

La protección del derecho de huelga en el ordenamiento jurídico peruano. El caso del esquirolaje tecnológico

The Protection of the Right to Strike in the Peruvian Legal System. The Case of Technological Strikebreaking

Javier Hildebrando ESPINOZA ESCOBAR

 <https://orcid.org/0000-0002-9906-0526>

Abogado. Profesor investigador de la Universidad San Ignacio de Loyola, Lima, Perú. Magíster en Derecho con mención en Derecho de la Empresa (Universidad de Piura) y Máster en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social a través de la Jurisprudencia (Universidad Rey Juan Carlos).

Correo electrónico: jespinozae@usil.edu.pe

RESUMEN: Este artículo tiene como objetivo examinar la protección otorgada al derecho de huelga en el ordenamiento peruano, especialmente, frente al esquirolaje tecnológico. Para el desarrollo de la investigación se ha utilizado el método hipotético deductivo. A partir de la investigación bibliográfica realizada sobre el contenido constitucional del derecho de huelga y el análisis de la legislación peruana y los antecedentes jurisprudenciales y administrativos del más alto nivel sobre huelga, esquirolaje externo y esquirolaje interno, se ha construido un conjunto de argumentos que sustentan la protección que se debe brindar al derecho de huelga frente al esquirolaje tecnológico. Los resultados obtenidos permiten hacer extensivas al esquirolaje tecnológico, las razones doctrinales, legales y jurisprudenciales que protegen el derecho de huelga frente al esquirolaje externo e interno. Se concluye que, a partir del contenido constitucional del derecho de huelga, el principio de razonabilidad y la exigencia del ejercicio constitucional del poder de dirección, es posible proteger al derecho de huelga frente al esquirolaje tecnológico, pese a la ausencia de regulación expresa que así lo determine.

Palabras clave: derecho de huelga, tecnología, esquirolaje tecnológico, Constitución peruana.

ABSTRACT: The objective of this article is to examine the protection granted to the right to strike in the Peruvian legal system, especially in relation to technological strikebreaking. The hypothetical-deductive method was used for the development of the research, as a set of arguments that support the protection that must be provided to the right to strike against technological strikebreaking was constructed based on the bibliographical research carried out on the constitutional content of the right to strike, as well as the analysis of Peruvian legislation and the highest-level jurisprudential and administrative precedents on strikes, external strikebreak-

ing, and internal strikebreaking. The obtained results make it possible to extend to technological strikebreaking the doctrinal, legal, and jurisprudential reasons that protect the right to strike against external and internal strikebreaking. It is concluded that, based on the constitutional content of the right to strike, the principle of reasonableness, and the requirement of the constitutional exercise of the power of direction, it is possible to protect the right to strike against technological strikebreaking, despite the absence of express regulation that determines it.

Keywords: right to strike, technology, technological strikebreaking, peruvian Constitution.

RECEPCIÓN: 15 de mayo de 2023

ACEPTACIÓN: 3 de agosto de 2023

SUMARIO. I. *Introducción.* II. *El contenido constitucional del derecho de huelga.* III. *El esquirolaje como mecanismo que resta eficacia al derecho de huelga. El esquirolaje externo e interno en el ordenamiento peruano.* IV. *Conclusiones.* V. *Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN

El nacimiento, desarrollo y evolución del derecho del trabajo ha estado vinculado con los cambios tecnológicos. Diversos autores se han ocupado de la incidencia de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales. Aquéllas no sólo tienen la capacidad de incrementar la productividad y mejorar los procesos productivos, generando reducción del volumen de empleo y simplificando el proceso de trabajo (Andrés Bilbao, 1999), sino también ser “una amenaza para los procedimientos tradicionales, las condiciones de trabajo y patrones de empleo establecidos” (Giovanni Dosi y María Virgillito, 2019, p. 640), e incluso poner en riesgo los derechos de los trabajadores, cuando se les utiliza indebida o abusivamente (Carolina San Martín y Santos Pavón, 2017). Se genera, por tanto, la necesidad de reconfigurar los derechos fundamentales y establecer nuevos mecanismos de protección y adecuar o ampliar los existentes, pues una de las consecuencias de la tecnología es que se reduce el valor del trabajador (Adrián Todolí, 2021, p. 62).¹

¹ Las consecuencias perjudiciales de la tecnología sobre el mundo del trabajo han generado diversas reacciones a lo largo de la historia. Así, por ejemplo, entre noviembre de 1811 y enero de 1816 surgió en Gran Bretaña el movimiento ludita contra la mecanización de las fábricas conformado por trabajadores textiles. Éste se oponía al progreso industrial porque implicaba el desarrollo del liberalismo extremo promovido por el Estado que generaba “la sustitución radical de sus antiguos valores y creencias por la idea de progreso, velocidad, bús-

La incidencia de la tecnología no sólo se produce en el plano de las relaciones individuales de trabajo; especialmente, en el modo de trabajar y en el ejercicio de las facultades de control empresarial (con el uso de Internet y del correo electrónico en la empresa, la vigilancia electrónica, el fichaje informático y el control biométrico, la geolocalización, las tarjetas identificativas o el uso de la inteligencia artificial para la selección de personal; entre otras), sino también en el de las relaciones colectivas.

Autores como Djamil Kahale (2020) y Miriam Cherry (2021) dejan constancia de cómo las relaciones colectivas de trabajo se han visto afectadas por la fracturación del lugar de trabajo, la fragmentación de tareas y la desestructuración de la relación de trabajo producidas por el uso de las tecnologías, así como la “correlativa disminución del poder de negociación de los que viven de su trabajo” (Adrián Todolí, 2021, p. 68). En Perú a lo anterior se suma la falta de respuesta del ordenamiento jurídico y de las organizaciones sindicales para adecuarse a los nuevos tiempos, y la brecha digital que se concentra en los trabajadores de bajos ingresos y nivel educativo, de regiones de menor desarrollo económico que se desenvuelven en actividades primarias, mayores de cuarenta años, obreros y trabajadoras mujeres (Edgardo Balbín, 2022). Como se aprecia, se está frente un panorama nada propicio a la efectiva vigencia de los derechos colectivos.

Una cuestión muy puntual vinculada con el ejercicio del derecho colectivo de huelga, que ha cobrado especial importancia, es el uso de la tecnología para generar que “el impacto económico negativo de las huelgas pueda ser desvirtuado o reducido” (Carmen Grau, 2018, s. p.). A esto se le denomina esquirolaje tecnológico. El presente artículo revisará si las vigentes disposiciones del ordenamiento jurídico peruano, que regulan de forma genérica la figura del esquirolaje, permiten garantizar el derecho de huelga en el supuesto de esquirolaje tecnológico o si, más bien, los trabajadores se encuen-

queda del beneficio a cualquier precio, etcétera” (Patricia de la Fuente, 2004, s. p.). En la actualidad, el neoludismo o ludismo moderno se opone al desarrollo tecnológico, el consumismo y la globalización. Destaca el manifiesto “La sociedad industrial y su futuro” de Theodore Kaczynski (Unabomber): “4. Por eso nosotros abogamos por una revolución contra el sistema industrial. Esta revolución puede o no usar la violencia: puede ser súbita o puede ser un proceso relativamente gradual abarcando pocas décadas... No debe ser una revolución *política*. Su objeto no será derribar gobiernos, sino las bases económicas y tecnológicas de la sociedad actual”. Un estudio sobre la vinculación entre el movimiento ludita y el neoludismo moderno es el de Jones, S. (2006).

tran expuestos a la vulneración de este derecho fundamental ante la falta de respuesta expresa del legislador.

Para abordar este tema se partirá del análisis del contenido constitucional del derecho de huelga y de las diversas disposiciones normativas del ordenamiento peruano. Posteriormente, se examinará la figura del esquirolaje externo e interno, y la respuesta legal y jurisprudencial que lo combate. Más adelante, se plantea una serie de argumentos que sustentarán la protección del derecho de huelga frente al esquirolaje interno, a partir de la extrapolación de los argumentos vertidos para el esquirolaje externo e interno. Finalmente, se formulan algunas conclusiones.

II. EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE HUELGA

Es innegable que la actuación organizada de los trabajadores para promover sus intereses profesionales, a través del ejercicio de la huelga, ha sido una de las piedras angulares del derecho del trabajo. En Perú tal cuestión se evidencia con las primeras normas sobre jornada máxima de trabajo que se dictaron como consecuencia de las medidas de lucha adoptadas por los trabajadores² (Juan Motta, 2018) y con su posterior reconocimiento como derecho constitucional, tanto en la Constitución de 1979,³ como en la de 1993.

En Perú la huelga es un derecho fundamental. La actual Constitución precisa que “El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático... 3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones” (Constitución peruana [CP], 12/03/2023, artículo 28, número 3). En la citada disposición se vislumbra el tratamiento legislativo que se le ha venido otorgando, con una vigencia muy reducida produc-

² Producto de diversas huelgas obreras y de procesos de negociación entre los sindicatos y empleadores con el gobierno peruano, la primera norma con carácter general que reconoce la jornada máxima de trabajo es el Decreto Supremo del 15 de enero de 1919 emitida para contrarrestar los efectos de la huelga nacional iniciada el 13 de enero de 1919. No obstante, previamente, el 10 de enero de 1913 y en agosto de 1917, se reconoció este derecho de manera específica para los jornaleros de muelles y dársenas del Puerto del Callao y los jornaleros de Huacho, respectivamente. En ambas ocasiones producto de la huelga y posterior negociación con los empleadores.

³ Se estableció que “La huelga es derecho de los trabajadores. Se ejerce en la forma que establece la ley”. (Constitución peruana 1979 [CP79], 12/03/2022, artículo 55).

to de su regulación restrictiva y con un encuadramiento policial y represivo (Alfredo Villavicencio, 2010, p. 28). Se ha llegado a decir que estamos frente a un derecho “inexistente, en todo caso artificioso ya que la norma no da ni estabilidad ni seguridad a su ejercicio” (Francisco Gómez, 2007, pp. 478 y 479). Por esta razón ha recibido diversas observaciones del Comité de Libertad Sindical, sin que, hasta la fecha, haya sido modificada.

No obstante, al tratarse de un derecho fundamental, el derecho de huelga debe ser interpretado “en un sentido progresivo, irreductible y a favor *libertatis*” (Alejandro Castello, 2011, p. 25); esto es, pese al tratamiento restrictivo de las normas de rango legal, su interpretación y aplicación exige una visión constitucional que le otorgue efectiva vigencia y la mayor protección posible frente a cualquier acción u omisión de persona, autoridad o funcionario que lo amenace o afecte de cualquier forma.

La ley peruana regula la huelga según el modelo estático. Implica la suspensión colectiva de labores con abandono del centro de trabajo, realizada de forma voluntaria y pacífica (Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo [LRCT], 12/03/2023, artículo 72). La misma norma establece que la huelga debe tener por objeto la defensa de los derechos e intereses socioeconómicos o profesionales de los trabajadores en ella comprendidos (LRCT, 12/03/2023, artículo 73.a). Se trata de un derecho de doble titularidad, pues corresponde al sindicato o a la mayoría de los trabajadores reunidos en asamblea, en ausencia de aquél (Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo [RLRCT], 12/03/2023, artículo 62). Debe ejercerse en la forma determinada por la ley y el estatuto de la organización sindical, cuando haya sindicato. Está sometida a una serie de requisitos para su declaración (LRCT, 12/03/2023, artículo 73). Será la autoridad administrativa de trabajo la que declare su procedencia.

Estamos frente a un derecho vinculado con la libertad sindical del cual es un “corolario lógico” (Janice Bellace, 2014, p. 32). En ese sentido, constituye una manifestación de la libertad sindical de actividad o del derecho de las organizaciones de trabajadores de formular su programa de acción (Convenio 87, OIT —Convenio sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación— [C87], 12/03/2023, artículo 2). Por ello se puede afirmar que, junto con la negociación colectiva, forman parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical.

Si la relación de trabajo es una relación de poder, hace falta que se reconozca jurídicamente “un contrapoder que opere como factor de equilibrio

en la relación entre esas partes, teniendo a los derechos fundamentales como herramienta” (José Ugarte, 2020, p. 83). La huelga funciona como contrapoder en la medida que procura la defensa de los derechos e intereses de los trabajadores con el fin de “lograr los objetivos legítimos que tienen los sindicatos desde su conformación y que la Constitución protege” (sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 04767-2017-PA/TC, fundamento jurídico 14).

Así, la huelga constituye una medida de acción directa que no tiene “una finalidad en sí misma, sino que es un medio para la realización de fines vinculados a las expectativas e intereses de los trabajadores” (sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 0008-2005-PI/TC, fundamento jurídico 40). En tanto mecanismo de presión, facilita a los trabajadores “la construcción de una posición de poder de la que originalmente carecen” (José Ugarte, 2020, p. 83). Su finalidad esencial es la defensa de los derechos e intereses socioeconómicos o profesionales de los trabajadores (LRTC, 12/03/2023, artículo 73);⁴ de allí que la verdadera naturaleza del derecho de huelga es la de ser una “garantía de garantías, y, por tanto, un primer derecho de los trabajadores” (Ana Alfie, 2012, p. 13).

La suspensión colectiva de las labores en la que se traduce la huelga tiene una incidencia directa en la esfera organizativa del empleador. No es que con ella éste pierda sus potestades empresariales y su facultad de organizar los recursos humanos y materiales bajo su mando y el proceso productivo. Pero sí supone “perturbaciones y costos” (Organización Internacional del Trabajo, 2018, parágrafo 755) que significarán que aquellos se apliquen sobre los trabajadores y recursos materiales no involucrados en la huelga. Es esa la razón por la que constituye una medida de coacción o presión⁵ que limita la libertad del empresario, perturba el proceso productivo y afecta la marcha del negocio. Este es un aspecto fundamental que debe ser garantizado por el ordenamiento jurídico. Lo contrario, es perder la perspectiva de que la huelga tiene un marcado carácter instrumental y que para conseguir su propósito debe afectar al empleador.

⁴ Derechos e intereses que deben incluir “la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social y a los problemas que se plantean en la empresa y que interesan directamente a los trabajadores” (OIT, 2018, parágrafo 758).

⁵ En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional peruano ha manifestado que la huelga es “una manifestación de fuerza, respaldada por el derecho, tendente a defender los legítimos intereses de los trabajadores”. Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 0008-2005-PI/TC, fundamento jurídico 40.

Por ello, el ejercicio del derecho de huelga encierra en sí mismo una autorización del ordenamiento jurídico para causar un daño al empleador (Wilfredo Sanguineti, 2020). Se trata de un daño lícito o justo, no reparable (Carlos Céspedes, 2017), consecuencia de “lo que es razonablemente requerido por la propia actividad conflictiva y por las exigencias inherentes a la presión que la huelga necesariamente implica” (STS, del 22 de noviembre de 2000, Tribunal Supremo español-Sala Cuarta de lo Social).

Cuestión distinta y trascendental en relación con lo que aquí nos ocupa es el tipo de daño que puede infligirse con el ejercicio del derecho de huelga. Teniendo en cuenta la regulación peruana (LRCT, 12/03/2023, artículo 72), el único tipo de daño tolerable será “el que se deriva de un normal no hacer” (Ana Alfie, 2012, p. 17), resultado de la “paralización de la actividad productiva, sin que se llegue a causar un daño adicional injusto” (Carlos Céspedes, 2017, p. 277).

Si la huelga implica una suspensión colectiva de trabajo, acordada mayoritariamente con abandono del centro de trabajo y pacífica, entonces uno de los daños no tolerados será el que se genere como producto de la “violencia sobre bienes o personas” (LRCT, 15/03/2023, artículo 84, b).

De la misma forma, y al margen de su oposición a los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical,⁶ la norma peruana deja fuera de la cobertura jurídica a las que denomina modalidades irregulares de huelga. Así, establece lo siguiente:

No están amparadas por la presente norma las modalidades irregulares, tales como paralización intempestiva, paralización de zonas o secciones neurálgicas de la empresa, trabajo a desgano, a ritmo lento o a reglamento, reducción deliberada del rendimiento o cualquier paralización en la que los trabajadores permanezcan en el centro de trabajo y la obstrucción del ingreso al centro de trabajo. (LRCT, 15/03/2023, artículo 81)

⁶ El Comité de Libertad Sindical ha precisado lo siguiente: “En cuanto a las modalidades del derecho de huelga denegado a los trabajadores (paralización intempestiva, trabajo a reglamento, huelga de brazos caídos, huelgas de celo, trabajo a ritmo lento, ocupación de la empresa o del centro de trabajo), el Comité consideró que tales limitaciones sólo se justificarían en los casos en que la huelga dejase de ser pacífica” (OIT, 2018, parágrafo 784. En el mismo sentido, Ana Alfie (2012) opina que la huelga, entendida como la abstención colectiva y concertada de la prestación laboral, es sólo una forma de protesta, y que deberían admitirse otros formatos de protesta, pues la acción colectiva “debe ser esencialmente plástica si pretende lograr eficacia” (p. 31).

Esta es la razón por la que el ejercicio de alguna de estas modalidades convertirá a la huelga en ilegal y, por lo tanto, en intolerables los daños que con aquéllas se generen al empleador (LRCT, 15/03/2023, artículo 84, c).

En suma, el contenido del derecho de huelga no sólo incluye el derecho a dejar de trabajar voluntaria, temporal, colectiva y pacíficamente sin que quepa la imposición de una sanción por el empleador, sino que debe extenderse también a “salvaguardar la finalidad de presión (que no su resultado) que toda huelga conlleva” (Nancy Sirvent, 2015, p. 141). Es decir, las normas protectoras del derecho de huelga deben reconocer que “la finalidad misma de la huelga conlleva alguna nocividad” (Aída Kemelmajer, 1996, p. 17), y que, como lógica consecuencia, implica “la limitación de los derechos del empresario susceptibles de impedir el cumplimiento de su función constitucional” (Wilfredo Sanguineti, 2020, p. 26).⁷ Así, el empleador está obligado a soportar el daño producido sin que pueda valerse de las facultades que conforman el poder de dirección para aminorarla o neutralizarla.

Si este es el contenido del derecho de huelga, entonces constitucionalmente se sustenta la prohibición de que el empleador reste eficacia a la huelga con medidas como la del reemplazo de los trabajadores huelguistas o el retiro de maquinarias, materias primas u otros bienes del empleador o cualquier otra, que, en otro escenario, tendrían fundamento y legitimidad en el poder de dirección del empleador. Lo contrario debilitaría el carácter de contrapoder del derecho de huelga y lo vaciaría de contenido.

Sin embargo, como ocurre con cualquier otro derecho, la huelga no es un derecho absoluto, sino que admite límites impuestos por la legislación. Éstos, no obstante, no pueden significar o interpretarse en el sentido de vaciar de contenido al derecho.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional peruano ha precisado que “la huelga no es un derecho absoluto, sino regulable. Por ende, debe efectivizarse en armonía con los demás derechos” (sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 008-2005-PI/TC, fundamento jurídico 40). En todo caso, debe tenerse en cuenta —como afirma la Corte Constitucional colombiana— que “las restricciones que se impongan al ejercicio del derecho de huelga deben ser necesarias, indispensables, razonables y proporcionales”.

⁷ En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional español, para quien “el derecho de los huelguistas es un derecho a incumplir transitoriamente el contrato, pero es también un derecho a limitar la libertad del empresario” (sentencia 11/1981, del 8 de abril, fundamento jurídico 10).

das a la finalidad que se pretende alcanzar, con el fin de no hacerlo nugatorio o impracticable, pues si ello no es así, se atentaría contra la libertad sindical” (sentencia C-993/00, del 2 de agosto de 2000, Corte Constitucional de Colombia).

Esta es la razón por la que Alejandro Castello (2011), siguiendo a Ermida, manifiesta que “los únicos límites verdaderos de la huelga son el mantenimiento de los servicios esenciales y el carácter pacífico de las medidas de conflicto” (p. 29).

La Corte Suprema de Perú se refiere a los límites que se le imponen al derecho de huelga. Éstos son “de tipo subjetivo (por razón de las personas no prohibidas de ejercerla), objetivos (por razón de las actividades que no pueden afectarse por ella) y procedimentales (por razón de la exigencia del cumplimiento de requisitos previos previstos en la ley para poderla materializar)” (Casación laboral 22596-2018-Lambayeque, considerando séptimo).

En relación con los límites del derecho de huelga, el supremo intérprete ha manifestado que la ausencia de legislación sobre el tema “no puede ser esgrimida como impedimento para su cabal efectivización por parte de los titulares de este derecho humano” (sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 008-2005-PI/TC, fundamento jurídico 40). Este argumento será fundamental al momento de examinar el problema de ausencia de regulación sobre el esquirolaje tecnológico en el ordenamiento jurídico peruano.

Si la huelga debe ejercerse en armonía con el “interés social”,⁸ éste también incluye el interés del empleador.⁹ Ello no implica desaparecer el daño que, esencialmente, su ejercicio produce, pero sí evitar la desproporción.

⁸ Aunque —como ya se señaló— la Constitución peruana habla del “interés social”. No obstante, el Tribunal Constitucional ha precisado que, en realidad, se debe entender como elemento armonizador del derecho de huelga al interés público “que hace referencia a las medidas dirigidas a proteger aquello que beneficia a la colectividad en su conjunto” (sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 0008-2005-PI/TC, fundamento jurídico 42). En el mismo sentido, sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 02211-2009-PA/TC, fundamento jurídico 12.

⁹ El supremo intérprete ha precisado también que “el ejercicio de los derechos laborales colectivos, en especial el derecho de huelga debe ser conforme a la Constitución y al ordenamiento jurídico vigente. Dicho ejercicio comporta el respeto de los derechos de terceros, en particular de los del empleador. En tal sentido, nuestro sistema jurídico proscribe, prohíbe y sanciona los actos violentos y aquellos que puedan configurar delitos. Incurrir en tales actos comporta un ejercicio ilegítimo de los derechos” (sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 3311-2005-PA/TC, fundamento jurídico 18).

Un ejemplo de lo anteriormente señalado se regula en la norma peruana, según la cual “Se exceptúa de la suspensión de actividades a aquellas labores indispensables para la empresa cuya paralización ponga en peligro a las personas, la seguridad o la conservación de los bienes o impida la reanudación inmediata de la actividad ordinaria de la empresa una vez concluida la huelga” (LRCT, 15/03/2023, artículo 78).

Se trata de los llamados servicios mínimos de mantenimiento que buscan “evitar un daño mayor al necesario al empleador y adicionalmente garantizar el reinicio inmediato de las labores de los trabajadores una vez levantada la medida por estos” (Juan Cortés, 2009, p. 678).

En todo caso, tanto el principio de razonabilidad cuanto el de buena fe incidirán en el ejercicio del derecho de huelga para garantizar que los daños sufridos por el empleador como consecuencia de la huelga sean razonables o proporcionados, producto de la abstención, de un no hacer. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha precisado que la huelga debe ser convocada teniendo en cuenta “La existencia de proporcionalidad y carácter recíproco de las privaciones y daño económico para las partes en conflicto” (sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 0008-2005-PI/TC, fundamento jurídico 41).

Esta proporcionalidad y reciprocidad de las privaciones y daños que sufren las partes en conflicto no debe entenderse como equiparables o correlativos entre sí, pues —como ha quedado dicho— la huelga presupone un daño al empleador. Lo que no será tolerado es “una desproporción jurídica, un plus sobre el perjuicio que todo ejercicio de la huelga busca del lado empresarial de valoración ineludiblemente empírica, al suponer que los trabajadores causen daños innecesarios o incoherentes con su acción” (Guillermo Barrios y Begoña García, 2017, p. 98). Corresponderá al empleador probar la existencia de esos daños adicionales y que éstos son desproporcionados y ajenos a la finalidad misma de la huelga.

III. EL ESQUIROLAJE COMO MECANISMO QUE RESTA EFICACIA AL DERECHO DE HUELGA. EL ESQUIROLAJE EXTERNO E INTERNO EN EL ORDENAMIENTO PERUANO

Determinado el contenido del derecho de huelga se facilita la actuación de las garantías para su protección. Si la huelga encierra en sí misma una finalidad

defensiva capaz de generar un daño lícito que el empleador debe tolerar, entonces cualquier acción del empleador que busque restarle eficacia deberá ser proscrita por afectar el contenido constitucional del derecho. De una forma u otra, esto supondrá una extralimitación de los poderes empresariales dada su ofensividad al derecho de huelga.

1. *Esquirolaje externo*

Una de estas situaciones de extralimitación de los poderes empresariales se produce con el esquirolaje externo. Éste ha sido regulado en diversos ordenamientos jurídicos,¹⁰ incluido el peruano. En Perú la norma que regula la huelga establece que, declarada una huelga, “todos los trabajadores comprendidos en el respectivo ámbito, deberán abstenerse de laborar, y por lo tanto, el empleador no podrá contratar personal de reemplazo para rea-

¹⁰ En España se prohíbe a las empresas “sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma” (Real Decreto Ley 17/1977, del 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajos [RDLRT], 22/03/2023, artículo 6.5). También se prohíbe celebrar contratos de puesta a disposición para sustituir a trabajadores en huelga en la empresa usuaria, como específica manifestación de dicho esquirolaje externo (Ley 14/1994, del 1 de junio que regula las empresas de trabajo temporal [LETT], 22/03/2023, artículo 8). A su vez, se tipifica como infracción muy grave los actos del empresario lesivos del derecho de huelga de los trabajadores, consistentes en la sustitución de los trabajadores en huelga por otros no vinculados al centro de trabajo al tiempo de su ejercicio, salvo en los casos justificados por el ordenamiento (texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto-Legislativo 5/2000 [LIS], 22/03/2023, artículo 8.10).

En Chile, expresamente, “Se prohíbe el reemplazo de los trabajadores en huelga” (Código del Trabajo de Chile [CTCH], 22/03/2023, artículo 345.2). Asimismo, que “La infracción de la prohibición señalada en el inciso segundo constituye una práctica desleal grave, la que habilitará a la Inspección del Trabajo para requerir el retiro inmediato de los trabajadores reemplazantes” (Código del Trabajo de Chile [CTCH], 22/03/2023, artículo 345.4).

En Colombia se establece que “La huelga sólo suspende los contratos de trabajo por el tiempo que dure. El empleador no puede celebrar entretanto nuevos contratos de trabajo para la reanudación de los servicios suspendidos, salvo en aquellas dependencias cuyo funcionamiento sea indispensable a juicio del respectivo inspector de trabajo, para evitar graves perjuicios a la seguridad y conservación de los talleres, locales, equipos, maquinarias o elementos básicos y para la ejecución de las labores tendientes a la conservación de cultivos, así como para el mantenimiento de semovientes, y solamente en el caso de que los huelguistas no autoricen el trabajo del personal necesario de estas dependencias” (Código Sustantivo del Trabajo de Colombia [CSTC], 22/03/2023, artículo 449).

lizar las actividades de los trabajadores en huelga” (RLRCT, 20/03/2023, artículo 70).

Tampoco será posible recurrir a la intermediación laboral “para cubrir personal que se encuentre ejerciendo el derecho de huelga” (Ley que regula la Actividad de las Empresas Especiales de Servicios y de Cooperativas de Trabajadores [LAEESCT], 20/03/2023, artículo 8). Finalmente, la tercerización de servicios “no puede ser utilizada con la intención o efecto de imitar o perjudicar la libertad sindical... , sustituir trabajadores en huelga o afectar la situación laboral de los dirigentes amparados por el fuero sindical” (Ley que regula la Tercerización de Servicios [LTS], 20/03/2023, artículo 7).

Como se aprecia, se impone legalmente la prohibición de sustituir a los huelguistas con personal externo a la empresa, sea a través de contratación directa o indirecta (intermediación laboral o tercerización de servicios). Admitir lo contrario, “entraña el riesgo de violación del derecho de huelga que puede afectar el libre ejercicio de los derechos sindicales” (OIT, 2018, párrafo 919).

Se puede definir el esquirolaje externo como aquel acto empresarial de sustitución de trabajadores huelguistas por otros que “no formaban parte de la plantilla de la empresa, o en su caso, del centro de trabajo en el momento de iniciarse la huelga” (José Ruiz, 2021, p. 37). Se trata de una acción empresarial de vinculación de personal que, dirigida hacia fuera, pretende colocar reemplazantes dentro de la empresa, mientras dure la huelga o so pretexto de ella, con la finalidad de restarle eficacia.

La prohibición antes mencionada genera la posibilidad de intervención de la autoridad de fiscalización laboral. Aun cuando no se hace expresa mención del término ‘esquirolaje’, en la norma reglamentaria de inspección de trabajo, se ha contemplado como una infracción muy grave en materia de relaciones laborales:

La realización de actos que impidan el libre ejercicio del derecho de huelga, como la sustitución de trabajadores en huelga, bajo contratación directa a través de contratos indeterminados o sujetos a modalidad, o bajo contratación indirecta, a través de intermediación laboral o contratación y subcontratación de obras o servicios, y el retiro de bienes de la empresa sin autorización de la autoridad administrativa de trabajo. (Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo [RLGIT], 22/03/2023, artículo 25, 9)

Una cuestión que merece ser abordada es si existe la posibilidad de recurrir a la figura de la sustitución de trabajadores huelguistas en caso de incumplimiento de la obligación de los huelguistas de “garantizar la permanencia del personal necesario para impedir su interrupción total y asegurar la continuidad de los servicios y actividades que así lo exijan (LRCT, 22/03/2023, artículo 82), en caso de los servicios públicos esenciales.¹¹ Al tratarse de una situación de clara afectación del interés público, será posible que el empleador recurra a la sustitución de huelguistas (OIT, 2018, párrafo 917).

2. *Esquirolaje interno*

La legislación peruana no se refiere de manera expresa al esquirolaje interno. Éste implica el ejercicio irregular de las facultades que conforman el poder de dirección del empleador quien, extraordinariamente, ordena la movilidad interna del personal (sea que se trate de movilidad funcional, movilidad geográfica, a través de la variación de horario, modificación de turnos, etcétera) para cubrir, total o parcialmente, las funciones de los trabajadores que se encuentran ejerciendo el derecho de huelga en la empresa.

La decisión empresarial podría pasar como una de legítimo ejercicio del poder de dirección empresarial; no obstante, no lo es, al entrar en conflicto con diversas disposiciones normativas que regulan su ejercicio; entre ellas, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral que es la norma general que regula las relaciones de trabajo del sector privado. Ésta faculta al empleador a realizar los cambios en turnos, días u horas de trabajo, así como en la forma y modalidad de la prestación, pero “dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo”¹² (Ley de Productividad y Competitividad Laboral [LPCL], 22/03/2023, artículo 9).

¹¹ La norma establece que “Se exceptúa de la suspensión de actividades a aquellas labores indispensables para la empresa cuya paralización ponga en peligro a las personas, la seguridad o la conservación de los bienes o impida la reanudación inmediata de la actividad ordinaria de la empresa una vez concluida la huelga” (LRCT, 22/03/2023, artículo 78).

¹² Así también se ha planteado que el empleador utiliza abusivamente sus poderes empresariales “con fines distintos a los previstos por el ordenamiento jurídico y en una situación conflictiva, no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo” (Sentencia del Tribunal Constitucional español 123/1992, del 28 de septiembre, fundamento jurídico 5).

Esta facultad empresarial conocida como el *ius variandi* se ejerce ante situaciones excepcionales que ocurren en la empresa. Por ninguna razón puede restar virtualidad o vaciar de contenido al ejercicio de un derecho fundamental, pues debe ejercerse con razonabilidad. Una medida de la razonabilidad es su conformidad con los derechos fundamentales. La fuerza normativa de la Constitución, aplicable también a las relaciones entre particulares, trae como consecuencia el ejercicio constitucional del poder de dirección y de todas las facultades empresariales. Téngase en cuenta además que la propia norma constitucional establece que: “Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador” (CP, 22/03/2023, artículo 23).

Así lo ha precisado también el Tribunal Constitucional, el cual, partiendo del reconocimiento de los poderes de dirección y organización propios del empleador, afirma que

deben ejercerse con irrestricto respeto de los derechos constitucionales del empleado o trabajador. En la relación laboral se configura una situación de disparidad donde el empleador asume un *status* particular de preeminencia ante el cual el derecho y, en particular, el derecho constitucional, se proyecta en sentido tuitivo hacia el trabajador. (Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 1124-2001-AA/TC, fundamento jurídico 6)

Teniendo en cuenta esta visión constitucional, y a pesar de la inexistencia de norma expresa que prohíba el esquirolaje interno, se ha dictado una serie de pronunciamientos administrativos y judiciales que han disipado toda duda sobre la proscripción del esquirolaje interno en el ordenamiento peruano.

Así, por ejemplo, a título de recomendación, la Dirección General de Inspección de Trabajo manifestó en 2011 que

la infracción relacionada con la realización de actos que impidan el libre ejercicio del derecho de huelga (prevista en el artículo 25.9 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo), comprende también el caso en que el empleador efectúe movilizaciones internas de su propio personal para ejecutar las labores de los trabajadores en huelga y, en general, cualquier otro comportamiento del mismo que esté destinado a restarle efectividad a la medida en mención, afectando así el carácter recíproco de las privaciones y del daño económico para las partes en conflicto en el curso de una huelga. (Dirección

General de Inspección del Trabajo [DGIT], 01/04/2023, oficio circular 059-2011-MTPE/2/16, del 7 de octubre de 2011)

Inicialmente, la primera Sala del Tribunal de Fiscalización Laboral mostró una postura restrictiva en la interpretación del artículo 15, 9, del RLGIT. Así, apoyando su decisión en el principio de tipicidad, manifestó que

El citado artículo no establece —siquiera— dentro de su fórmula una cláusula abierta que permita identificar otros tipos de supuestos de afectación al derecho de huelga más allá de los consignados actualmente: la sustitución externa de trabajadores o el retiro de los medios de producción sin la autorización de la autoridad administrativa de trabajo. (Tribunal de Fiscalización laboral, resolución N°717-2022-SUNAFIL/TFL-Primera Sala, fundamento 6.15)

Por eso concluyó que nuestra legislación no ha tipificado la figura del esquirolaje interno y que, por esa razón, no pueden ser objeto de sanción administrativa los actos empresariales de sustitución interna de trabajadores.

Posteriormente, la Primera Sala del Tribunal de Fiscalización Laboral se inclina por la posición contraria al establecer que el esquirolaje interno constituye una práctica empresarial vedada; esto es, “un supuesto de ejercicio desviado del poder de dirección” (Tribunal de Fiscalización Laboral, resolución 874-2022-SUNAFIL/TFL-Primera Sala, fundamento 6, 7) al afectar el derecho constitucional de huelga que constituye un bien jurídico protegido.

Además, la falta de reconocimiento expreso no produce afectación alguna del principio de tipicidad por cuanto la disposición del Reglamento de la Ley General de Inspección de Trabajo contiene “una premisa suficiente que, leída con la consecuencia jurídica prescrita, puede entenderse de la siguiente manera: son muy graves las infracciones consistentes en actos que impidan el libre ejercicio del derecho de huelga” (Tribunal de Fiscalización Laboral, resolución 874-2022-SUNAFIL/TFL-Primera Sala, fundamento 6, 10); esto es, tiene tal amplitud que deja fuera de duda a su aplicación a cualquier acto restrictivo o limitativo del derecho de huelga implementado por el empleador.

Agrega también el Tribunal que lo que contiene el numeral citado es a título ejemplificativo; es decir, sólo se mencionan algunos supuestos que podrían configurar la conducta proscrita. No hay necesidad de recurrir “a la analogía ni a la interpretación extensiva en materia sancionadora para encuadrar el esquirolaje interno dentro de la regla examinada” (Tribu-

nal de Fiscalización Laboral, resolución 874-2022-SUNAFIL/TFL-Primera Sala, fundamento 6, 13).

En el ámbito jurisdiccional, el Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado en innumerables ocasiones sobre la libertad sindical de actuación, aspecto de la libertad sindical con el que la huelga se encuentra estrechamente vinculada. Así, ha expresado que “cualquier acto que se oriente a impedir o restringir de manera arbitraria e injustificada la posibilidad de acción o la capacidad de obrar de un sindicato resultará *vulneratorio* del derecho de libertad sindical” (sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 02211-2009-AA/TC, fundamento jurídico 7). *Contrario sensu*, tendrá que existir una razón objetiva, justificada y suficiente para que se tolere la actuación empresarial que restrinja el derecho de huelga. Ésta, en todo caso, estará vinculada con el mantenimiento de los servicios esenciales.

Por otro lado, la Corte Suprema, con una visión amplia y enfoque constitucional, ha precisado que “Toda medida que busque reducir o eliminar los efectos de una huelga legítima deviene en prohibida” (casación previsional 3480-2014-Lima, del 24 de octubre de 2016, considerando noveno). Asimismo, refiriéndose a las disposiciones del RLRCT que prohíben el esquirolaje externo, interpreta que “se encuentra incluida en esta prohibición, no sólo el esquirolaje externo sino también el interno” (casación previsional 3480-2014-Lima, del 24 de octubre de 2016, considerando noveno). Como se aprecia, la Corte Suprema privilegia la protección del derecho de huelga al dejar claro que se incluye los actos de movilidad interna de su propio personal para sustituir al personal huelguista; así como “cualquier otro comportamiento del mismo que esté destinado a restarle efectividad a cualquier medida de acción iniciado por los trabajadores en huelga” (casación previsional 3480-2014-Lima, del 24 de octubre de 2016, considerando decimoprimero). Detrás de esta decisión se encuentra una visión protectora del derecho fundamental de huelga que obliga a adoptar todas las medidas que garanticen el cumplimiento de su finalidad.

La protección frente al esquirolaje interno debe tener un amplio campo de acción y estar referido a diversos supuestos. En ese sentido, debe considerarse esquirolaje interno “intensificar la producción durante el preaviso de la huelga con el fin de reducir o anular la reducción de la producción que se producirá durante la huelga” (Daniel Toscani, 2017, s. p.).

De la misma forma, hay esquirolaje interno en los casos en los que, sin existir orden de la alta dirección de la empresa, por propia iniciativa, los man-

dos intermedios desarrollaron tareas que ordinariamente no les correspondían. Así lo precisó el Tribunal Supremo de Justicia español que, partiendo de la idea de responsabilidad del titular de la empresa sobre las decisiones de sus mandos intermedios, concluye que existe un deber empresarial de prevenir la realización de actos de sustitución de huelguistas, sobre todo porque el empleador también es un garante de los derechos fundamentales en el ámbito de la empresa, dentro de su círculo de organización y dirección (sentencia del Tribunal Supremo español, STS 499/2021, del 6 de mayo de 2021, RCUD, 4975/2018). En suma, el empresario tiene un deber “de respetar el derecho de huelga (y hacer que se respete), pero sin que ello signifique un deber de colaborar a su mayor éxito o eficacia” (Magdalena Nogueira, 2021, p. 5).

3. *Esquirolaje tecnológico*

La tecnología, entendida en el sentido más general, tiene en las empresas a una de sus principales usuarias, en la medida que la automatización, la inteligencia artificial y la robótica avanzada contribuyen a generar un mayor rendimiento en la productividad empresarial y al incremento de sus ganancias. De esta forma, se convierte en una herramienta fundamental para el desarrollo de las actividades empresariales que el empleador incorpora en ejercicio de su derecho fundamental a la libertad de empresa (CP, 01/04/2023, artículo 59).

Dependiendo de las herramientas tecnológicas y de las actividades empresariales, puede llegar a producirse lo que se conoce como la automatización de sustitución del trabajo humano, pues muchas de las tareas que realizaba el trabajador se programan para ser realizadas por aquellas (a través de la inteligencia artificial o la robótica avanzada); sobre todo si se trata de “tareas rutinarias, repetitivas, de baja complejidad o simples (en movimientos y/o cálculos), estandarizadas o fácilmente estandarizables (que pueden ser traducidas a algoritmos informáticos programados en aplicaciones de *software* y en acciones de robots con sus ‘actuadores’)” (Arturo Lahera, 2021, p. 3).

Esta cuestión que —desde el punto de vista empresarial— puede significar una ventaja para el logro de los objetivos empresariales, de cara a los trabajadores puede significar una amenaza a los derechos laborales; entre ellos, al derecho al trabajo y la estabilidad laboral, al derecho a la progresión profesional, al derecho a la remuneración o, en la cuestión que nos ocupa, al derecho de huelga.

Si bien en Perú aún no se han producido casos de esquirolaje tecnológico, sí han ocurrido en países como Canadá, en el ámbito del sector de los medios de prensa, y España, en el ámbito del sector audiovisual. Éstos han sido abordados por la jurisprudencia y la respuesta no necesariamente se ha inclinado en favor de la huelga (Andrea Talarico, 2021; Carmen Grau, 2018; Beatriz Sánchez- Girón, 2021). Lo cierto es que no existe regulación normativa específica sobre el esquirolaje tecnológico a nivel de la Unión Europea, Estados Unidos¹³ o Latinoamérica. En todos esos ámbitos —jurisprudencial o doctrinalmente— se ha planteado que —sin necesidad de un cambio legislativo— (Andrea Talarico, 2021), se lo puede abordar a partir de la prohibición general de esquirolaje,¹⁴ desde una visión progresiva de los derechos fundamentales, una interpretación favorable a la más amplia extensión de los derechos sindicales (Andrea Talarico, 2021; Anna Rota, 2018) y a la luz de la función que cumple la huelga en las relaciones laborales (Margarita Miñarro, 2018).

En consonancia con lo previamente manifestado, en Perú no se encuentra prohibido expresamente el esquirolaje tecnológico. Tampoco existen antecedentes jurisprudenciales —de orden jurisdiccional, administrativo o constitucional— relacionados con el uso de la tecnología como mecanismo perturbador del normal ejercicio del derecho de huelga. Por ello, partiendo de que en el ordenamiento peruano se proscribe cualquier acto empresarial que vacíe de contenido el libre ejercicio del derecho de huelga (RLGIT, 01/04/2023, artículo 25, 9), es posible afirmar que se encuentra proscrito también el esquirolaje tecnológico. Abonan a ello la *ratio legis* de las disposiciones normativas que prohíben el esquirolaje externo (RLRCT, 01/04/2023, artículo 70); así como la labor interpretativa de los tribunales de justicia y administrativos que se han pronunciado sobre el contenido del derecho de huelga o sobre la prohibición del esquirolaje interno, tal como se señaló previamente. Las mismas razones que sustentan la prohibición del esquirolaje, tanto externo como interno, son extrapolables al esquirolaje tecnológico,

¹³ En este sentido, Andrea Talarico (2021) manifiesta que poco se ha escrito sobre el esquirolaje tecnológico en América del Norte, probablemente porque la legislación antihuelgas está relativamente ausente en esta parte del mundo (p. 588).

¹⁴ Como ocurre en Chile donde a través del Dictamen 448/6, del 24 de enero de 2018 de la Dirección de Trabajo de Chile, y vía interpretación, se fija el sentido y alcance de la expresión “reemplazo” contenido en el inciso segundo del artículo 345 y en la letra d del artículo 403 del Código de Trabajo. <https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-114390.html>

pues de lo que se trata es de cautelar la finalidad del ejercicio del derecho fundamental de huelga y su contenido constitucional.

El esquirolaje tecnológico o virtual es una particular forma de esquirolaje caracterizada por el modo empleado para mantener la producción en un contexto de huelga utilizando “algún dispositivo tecnológico que, conveniente preprogramado por el empresario, pueda lograr la finalidad de que el proceso productivo se mantenga dentro de parámetros de normalidad durante el desarrollo de la huelga” (Rodrigo Tascón, 2020, p. 93). Se busca con ello minorar o desaparecer el impacto económico y social que se genera con la huelga. Por esta razón, se trata de una decisión empresarial organizativa que afecta el contenido constitucional del derecho de huelga y evidencia un ejercicio arbitrario del poder de dirección.

Para que se aprecie una situación de esquirolaje tecnológico es necesaria la concurrencia de dos requisitos: 1) que la huelga se desarrolle en empresas que dispongan de medios tecnológicos a su alcance, sea que éstos se combinen con mano de obra o que se empleen de forma exclusiva reduciendo al mínimo la intervención humana, y 2) que el uso de estos medios tecnológicos vacíe de contenido el derecho de huelga, afectando la eficacia del derecho de huelga (Francisco Valle, 2018, pp. 190 y 191).

Se trata pues de una situación que implica el uso no habitual o inusual de los medios tecnológicos en el proceso productivo, sustituyendo —en todo o parte— las funciones, labores o tareas habituales asignadas al personal huelguista y que, bajo el manto del ejercicio ordinario del elemental poder de organización con el que cuenta el empleador (que no el *ius variandi*), se emplea con la finalidad de reducir los efectos de la huelga y no para la legítima consecución de los fines empresariales.

Siguiendo a Rodrigo Tascón (2020) se podría diferenciar entre esquirolaje tecnológico externo e interno. El primero implica la sustitución de los huelguistas con medios técnicos con los que no contaba la empresa al momento en que se convoca a la huelga y que son adquiridos ante su inminencia o mientras se desarrolla, con la finalidad de disminuir sus efectos. El segundo supone sustituir a los huelguistas con los medios técnicos de los que la empresa dispone al momento de la convocatoria de la huelga, “intensificando su uso o ampliando sus potencialidades” (pp. 97 y 98).¹⁵

¹⁵ En sentido similar, se ha señalado que el esquirolaje tecnológico se produce “redoblando el rendimiento del sistema automático ya instalado en la empresa o extendiéndolo a operacio-

El esquirolaje tecnológico interno requiere un análisis pormenorizado, pues se trata de dejar en evidencia el uso anormal o no habitual de la tecnología o la alteración de los procedimientos técnicos habituales que escondan la intencionalidad de alterar los efectos que la huelga produce mientras se desarrolla. El empleador pretenderá sustentar su actuación en el ejercicio de las facultades que le confiere el derecho de libertad de empresa; concretamente, la autonomía en la dirección de la empresa, esto es, la libertad de “dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos” (sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 01405-2010-PA/TC, fundamento jurídico 13); sin embargo, este derecho no incluye dentro de su contenido facultades para reaccionar contra la huelga (Carmen Grau, 2018).

No se debe entender con ello que el empleador tenga impedida la posibilidad de hacer uso de los recursos tecnológicos con los que ya contaba la empresa antes del desarrollo de la huelga; antes bien, de lo que se trata es de comprobar cuál ha sido el uso habitual que de ellos ha hecho el empleador, de tal forma que “si el uso de tales medios es excesivo y las modificaciones del proceso productivo no son meros ajustes, sino cambios verdaderamente sustanciales” (Rodrigo Tascón, 2020, p. 99), entonces se puede concluir válidamente que se convierte en un uso abusivo que deja sin eficacia al derecho de huelga.

En todo caso, la cuestión de la protección frente al esquirolaje tecnológico se resume a una vinculada a dotar de mayor efectividad en el ámbito de las relaciones laborales a un derecho fundamental, toda vez que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. En la relación entre el derecho de huelga y el derecho de libertad de empresa, como en cualquier situación de conflicto entre derechos, el criterio interpretativo es otorgar la mayor eficacia posible al derecho y la restricción de cualquier límite que se haya impuesto a lo necesario.

Al igual que en el caso del esquirolaje interno, también cabría extender la prohibición del esquirolaje tecnológico a aquellos supuestos en los que el empleador, a través de los medios tecnológicos, se anticipa a la labor que dejará de efectuarse mientras se desarrolla la huelga, afectando, en la práctica, su función de medida de presión contra el empleador.

nes no habituales” (Dirección de Trabajo de Chile, Dictamen 448/6, del 24 de enero de 2018, que fija el sentido y alcance de la expresión “reemplazo” contenido en el inciso segundo del artículo 345 y en la letra d del artículo 403 del Código del trabajo, p. 5).

Una cuestión fundamental vinculada con la protección frente al esquirolaje tecnológico tiene que ver con su alegación y probanza en el proceso correspondiente. Justamente, dada la necesidad de brindar la mayor protección posible al derecho de huelga, en situaciones que involucren el uso de la tecnología como mecanismo que lesiona el derecho fundamental de huelga, bastará con que los trabajadores o el sindicato prueben con indicios suficientes que se ha producido la vulneración del derecho de huelga. Esta facilitación probatoria debe ir acompañada de la regla que obligue al empleador a demostrar que ha utilizado razonablemente los medios tecnológicos (en el sentido de uso habitual u ordinario) y “que su actuación obedece a fines productivos alejados de la pretendida vulneración del derecho de huelga” (Beatriz Sánchez-Girón, 2021, p. 45). La razón no es otra que el hecho de que los medios tecnológicos se encuentran bajo su esfera de dominio.

IV. CONCLUSIONES

En el análisis de la vigencia efectiva de un derecho fundamental, como el derecho de huelga, se debe partir de su contenido constitucional y de la adecuada identificación de su razón de ser o finalidad, no desde una óptica de la legalidad ordinaria, sino desde una visión constitucional. Sólo así, las decisiones que adopten los operadores jurídicos en un caso concreto otorgarán una mayor protección al derecho de huelga.

En el ordenamiento jurídico peruano está prohibido cualquier acto que implique vaciar de contenido el derecho de huelga y neutralizar, disminuir o eliminar el efecto dañoso que la huelga *per se* implica y que forma parte de su contenido. Esto incluye el esquirolaje externo, el interno y el esquirolaje tecnológico o virtual. No es relevante que no exista una norma expresa que prohíba el esquirolaje interno ni el tecnológico. Las mismas razones que sustentan la prohibición del esquirolaje externo son aplicables a las modalidades de esquirolaje interno y tecnológico.

Si el derecho de huelga incluye dentro de su contenido la producción de efectos perjudiciales al empleador, entonces no debe permitirse que éste impida la vigencia efectiva del derecho de huelga sustituyendo a los huelguistas con medios tecnológicos, sea que se adquieran con tal finalidad o que se usen de manera intensiva o distinta a los habituales con los que ya cuenta la empresa. Una interpretación constitucional, finalista y sistemática del orde-

namiento peruano debe llevar al operador jurídico a dotar de mayor protección al derecho de huelga, pues ni siquiera el derecho de libertad de empresa del empleador y los poderes empresariales que de él se derivan, contienen dentro de sí impedir los efectos de la huelga.

La cuestión fundamental que debe examinarse cuando se analice un caso de esquirolaje tecnológico tiene que ver con el uso infrecuente o no ordinario de los medios tecnológicos, durante el desarrollo de la huelga e incluso durante el periodo de preaviso que la antecede. Por tanto, debe verificarse cuál ha sido el uso ordinario, habitual o según los procedimientos empresariales que ha hecho el empleador en el tiempo para concluir si, en realidad, el empleador ha abusado de su derecho a disponer de sus recursos materiales, técnicos y humanos para el logro de los objetivos empresariales. La razonabilidad y las necesidades del centro de trabajo siguen siendo los criterios fundamentales para examinar la decisión empresarial vinculada con el uso de los medios tecnológicos ante una situación de huelga.

En consonancia con ello, y procesalmente hablando, debe facilitarse la labor probatoria en caso de que se produzca acto de amenaza o vulneración del derecho de huelga mediante esquirolaje tecnológico. Bastará que los trabajadores presenten indicios que evidencien la vulneración del derecho de huelga; le corresponde al empleador la prueba de un uso razonable, habitual u ordinario de la tecnología.

V. REFERENCIAS

- Alfie, Ana (2012). Conflicto y derecho de huelga: reflexiones a partir del caso argentino. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 15, 3-33. <https://www.scielo.org.mx/pdf/rlds/n15/1870-4670-rlds-15-3.pdf>
- Balbín, Edgardo (2022). *El ejercicio de los derechos sindicales en el Perú 2019-2021*. Plades.
- Barrios, Guillermo y García, Begoña (2017). *Efectos de la huelga y el cierre patronal en las relaciones laborales y de seguridad social*. Aranzadi.
- Bellace, Janice (2014). La OIT y el derecho de huelga. *Revista Internacional del Trabajo*, 133(1), 31-76. <https://www.ugt-andalucia.com/documents/10157/1772791/La+OIT+y+el+derecho+de+huelga+JANICE+R.BELLACE.pdf>

- Bilbao, Andrés (1999). La globalización y las relaciones laborales. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 15, 123-137. <https://revistas.ucm.es/index.php/CRLA/article/view/CRLA9999220123A/32491>
- Casación previsional 3480-2014-Lima, del 24 de octubre de 2016. https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/06/Casaci%C3%B3n-3480-2014-Lima-Legis.pe_.pdf
- Castello, Alejandro (2011). El derecho de huelga en Uruguay. *Derecho & Sociedad*, 37, 23-31. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/13140>
- Céspedes, Carlos (2017). El daño lícito y el derecho de huelga. *Revista de Derecho*, 47, 250-289. <https://www.redalyc.org/journal/851/85150088009/html/#fn99>
- Cherry, Miriam (2020). Regreso al futuro. Continuidad del diálogo sobre el trabajo y la tecnología en la OIT. *Revista Internacional del Trabajo*, 139(1), 1-25. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---inst/documents/publication/wcms_819537.pdf
- Código del Trabajo de Chile, 22/03/2023. https://www.dt.gob.cl/portal/1626/articles-95516_recurso_1.pdf
- Código Sustantivo del Trabajo de Colombia, 22/03/2023. https://leyes.co/codigo_sustantivo_del_trabajo.htm
- Constitución peruana 1979, 12/03/2023. https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1979/Cons1979_TEXTO_CORREGIDO.pdf
- Constitución peruana 1993, 12/03/2023. <https://www.congreso.gob.pe/Docs/files/documentos/constitucion1993-01.pdf>
- Convenio 87, OIT, Convenio sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación, 12/03/2023. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C087
- Cortés, Juan (2009). El principio de buena fe, los servicios mínimos y las formas atípicas de huelga. En Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez* (pp. 673-689). Grijley.
- Dirección de Trabajo de Chile, Dictamen 448/6, del 24 de enero de 2018, que fija el sentido y alcance de la expresión “reemplazo” contenido en el inciso segundo del artículo 345 y en la letra d) del artículo 403 del Código de Trabajo, 22/03/2023 <https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-114390.html>

- Dirección General de Inspección del Trabajo, 01/04/2023, Oficio circular 059-2011-MTPE/2/16, del 7 de octubre de 2011. https://www.trabajo.gob.pe/archivos/file/SNIL/normas/oficio_circular_059-2011-MTPE-2-16.pdf
- Dosi, Giovanni y Virgillito, María E. (2019). ¿Hacia dónde evoluciona el tejido social contemporáneo? Nuevas tecnologías y viejas tendencias socioeconómicas. *Revista Internacional del Trabajo*, 138(4), 639-674. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---inst/documents/publication/wcms_819536.pdf
- Fuente, Patricia de la (2004). Los luditas y la tecnología: lecciones del pasado para las sociedades del presente. *El Búho. Revista Electrónica de la Asociación Andaluza de Filosofía*, 2, 2. <https://elbuhu.revistasaaafi.es/buho2/luditas.htm>
- Gómez, Francisco (2007). *Derecho social y del trabajo: La empresa y el empleador*. Editorial San Marcos.
- Grau, Carmen (2018). El impacto de las nuevas tecnologías en el derecho de huelga: a propósito de la sustitución de huelguistas por medios tecnológicos. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 206, 99-124. <https://pjenlinea3.poder-judicial.go.cr/biblioteca/uploads/Archivos/Articulo/El%20impacto%20de%20las%20nuevas%20tecnolog%C3%ADAs%20en%20el%20derecho%20de%20huelga.pdf>
- Jones, S. (2006). *Against Technology. From the Luddities to Neo-Luddism*. Routledge Taylor & Francis Group.
- Kahale, Djamil T. (2006). Las nuevas tecnologías en las relaciones laborales: ¿avance o retroceso? *Revista de Derecho*, 25, 289-307. <https://www.redalyc.org/pdf/851/85102508.pdf>
- Kemelmajer, Aída (1996). Los daños producidos por las huelgas en la jurisprudencia posterior a 1990. *Idearium*, 18-22, 13-21.
- Lahera, Arturo (2021). El debate sobre la digitalización y la robotización del trabajo (humano) del futuro: automatización de sustitución, pragmatismo tecnológico, automatización de integración y heteromatización. *Revista Española de Sociología*, 30(3), 1-14. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7988220>
- Ley 14/1994, del 1 de junio, que Regula las Empresas de Trabajo Temporal, 22/03/2023, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1994-12554>

- Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, texto refundido, aprobado por Real Decreto-Legislativo 5/2000, 22/03/2023. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-15060>
- Ley de Productividad y Competitividad Laboral, 22/03/2023. <https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0081/tuo-decreto-legislativo-728-reglamento.pdf>
- Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, 12/03/2023. <https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0066/ley-relaciones-colectivas-trabajo.pdf>
- Ley que Regula la Actividad de las Empresas Especiales de Servicios y de Cooperativas de Trabajadores, 20/03/2023. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/66FFAF02DDBC68D0052577C200765FC0/\\$FILE/Ley_N%C2%B0_27626.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/66FFAF02DDBC68D0052577C200765FC0/$FILE/Ley_N%C2%B0_27626.pdf)
- Ley que Regula la Tercerización de Servicios, 20/03/2023. <https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0108/Ley-Regula-Servicios-Tercerizacion.pdf>
- Miñarro, Margarita (2018). Según el Tribunal Constitucional “si es tecnológico, no es esquirolaje. Retos del derecho de huelga en la sociedad del trabajo digitalizado y externalizado. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 429, 211-220. <https://revistas.cef.udima.es/index.php/rtss/article/download/1450/1088/4638>
- Motta, Juan D. (2018). Apuntes para una historia del derecho del trabajo Peruano. *Themis Revista de Derecho*, 73, 209-224. <https://doi.org/10.18800/themis.201801.013>
- Nogueira, Magdalena (2021). El deber del empleador de prevención del esquirolaje interno espontáneo. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 6, 1-5. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2021-00000001311
- Organización Internacional del Trabajo (2018). *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*, 6a. ed. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_635185.pdf
- Real Decreto Ley 17/1977, del 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo, 22/03/2023. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1977-6061>
- Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, 12/03/2023. <https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0066/ley-relaciones-colectivas-trabajo.pdf>
- Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, 22/03/2023. <https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0072/ley-general-inspeccion-trabajo-2021.pdf>

- Rota, Anna (2018). La acción sindical en la sociedad altamente tecnológica. Una reflexión sobre el contexto italiano. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 420, 77–99. <https://doi.org/10.51302/rtss.2018.1658>.
- Ruiz, José (2021). El esquirolaje en la empresa del siglo XXI. Repaso jurisprudencial del caso español. *Revista DELOS*, Especial noviembre 21, 35-51. <https://doi.org/10.51896/DELOS/KJGA8564>
- Sánchez-Girón, Beatriz (2021). El derecho de huelga en la era digital: el esquirolaje tecnológico. *Estudios de Deusto*, 69(1), 39-47. <https://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/2143/2589>
- Sanguinetti, Wilfredo (2020). La garantía extracontractual del derecho de huelga: una reconstrucción sistemática. *Laborem*, 22, 19-57. <https://www.spttss.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/Laborem22-19-57.pdf>
- San Martín, Carolina y Pavón, Santos (2014). Nuevas tecnologías y su incidencia en las relaciones laborales. Una visión desde el ordenamiento y la jurisprudencia española. En Pilar Charro y Javier Espinoza (dirs.), *Cuestiones actuales de derecho del trabajo. Un estudio desde las dos orillas* (pp. 43-84). Dykinson.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 1124-2001-AA/TC. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01124-2001-AA.html>
- Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 0008-2005-PI/TC. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00008-2005-AI.html>
- Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 3311-2005-PA/TC. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03311-2005-AA.html>
- Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 02211-2009-PA/TC. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/02211-2009-AA.html#:~:text=consiste%20en%20la%20suspensi%C3%B3n%20colectiva,abandono%20del%20centro%20de%20trabajo%E2%80%9D>
- Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 01405-2010-PA/TC. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/01405-2010-AA.html>
- Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 04767-2017-PA/TC. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/04767-2017-AA.pdf>
- Sentencia del Tribunal Supremo español STS 499/2021, del 6 de mayo de 2021, RCU 4975/2018. <https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/755f8a6a7ead9e46>
- Sirvent, Nancy (2015). La vulneración empresarial del derecho de huelga y responsabilidad por daños y perjuicios. *Temas Laborales*, 128, 139-174. <https://core.ac.uk/download/pdf/32326546.pdf>

- Talarico, Andrea (2021). Technological Strikebreaking: A Case Study of Quebec's Anti Acab Legislation. *Revue trimestrielle Relations Industrielles*, 76(3), 587-606. <https://www.jstor.org/stable/27114736>
- Tascón, Rodrigo (2020). Propuesta de regulación para el esquirolaje tecnológico en el contexto de una hipotética ley orgánica de huelga. *Documentación Laboral*, 121, 91-103. [https://www.aedts.com/wp-content/uploads/dl/N121/06%20Propuesta%20de%20regulaci%C3%B3n%20para%20el%20esquirolaje%20tecnol%C3%B3gico%20en%20el%20contexto%20de%20una%20hipot%C3%A9tica%20ley%20org%C3%A1nica%20de%20huelga%20\(Tasc%C3%B3n%20L%C3%B3pez\).pdf](https://www.aedts.com/wp-content/uploads/dl/N121/06%20Propuesta%20de%20regulaci%C3%B3n%20para%20el%20esquirolaje%20tecnol%C3%B3gico%20en%20el%20contexto%20de%20una%20hipot%C3%A9tica%20ley%20org%C3%A1nica%20de%20huelga%20(Tasc%C3%B3n%20L%C3%B3pez).pdf)
- Todoí, Adrián (2021). *Regulación del trabajo y política económica. De cómo los derechos laborales mejoran la economía*. Thomson Reuters.
- Toscani, Daniel (2017). Prohibición de esquirolaje, externo, interno y tecnológico durante la huelga. <https://www.linkedin.com/pulse/prohibici%C3%B3n-de-esquirolaje-externo-interno-y-durante-la-gimenez/?originalSubdomain=es>
- Tribunal de Fiscalización Laboral, resolución 717-2022-SUNAFIL/TFL-Primera Sala. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/09/Resolucion-717-2022-Sunafil-TFL-Primera-Sala-LPDerecho.pdf>
- Tribunal de Fiscalización Laboral, resolución 874-2022-SUNAFIL/TFL-Primera Sala. <https://prcp.com.pe/wp-content/uploads/2022/10/R3-874-2022-452-1.pdf>
- Ugarte, José (2020). Derechos fundamentales en el trabajo, poder y nuevas tecnologías. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.*, 14(45), 81-106. <https://www.redalyc.org/comocitar.oa?id=293264642005>
- Valle, Francisco (2018). La sustitución tecnológica de trabajadores huelguistas. *Ius Labor*, 3, 187-215. <https://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/download/348580/439817>
- Villavicencio, Alfredo (2008). Las huelgas en Perú actual: radiografía de atormentado ejercicio de un derecho constitucional. *Laborem*, 8, 121-135. <https://www.spdts.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/Laborem8-118-132.pdf>