIDADES DE REACCIÓN EMPRESARIAL
6. REFLEXIONES FINALES: HACIA UN NUEVO MARCO NORMATIVO

1. EL DERECHO DE HUELGA EN LAS RELACIONES LABORALES 4.0

Es mucho lo que ya se va escribiendo en relación con el impacto de la transformación digital sobre el desarrollo de las relaciones laborales. Por supuesto, los fenómenos que se han descrito con carácter general despliegan sus efectos, como no podía ser de otra manera, con el tema que ahora interesa. En pocas palabras, el ejercicio del derecho de huelga viene también condicionado por la llamada disrupción tecnológica.

Son varios cambios en la conformación de las relaciones laborales que resultan relevantes en este terreno. Es claro, de entrada, que la evolución de la digitalización y el desarrollo de inteligencia artificial y robótica cambian sustancialmente la aportación humana al proceso productivo, tanto en su volumen como en su naturaleza. Más allá, en efecto, del debate sobre el futuro del empleo desde la perspectiva cuantitativa –esto es, si la innovación tecnológica implicará o no un incremento del paro–, lo cierto es que, en los empleos del futuro, la relación entre la persona y la máquina será sustancialmente diferente: incluso si aquella no es sustituida del todo por esta, su virtualmente ilimitada capacidad de procesamiento de datos le permitirá asumir competencias y funciones reservadas a los trabajadores en tiempos anteriores.

Por otro lado, asistimos a una transformación de las organizaciones empresariales. La empresa 4.0 es mucho más «líquida» que sus antecesoras. Por su objeto, por la utilización de la técnica o por ambos factores, sus plantillas presentan una consistencia muy inferior a la que ha sido normal en épocas anteriores. No es ajeno a este fenómeno la aparición y potenciación de nuevas formas de coordinación entre organizaciones. Aunque la descentralización no es un fenómeno novedoso, sí lo es el incremento exponencial de sus posibilidades en la medida en que la tecnología digital y de la comunicación permite reconstruir de manera satisfactoria un proceso productivo que puede dividirse en fragmentos infinitesimales. Asimismo, las empresas se diversifican, en función de la forma en que se organizan e incorporan la tecnología: desaparecen los modelos estándar de organización que han caracterizado momentos históricos anteriores.

Por supuesto, estos fenómenos afectan también a la fisonomía de la prestación personal de servicios en las nuevas organizaciones. Elementos que han resultado esenciales en la configuración tradicional, el tiempo y el lugar de trabajo, pasan a un segundo plano. Frente a la concentración de los trabajadores en un espacio y un momento homogéneos, la digitalización permite, incluso impone, la dispersión: la prestación de servicios puede desarrollarse en cualquier lugar y es requerida solo si y cuando es necesaria; ni siquiera se precisa que todos los trabajadores la desarrollen a la vez. Además de este aislamiento, la posición del trabajador en la empresa parece separarse de la que ha sido tradicional como consecuencia de las transformaciones que la tecnología imprime en la organización. Las funciones que se le asignan como consecuencia del mayor protagonismo de la máquina en la producción requieren una mayor dosis de colaboración en el funcionamiento del proceso e individualizan su aportación al mismo. Todas estas consecuencias de la transformación digital se contraponen, claro está, a las características existentes en las organizaciones tradicionales en las que los trabajadores se concentran en un mismo lugar y tiempo de trabajo, desarrollan prestaciones estandarizadas en las que existe fuerte dependencia. A la postre, afectan a las propias fronteras del contrato de trabajo por la creciente difusión de los perfiles de la subordinación.

Mientras se producen estas transformaciones, la regulación del ejercicio del derecho de huelga permanece anclada en el pasado. No me refiero al hecho de que la disciplina del RDLRT sea preconstitucional. Pretendo resaltar más que la disciplina que contiene, como por lo demás el conjunto del ordenamiento laboral, se ha construido sobre el paradigma industrial. Y si ya resultaba poco adecuada en el contexto de la llamada «terciarización», todavía lo será menos cuando se proyecte sobre el nuevo paradigma tecnológico y organizativo. En este sentido, las consideraciones que siguen muestran los puntos principales de crisis del modelo y, por tanto, aquellos aspectos a los que habría que dirigir nuestra reflexión con la finalidad de concretar nuevas propuestas normativas o de actuación.

2. SOBRE LA TITULARIDAD DEL DERECHO

Comenzando por el tema de la titularidad, creo que es preciso reconsiderar la tradicional reserva del derecho de huelga, y de los derechos sindicales en general, a los trabajadores subordinados. La mentada pérdida de nitidez de los confines del contrato de trabajo conduce a la aparición en sus alrededores de trabajadores autónomos de débil posición contractual y, por tanto, con necesidades de tutela colectiva similares a las existentes en el caso de los prestadores de servicios subordinados. Sin embargo, el ordenamiento no prevé que puedan recurrir a ella, o solo pueden hacerlo de modo limitado; y ello es particularmente evidente en relación con la huelga.

La aproximación tradicional a esta cuestión la encontramos en el fundamento jurídico 12 de la STC 11/1981, de 8 de abril, f.j. 12. La titularidad del derecho incumbe en exclusiva a quienes prestan servicios por cuenta ajena. Para los trabajadores por cuenta propia el Tribunal Constitucional parte del modelo de la «huelga-libertad»: “la cesación en la actividad de este tipo de personas, si la actividad empresarial o profesional es libre, se podrá realizar sin necesidad de que ninguna norma les conceda ningún derecho, aunque sin perjuicio de las consecuencias que haya que arrostrar por las perturbaciones que se produzcan”.

Lo que ocurre es que las “perturbaciones” de las que debe responder los trabajadores por cuenta propia que, de forma concertada, suspenden su actividad no son exclusivamente contractuales. La STC 11/1981 ya lo había advertido al indicar la posible existencia de algunas responsabilidades de derecho público en los casos en los que el paro sea protagonizado por quien “hubiera obtenido de manera expresa una concesión para el desarrollo de un servicio público o si se tratara de actividades de interés público sometidas a un régimen jurídico-administrativo especial” pues en estos casos “la actividad de cesación puede determinar que se estén violando las exigencias de la concesión o del régimen jurídico-administrativo de que se trate”. Lo cierto es, sin embargo, que, en un análisis más detallado, los límites de las acciones concertadas de autónomos son muy superiores a los aludidos por la jurisprudencia constitucional. Además de la normal responsabilidad derivada del incumplimiento contractual y de las excepcionales relacionadas con el incumplimiento de las normas de derecho público, la misma parece colisionar de forma general con las reglas de defensa de la competencia.

En efecto, en la medida en que los trabajadores autónomos actúan directamente en el mercado de bienes y servicios, su actuación concertada para conseguir condiciones de trabajo adecuadas encaja de forma «natural» entre las conductas colusorias a las que se refiere el art. 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia –y también en el art. 101 TFUE–. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 4 de diciembre de 2014, C-413/13, *FNV Kunsten Informatie en Media*, lo ha dejado claro en relación con la posible regulación en convenio colectivo de las condiciones de la prestación de servicios por los trabajadores por cuenta propia. Y en el ámbito interno contamos con algún precedente jurisprudencial en relación con supuestos en los que este tipo de trabajadores han recurrido a la paralización de su actividad, como medida de presión frente a los usuarios de sus servicios. En esta línea, la STS cont. 1497/2018, de 19 de octubre, pone fin a la impugnación judicial de la sanción impuesta por la autoridad de la competencia a la Asociación Sindical de Transportistas Autónomos del puerto de Bilbao, que queda definitivamente confirmada. Las normas legales vigentes confirman, en fin, este planteamiento: no olvidemos que el Estatuto del Trabajo Autónomo, aun reconociendo un espacio para la acción colectiva de las

organizaciones de trabajadores autónomos económicamente dependientes, la condiciona al respeto de “los límites y condiciones establecidos en la legislación de defensa de la competencia” (art. 13.1 Ley 20/23007, en relación con los acuerdos de interés profesional).

La literalidad de la citada STJUE de 4 de diciembre de 2014 ofrece una vía para escapar de estos límites. En su fallo se lee, en efecto, que las normas antitrust no resultarían de aplicación “únicamente” en el supuesto de que el trabajador por cuenta propia sea en realidad “un «falso autónomo», es decir, un prestador que se encuentra en una situación comparable a la de esos trabajadores” por cuenta ajena. Creo, sin embargo, que esta aproximación no da respuesta al problema de fondo. Por supuesto, en presencia de un «falso autónomo» estamos en realidad ante un trabajador subordinado, cuya acción colectiva no quedan sujeta a las normas de la competencia. Sin embargo, hay que pensar que existen un buen número de trabajadores autónomos, que son «verdaderos» y que, pese a ello, necesitan la tutela colectiva habida cuenta de su situación económica. Se hace preciso, en consecuencia, dar respuesta a esta demanda, sin necesidad de forzar aún más la noción de contrato de trabajo.

En esta línea, las aproximaciones teóricas van encontrando espacio para la fundamentación de estas acciones concertadas de los trabajadores autónomos bien en la diferenciación de una parte de estos del concepto general de empresa sujeta a las normas antitrust bien en la posición de dominio que en muchos casos ocupan sus clientes. En esta última línea, es interesante un viejo y poco conocido pronunciamiento del Tribunal de defensa de la competencia que excluyó la sanción de un grupo de autónomos, vendedores de prensa, que se habían abstenido de realizar su actividad para forzar la empresa distribuidora, dominante en el mercado. La autoridad de la competencia valoró, en este sentido, que el mercado afectado presentaba una “asimétrica y muy desequilibrada... relación existente entre el único oferente que hay (la Distribuidora) y los numerosos pequeños vendedores que operan en él” lo que hace sea “lógico, y no... contrario a la competencia, que esos pequeños vendedores se asocien para poder negociar unas condiciones de la distribución que individualmente les son impuestas, lo que produce los naturales roces en una actividad en la que la implicación personal es muy fuerte”; y ello es admisible con independencia de que el comportamiento de la Distribuidora fuera o no técnicamente abusivo pues “la eficiencia del mercado” requiere “en este caso una moderación del desequilibrio existente en las relaciones entre el único oferente y los múltiples pequeños demandantes”. (RTDC 18 febrero 1999, Expte. 434/98, *Prensa Segovia*).

Estas líneas interpretativas son, por supuesto, muy interesantes. Sin embargo, no dejan de abrir serios interrogantes, sobre todo del lado de la seguridad jurídica.

Para evitarlos, se hace preciso avanzar en la línea de la expresa equiparación de los trabajadores autónomos a los subordinados, al menos en ciertos casos. Y ello habrá de producirse seguramente en el máximo nivel normativo, en el terreno de las normas internacionales y/o constitucionales, habida cuenta el rango que tienen las de defensa de la competencia.

3. LA TECNOLOGÍA AL SERVICIO DEL CONFLICTO

En otro orden de cosas, la creciente desaparición de la concentración de trabajadores en las unidades productivas obliga a buscar un nuevo territorio para la actuación sindical. Solo si es posible encontrarlo, el derecho de huelga podrá aspirar a mantener el papel que tradicionalmente ha tenido asignado en el equilibrio del conflicto entre capital y trabajo. A estos efectos, es preciso repasar dos elementos diferentes: de un lado, lleva abierto unos años un fenómeno de paulatina sustitución de los mecanismos clásicos de información y comunicación entre los trabajadores y sus organizaciones representativas, por los propios de la sociedad digital y de la información; de otro, es claro que estos nuevos elementos, las redes sociales y otras herramientas tecnológicas, abren nuevas posibilidades de llevar el conflicto al ciberespacio.

El primero de estos aspectos es, con toda probabilidad, el más estudiado. Se trata de un proceso iniciado tiempo atrás por la jurisprudencia constitucional, cuyos principios han sido generosamente estirados por la jurisprudencia ordinaria. Recientemente, ha adquirido en nuestro país base legal, aunque a efectos muy limitados. Los mecanismos de comunicación previstos en la legislación corresponden a una época arcaica en el reconocimiento de los derechos sindicales. Me refiero al obsoleto reconocimiento de derechos al tablón, al que continúa refiriéndose el art. 81 ET, y a la distribución física de información prevista en los arts. 68.d) ET y 8.1.b) LOLS. Con independencia de que estas normas continúen vigentes, caben señalar que, a lo largo de este siglo, la jurisprudencia, constitucional y ordinaria ha emprendido un rápido camino de modernización de las herramientas de comunicación sindical.

Así, aunque la jurisprudencia ordinaria había rechazado que, a falta de una específica previsión normativa, legal o convencional, el acceso al indicado uso por las organizaciones representativas constituyera el objeto de un derecho, el Tribunal Constitucional procedió en 2005 a corregir este criterio. De acuerdo con la conocida STC 281/2005, de 7 de noviembre, en ciertas condiciones, la facultad sindical de utilización de estos instrumentos de comunicación, el correo electrónico o la intranet, puede derivarse directamente de la libertad sindical. Sobre esta base, la jurisprudencia ordinaria ha desarrollado una extensa tarea de extensión estos derechos digitales que seguramente descansa en un cierto voluntarismo/activismo judicial, aunque en su conjunto merece una valoración positiva.

En este sentido, aunque se parte de que no es un derecho de prestación que imponga al empresario el establecimiento de estas herramientas cuando habitualmente no se utilizan en la empresa (STS 17 mayo 2012, rec. 202/2011), sus obligaciones se entienden en sentido amplio puesto que, en caso contrario, no solo implican ponerlas a disposición de la representación de los trabajadores sino, en cierta medida, colaborar para posibilitar su uso efectivo. En esta línea, se han considerado incluidos en ellas los deberes de abrir una dirección institucional de correo a la representación y suministrar la lista de direcciones de los trabajadores (STS 14 julio 2016, rec. 199/2015). Por otro lado, al estilo de lo que ocurre con las formas tradicionales de comunicación, la afectación al funcionamiento normal de la empresa aparece como límite del derecho al uso de estas herramientas de comunicación. Pero, una vez se traslada a la empresa la carga de la prueba del perjuicio sobre aquel (STS 23 julio 2008, rec. 97/2007) y se excluye que derive de la sola lectura de los mensajes durante el tiempo de trabajo (STS de 3 mayo 2011, rec. 114/2010), no es fácil encontrar apoyos para el rechazo empresarial a su utilización. Solo parece justificado en los casos en los que se ponga en riesgo la integridad del sistema informático u otros intereses vinculados a la seguridad de la prestación laboral (STS 19 julio 2018, rec. 158/2017). Por lo demás, existen pronunciamientos sobre las organizaciones que pueden acceder al uso de las herramientas de comunicación, que se extiende a cualquier sindicato habida cuenta que estamos ante una derivación natural de la libertad sindical (SSTS 25 abril 2005, rec. 85/2003, y 21 febrero 2019, rec. 214/2017) así como sobre el posible control a desarrollar por la empresa. Aunque puede extenderse a las formas de ejercicio (STS 16 febrero 2010, rec. 57/2009, que acepta que se haga depender de la identificación de la persona responsable del mismo), no puede alcanzar al fondo de las comunicaciones (SSTS 26 abril y 2 noviembre 2016, recs. 113/2015 y 262/2015). A la postre, los criterios jurisprudenciales son autosuficientes lo que tiene como efecto la reducción de las posibilidades de la negociación colectiva pues alcanzan la condición de criterios imperativos para los convenios. En este sentido, hemos visto como han sido utilizados para fundamentar con éxito la impugnación de las cláusulas convencionales en esta materia (STS 24 julio 2017, rec. 245/2016).

El último paso de esta evolución viene dado por la primera intervención legal en relación con este tema, acaecida en relación con la regulación del trabajo a distancia por el RDL 28/2020, de 22 de septiembre. Al regular los “derechos colectivos de las personas que trabajan a distancia”, y en la línea de garantizarles el ejercicio de “sus derechos de naturaleza colectiva con el mismo contenido y alcance que el resto de las personas trabajadoras del centro al que están adscritas” (art. 19.1), el legislador se ha preocupado de garantizar “a la representación legal de las personas trabajadoras los elementos precisos para el desarrollo de su actividad representativa, entre ellos, el acceso a las comunicaciones y direcciones

electrónicas de uso en la empresa y la implantación del tablón virtual, cuando sea compatible con la forma de prestación del trabajo a distancia” así como de que “no existen obstáculos para la comunicación entre las personas trabajadoras a distancia y sus representantes legales, así como con el resto de personas trabajadoras” (art. 19.2). En fin, “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” (art. 19.3).

La nueva norma tiene una parte en la que su aportación es más bien simbólica. Me refiero a los aspectos vinculados a la puesta a disposición de las herramientas de comunicación. Ello es así no tanto por su limitado ámbito de afectación, el del trabajo a distancia sino, sobre todo, porque, como hemos visto, las garantías que se recogen se habían alcanzado previamente y con carácter general por vía interpretativa. Más interesante resulta, sin embargo, la previsión del art. 19.3 RDL 28/2020 pues seguramente mira a garantizar el ejercicio efectivo del derecho de reunión en el nuevo contexto, con la trascendencia que ello puede tener en la organización y la gestión del conflicto colectivo. Sin embargo, el circunloquio que se emplea al respecto y el criterio de la presencialidad que se plantea como instrumento de la garantía en el caso al que se alude directamente —el ejercicio del sufragio— podría dar lugar a una reducción del alcance real de este nuevo derecho. Habrá que esperar, en este sentido, a la concreción que pueda hacer en el futuro la negociación colectiva.

4. NUEVAS FORMAS DE EXTERIORIZACIÓN DEL CONFLICTO: LUCES Y SOMBRAS

Por otro lado, la tecnología no solo cumple funciones en el terreno de la comunicación entre representantes y representados, esto es, en el terreno de la formación de la voluntad concertada que existe detrás de la huelga. También puede tener su papel en el terreno de la conformación del propio movimiento colectivo. Esta segunda idea se relaciona con existencia de técnicas de información y comunicación que permitirían incrementar su eficacia, aun a pesar de la dispersión de los trabajadores. Las mismas se mueven en dos líneas. De un lado, las TIC permiten la amplificación del conflicto, mediante el uso de las redes sociales y similares; de otro, abren la posibilidad de utilizar como arma de conflicto medidas alternativas a la abstención concertada del trabajo, en la que típicamente consiste la huelga según el art. 7.1 RDLRT.

Aunque no se puede negar que esto sea así, no es tema que esté exenta de problemas. Por lo que se refiere, en primer lugar, al efecto amplificador del

conflicto a través de las redes sociales, no es un fenómeno tan nuevo. La huelga se ha venido haciendo cada vez más costosa para quienes la organizan y la participan. Por ello, ha ido incrementando su papel de «demostración». En un conflicto abierto y sostenido los participantes pagan un elevado precio. Por ello, se aspira a minimizarlo manteniéndolo contenido por lo que se refiere a sus ámbitos subjetivo y temporal; y se busca la compensación la pérdida de efectividad derivada mediante su reflejo en los medios de comunicación. En este modelo, las redes sociales pueden jugar un importante papel.

Ahora bien, tampoco es posible echar las campanas al vuelo, en la medida en que estas herramientas están también bajo control empresarial. No me refiero, por supuesto, a una intervención directa mediante la represión del recurso a los medios de comunicación o a las redes sociales. El hecho de que estaremos en presencia del ejercicio de un derecho fundamental hará que las reacciones directas de las empresas encuentren problemas. En este sentido, la apreciación judicial de la extralimitación en el uso de las libertades de expresión e información, a nuestros efectos los derechos del art. 28 CE, se eleva un punto habida cuenta de la situación de conflicto. De hecho, la interpretación tradicional en esta materia se ha reactualizado en clave 4.0.

Lo que me interesa resaltar es que el empresario tiene a su disposición las mismas herramientas. Nuestra casuística jurisprudencial muestra en efecto que el patrón las puede utilizar persiguiendo la desmovilización o para contrarrestar los efectos negativos que las actuaciones mediáticas de los trabajadores puedan tener sobre la imagen de la empresa. Y no es fácil evitar este fenómeno: aunque se ha intentado configurar esta utilización de las TIC como actuación antisindical de las empresas, no siempre es posible llegar a este resultado puesto que son titulares también de las libertades de expresión e información. La doctrina legal ha considerado contrarias a la integridad del derecho de huelga aquellas actuaciones del empresario que adquieren un tinte de amenaza frente a quienes secunden el paro (SSTS 23 diciembre 2003, rec. 46/2003, y 12 febrero 2013, rec. 254/2011); pero ha descartado que lo sean las que se limitan a valorar la posible ilegalidad de la huelga (STS 22 octubre 2002, rec. 48/2002, y 15 diciembre 2014, rec. 38/2013). Mucho más difícil será reconocer esa condición en las que se muevan en la línea de restaurar la imagen empresarial.

En segundo lugar, en cuanto a la posibilidad de utilización de otras medidas de conflicto, que serían a la vez más eficaces y menos costosas que la abstención concertada del trabajo tradicional, no están exentas de problemas. De un lado, cabe discutir que las nuevas medidas de conflicto tengan los mismos efectos reales que la movilización directa tradicional. Ello es así tanto desde la perspectiva de los organizadores como desde la de los sujetos llamados a la movilización.

Por lo que se refiere a los primeros, no es claro que la técnica tradicional de incrementar la eficacia del conflicto pueda ser sustituida con éxito por la actuación a través de las redes. No es seguro, en otras palabras, que los piquetes informáticos tengan la misma efectividad que los de carácter presencial. De hecho, las empresas comienzan a pensar en el recurso transitorio al trabajo a distancia en las proximidades del conflicto como instrumento para minimizar su impacto. Por lo que se refiere a los trabajadores llamados a secundarlas, es cierto que las TIC incrementan las posibilidades de actuación en este terreno, pero algunas de ellas, aunque puedan ser muy vistosas en el marco de las redes sociales no sean más que una acumulación de *likes* en una determinada entrada, sin alcanzar el impacto real de la tradicional abstención del trabajo. Por otro lado, en otras medidas más efectivas, las nuevas medidas de conflicto abren un debate cuya solución es difícil de prever en relación con la propia legitimidad de este tipo de movilizaciones. No parece existir problema en la posibilidad de admitir la «telehuelga» que no es sino una forma digital de abstención concertada del trabajo en los términos del art. 7.1 RDLRT. Pero en una empresa «líquida», esta desconexión con finalidad de conflicto puede plantear problemas relacionados con los diferentes momentos de la prestación y las relaciones entre ellos. Este tipo de cuestiones es todavía más complejo en relación con actuaciones que encajen difícilmente en la noción «clásica» de huelga. Será necesario reconstruir tal concepto si se quiere que estas nuevas formas de acción queden protegidas por el derecho fundamental.

5. EL INCREMENTO DE LAS POSIBILIDADES DE REACCIÓN EMPRESARIAL

Finalmente, aunque en modo alguno de importancia menor, hay advertir que el nuevo entorno tecnológico incrementa las facultades empresariales de reacción frente a la huelga. Y ello tanto por lo que se refiere a su control como a los instrumentos que el empresario puede utilizar para minimizar su impacto sobre la organización productiva. En el primer sentido, es claro que la incorporación de las TIC a la facultad empresarial de vigilancia no puede sino incidir en los sistemas de control que se utilizan en relación con la huelga 4.0. Cabría traer a colación, de entrada, del uso de la videovigilancia en esta clave del que dan cuenta los repertorios jurisprudenciales, si bien creo que no hace falta extenderse demasiado al respecto: aunque referida a un supuesto peculiar –por cuanto que la grabación fue protagonizada por los cuerpos de seguridad del Estado–, contamos con un pronunciamiento constitucional que, junto con las reglas establecidas en la LO 3/2018, permiten pronosticar un razonable desarrollo de los criterios judiciales al respecto.

Más preocupante es, sin embargo, la otra cuestión que se abre en este terreno, atinente a la posible recopilación de datos relación con el movimiento huelguista

y a su posible utilización posterior. Por supuesto, el problema de fondo no es nuevo. La posible circulación de información sobre trabajadores indeseables desde la perspectiva sindical mediante listas negras es un fenómeno conocido desde antiguo. Pero al lado de las posibilidades que abre en este terreno el tratamiento informático de datos hace que su forma «clásica», tal y como puede verse, por ejemplo, en la STS civil 12 noviembre 2015, rec. 899/2014, parezca un juego de niños. Aparte de que la expansión de los sistemas reputacionales permite a la empresa recoger sin ningún esfuerzo información sobre la actividad de sus trabajadores, el *big data* posibilita la recopilación a gran escala y tratamiento automatizado de datos individuales. La ingente cantidad de información recogida puede después servir de base para poner en marcha discriminaciones difícilmente controlables sin que la empresa corra el riesgo de exponerse a la reacción de los trabajadores o sus representantes en la medida en que la decisión es adoptada por los «neutrales» algoritmos que protagonizan cada día más la gestión de los recursos humanos. Por supuesto, las normas en materia de protección de datos se hacen eco de todo ello, pues no solo limitan los tipos de datos que pueden tratarse y los supuestos en que puede hacerse sino también prevén límites procedimentales a las decisiones automatizadas (art. XXX). Entre estas disposiciones, y las reglas generales, es posible deducir un conjunto de principios para afrontar estos problemas. Lo que es seguro, sin embargo, es si los mismos funcionarán adecuadamente en el entorno 4.0.

En otro orden de consideraciones, y para ir cerrando estas reflexiones, la digitalización afecta directamente a las garantías tradicionales del ejercicio del derecho de huelga y, en concreto, las relacionadas con su efectividad. En efecto, en un horizonte de extensa descentralización y creciente automatización, la huelga puede quedar directamente obsoleta, por las dificultades para configurar una prohibición de las nuevas formas de esquirolaje, el llamado comercial u organizativo y el tecnológico. Por lo que se refiere al primero, a pesar del precedente establecido por la saga de las sentencias Samoa (STC 75/2010, de 19 de octubre, y otras posteriores), la jurisprudencia ordinaria ha evolucionado en la línea de entender que las empresas principales no quedan obligadas a soportar las consecuencias de la huelga existente en sus contratistas, sobre la base de la independencia que existe entre unas y otras. De este modo, salvo en los casos de los grupos de sociedades en los que se ha reconocido una “especial vinculación” que impone una solución diferente (SSTS 885/2018 y 888/2018, de 3 octubre), el Tribunal Supremo ha admitido la posibilidad que subcontraten con otras las actividades en caso de que sus trabajadores inicien un conflicto colectivo (STS 16 noviembre 2016, rec. 59/2016) y ha excluido que queden vinculadas a colaborar a la solución del conflicto (STS 23 enero 2017, rec. 60/2016). En relación con el esquirolaje tecnológico, el protagonismo de los máximos intérpretes jurisdiccionales ha sido

diferente, aunque hasta el momento los resultados de la evolución son idénticos. Aunque inicialmente se había movido en una línea diferente (cfr. STS 15 abril 2005, rec. 133/2004), la jurisprudencia ordinaria había llegado a la conclusión de que la sustitución de la actividad de los trabajadores a través de la tecnología vulneraba el derecho de huelga (cfr. STS STS 5 diciembre 2012, rec. 265/2011). Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 17/2017, 2 febrero, patrocinó una solución diferente; y el Tribunal Supremo parece haberse reconducido a este último criterio (STS 17 julio 2017, rec. 25/2017).

No se trata, por supuesto, de un tema que esté cerrado definitivamente: muchos de los comentaristas no han aceptado todavía el estado de cosas que se desprende de los pronunciamientos citados. En todo caso, más allá del resultado de estos esfuerzos interpretativos, conviene tener en cuenta, por lo que se refiere al esquirolaje comercial u organizativo, que la dimensión global en el que se mueven las empresas que se empiezan a moverse las relaciones laborales dificulta la actuación de las garantías tradicionales del derecho de huelga. La subcontratación de obras o servicios a nivel mundial así como la globalización de algunas formas de prestación en el terreno de la *gig economy* abren potentes herramientas de evitación de los daños derivados de la parálisis de la actividad en un punto y momento concretos, incluso si los Estados nacionales hicieran un esfuerzo normativo específico. Por otro lado, la creciente automatización de los procesos productivos implicará una igualmente creciente dificultad para encontrar la idea de «sustitución» de los huelguistas que constituye la esencia del esquirolaje prohibido. De hecho, la necesidad de construir sobre nuevas bases esta figura en clave tecnológica pasa probablemente por una específica intervención normativa.

6. REFLEXIONES FINALES: HACIA UN NUEVO MARCO NORMATIVO

Esta última idea permite entrar en el final de la exposición. En realidad, como ocurre con el conjunto de los aspectos laborales y de protección social, la percepción de la extensión y profundidad del cambio tecnológico y de sus consecuencias en este terreno debería abrir una intensa reflexión sobre la adecuación de las soluciones actualmente establecidas al nuevo panorama. Y esta consideración general se proyecta de manera particular en relación con el derecho de huelga que, como sabemos, continúa regulado por una norma que se remonta a la Transición, que solo superó limitadamente el control de constitucionalidad y que, en razón del modo en que se ha desarrollado tal control, deja un amplio margen a la discrecionalidad judicial en su aplicación.

No pienso dedicar tiempo ahora a intentar reabrir el debate sobre la necesidad o no de la aprobación de una ley orgánica de huelga que permita superar

la extensa «interinidad» del RDLRT de 1977. Pero creo que estas reflexiones no pueden terminar sin afirmar que buena parte de los problemas relacionados con el conflicto colectivo a los que nos enfrentaremos en el futuro inmediato no tienen solución expresa ni fácil en el actual marco normativo. Varios de los aspectos sobre los que he reflexionado admiten diferentes aproximaciones teóricas y, por tanto, posibilitan distintas soluciones judiciales; y en alguno se encuentran obstáculos formales insalvables. Si se quiere certeza sobre la delimitación del derecho y, sobre todo, una eventual revisión de su titularidad y del sistema de garantías de su ejercicio, es de todo punto necesario que el legislador se involucre en el tema. En caso contrario, la falta de adaptación del modelo formal a la realidad de las cosas podría continuar incrementándose y, como consecuencia de ello, ir disminuyendo el espacio protegido por el art. 28.2 CE.

En todo caso, el esfuerzo para evitar este fenómeno no incumbe solo al legislador interno; y ello, en un doble sentido. Por un lado, la transformación digital requiere posiblemente una mayor atención al derecho de huelga por parte de las normas internacionales y supranacionales. Aparte de que alguno de los aspectos problemáticos que se han individuado escapa de las competencias nacionales —es el caso de la titularidad—, la globalización y la consiguiente actuación de las empresas sobre base planetaria dificultan que las normas internas, confinadas dentro de las fronteras estatales, puedan arreglar todos los problemas. Por otro lado, no podemos olvidar el papel que corresponde a la negociación colectiva en relación con los aspectos que hemos considerado. Si las empresas 4.0 auguran unas relaciones laborales más cooperativas, resulta interesante que se compense la creciente complejidad del ejercicio del derecho de huelga por el establecimiento de mecanismos adecuados de solución de los conflictos. Pero creo que, en este terreno, el legislador ha cumplido bastante bien su función; son los convenios los que tienen deberes pendientes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Son muchas y las aportaciones de carácter general en relación con el impacto de la evolución tecnológica en las relaciones laborales. Ante la imposibilidad de ser exhaustivo en este punto, me remitiría a mi artículo “¿Repensar el derecho del trabajo? Cambios tecnológicos y empleo”, *Gaceta sindical: reflexión y debate*, 27 (2016), pp. 173-190 así como a los trabajos de MERCADER UGUINA, J.R., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y de la robótica*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2017, CRUZ VILLALÓN, J., “Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía”, *Temas laborales*, 138 (2017), pp. 13 ss. o, más recientemente, DEL REY GUANTER, S., “El Estatuto de los trabajadores ante el impacto de las tecnologías disruptivas en la organización del trabajo y en las relaciones laborales: una aproximación general”,

en XXX Congreso Anual AEDTSS, *El Estatuto de los trabajadores 40 años después*, Madrid (MTES), 2020, pp. 103 ss. Existen igualmente aproximaciones de conjunto específicamente centradas en las transformaciones que la transición digital implica en el terreno de las relaciones colectivas. Cabría traer a colación RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., “Organización y acción sindical ante la revolución tecnológica”, *Teoría&Derecho* 23(2018), pp. 71 ss., o mi trabajo sobre “Innovación, digitalización y relaciones colectivas de trabajo”, *Revista de treball, economia i societat*, 92 (2019), pp. 1-26.

Por lo que se refiere a la posible revisión de la titularidad del derecho, existen análisis de los episodios en los que se advierten las dificultades que la disciplina del mercado impone a la movilización colectiva de los trabajadores autónomos (SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Vulneración de las normas sobre competencia por parte de una asociación de autónomos que incita al boicot. STS, Sala Contencioso-Administrativo, de 19 de octubre de 2018 (recurso de casación núm. 4389/2017)”, *Revista de jurisprudencia laboral* 1(2019), o GUILLEM CARRAU, J., “Práctica concertada de boicot a terceros de los socios cooperativistas y responsabilidad de la cooperativa. Sentencia de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo núm. 1497/2018”, *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, 36(2020), pp. 445 ss.). En cuanto a los esfuerzos interpretativos para superar este tipo de límites, he podido acceder a dos análisis que todavía no han visto la luz: CABEZA PEREIRO, J., “Negociación colectiva y derecho de la competencia: perspectiva europea”, en XXXII Jornada de Estudio sobre Negociación Colectiva CCNCC, *Negociación colectiva y derecho de la competencia* y LÓPEZ TERRADA, E., “Negociación colectiva y trabajadores autónomos”, en GARCÍA-PERROTE, I. (dir.), *Derecho de la competencia y negociación colectiva*, estudio realizado por encargo de la CCNCC).

Por lo que se refiere a los nuevos perfiles del ejercicio del derecho en el nuevo contexto, se encuentra alguna aproximación general (VALLE MUÑOZ, F.A., “La incidencia de las nuevas tecnologías en el ejercicio del derecho de huelga”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías* 52 [2020]) así como análisis para determinadas formas de prestación. Por lo que se refiere al trabajo a distancia (VALLE MUÑOZ, F.A., “El problemático ejercicio de los derechos colectivos en el teletrabajo”, XXIX Congreso Anual AEDTSS, *El futuro del trabajo: cien años de la OIT: comunicaciones*, pp. 1657 ss.). En cuanto al trabajo en plataformas, cabe remitirse a CORDERO GORDILLO, V., “La huelga y otras medidas de acción colectiva en el ámbito de las plataformas digitales”, en XXIX Congreso Anual AEDTSS, *El futuro del trabajo: cien años de la OIT: comunicaciones*, pp. 1329 ss. o VALLE MUÑOZ, F.A., “El difícil ejercicio de los derechos

colectivos en el trabajo mediante plataformas digitales”, *Revista Internacional y Comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, 8-2 (2020), pp. 7 ss.

En cuanto al incremento de las posibilidades de reacción empresarial, el impacto de *big data* y decisiones automatizadas comienza a ser objeto de la atención doctrinal: TODOLÍ SIGNES, A., *La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: big data, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos*”, *Revista de Derecho Social* 84(20189), pp. 69 ss., y SAEZ LARA, C., “Algoritmos y discriminación en el empleo: un reto para la normativa antidiscriminatoria”, *nueva Revista Española de Derecho del Trabajo* 232(2020). Por su parte, los límites de la prohibición de esquirolaje han despertado, en fin, una intensa atención en el ámbito doctrinal. Por lo que se refiere al impacto de la descentralización, me remito a mi ponencia “Ejercicio del derecho de huelga en el contexto de la descentralización productiva” en XXVIII Congreso AEDTSS, *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, Madrid (Cinca) 2018, pp. 175 ss., que puede ser puesta al día recurriendo a GÓMEZ ASENSIO, C. y ESCRIBÁ PÉREZ, A.N., “Derecho de Huelga y Esquirolaje en las Redes Empresariales”, *nueva Revista Española de Derecho del Trabajo* 227(2020). En cuanto a la cuestión del esquirolaje tecnológico, se encuentra una aproximación de conjunto en TASCÓN LÓPEZ, R., *El esquirolaje tecnológico*, Cizur Menor (Aranzadi), 2018. La cuestión está viva como demuestran las aportaciones posteriores de SALA FRANCO, T., “El esquirolaje tecnológico”, en *Derecho del trabajo y nuevas tecnologías. Estudios en homenaje al profesor F. Pérez de los Cobos*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2020, pp. 887 ss., CRIADO MARTOS, E., “La configuración del derecho de huelga en España: especial atención al esquirolaje «tecnológico»”, *Revista CEFLegal* 232 (2020), pp. 119 ss. o del propio TASCÓN, con una interesante “Propuesta de regulación para el esquirolaje tecnológico en el contexto de una hipotética Ley Orgánica de huelga”, en XXX Congreso Anual AEDTSS, *El Estatuto de los trabajadores 40 años después*, en prensa.