



Roj: **STS 9176/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:9176**

Id Cendoj: **28079140012012101071**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/12/2012**

Nº de Recurso: **265/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **JORDI AGUSTI JULIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ PV 3911/2011,**
STS 9176/2012

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Diciembre de dos mil doce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a Victoria Pérez-Mulet y Díez Picazo, en nombre y representación del Ente Público "**EUSKAL IRRATI TELEBISTA- RADIO TELEVISIÓN VASCA**" (**EITB**), contra la sentencia de fecha 18 de octubre de 2011, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el procedimiento núm. 30/2011, seguido a instancia del **Sindicato LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK (LAB)** y la **Confederación sindical EUZKO LANGILEEN ELKARTASUNA (ELA)**, frente a **EUSKAL IRRATI TELEBISTA, S.A. (EITB)**, siendo partes interesadas el **SINDICATO DE COMISIONES OBRERAS (CC.OO)**, la **Candidatura KOMUNIKABIDEETAKO LANGILEN BATASUNA (KLB)**, el **COMITÉ INTERCENTROS** de la empresa demandada y el **MINISTERIO FISCAL**, en materia de tutela del derecho fundamental de huelga.

Han comparecido en concepto de recurridas **EUSKAL IRRATI TELEBISTA-RADIO TELEVISIÓN VASCA** y **CONFEDERACIÓN SINDICAL ELA** representadas por los Letrados Sr. González Moyano y Sra. Gorroño Alberdi.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jordi Agustí Julia,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de la Confederación Sindical ELA, se presentó demanda en materia de tutela de derechos fundamentales, vulneración del derecho fundamental de huelga y de libertad sindical, frente a Sindicato de Comisiones Obreras, Komunikabideetako Languleen Batasuna (KLB), Comité Intercentros y Ministerio Fiscal, de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que: "estimando la demanda se declare y reconozca que la práctica empresarial de la empresa demandada **EUSKAL TELEBISTA S.A. (EITB)** es contraria a los derechos fundamentales de libertad sindical y de negociación colectiva / huelga, y como consecuencia condene a la empresa demandada: a estar y pasar por esta declaración.- al cese inmediato de tal comportamiento.- a la reposición inmediata de la situación al momento inmediatamente anterior a producirse tal comportamiento, que se concreta en la declaración de nulidad de la actuación empresarial.- al reconocimiento público, expreso, claro y manifiesto tanto a toda la plantilla de **EUSKAL TELEBISTA S.A. (EITB)** como a la sociedad en general de que **EUSKAL TELEBISTA S.A. (EITB)** el día 27 de enero de 2011 vulneró el derecho fundamental de huelga y libertad sindical en el sentido que se establezca en la sentencia, dando una publicidad extensa, objetiva y preferente en todos los programas que la empresa demandada consideró calificarlos "servicios informativo" el 27 de enero de 2011 y que fueron emitidos, debiendo emitirse una declaración de una duración al menos de 4 minutos continuados en cada uno de ellos, y llevándose a cabo el siguiente día jueves (sea la fecha que sea) desde la firmeza de la sentencia



(sea la fecha que sea), dado que 27 de enero de 2011 era jueves.- A que EUSKAL TELEBISTA S.A. (ETB), se proceda a la reparación económica cuantificada en los salarios dejados de percibir por lo trabajadores de la plantilla de EUSKAL TELEBISTA S.A. que ese día ejercitaron el derecho fundamental de huelga, en base a lo manifestado en el cuerpo de este escrito".

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, tuvo lugar el acto del juicio, en el que la parte actora se ratificó en la misma, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- El día 18 de octubre, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que estimamos en lo sustancial las demandas interpuestas por las Centrales Sindicales LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK - LAB - y EUZKO LANGILLEEN ELKARTASUNA - ELA - frente a la empresa EUSKAL TELEBISTA, S.A., en materia de tutela de derechos fundamentales, declarando que la demandada EITB vulneró el derecho fundamental de huelga de los demandantes en el marco de la huelga general convocada para el día 27 de enero de 2011 al incluir en la programación de esa jornada los programas EGUN ON EUSKADI y EUSKADI DIRECTO y al emitir publicidad de manera continuada, dado que la emisión de estos programas rebasó el límite de los servicios esenciales decretados por la Orden de 21 de enero de 2011 de la Consejera de Empleo y Asuntos Sociales, que había acordado que únicamente tendrían tal carácter los programas informativos diarios en su horario habitual.- Se declara la nulidad radical de esa conducta y se condena a la demandada EITB a proceder a la lectura del texto que luego se dirá, en los términos siguientes: la lectura se hará en la lengua correspondiente a la emisión ordinaria en cada programa informativo de todos los canales de EITB y en cada programa de los emitidos por EITB el día 27 de enero de 2011, esto es, EGUN ON EUSKADI y EUSKADI DIRECTO; dicha lectura se hará el domingo en los programas informativos en sentido estricto, y el jueves en los programas indebidamente emitidos el día de la huelga de referencia (EGUN ON EUSKADI y EUSKADI DIRECTO), en ambos casos en la fecha más próxima a la de la notificación de la firmeza de la presente Sentencia. La lectura se realizará el siguiente modo: a) en los titulares, entrada, carátula o similar de cada programa referido se anunciará, como primera noticia o titular, lo siguiente: "La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco ha dictado Sentencia estimando la demanda presentada por las Centrales Sindicales ELA y LAB y ha declarado que EUSKAL TELEBISTA, S.A. vulneró el derecho de huelga al emitir determinada programación el día 27 de enero de 2011, condenando a esta empresa a leer públicamente el texto que luego se dará a conocer"; b) posteriormente, finalizados los titulares o entrada, se procederá, como primera noticia del programa, a dar lectura al tenor literal del texto siguiente: "La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ha dictado Sentencia condenando a EUSKAL TELEBISTA, S.A. a la lectura del siguiente texto: En el procedimiento de demanda de tutela de derechos fundamentales número 30/2011, seguida a instancias de las Centrales Sindicales ELA y LAB, se ha dictado Sentencia en la que se estima en lo sustancial la demanda interpuesta por dichas Centrales Sindicales LAB y ELA frente a la empresa EUSKAL TELEBISTA, S.A. en materia de tutela de derechos fundamentales, y se ha declarado que la demandada EUSKAL TELEBISTA, S.A. vulneró el derecho fundamental de huelga de los demandantes en el marco de la huelga general convocada para el día 27 de enero de 2011, vulneración que se produjo al incluir en la programación de esa jornada los programas EGUN ON EUSKADI y EUSKADI DIRECTO y al emitir publicidad de manera continuada, dado que la emisión de estos programas rebasó el límite de los servicios esenciales decretados por la Orden de 21 de enero de 2011 de la Consejera de Empleo y Asuntos Sociales, que, en satisfacción del derecho fundamental a la información, había acordado que únicamente tendrían tal carácter los programas informativos diarios en su horario habitual".- Se absuelve a la demandada del resto de pretensiones".

En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "PRIMERO.- Las Centrales ELA y LAB tienen la condición de sindicatos más representativos y, asimismo, tienen presencia en el Comité Intercentros de EITB, con cinco representantes cada una, siendo 13 el total de miembros de dicho órgano. - SEGUNDO.- Diversas Centrales Sindicales, entre las que se hallaban las demandantes ELA y LAB, convocaron una huelga general que afectaría a todas las actividades laborales y funcionariales desempeñadas por los trabajadores y empleados públicos de todas las empresas y organismos establecidos dentro de la Comunidad Autónoma del País Vasco para el día 27 de enero de 2011, independientemente del ámbito de la empresa o administración de la que dependan. La huelga tenía una duración de 24 horas.- TERCERO.- El 21 de enero de 2011 la Consejera de Empleo y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco dictó Orden por la que se garantiza el mantenimiento de los servicios esenciales a la comunidad que se han de prestar durante la huelga general convocada para el día 27 de enero de 2011. En dicha Orden se consideraba: de un lado, que el servicio prestado por el ente público Euskal Irrati Telebista/Radio Televisión Vasca (EITB) tiene, de conformidad con la Ley 5/1982, de 20 de mayo, de creación del citado Ente público, la consideración de servicio público esencial; de otro lado, la incidencia de EITB en el ejercicio de los derechos fundamentales a comunicar y recibir libremente información veraz, tal como establece el artículo 20.2.d) de la Constitución ; finalmente, se entendía que la no emisión de programas



informativos de contenido institucional, político o social, limitaría el ejercicio de los derechos y libertades de la ciudadanía. En consecuencia, se determinaba la prestación de los servicios mínimos siguientes en la empresa EITB: únicamente los servicios informativos diarios en su horario habitual. - CUARTO.- En fechas inmediatas a la de la huelga general de referencia se mantuvieron conversaciones entre la empresa EITB y la representación de la plantilla - Comité de huelga, en el caso -, a fin de determinar la concreción de los servicios mínimos a garantizar, conversaciones que terminaron sin acuerdo entre las partes.- QUINTO.- El día 26 de enero de 2011 la Dirección de EITB resolvió emitir como servicios mínimos los programas informativos en su horario habitual de la jornada del jueves, siendo los siguientes: GAUR EGUN, TELEBERRI, GAUBERRI, EGUN ON EUSKADI, EUSKADI DIRECTO, CANAL VASCO NEWS, IPARRALDEAREN ORENA y NAVARRA DIRECTO, así como la determinación del personal necesario para la prestación de tales servicios. - SEXTO.- El organigrama de EITB incluye los programas EGUN ON EUSKADI y EUSKADI DIRECTO dentro de la Dirección de Informativos.- SÉPTIMO.- El programa EGUN ON EUSKADI se emite de lunes a viernes, en el segundo canal de EITB, en lengua castellana, en horario matinal, a las 8,30 horas, siendo sus bloques de contenidos habituales, esquemáticamente expresados, los siguientes: noticias varias, entrevista y tertulia o análisis. El día 27 de enero de 2011 este programa se emitió con su esquema habitual de contenidos.- OCTAVO.- El programa EUSKADI DIRECTO se emite de lunes a viernes, en el segundo canal de EITB, en lengua castellana, a las 13,30 horas, teniendo por contenido la emisión de reportajes de actualidad. El día 27 de enero de 2011 este programa se emitió siguiendo su esquema habitual, dándose por reproducida la escaleta del programa que consta como documento 5 aportado por la demandada. - NOVENO.- El día 27 de enero de 2011 EITB emitió publicidad ordinaria y de la llamada Teletienda de manera continuada entre los programas que consideró servicios esenciales. Dicha publicidad se hallaba preprogramada y su emisión se produjo de manera completamente automática, sin intervención humana directa. - DECIMO.- En anteriores jornadas de huelga EITB ha emitido publicidad".

CUARTO.- Por la Procuradora Sra. Pérez-Mulet y Diez-Picazo, en nombre y representación del Ente Público "EUSKAL IRRATI TELEBISTA-RADIO TELEVISIÓN VASCA" (EITB), se formaliza recurso de casación contra la anterior sentencia, basado en dos motivos amparados ambos en el apartado e) artículo 205 de la Ley de Procedimiento Laboral, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia aplicables.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 25 de enero de 2012, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte demandada para que formalizase su impugnación en el plazo de diez días.

SEXTO.- Evacuado el trámite de impugnación por Euskal Irrati Telebista-Radio Televisión Vasca y por la Confederación Sindical ELA, el Ministerio Fiscal emitió el preceptivo informe, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 16 de octubre de 2012. Dadas las características de la cuestión jurídica planteada, la Sala estimó procedente su debate en Sala General, por lo que se suspendió el señalamiento y se fijó de nuevo para la Sala General del día 28 de noviembre de 2.012, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Por la representación procesal del Sindicato LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK (LAB) y la Confederación sindical EUZKO LANGILEEN ELKARTASUNA (ELA) se interpuso demanda en materia de TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES -VULNERACION DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE HUELGA y DE LIBERTAD SINDICAL ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, frente a EUSKAL IRRATI TELEBISTA, S.A. (EITB), siendo partes interesadas el SINIDCATO DE COMISIONES OBRERAS (CC.OO), la Candidatura KOMUNIKABIDEETAKO LANGILEN BATASUNA (KLB), el COMITÉ INTERCENTROS de la empresa demandada y el MINISTERIO FISCAL, interesando que se dictase sentencia por la que se declare y reconozca:

" Que la práctica de la empresa demandada EUSKAL TELEBISTA, S.A. (EITB) es contraria a los derechos fundamentales de libertad sindical y de negociación colectiva/huelga, y como consecuencia condene a la empresa demandada a :

+ estar y pasar por esta declaración.

+ al cese inmediato de tal comportamiento.

+ a la reposición inmediata de la situación al momento anterior a producirse tal comportamiento, que se concreta en la declaración de nulidad de la actuación empresarial.

+ al reconocimiento público, expreso, claro y manifiesto tanto a la plantilla de EUSKAL TELEBISTA, S.S. (EITB) como a la sociedad en general de que EUSKAL TELEBISTA, Ss.a. (eitb) el día 27 de enero de 2011 vulneró el derecho fundamental de huelga y libertad sindical en el sentido que se establezca en la sentencia, dando



una publicidad extensa, objetiva y preferente en todos los programas que la empresa demandada consideró calificarlos "servicios informativos" el 27 de enero de 2011 y que fueron emitidos, debiendo emitirse una declaración de una duración al menos de 4 minutos continuados en cada uno de ellos, y llevándose a cabo el siguiente día jueves (sea la fecha que sea), dado que 27 de enero de 2011 era jueves.

+ a que EUSKAL TELEBISTA, S.A. (ETB), se proceda a la reparación económica cuantificada en los salarios dejados de percibir por los trabajadores de la plantilla de EUSKAL TELEBISTA, S.A. que ese día ejercitaron el derecho fundamental de huelga, en base a lo manifestado en el cuerpo de este escrito."

SEGUNDO.- 1. Por la mencionada Sala de lo Social de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 18 de octubre de 2011 (procedimiento nº 30/2011), se dictó sentencia, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"Que estimamos en lo sustancial las demandas interpuestas por las Centrales Sindicales LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK -LAB- y EUZKO LANGILEEN ELKARTASUNA -ELA-, en materia de tutela de derechos fundamentales, declarando que la demandada EITB vulneró el derecho fundamental de huelga de los demandantes en el marco de la huelga general convocada para el día 27 de enero de 2011 al incluir en la programación de esa jornada los programas EGUN ON EUSKAI y EUSKADI DIRECTO y al emitir publicidad de forma continuada, dado que la emisión de estos programas rebasó el límite de los servicios esenciales decretados por la Orden de 21 de enero de 2011 de la Consejería Empleo y Asuntos Sociales, que había acordado que únicamente tendrían tal carácter los programas informativos diarios en su horario habitual.

Se declara la nulidad radical de esa conducta y se condena a la demandada EITB a proceder a la lectura del texto que luego se dirá, en los términos siguientes: la lectura se hará en la lengua correspondiente a la emisión ordinaria en cada programa informativo de todos los canales de EITB y en cada programa de los emitidos por EITB el día 27 de enero de 2011, esto es, EGUN ON EUSKADI y EUSKADI DIRECTO; dicha lectura se hará el domingo en los programas informativos en sentido estricto, y el jueves en los programas indebidamente emitidos el día de la huelga de referencia (EGUN ON EUSKADI y EUSKADI DIRECTO), en ambos casos en la fecha más próxima a la de la notificación de la firmeza de la presente Sentencia. La lectura se realizará del siguiente modo: a) en los titulares, entrada carátula o similar de cada programa referido se anunciará, como primera noticia o titular, lo siguiente: "La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco ha dictado Sentencia estimando la demanda presentada por las Centrales Sindicales ELA y LAB y ha declarado que EUSKAL TELEBISTA, S.A. vulneró el derecho de huelga al emitir determinada programación el día 27 de enero de 2011, condenando a esta empresa a leer públicamente el texto que luego se dará a conocer"; b) posteriormente, finalizados los titulares o entrada, se procederá, como primera noticia del programa, a dar lectura al tenor literal del texto siguiente: "La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ha dictado sentencia condenando EUSKAL TELEBISTA, S.A. a la lectura del siguiente texto: En el procedimiento de demanda de tutela de derechos fundamentales 3=/2011, seguida a instancias de las Centrales Sindicales ELKA y LAB, se ha dictado Sentencia en la que se estima en lo sustancial la demanda interpuesta por dichas Centrales Sindicales LAB y ELA frente a la empresa EUSKAL TELEBISTA, S.A. en materia de tutela de derechos fundamentales y se ha declarado que la demandada EUSKAL TELEBISTA, S.A. vulneró el derecho fundamental de huelga de los demandantes en el marco de la huelga general convocada para el día 27 de enero de 2011, vulneración que se produjo al incluir en la programación de esa jornada los programas EGUN ON EUSKADI y EUSKADI DIRECTO y al emitir publicidad de manera continuada, dado que la emisión de estos programas rebasó el límite de los servicios esenciales decretados por la Orden de 21 de enero de 2011 de la Consejería de Empleo y Asuntos Sociales, que, en satisfacción del derecho fundamental a la información, había acordado que únicamente tendrían tal carácter los programas informativos diarios en su horario habitual".

Se absuelve a la demandada del resto de pretensiones."

TERCERO .- 1. Contra dicha sentencia se interpone por la representación procesal del Ente Público "EUSKAL IRRATI TELEBISTA-RADIO TELEVISIÓN VASCA" (EITB, el presente recurso de Casación, basado en dos motivos amparados ambos en el apartado e) artículo 205 de la Ley de Procedimiento Laboral, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia aplicables. En el primero de dichos motivos se denuncia la infracción de los mandatos del artículo 28.2 de la Constitución Española, en relación con el artículo 20.1d), 20.4, 14 y 38 de la misma Norma Fundamental, así como los artículos 6.4 y 6.6 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, todo ello en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, recogida en sentencias que cita, mencionando también diversas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, argumentando, en síntesis, que la publicidad se emitió de forma completamente automática, sin intervención de ningún trabajador, y utilizando exclusivamente los medios técnicos de que habitualmente dispone ETB y que le permiten programar dicha publicidad, razonando sobre el hecho de que el supuesto contemplado en la sentencia del Tribunal Constitucional 183/2006, de 19 de junio no es comparable al que ahora nos ocupa.



2. El motivo combate el pronunciamiento de la sentencia de instancia que ha considerado una vulneración del derecho de huelga la emisión de publicidad en las condiciones que recoge el hecho probado noveno, conforme al cual "el día 27 de enero de 2011 EITB emitió publicidad ordinaria y de la llamada Teletienda de manera continuada entre los programas que consideró servicios esenciales. Dicha publicidad se hallaba preprogramada y su emisión se produjo de manera completamente automática, sin intervención humana directa." La sentencia recurrida, en el apartado C) de su fundamento jurídico cuarto, encabezado "La emisión de publicidad", hace referencia a la jurisprudencia de esta Sala SSTS de 4 de julio de 2000 (rec. casación 75/2000); 9 de diciembre de 2003 (rec. casación 41/2003); y 15 de abril de 2005 (rec. casación 133/2004), que en resumen ha venido señalando que : «... no hay precepto alguno que prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa, para atenuar las consecuencias de la huelga. Si, a pesar de haberse efectuado, con los paros de los trabajadores que participaron en ella, las emisiones no fueron interrumpidas, sin que los huelguistas fueran sustituidos por otros trabajadores, ni extraños a la empresa, ni de su propia plantilla, el derecho fundamental no se ha vulnerado. Este derecho garantiza el que los huelguistas puedan realizar los paros sin ser sancionados por ello. No asegura su éxito, ni en el logro de los objetivos pretendidos, ni en el de conseguir el cese total de la actividad empresarial», y recuerda que la Sala ha dictado sentencias en las que ha entendido que el empleo de medios técnicos para asegurar un resultado que palie las consecuencias de la huelga no es una actividad represiva del derecho fundamental, en tanto no se utilicen trabajadores en huelga o se sustituyan por otros no huelguistas de la propia plantilla o ajenos a la empresa. A continuación la sentencia recurrida destaca que la STC 183/2006, de 19 de junio , al razonar sobre la cuestión de la emisión de programación pregrabada, en relación con el derecho de información, argumentó que : *"...de inmediato debe advertirse, además, que no toda la programación de televisión tiene que ver con el referido derecho constitucional, existiendo una gran porción de espacio de puro entretenimiento. Por ello, el resto de la plural actividad televisiva previamente grabada, desprovista de todo contenido e interés informativo, aún respaldada por un evidente interés legítimo tanto del comunicador como de los receptores, en nada concierne al derecho a comunicar y recibir información «ex» art. 20.1 d) CE , no invocándose en el Real Decreto impugnado ningún otro derecho o libertad constitucionalmente reconocido ni ningún bien de idéntica significación cuya preservación requiera el sacrificio del derecho de huelga para la emisión de la referida programación previamente grabada";* para señalar que dicha sentencia continúa razonando que, *"con la emisión, dentro de los horarios habituales de difusión, de una programación previamente grabada se persigue la no interrupción del servicio de la radiodifusión sonora y de la televisión, con lo que se priva de repercusión apreciable a la huelga, sustrayéndole su virtualidad de medio de presión y de inequívoca exteriorización de los efectos del paro laboral efectivamente producido mediante la exigencia de una apariencia de la normalidad del servicio, lo que resulta contrario al derecho de huelga".*

Sobre la base de estos razonamientos del Tribunal Constitucional, la sentencia recurrida entiende que : "dicho derecho queda vulnerado por la emisión de publicidad continuada en el contexto referido respecto de la huelga de referencia. Lo mismo cabría decirse respecto de la emisión, que en el caso no se produjo, desde luego, de programación enlatada o preprogramada mucho más variada y más dirigida al entretenimiento y formación de la ciudadanía que la publicidad ordinaria, como pudieran haber sido reportajes varios, películas, o similares y que, por idéntico razonamiento, habría de declararse no vulneradora del derecho de huelga. En este sentido sorprende que la utilización de programación enlatada y de emisión automatizada se limite de ordinario, en ocasiones como la analizada, a la referida a publicidad o música, siendo así que la misma argumentación cabría para mantener una programación casi inalterada, al menos en apariencia, en un día de huelga". Conclusión que entendemos excesiva -se afirma- "ya que el derecho de huelga no se vulnera solamente por la utilización de medios personales en sustitución de las personas en huelga, sino también, como en el presente caso, por la realización de actividades que exceden de los servicios decretados como esenciales", para finalizar, considerando que, "la emisión de publicidad en los términos indicados, vulneró el derecho el derecho de huelga de los demandantes, al exceder sobradamente de los servicios declarados esenciales".

3. A juicio de la Sala, la solución de la cuestión controvertida requiere una ponderación adecuada del alcance de dos derechos constitucionales en presencia, como lo son, el derecho fundamental de huelga consagrado en el artículo 28.2 CE que, por su ubicación en la Sección 1ª del Capítulo II, debe considerarse prevalente, y la libertad de empresa que se reconoce en el artículo 38 CE , ubicado en la Sección 2ª de dicho Capítulo II; derechos al que debe añadirse el también constitucional derecho de trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo que reconoce el artículo 37.2 CE , que tiene su regulación legal en el preconstitucional Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo, depurado de inconstitucionalidad, como es sobradamente conocido, por la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril , y que por lo obsoleto de su contenido, y ante la falta de una Ley Orgánica que regule el derecho de huelga, viene siendo reiteradamente interpretado por el propio Tribunal Constitucional, para adecuar sus prescripciones a la problemática que el ejercicio de dicho derecho plantea en una realidad social tan cambiante como la actual,



y en el que las nuevas tecnologías tienen un importante papel, en especial, en el sector audiovisual, como lo evidencia la cuestión controvertida en el presente caso y la doctrina constitucional a la que haremos referencia.

Sin duda, que en lo que aquí interesa, el precepto concernido del Real Decreto-Ley 17/1977, es su artículo 6, cuyo apartado 5 establece una destacada limitación durante la situación de huelga de la conducta del empresario: "En tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número 7 de este artículo." De manera palmaria pues y sin necesidad de esfuerzo interpretativo alguno, el precepto prohíbe la sustitución de trabajadores huelguistas por otros trabajadores de fuera de la empresa, que es el denominado "esquirolaje externo".

Más problemas plantea el llamado "esquirolaje interno", entendido como la sustitución de los huelguistas por trabajadores de la propia empresa, en cuanto ni en el citado precepto ni en ningún otro del Real Decreto-Ley 17/1977, se establece algún tipo de limitación de las facultades empresariales de movilidad funcional. No obstante ello, el Tribunal Constitucional ya en la STC 123/1992 de 28 de septiembre, enfrentado directamente con el "esquirolaje interno", dejó clara esta cuestión, y más recientemente en la STC 33/2011, de 28 de marzo, ratificó su doctrina al respecto, con razonamientos que estimamos de sumo interés para la solución de la controversia aquí suscitada. Así, en la STC 123/1992, de 28 de septiembre, se trató un supuesto en que el empresario cubrió los puestos de trabajo correspondientes a los huelguistas con trabajadores de la propia empresa que no eran huelguistas, que tenían una categoría profesional superior (algunos de ellos eran directivos) y que aceptaron voluntariamente desempeñar esas funciones, operación considerada lícita por el Magistrado de Trabajo de instancia, cuya sentencia fue confirmada por el Tribunal Central de Trabajo, porque "lo único que prohíbe el Real Decreto-ley 17/1977 es la sustitución con trabajadores no vinculados a la empresa y, por tanto, nadie puede prohibir otra cosa porque lo que la ley no prohíbe lo permite" (Antecedentes 1º y 2º de la STC 123/1992).

Frente a esta argumentación el TC comienza situando el problema jurídico-constitucional en los siguientes términos: *"Se trata, en suma, de averiguar si la situación interna arriba descrita, que en apariencia es legal, pudiera haber devenido contraria a la Constitución, por quebrantar el derecho fundamental configurado en su art. 28. La tensión dialéctica se produce así en dos sectores. Por una parte entre una interpretación literal y otra finalista de las normas, que a su vez refleja algo más profundo, la distonía de la libertad de empresa y la protección del trabajador. Una y otra perspectivas están en el umbral de la Constitución, que califica como «social» al Estado de Derecho en ella diseñado y sitúa la libertad en el lugar preeminente de los principios que la conforman".* (FD nº 1). A continuación (FD nº 2) el TC afirma que *"conviene saber como premisa mayor qué sea la huelga y cual su función social, aspectos ambos que constituyen con otros el sustrato y a la vez la justificación de su consideración como derecho fundamental" y, tras recordar la definición del Real Decreto-ley 17/1977, el TC añade: "Esa paralización parcial o total del proceso productivo se convierte así en un instrumento de presión respecto de la empresa, para equilibrar en situaciones límite las fuerzas en oposición, cuya desigualdad real es notoria. La finalidad última de tal arma que se pone en manos de la clase trabajadora, es el mejoramiento de la defensa de sus intereses./ En este diseño, el Real Decreto-ley mencionado más arriba recoge una vieja interdicción tradicional y repudia la figura del «esquirol», expresión peyorativa nacida para aludir al obrero que se presta a realizar el trabajo abandonado por un huelguista, según enseña la Real Academia de la Lengua en su diccionario. La interpretación a contrario sensu de esta prohibición parece sugerir que, en cambio, se permite la sustitución interna por personal ya perteneciente a la empresa, conclusión que a su vez es reforzada si el problema se contempla desde la perspectiva de la libertad, uno de cuyos criterios rectores nos dice que lo no prohibido expresamente por la Ley ha de considerarse permitido. Esto es lo que en definitiva han dicho y hecho no sólo la Administración. sino también, y sobre todo, el extinguido Tribunal Central de Trabajo en la Sentencia que es objeto de este proceso. Sin olvidar el riesgo que entraña en si misma cualquier argumentación a contrario por su esencial ambigüedad, conviene traer a colación que ha sido rechazada con entera convicción por el Tribunal Supremo en dos Sentencias (23 y 24 de octubre de 1989) a las cuales tendremos ocasión de aludir más adelante".*

Este es un punto fundamental: la legitimidad del esquirolaje interno no puede extraerse sin más a partir de una interpretación a contrario sensu de la prohibición explícita del esquirolaje externo. Y, a continuación (FD nº 3), el TC dice que tampoco cabe amparar esa sustitución de los huelguistas en la potestad directiva de la movilidad funcional -habida cuenta de que se utilizaron trabajadores de otras categorías profesionales- porque: *"Estos aspectos de la potestad directiva del empresario están imaginados para situaciones corrientes o excepcionales, incluso como medidas de emergencia, pero siempre en un contexto de normalidad con un desarrollo pacífico de la relación laboral, al margen de cualquier conflicto. Por ello puede afirmarse que están en la fisiología de esa relación jurídica, no en su patología. La existencia de tales normas que, en principio, parecen configurar el reverso del rechazo de la sustitución externa en caso de huelga, ratificando positivamente el resultado de la interpretación a contrario sensu, tampoco ofrecen una solución inequívoca, para cuyo hallazgo se hace necesaria la ponderación de los intereses en pugna a la luz de los principios constitucionales respectivos".*



Como conclusión de su razonamiento, el TC nos dice (FD nº 5): " *El derecho de huelga, que hemos calificado ya como subjetivo por su contenido y fundamental por su configuración constitucional, goza además de una singular preeminencia por su más intensa protección. En efecto, la Constitución reconoce en su art. 37 el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo, pero desgaja de este marco general una de ellas, la huelga, para colocarlo en lugar preferente, el art. 28, confiriéndole -como a todos los de su grupo- una mayor consistencia que se refleja en el mayor rango exigible para la Ley que lo regule y en la más completa tutela jurisdiccional, con un cauce procesal ad hoc en la vía judicial ordinaria y el recurso de amparo ante nosotros (arts. 53 , 81 y 161 C.E.)./ La preeminencia de este derecho produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial. Tal sucede con la potestad directiva del empresario, regulada en el art. 20 del Estatuto de los Trabajadores , (...)* ".

En la más reciente sentencia 33/2011, de 28 de marzo, el Tribunal Constitucional ratifica -como ya hemos anticipado- la trascrita doctrina sentada por la sentencia 123/1992 sobre prohibición de la sustitución interna de los trabajadores al ser consecuente ello con la necesidad de garantizar la efectividad del derecho fundamental en juego. Las actuaciones tuvieron su origen en una práctica de sustitución interna de trabajadores en la empresa Diario ABC, S.L., durante la huelga general del 20 de junio de 2002, imputándose por los demandantes a la empresa la lesión del derecho fundamental de huelga reconocido en el artículo 28.2 CE . El Juzgado de lo Social estimó la demanda confirmando que se produjo la vulneración del derecho fundamental invocado y procedió a fijar la indemnización correspondiente de los perjuicios ocasionados a los demandantes en el ejercicio del derecho. Sin embargo, el sucesivo recurso de suplicación interpuesto por la empresa demandada recibió favorable acogida en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de abril de 2004 , que negó la lesión del derecho de huelga y absolvió a la empresa de las denuncias formuladas en su contra, sentencia impugnada en demanda de amparo que dio lugar a que el Tribunal Constitucional se pronunciase al respecto estimando el amparo en la citada sentencia 33/2011 .

En esta sentencia, el TC tras delimitar el objeto del proceso de amparo señalando que " *la cuestión consiste en resolver si se vulneró el art. 28.2 CE por haber sido sustituidos los trabajadores huelguistas, como denuncian los recurrentes, por los directivos y jefes de área de su empresa, quienes, asumiendo las funciones de aquellos, lograron que se editase el diario "ABC" el día de la huelga del 20 de junio de 2002* " (FD nº 4), y recordar la singular posición que ostenta el derecho de huelga en relación a otras medidas de conflicto colectivo, haciendo referencia al ya transcrito fundamento de derecho 5 de la sentencia 123/1992 , para adicionar que : " *Por otra parte, como dijéramos en la decisiva STC 11/1981, de 8 de abril , que ha inspirado de forma continua los pronunciamientos posteriores de este Tribunal en la materia: "la huelga se consagra como un derecho constitucional, lo que es coherente con la idea del Estado social y democrático de Derecho establecido por el art. 1.1 de la Constitución , que entre otras significaciones tiene la de legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes, y entre los que se cuenta el de otorgar reconocimiento constitucional a un instrumento de presión que la experiencia secular ha mostrado ser necesario para la afirmación de los intereses de los trabajadores en los conflictos socioeconómicos, conflictos que el Estado social no puede excluir, pero a los que sí puede y debe proporcionar los adecuados cauces institucionales; lo es también con el derecho reconocido a los sindicatos en el art. 7 de la Constitución , ya que un sindicato sin derecho al ejercicio de la huelga quedaría, en una sociedad democrática, vaciado prácticamente de contenido; y lo es, en fin, con la promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y grupos sociales sean reales y efectivas (art. 9.2 de la Constitución)."* (FJ 9).

Definida así la posición constitucional del derecho, acercándonos a los perfiles del caso enjuiciado, recordemos -nos dice el TC- que la STC 123/1992, de 28 de septiembre (FJ5), subrayó que la huelga produce, durante su ejercicio, " *el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial. Tal sucede con la potestad directiva del empresario, regulada en el art. 20 del Estatuto de los trabajadores ... (que) cuando se utiliza como instrumento para privar de efectividad a la huelga, mediante la colocación de personal cualificado (en algún caso, con título universitario) en puestos de trabajo con una calificación mínima, deja inermes a los trabajadores manuales, cuya sustitución es fácil y puede privarles materialmente de un derecho fundamental, vaciando su contenido esencial*".

Tras esa definición constitucional del derecho de huelga, añade el TC, que : " *Diremos, en consecuencia, en la línea que acogimos en aquel pronunciamiento constitucional (en un supuesto en el que también se denunciaba la sustitución de los trabajadores en huelga por otros de superior nivel profesional que no la habían secundado), que la "sustitución interna" de huelguistas durante la medida de conflicto constituye un ejercicio abusivo del ius variandi empresarial, derecho que, con los límites legalmente previstos, corresponde al empresario en otras situaciones. Pero en un contexto de huelga legítima el referido ius variandi no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene*



asignadas tales funciones; ya que, en tal caso, quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo".

Es clara la interpretación extensiva de la doctrina del TC con respecto al artículo 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977, y la proscripción del "esquirolaje interno" cuando, tras los razonamientos expuestos, considera que: *"los argumentos ofrecidos en la Sentencia impugnada no se corresponden con la delimitación y definición que del derecho fundamental de huelga ha realizado este Tribunal. En primer lugar, la Sala de lo Social parte de la consideración de que la conducta prevista en el art. 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977 se refiere únicamente a la "sustitución externa" de los huelguistas. Sin embargo, como ya ha quedado reseñado en el fundamento jurídico 4 de esta Sentencia, también la sustitución interna de trabajadores huelguistas, esto es, la que se lleva a cabo mediante trabajadores que se encuentran vinculados a la empresa al tiempo de la comunicación de la huelga, puede constituir un ejercicio abusivo de las facultades directivas empresariales. Así ocurrirá cuando, sea de forma intencional, o sea de forma objetiva, dicha sustitución produzca un vaciamiento del contenido del derecho de huelga, o una desactivación o aminoración de la presión asociada a su ejercicio. No cabe duda de que en el presente caso la edición, siquiera simbólica del diario (la tirada de aquel día fue de solo 29.800 ejemplares frente a la de los jueves precedente y posterior al de la huelga que fue de 250.000 ejemplares cada día -hecho probado quinto de la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, de 10 de octubre-), era idónea para desactivar el efecto y la repercusión de la huelga legítimamente convocada." (FD nº 5).*

Finalmente en esta sentencia, el TC tras descartar la hipótesis alternativa de "no responsabilidad" de la empresa con distintos razonamientos respecto de que la decisión de editar el periódico fuera de los mandos intermedios, termina afirmando que: *"La empresa ABC tenía derecho, obviamente, a adoptar una posición en contra de la huelga general del 20 de junio de 2002, y los jefes y directivos del periódico, en virtud de su libertad de trabajo (art. 35.1 CE), podían decidir no secundarla, pero tales derechos no les facultaban para realizar o tolerar actuaciones dirigidas a neutralizar y vaciar materialmente de forma sustancial el ejercicio concreto, en aquella fecha, del derecho fundamental de huelga de los recurrentes en amparo. La utilización de las estructuras de mando para sustituir a los trabajadores huelguistas de categorías inferiores con el fin de editar el periódico el día de la huelga -o, en su defecto, el consentimiento empresarial tácito o la omisión de toda reacción o prevención que impidiera que el acto de sustitución llegara a producirse-, vulneró el art. 28.2 CE, al privar a la huelga seguida por los recurrentes de su plena efectividad como medio de presión colectiva". (FJ nº 7).*

Por otra parte, ya hemos señalado, que la sentencia aquí recurrida de la Sala de instancia se apoya, expresamente, en la STC 183/2006, de 19 de junio, negando la recurrente que el caso resuelto por dicha sentencia sea comparable al que ahora y aquí enjuiciamos. Es cierto, que dicha sentencia -la cual forma un grupo con las números 184/2006, 191/2006 y 183/2006, todas ellas de 19 de junio, dictadas en sendos recursos de amparo interpuestos frente al Real Decreto 531/2002, de 14 de junio, por el que se establecen las normas para fijar el funcionamiento de los servicios mínimos esenciales en el ámbito de la gestión indirecta de los servicios públicos esenciales de radiodifusión sonora y de televisión y el Real Decreto 527/2002, de 14 de junio, por el que se establecen normas para fijar el funcionamiento de los servicios mínimos esenciales del ente público RTVE y de las sociedades estatales RNE y TVE-, decidió un supuesto no idéntico al aquí examinado, pero si contempla un supuesto muy similar al de autos, cual es el de que, con ocasión de la huelga general de 20 de junio de 2002, convocada también contra una reforma laboral, se publicó el ya citado Real Decreto de servicios mínimos 531/2002, en el que se consideraron "servicios esenciales" - aparte de "la normal programación informativa" y la "programación y difusión de comunicados y declaraciones oficiales de interés general"- "la emisión, dentro de los horarios habituales de difusión, de una programación previamente grabada". Recurrido el precepto correspondiente de dicho Real Decreto por la Federación de Servicios de la UGT, el recurso fue desestimado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS (Sentencia de 17/1/2003), recurriendo en amparo el sindicato contra el Real Decreto y contra dicha sentencia, amparo concedido por el Tribunal Constitucional, que anuló uno y otra como forma de restablecer al recurrente en la integridad de su derecho fundamental de huelga que había resultado violado.

Es cierto que hay una diferencia importante entre ese caso y el de autos, puesto que en aquél lo que se anula es la consideración como servicio esencial -que debe atenderse con los correspondientes servicios mínimos- de la actividad consistente en emitir programación previamente grabada, mientras que ahora lo que se ha hecho es emitir esa programación pregrabada, concretamente de contenido publicitario, sin que la misma fuera autorizada por la Orden de servicios mínimos, pero esto es irrelevante a efectos doctrinales, como veremos enseguida, pese a que la cuestión controvertida no es que se considere la mencionada actividad como un servicio esencial amparada por la Orden de servicios mínimos, que no es el caso, sino que la empresa considera que puede hacerla, sin necesidad de tal calificación como servicio esencial, simplemente al amparo de su libertad de empresa, eso sí, siempre que se utilicen trabajadores no huelguistas o bien medios mecánicos o técnicos que funcionan de manera automática, que es nuestro supuesto (aunque se supone que algún trabajador al menos tendrá que hacerlos funcionar o controlar y vigilar su funcionamiento).



Contrariamente, pues, a las alegaciones de la recurrente, estimamos, en coincidencia con las afirmaciones de la resolución recurrida, que -al igual que en las sentencias antes examinadas del TC, pero dictada ya la sentencia 183/2006 en relación con la problemática de la incidencia de las nuevas tecnologías en el derecho de huelga- esta sentencia contiene elementos que van más allá del caso concreto que resuelve, y que resultan aplicables al presente caso. Así puede deducirse del FD nº 4 cuando el TC recuerda que la Sentencia impugnada de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS sostenía que "el mantenimiento de la carta de ajuste en lugar de programas previamente grabados, como pretendía la parte recurrente, hubiera supuesto el vaciamiento absoluto de los derechos al ejercicio de la actividad televisiva" de la empresa y no solamente un conflicto con el derecho a la información y comunicación. Y también cuando, a continuación, en el FD nº 5, el TC se refiere a que la Exposición de Motivos del Real Decreto impugnado hace valer "la necesidad de asegurar la continuidad de las emisiones radiofónicas y televisivas durante su horario habitual, de tal forma que se garantice la no interrupción de los servicios públicos esenciales de la radiodifusión sonora y la televisión". Pues bien, son esos planteamientos expansivos los que el TC rechaza, afirmando que en absoluto se puede considerar que el derecho a la información de la ciudadanía exija esa pretendida no interrupción de las emisiones. Pero, siendo ello así, y una vez que se ha afirmado la inexistencia de esa posible cobertura constitucional para la restricción del derecho de huelga, el TC tampoco plantea, siquiera fuera como *obiter dicta*, que esa no interrupción pueda ampararse en la libertad de empresa. Más aún, el TC señala que "en todo caso no está de más observar que la cuestión planteada es una cuestión de límites de un derecho fundamental, en la que, en la relación entre el derecho y su límite posible, el criterio de interpretación debe ser el de la mayor amplitud posible del derecho y la restricción del límite a lo necesario" (con extensa cita de jurisprudencia constitucional, desde la STC 159/1986 hasta la STC 110/2006). Y, abundando en esta perspectiva, el TC concluye su FD nº 8 afirmando que "con la emisión, dentro de los horarios habituales de difusión, de una programación previamente grabada se persigue, como se indica en la exposición de motivos del Real Decreto recurrido, la no interrupción del servicio de la radiodifusión sonora y de la televisión, con lo que se priva de repercusión apreciable a la huelga, sustrayéndole su virtualidad de medio de presión y de inequívoca exteriorización de los efectos del paro laboral efectivamente producido mediante la exigencia de una apariencia de normalidad del servicio contraria, como ya hemos señalado, al derecho de huelga". Como ya advertimos anteriormente, es claro que, en nuestro caso, no es que se imponga la no interrupción de las emisiones pregrabadas como servicio mínimo -lo que sería abiertamente inconstitucional- sino que el empresario en la práctica la impone en virtud de sus facultades organizativas dimanantes de su libertad de empresa. Pero no es menos claro que el argumento central para oponerse a aquello es el mismo que podemos hacer valer para esto otro: en uno y en otro caso se trata de "sustraer virtualidad a la huelga como medio de presión", de tal manera que el derecho de huelga ejercitable puede llegar a ser irreconocible, si se le vacía de su contenido esencial como medio presión constitucionalmente garantizado, y -de acuerdo con la doctrina constitucional citada- la posibilidad de limitar los efectos prácticos del ejercicio del derecho de huelga debe ser interpretada restrictivamente, haciendo prevalecer el criterio de la máxima efectividad del derecho fundamental en juego.

4. Abundando en esta línea argumental, la Sala de lo Contencioso Administrativo de este Tribunal ya en sentencia de 27 de junio de 2009 (rec. casación 161/2007) y posteriormente en las sentencias de 24 de febrero de 2010 (rec. casación 1425/2008) y 8 de abril de 2010 (rec. casación 4151/2007), dictadas en casos de derecho de huelga en radiodifusión y televisión y fijación de servicios mínimos- asumiendo expresamente la trascrita doctrina, ante el intento de mantener una normal programación informativa, señala que la actividad informativa mantenida como servicio mínimo comporta una disminución, no sólo de la total actividad televisiva o radiofónica de cualquier clase de contenido que es desarrollada en condiciones de normalidad, sino también una apreciable reducción de la actividad informativa que es realizada en esas mismas circunstancias de normalidad, aduciendo, que "Así debe ser considerado porque sólo así resultará visible a la ciudadanía la perturbación que provoca la huelga en la actividad donde es realizada, y sólo así, también, la huelga cumple esa virtualidad que le corresponde, según recuerda el Tribunal Constitucional, de actuar como un eficaz medio de presión a través de la exteriorización de los efectos que produce el paro laboral".

5. De las líneas doctrinales que hemos ido exponiendo, es dable deducir, que no sólo en el supuesto de que se utilicen medios humanos (trabajadores asignados a la prestación de servicios mínimos) para la realización de actividades que exceden de los servicios decretados como esenciales, se lesiona el derecho de huelga, sino que también se lesiona este derecho cuando la empresa -como en el presente caso- emite publicidad por medios automáticos. El planteamiento absolutista de la recurrente que viene a sostener que, cumpliendo con los servicios mínimos puede ETB realizar otro tipo de emisiones, siempre que para ello no emplee ni a trabajadores huelguistas ni los sustituya, por otros trabajadores llamados para prestar dichos servicios, choca frontalmente con el derecho fundamental a la huelga -que el artículo 28.2 de nuestra Constitución proclama y garantiza-, en el caso de que la actuación empresarial, aún cuando sea mediante la utilización de medios mecánicos o tecnológicos, prive materialmente a los trabajadores de su derecho fundamental, vaciando su contenido esencial. Como ha señalado la doctrina el contenido esencial del derecho de huelga



incorpora, además del derecho de los trabajadores a incumplir transitoriamente el contrato de trabajo, el derecho a limitar la libertad del empresario (STC 11/1981 , FJ nº 10), de manera que no cabe el uso de las prerrogativas empresariales, aún amparadas en la libertad de empresa, para impedir la eficacia del derecho de huelga, y ello por la propia naturaleza de este derecho y también del de libertad de empresa que no incorpora a su contenido facultades de reacción frente al paro. Con el señalado planteamiento empresarial, quedaría legitimada una actuación en la que se emitieran también todos los programas de entretenimiento -películas, concursos, reportajes, etc. etc.- que constituyen el mayor porcentaje de la parrilla de programas de cualquier televisión y que están, en su inmensa mayoría pregrabados. Si a ello le añadimos la emisión en directo de los informativos -que siempre estará justificada por el debido respeto al derecho de comunicación e información y así se habrá establecido en la correspondiente norma de servicios mínimos- el resultado práctico no puede ser más evidente: se consigue ofrecer una apariencia de normalidad con lo que la realización de una huelga en este tipo de empresas puede llegar a tener una trascendencia social prácticamente nula y, consiguientemente, el ejercicio de ese derecho puede quedar prácticamente vaciado de contenido real, lo que no es admisible en términos del derecho constitucional a la huelga, todo lo que nos lleva a modificar la doctrina sentada hasta ahora en supuestos similares al presente -con la excepción del caso resuelto en la sentencia de 16 de marzo de 1998 (rec. casación 1884/1997- entre otras en las sentencias de 4 de julio de 2000 (rec. casación 75/2000); 9 de diciembre de 2003 (rec. casación 41/2003), 15 de abril de 2005 (rec. casación 133/2004), y más recientemente, en el fundamento de derecho primero de la sentencia de 11 de junio de 2012 (rec. Casación 110/2011).

6. En definitiva, la doctrina que, con carácter general, formulamos en la presente sentencia es la siguiente : No sólo en el supuesto de que se utilicen medios humanos (trabajadores asignados a la prestación de servicios mínimos) para la realización de actividades que exceden de los servicios decretados como esenciales, se lesiona el derecho de huelga, sino que también se lesiona este derecho cuando una empresa del sector de radiodifusión sonora y televisión emite programación o publicidad por medios automáticos, en el caso de que dicha actividad empresarial, aún cuando sea mediante la utilización de medios mecánicos o tecnológicos, priva materialmente a los trabajadores de su derecho fundamental, vaciando su contenido esencial de manera que no cabe el uso de las prerrogativas empresariales, aún amparadas en la libertad de empresa, para impedir la eficacia del derecho de huelga, y ello por la propia naturaleza de este derecho y también del de libertad de empresa que no incorpora a su contenido facultades de reacción frente al paro.

7. No obstante esta doctrina que formulamos con referencia al denominado "esquirolaje tecnológico" (sustitución de medios humanos por medios mecánicos o automáticos) y que resulta de aplicación al presente caso, no nos puede llevar a confirmar en este punto la sentencia recurrida, al obrar en la misma como única referencia al respecto el contenido del hecho probado noveno, conforme al cual : *"El día 27 de enero de 2011 EITB emitió publicidad ordinaria y de la llamada Teletienda de manera continuada entre los programas que consideró servicios esenciales. Dicha publicidad se hallaba preprogramada y su emisión se produjo de manera completamente automática, sin intervención humana directa "*. Ni en el resto del relato fáctico ni tampoco en los fundamentos de derecho se efectúa alusión ni valoración alguna con respecto a la incidencia que pudo tener en la huelga la descrita actividad empresarial, en el sentido de producir un vaciamiento del contenido del derecho de huelga, o una desactivación o aminoración de la presión asociada a su ejercicio, por lo que -aún rechazando expresamente los alegatos jurídico-doctrinales del primero de los motivos del recurso, en cuanto a considerar que la emisión de publicidad preprogramada y producida de manera automática, sin intervención de medios humanos, en una situación de huelga, tiene encaje en los poderes de organización y dirección empresarial amparados en la libertad de empresa, y por ende, dicha actividad no puede ser puesta en cuestión-, procede la estimación del motivo.

CUARTO.- 1. En el segundo motivo, denuncia la recurrente la infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate, y en concreto de los mandatos del artículo 28.2 de la Constitución Española , en relación con el artículo 20.1d) y 20.4 de la misma Norma Fundamental, en relación a los programas EGUN-ON EUSKADI y EUSKADI DIRECTO.

2. El programa EGUN-ON EUSKADI se emite de lunes a viernes, en el segundo canal de EITB, en lengua castellana, en horario matinal, a las 8,30 horas, siendo sus bloques de contenidos habituales, esquemáticamente expresados, los siguientes : noticias varias, entrevista y tertulio análisis, emitiéndose este esquema habitual de contenidos el día 27 de enero de 2011. Por su parte, el programa EUSKADI DIRECTO, se emite de lunes a viernes, en el segundo canal de EITB, en lengua castellana, a las 13,30 horas, teniendo por contenido la emisión de reportajes de actualidad. El día 27 de enero de 2011 este programa se emitió siguiendo su esquema habitual.

3. Argumenta la recurrente, en contra del parecer de la sentencia recurrida, que ha interpretado correctamente la Orden gubernativa de Servicios mínimos, pues los citados programas sí revisten el carácter de informativos,



ya que como tales, los incluye en su organigrama, orgánica y jerárquicamente asignados a la Dirección de informativos.

4. La sentencia recurrida, tras razonar sobre el derecho a la información como servicio esencial de la Comunidad, y hacer referencia a su sentencia anterior, de fechas 2 de febrero de 2011 (conflicto colectivo 13/10), analiza los mencionados programas a partir de la Orden de 21 de enero de 2011 de la Consejera de Empleo y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco respecto al alcance de los servicios esenciales a garantizar por ETB, señalando como tales : "únicamente los servicio informativos diarios en su horario habitual".

3. En este punto, reiteramos la doctrina sentada por la sentencia de esta Sala de 11 de junio de 2012 (recurso de casación 110/2011), dictada con relación asimismo a ejecución por ETB de los servicios mínimos aprobados para la programación del día 20 de junio de 2010, coincidente con la huelga convocada para ese día, e idéntica controversia. Decíamos en dicha sentencia que:

"El art. 20 de la Constitución reconoce en sus apartados a) y d) las libertades de expresión e información; libertades que están relacionadas con las declaraciones de derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En estas declaraciones la libertad de expresión comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir informaciones o ideas. Se trata de un derecho de especial transcendencia en el marco de una sociedad democrática, pues está vinculado a la existencia de una opinión pública, lo que, según la doctrina científica, le confiere una posición preferente en el conflicto con otros derechos fundamentales. Es importante precisar también que la libertad de expresión se asocia a las manifestaciones de juicios de valor (opiniones), mientras que la libertad de información se vincula a afirmaciones de hecho (noticias), si bien en la práctica de los medios de comunicación estos dos aspectos se entrelazan, aunque puede afirmarse que el campo propiamente informativo se relaciona con la noticia y el de la expresión con la opinión. En este sentido la STC 192/1999 ha señalado que el art. 20.1 CE "garantiza dos derechos fundamentales conexos pero distintos, el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos y las opiniones [apartado a), y el derecho a la comunicación libre de información veraz (apartado d)], de lo que se sigue que "en un caso, nuestro texto constitucional protege la libre difusión de creencias y juicios de valor personales y subjetivos, mientras que en el otro garantiza la divulgación de hechos". Pero la sentencia citada añade que "sin embargo, es cierto que, en los casos reales que la vida ofrece, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la simple narración de unos hechos, pues a menudo el mensaje sujeto a escrutinio consiste en una amalgama de ambos". Esto es especialmente predicable del funcionamiento de los medios de información, cuya tarea "informativa", como es notorio, no se limita a la transmisión de noticias, sino que comprende también normalmente los aspectos valorativos de los acontecimientos de la actualidad y de los problemas de interés público.

No cabe considerar, sin más precisiones, como ajenas al derecho a la información y como "prescindibles" la entrevista y la tertulia, sin un análisis de sus contenidos, pues aquéllas son las vías usuales a través de las cuales pueden expresarse, en el marco del medio televisivo, los contenidos valorativos de la información sobre la actualidad. Pero dicho esto, es necesario formular algunas consideraciones adicionales. Por una parte, hay que recordar que, de acuerdo con la doctrina constitucional, servicio esencial es aquel que es necesario para la satisfacción de los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos" (SSTC 26/1981 y 8 /1992). Pero a partir de esta determinación debe tenerse en cuenta que la garantía aplicable en cada caso - los servicios mínimos que permiten mantener el servicio esencial en la situación de conflicto - vendrá determinada por el nivel de exigencia que imponga la situación concreta en que se desarrolle el conflicto y la propia configuración de la organización de la prestación del servicio. En términos de la doctrina constitucional, no se trata de la garantía del servicio esencial en su totalidad, sino de la parte o cuota del mismo que precisa su garantía, es decir, que el servicio habrá que mantenerse "en la medida y con la intensidad que efectivamente lo exija" su garantía a los ciudadanos (STC 8/1992) y en este sentido habrá que aplicar, como dice la STC 183/2006 , un criterio estricto para ponderar el nivel de mantenimiento que considerase indispensable para asegurar la satisfacción del interés público afectado, ya que "en las huelgas que se produzcan en servicios esenciales de la comunidad debe existir una razonable proporción entre los sacrificios que se impongan a los huelguistas y los que padezcan los usuarios de aquéllos" y ello porque la garantía de "los mínimos indispensables para el mantenimiento de los servicios ...no puede significar que se exija alcanzar el nivel de rendimiento habitual ni asegurar el funcionamiento normal del servicio", pues "la huelga ha de mantener una capacidad de presión suficiente como para lograr sus objetivos frente a la empresa, en principio destinataria del conflicto".

Volviendo a los hechos del caso, hay que concluir que la tertulia y la entrevista pueden tener contenidos informativos en el sentido apreciado de valoración de la actualidad y no de simple noticia de ella y desde esta perspectiva es claro que podrían entrar en la reserva de servicios mínimos que estableció la Orden del Gobierno Vasco en los términos ya examinados. Pero desde el momento en que las organizaciones demandantes pusieron en cuestión que esto fuera así, era la parte demandada la que tenía que probar el contenido de estas



secciones del programa para acreditar que se insertaban dentro de la finalidad propia de la garantía, pues "cuando se ha producido una limitación o un parcial sacrificio de derechos básicos que la Constitución reconoce a los ciudadanos, ..., la autoridad que realiza el acto debe estar en todo momento en condiciones de ofrecer la justificación" (STC 26/1981, fj. 16). Por ello ha de concluirse que, al no haberse acreditado el contenido de esas secciones del programa, tampoco cabe entender que haya sido errónea su exclusión del ámbito de la garantía por parte de la sentencia recurrida, que además deja abierta la posibilidad de la inclusión de esas secciones o espacios en ese ámbito. La denuncia, por tanto, en este punto debe ser rechazada.

Lo mismo sucede con el programa "Euskadi Directo", que, según el hecho probado octavo, se emitió el 27 de junio con su esquema habitual, siendo "los reportajes emitidos los siguientes:.

La sentencia recurrida ha considerado que este programa carece de contenido informativo directo y estima la Sala que esta consideración es acertada, pues las programaciones sumariamente descritas no se ajustan ni a los contenidos estrictamente informativos de la actualidad que son relevantes desde una perspectiva de interés público, ni tampoco a las comunicaciones de orden valorativo que tienen también esa relevancia en una sociedad pluralista. No se trata de informaciones de "interés local", como sostiene la parte recurrente, sino que se está más cerca de lo que la doctrina constitucional considera programas de "entretenimiento" y sería banalizar el derecho fundamental a la información considerar este tipo de programas como un servicio esencial a la comunidad. En su consecuencia, el motivo debe desestimarse."

QUINTO.- La estimación parcial del recurso conduce a la casación de la sentencia recurrida con el alcance que se deriva de las anteriores consideraciones. Ello significa que:

1º) En el párrafo primero del fallo de la sentencia recurrida la referencia a que se vulneró el derecho fundamental de huelga al incluir en la programación del 27 de enero de 2011 los programas EGUN ON EUSKADI y EUSKADI DIRECTO y al emitir publicidad de forma continuada debe limitarse a indicar que tal vulneración se produjo por la emisión de los programas EGUN ON EUSKADI y EUSKADI DIRECTO.

2º) La declaración de nulidad radical debe limitarse a la emisión de los programas EGUN ON EUSKADI y EUSKADI DIRECTO, sin incluir la emisión de publicidad.

3º) En la lectura a la que se condena a la entidad demandada se precisará que dicha condena se ha impuesto por sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que ha sido confirmada parcialmente por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

4º) El apartado b) del párrafo en el que se establece el texto a leer quedará redactado en los términos que se fijan en el fallo.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos en parte el recurso de casación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a Victoria Pérez-Mulet y Díez Picazo, en nombre y representación del Ente Público "EUSKAL IRRATI TELEBISTA-RADIO TELEVISIÓN VASCA" (EITB), contra la sentencia de fecha 18 de octubre de 2011, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el procedimiento núm. 30/2011, seguido a instancia del **Sindicato LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK (LAB)** y la **Confederación sindical EUZKO LANGILEEN ELKARTASUNA (ELA)**, frente a **EUSKAL IRRATI TELEBISTA, S.A. (EITB)**, siendo partes interesadas el **SINDICATO DE COMISIONES OBRERAS (CC.OO)**, la **Candidatura KOMUNIKABIDEETAKO LANGILEN BATASUNA (KLB)**, el **COMITÉ INTERCENTROS** de la empresa demandada y el **MINISTERIO FISCAL**, en materia de tutela del derecho fundamental de huelga. Casamos la sentencia recurrida de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, anulando sus pronunciamientos con el siguiente alcance:

1º) En el párrafo primero del fallo de la sentencia recurrida la referencia a que se vulneró el derecho fundamental de huelga al incluir en la programación del 27 de enero de 2011 los programas EGUN ON EUSKADI y EUSKADI DIRECTO y al emitir publicidad de forma continuada debe limitarse a indicar que dicha vulneración se produjo por la emisión de los programas EGUN ON EUSKADI y EUSKADI DIRECTO, sin incluir la emisión de publicidad.

2º) La declaración de nulidad radical debe limitarse a la emisión de los programas EGUN ON EUSKADI y EUSKADI DIRECTO, sin incluir la emisión de publicidad.

3º) En la lectura a que se condena a la entidad demandada se precisará que dicha condena se ha impuesto por sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que ha sido confirmada parcialmente por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

4º) El apartado b) del párrafo en el que se establece el texto a leer queda redactado en los siguientes términos:



"b) posteriormente, finalizados los titulares o entrada, se procederá, como primera noticia del programa, a dar lectura al tenor literal del texto siguiente: "La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ha dictado Sentencia, confirmada parcialmente por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en la que se condena a EUSKAL TELEBISTA, S.A. a la lectura del siguiente texto: En el procedimiento de demanda de tutela de derechos fundamentales número 30/2011, seguida a instancias de las Centrales Sindicales ELA y LAB, se ha dictado Sentencia en la que se estiman parcialmente las demandas interpuestas por dichas Centrales Sindicales LAB y ELA frente a la empresa EUSKAL TELEBISTA, S.A. en materia de tutela de derechos fundamentales, y se ha declarado que la demandada EUSKAL TELEBISTA, S.A. vulneró el derecho fundamental de huelga de los demandantes en el marco de la huelga general convocada para el día 27 de enero de 2011, vulneración que se produjo al incluir en la programación de esa jornada los programas EGUN ON EUSKADI y EUSKADI DIRECTO, dado que la emisión de estos programas rebasó el límite de los servicios esenciales decretados por la Orden de 21 de enero de 2011 de la Consejera de Empleo y Asuntos Sociales, que, en satisfacción del derecho fundamental a la información, había acordado que únicamente tendrían tal carácter los programas informativos diarios en su horario habitual".

Se confirman los restantes pronunciamientos de la sentencia recurrida.

Sin imposición de costas. Decretamos la devolución del depósito constituido para recurrir por la recurrente EUSKAL TELEBISTA, S.A.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. D. Jesus Gullon Rodriguez D. Aurelio Desdentado Bonete D. Fernando Salinas Molina D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea D. Luis Fernando de Castro Fernandez D. Jose Luis Gilolmo Lopez D. Jordi Agusti Julia D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana D^a. Rosa Maria Viroles Piñol D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel D. Antonio Martin Valverde D. Jesus Souto Prieto

Voto Particular

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Aurelio Desdentado Bonete A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO 265/11 Y AL QUE SE ADHIEREN LA EXCMA SRA . D^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea Y EL EXCMO. SR. D. Jose Luis Gilolmo Lopez.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso 265/11 para sostener la posición que mantuve en la deliberación.

El voto particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERA .- Mi discrepancia con la sentencia recurrida no se produce en relación con el fallo, que comparto, ni con la fundamentación de la desestimación del segundo motivo del recurso, que también acepto.

Esa discrepancia se concreta en la nueva doctrina que se establece sobre el denominado "esquirolaje tecnológico" en el fundamento jurídico tercero, que rectifica la doctrina anterior de la Sala, contenida, entre otras, en las sentencias de 4 de julio de 2000, 9 de diciembre de 2003, 15 de abril de 2005 y 11 de junio de 2012.

Se afirma en la nueva doctrina que "se lesiona este derecho -el derecho de huelga- cuando la empresa - como en el presente caso- emite publicidad por medios automáticos", si bien luego se concluye que en el supuesto decidido, aunque ha existido emisión de publicidad preprogramada por medios, no se ha producido "un vaciamiento del derecho de huelga o una desactivación o aminoración de la presión asociada a su ejercicio".

Es importante resaltar que la sentencia de la que disiento mantiene que la lesión del derecho de huelga por la emisión automática de publicidad vulnera el derecho de huelga aunque la empresa "no emplee (...) trabajadores huelguistas, ni los sustituya por otros trabajadores llamados a prestar servicios mínimos"; es decir, sostiene que la emisión automática de programas pregrabados lesiona el derecho, aun cuando no haya sustitución de huelguistas. Y se funda para ello en que "el resultado práctico" que se produce con la emisión por medios técnicos "consigue ofrecer una apariencia de normalidad" que priva de trascendencia a la huelga.

De esta forma, se excede, en mi opinión, la garantía que establece el art. 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977, tal como ha sido interpretada por la doctrina constitucional, y se altera el contenido del propio derecho a la huelga. En los apartados que siguen trataré de razonar estas conclusiones.

SEGUNDO.- En primer lugar, se excede la garantía del art. 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977, porque esta garantía se funda, tanto en el esquirolaje "interno" como en el "externo", en la existencia de una sustitución de



los huelguistas por trabajadores "no vinculados a la empresa en el momento de ser comunicada (la huelga), o por trabajadores ya vinculados a la empresa antes de la huelga, pero que desempeñaban funciones distintas, bien utilizando "las facultades empresariales de movilidad (STC123/1992) o bien aceptando la prestación de servicios por trabajadores no huelguistas, pero que actúan de forma manifiesta fuera de su ámbito profesional (STC 33/2011). Para apreciar la existencia de lesión del derecho de huelga es conceptualmente necesaria la sustitución de los huelguistas, y ello incluso cuando se trata de esquirolaje "tecnológico", porque sin esa sustitución no se está privando de eficacia conflictiva al cese del trabajador que se ha declarado en huelga. La sustitución es, según el Diccionario de la Lengua, "acción y efecto de sustituir", que, a su vez, supone "poner a una persona o cosa en lugar de otra". Esquirol es, además, según el mismo diccionario, el que "se presta a realizar el trabajo abandonado por un huelguista". De ahí que la sustitución exija, en primer lugar, que el trabajo desempeñado por un trabajador huelguista se reemplace sin causa habilitante para ello y, en segundo lugar, que ese reemplazo o sustitución se realice en el supuesto normal recurriendo a un trabajador contratado "ex novo" o asignado de forma irregular a la tarea del huelguista. Sin sustitución no opera la garantía y no hay sustitución cuando el trabajo sigue realizándose por los mismos trabajadores que no se unen a la huelga o cuando la actividad productiva, que se realizaba de forma automática sin intervención del trabajo humano continúa desarrollándose de la misma forma y, por tanto, sin necesidad de reemplazo de la fuerza de trabajo para mantener su continuidad durante la huelga, es decir, cuando no hay huelguistas que hayan sido sustituidos. Y esto último es lo que sucede cuando la actividad continúa desarrollándose a través de procesos automatizados sin intervención de trabajo humano. Dice la sentencia que se supone que "algún trabajador al menos tendrá que hacerlos funcionar (los medios mecánicos) o controlar y vigilar su funcionamiento". Ésta es una deducción plausible, pero lo cierto es que no se acredita que ese trabajador hipotético exista o que, de existir, proceda de los designados para cumplir los servicios mínimos o del esquirolaje externo o interno. Dice en este punto la sentencia recurrida que "la emisión se produjo de manera completamente automática, sin intervención humana directa", eliminando "la publicidad que debe introducirse de forma manual" (fj. 4º.c) de la sentencia recurrida). Lo que ha sucedido es que la entidad empresarial durante la huelga ha continuado emitiendo publicidad "en los intervalos entre los programas considerados como servicios esenciales", sin que conste que para ello se haya producido sustitución ilícita de los huelguistas o aplicación indebida de los servicios mínimos. Y si es así, al no existir sustitución, no ha podido lesionarse la garantía del art. 6.5 del Real Decreto- Ley 17/1977 .

TERCERO.- En segundo lugar, la nueva doctrina que se establece altera, a mi juicio, el contenido del derecho de huelga al que queda referida su protección. Ese contenido se ha vinculado por el Tribunal Constitucional a "una cesación del trabajo en cualquiera de sus manifestaciones o modalidades" con una finalidad reivindicativa (STC 11/1981) y la doctrina científica suele definir la huelga "como la cesación colectiva y concertada del trabajo en la prestación de servicios para la defensa y promoción de los intereses laborales y sociales de los trabajadores". La huelga es una medida de presión en el marco de un conflicto en el que se reconoce el recurso a la autotutela y el tránsito de la "huelga-libertad" a la "huelga- derecho", que consagra el art. 28.1 de la Constitución con el reconocimiento de la huelga como derecho fundamental, implica el establecimiento de una serie de garantías para evitar que el ejercicio de ese derecho sea restringido o inquietado por determinadas acciones del propio empleador o de terceros. En este sentido se inscriben las previsiones sobre la suspensión del contrato de trabajo durante la huelga, el mantenimiento de la cobertura de la Seguridad Social, la limitación del cierre patronal de respuesta o la protección administrativa y penal del derecho de huelga (art. 8.10 de la LISOS y art. 315 del Código Penal).

Dentro de estas medidas de garantía se encuentran las limitaciones en el empleo de trabajadores para sustituir a los huelguistas que contempla el art. 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977 , tal como ha sido interpretado por el doctrina constitucional en las SSTC 123/1992 y 33/2011 ya mencionadas. Este precepto impone al empresario la prohibición de recurrir a la contratación externa de trabajadores o las medidas de movilidad con la finalidad de sustituir a los huelguistas. Pero se excede el ámbito de esta garantía y el propio contenido del derecho fundamental cuando lo que se sostiene -como hace la sentencia de la que discrepo- es que la lesión del derecho de huelga se produce también cuando se realiza "una actividad empresarial" -en este caso la emisión de publicidad- "aun cuando sea mediante la utilización de medios mecánicos y tecnológicos" y ello aunque no conste ni la sustitución de huelguistas por esos medios automáticos, ni que tales medios se hayan incorporado a la empresa con la finalidad específica de hacer frente a la huelga. La única justificación para considerar vulnerado el derecho fundamental es que mediante el empleo de estos medios "se consigue ofrecer una apariencia de normalidad con lo que la realización de la huelga en este tipo de empresas puede llegar a una transcendencia social prácticamente nula y consiguientemente el ejercicio de ese derecho puede quedar prácticamente vaciado de contenido real". Pero, de esta forma, la garantía ya no afecta a la sustitución de los huelguistas, sino al resultado de la huelga, convirtiéndose en una garantía del éxito de ésta, para lo que se impone al empresario una obligación de colaborar a ese resultado, absteniéndose de realizar su actividad por medios que no se ha acreditado que supongan sustitución alguna de los huelguistas.



Lo que garantiza la Constitución es el derecho a realizar la huelga, es decir, a cesar temporalmente en el trabajo como medida de presión. No garantiza el resultado positivo de la misma. Dicho más claramente, el derecho de huelga no comprende la obligación de que el empresario se abstenga de realizar una actividad productiva que puede comprometer el logro de los objetivos de la huelga, cuando esa actividad se realiza sin sustitución de los huelguistas.

Considero que el problema del esquirolaje tecnológico es más complejo, porque en él habría que distinguir al menos dos situaciones: 1ª) la utilización de medios ya existentes en la empresa para el mantenimiento de determinadas actividades automatizadas sin sustitución de los huelguistas y sin empleo de trabajadores afectados a los servicios mínimos cuando esas actividades no tienen ese carácter; 2ª) la utilización de esos medios para sustituir a los huelguistas, con dos variantes: (a) el empleo para esa finalidad de medios ya existentes en la empresa y (b) la adquisición de esos medios para hacer frente a los problemas planteados por la huelga. Solo en esta segunda situación cabría plantear el problema de la compatibilidad con el derecho de huelga y su extensión por vía analógica a partir del art. 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977. Pero éste no es el supuesto que aquí se decide. Por ello, lo que procede es desestimar el motivo del recurso, aplicando el criterio de la sentencia de 12 de junio de 2012, sin abordar una rectificación general de la doctrina de esa sentencia y de las anteriores ya mencionadas, cuando además esa revisión carece de consecuencias prácticas en el fallo y excede de los términos del debate.

CUARTO.- Para fundar su decisión la resolución de la que disiento cita numerosas sentencias del Tribunal Constitucional y de la Sala 3ª de este Tribunal. La amplitud de la cita que se realiza excusa aquí un análisis más detallado de estas resoluciones.

Basta indicar que ninguna de ellas se pronuncia sobre el supuesto debatido en este recurso, relativo a la obligación del empresario de garantizar la efectividad del derecho de huelga, absteniéndose de emplear los medios automáticos de producción para continuar su actividad.

Las SSTC 123/1992 y 33/2011 deciden, como ya se ha visto, sobre el esquirolaje "interno". Por su parte, las SSTC 183, 184 y 191/2006 se pronuncian sobre impugnaciones de decretos de establecimiento de servicios mínimos, en los que se había considerado como tales la emisión de programas pregrabados. Esa consideración se rechaza, porque esa "actividad televisiva previamente grabada, desprovista de todo contenido e interés informativo" ... "en nada concierne al derecho a comunicar y recibir información «ex» del art. 20.1.d) de la Constitución, mientras que la emisión de esos programas en los horarios habituales de difusión puede crear una apariencia de normalidad con perjuicio de la efectividad del derecho de huelga. Pero, como ya precisó nuestra sentencia de 11 de junio de 2012, lo que se está diciendo no es que la empresa tiene la obligación de dejar de emitir esos programas pregrabados para no perjudicar el derecho de huelga, sino que esos programas no deben emitirse como servicios mínimos porque no pueden ampararse en el derecho a comunicar y recibir información, pudiendo además esa emisión limitar la efectividad de la huelga. Lo mismo sucede con las sentencias de la Sala de lo Contencioso-administrativo de este Tribunal de 27 de junio de 2009, 14 de febrero y 8 de abril de 2010, que también versan sobre la consideración como servicios mínimos de la emisión de programas pregrabados. Como resume la sentencia últimamente citada, se considera no justificada "la imposición como servicio mínimo de la emisión de la programación grabada habitual".

Madrid, 5 de diciembre de 2012

Voto Particular

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Antonio Martín Valverde A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO 265/11 Y AL QUE SE ADHIEREN EL EXCMO SR. D. José Manuel López García de la Serrana Y EL EXCMO. SR. D. Jesús Souto Prieto.

La sentencia de la mayoría ha estimado el recurso de Euskal Telebista, considerando que la emisión de publicidad televisiva efectuada en la jornada de huelga general de 27 de enero de 2011 (declarada por los denominados "sindicatos nacionalistas" del País Vasco, LAB y ELA entre otros, sin suscripción de la declaración por parte de los sindicatos mayoritarios a nivel nacional) no lesiona el derecho de huelga de los trabajadores huelguistas. Muestro mi conformidad en este punto con lo acordado por la Sala. Pero discrepo de la fundamentación de la sentencia de la mayoría, en la que se vierten argumentos que no comparto, y que, a mi juicio, no resultan tampoco necesarios para la solución del caso enjuiciado.

Estoy totalmente de acuerdo, en cambio, con las razones expuestas en el primero de los votos particulares que acompaña a la presente resolución.

Viene a decir la sentencia de la mayoría que puede constituir lesión del derecho de huelga en las empresas de comunicación no sólo, como establece el artículo 6.5 del Decreto-Ley de Relaciones de Trabajo, la sustitución de los trabajadores huelguistas por otros trabajadores, sino la emisión de programas pregrabados en cuya



inserción no haya habido intervención alguna de trabajadores en huelga; a esta práctica empresarial la llama "esquirolaje tecnológico".

La operación hermeneútica contenida en esta parte de la sentencia es no una interpretación extensiva sino la analogía o " *aplicación analógica* ", prevista en el artículo 4.1 del Código Civil para los casos en que " *las normas* " " *no contemplan un supuesto específico, pero regulan otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón* ". Pero, a mi juicio, faltan en el caso enjuiciado los dos presupuestos exigidos en el citado artículo para la " *analogía legis* ", a saber la existencia de una laguna legal y la presencia en el ordenamiento de una norma semejante .

En primer lugar, no existe laguna legal en el caso, en cuanto que el principio de libertad de empresa y el derecho constitucional del empresario a adoptar medidas de conflicto colectivo limitan las restricciones de la libertad de acción del empresario en supuestos conflictivos a las expresamente establecidas en la norma legal. Y, en segundo lugar, no hay identidad de razón entre la prohibición de la sustitución de trabajadores huelguistas y la prohibición de emisión de programas pregrabados, en cuanto que la primera se refiere al mismo factor de producción que la huelga - el "capital humano" -, mientras que la segunda pone en juego un factor o medio de producción netamente distinto - el "capital físico y tecnológico" -, de libre disposición por parte de la empresa.

En efecto, la huelga se refiere al trabajo humano y no al funcionamiento de máquinas de titularidad del empresario y a disposición del mismo. Por otra parte, de acuerdo con STC 11/1981 , el derecho de huelga es un derecho individual de los trabajadores huelguistas, los cuales no pueden pretender ni que se sumen a su ejercicio los no huelguistas ni, como destaca el primero de los votos particulares que acompaña a la sentencia de la mayoría, que el empresario al que va dirigida la presión huelguística colabore por inacción u omisión al éxito de la medida singular de conflicto colectivo en que la huelga consiste. A ello hay que añadir que la huelga es un derecho instrumental y no un derecho absoluto, que ha de convivir en el ordenamiento de los conflictos colectivos de trabajo con el derecho del empresario a adoptar medidas efectivas de conflicto colectivo.

Ciertamente, algunas de las medidas de conflicto colectivo del empresario están restringidas o limitadas por el legislador, que ha dispuesto la desigualdad de armas de los contendientes en este ámbito particular de la competición entre las fuerzas productivas. Pero en la relación de las restricciones o limitaciones de las medidas de conflicto colectivo de los empresarios no se encuentran los actos empresariales de mantenimiento de la producción sin intervención humana, los cuales están respaldados de un lado por el derecho a la libertad de empresa en su vertiente de ejercicio de actividades empresariales lícitas, y de otro lado por la defensa de la productividad que el artículo 38 CE encarga expresamente a los poderes públicos, incluidos los organismos jurisdiccionales.

Entiendo en suma que nuestra doctrina anterior sobre la emisión de programas pregrabados en las huelgas en los medios de comunicación, contenida en STS 11-6-2012 , debe ser mantenida.

A la discrepancia de fondo que se acaba de resumir se une una discrepancia sobre el enfoque y sobre la metodología del discurso central de la sentencia de la mayoría. Lo que procura este discurso, que ocupa por cierto el grueso de su parte expositiva, es fijar doctrina no para el caso controvertido, en el que estima el recurso de la empresa, sino para futuros hipotéticos casos de huelga en medios de comunicación en que la decisión de la dirección del medio de inserción de publicidad sí pudiera constituir lesión del derecho de huelga, aprovechando al paso la ocasión para corregir lo que la propia Sala ha establecido en un supuesto litigioso anterior.

Como es lógico, no pretendo discutir que la Sala pueda modificar, cuando lo estime ajustado a ley, una doctrina ya establecida. Ahora bien, dicho sea con el debido respeto pero también con la claridad exigida en el lenguaje de las resoluciones judiciales, no me parece que un acto jurisdiccional deba contener, como núcleo central y columna vertebral de su argumentación, un largo excurso destinado a la fundamentación de decisiones que no se refieren al litigio enjuiciado, sino a otro litigio anterior o a futuros litigios posteriores. El acto jurisdiccional es normalmente (siempre en el caso de la sentencia) un acto de aplicación razonada del ordenamiento jurídico; y el marco natural de su razonamiento debe ser la decisión adoptada en el caso o en otros casos semejantes, y no la decisión que hubiera debido adoptarse en supuestos litigiosos distintos.

El desarrollo detallado de la posición discrepante sostenida en este voto particular se expone a continuación en fundamentos numerados, como prescribe la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Primero.- De acuerdo con la doctrina de STS 11-6-2012 , la inserción de publicidad entre los programas emitidos como servicios mínimos no lesiona el derecho de huelga cuando se trata de publicidad preprogramada que se inserta de manera completamente automática, sin intervención humana directa. La sentencia a la que acompaña este voto particular entiende por el contrario que la emisión de publicidad preprogramada puede en determinados casos, entre los que no se encuentra el enjuiciado, limitar



excesivamente la repercusión práctica del derecho de huelga, vulnerando el derecho reconocido en el artículo 28.2 CE . La tesis de la sentencia de la mayoría es que la difusión de la publicidad pregrabada puede constituir una especie de "esquirolaje tecnológico" lesivo del derecho de huelga, en los casos en que, sigue el razonamiento de la mayoría, la repercusión del ejercicio de tal derecho fundamental se reduzca hasta quedar vaciado de eficacia real. La ponderación adecuada del derecho de huelga (art. 28.2 CE) con la libertad de empresa (art. 38 CE), concluye la fundamentación de la sentencia, puede obligar a dar preferencia al primero, impidiendo la difusión de publicidad pregrabada.

Las razones por las que me inclino por la tesis de STS 11-6-2012 son las que en ella se exponen con detalle, pudiendo resumirse como sigue: 1) el establecimiento de servicios mínimos es una garantía del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, que limita en su caso el ejercicio del derecho del huelga en la medida imprescindible para atender a otros derechos o bienes constitucionales afectados por la inactividad de los huelguistas; y 2) la determinación de los servicios mínimos no es, por tanto, un límite a la "propia actividad empresarial", la cual puede desarrollarse más allá del cumplimiento de dichos servicios mínimos bien por los "trabajadores no huelguistas" bien "por medios automáticos".

Mi discrepancia con que pueda ser calificada como conducta lesiva de la huelga una decisión de estas características radica en dos puntos, que paso a desarrollar a continuación.

Segundo.- El primer punto se refiere a la configuración de la huelga en nuestro ordenamiento como un derecho instrumental de titularidad individual y de ejercicio colectivo (STC 11/2011). Ello quiere decir, entre otras cosas, que, como ocurre *mutatis mutandis* con la propiedad privada o con la libertad de empresa, el instrumento de la huelga se reconoce como derecho porque, en términos generales, está acreditada su eficacia en cuanto medio de defensa de los intereses considerados, los laborales en el caso de la huelga. Pero la eficacia general del instrumento de la huelga (y lo mismo habría que decir del ejercicio de otros derechos constitucionales como la propiedad privada o la libertad de empresa) no implica que todas las huelgas declaradas deban ser valoradas *a priori* como acertadas.

En efecto, en un balance de las ventajas y sacrificios que comportan para todos los afectados, puede que los huelguistas estén cargados de razón no sólo en cuanto al fin perseguido sino en cuanto al medio utilizado; puede también que el fin perseguido merezca aprobación, pero el medio resulte excesivo o inconveniente; y puede por último que tanto el fin como el medio sean reprobables. De ahí que, en última instancia, los distintos ordenamientos establezcan algún mecanismo de validación o control de oportunidad por parte de los trabajadores de las huelgas proyectadas o declaradas, como la votación interna en el sindicato, o el referendun de los participantes, o la restricción de la promoción de la huelga a la *labor organization* mayoritariamente votada *ad hoc* en la unidad de conflicto o de negociación colectiva afectada. En el derecho español este mecanismo de validación es muy enérgico sobre el papel de la ley (no tanto quizás, pero no es éste nuestro tema aquí, en la realidad de las relaciones laborales): se atribuye la titularidad del derecho de huelga al juicio de cada trabajador individual, que es en última instancia quien decide o no suspender mediante "*por el ejercicio del derecho de huelga*" [art. 45.1.I) ET] la relación individual de trabajo.

En un derecho de configuración tan singular y compleja como el de sumarse y participar en una huelga declarada, la valoración jurídica no puede inclinarse siempre a favor de los huelguistas, y en contra de los demás afectados por la huelga (no huelguistas, empresarios, usuarios, etcétera). Ni tampoco, por supuesto, debe llegar, en un movimiento de péndulo, a la conclusión contraria. La valoración del alcance del derecho ha de hacerse, en cada caso concreto, con el criterio objetivo y neutral del atenuamiento a los límites legales del derecho de huelga, en los que el legislador ha precisado, en un momento histórico determinado, la proporcionalidad de los sacrificios de participantes y afectados.

Tercero.- Se ha planteado a veces por parte de un sector de la doctrina científica (y el argumento suele repetirse en las "movilizaciones" desarrolladas para huelgas generales, como la que ha dado origen al presente caso) que la colocación sistemática del derecho de huelga en una posición destacada dentro de los "derechos y libertades" constitucionales (sección 1ª del capítulo II CE) le atribuye un rango o posición preeminente respecto de otros derechos o intereses, como el derecho al trabajo, o la libertad de los no huelguistas, o el interés de los empresarios y de la economía en general en "*la defensa de la productividad*" (art. 38 CE). Pero se trata de un argumento desenfocado; es verdad que el artículo 53 CE otorga al derecho de huelga la protección jurisdiccional reforzada de los derechos reconocidos en la sección 2ª del capítulo II del Título I de la Constitución. Pero la disposición de vías jurídicas de defensa de especial efectividad no quiere decir que los intereses jurídicos protegidos de los huelguistas tengan mayor consideración o dignidad "sustantiva" que los de los demás afectados (trabajadores no huelguistas, empresarios, usuarios de servicios públicos, etcétera), sino que las especiales características del ejercicio de la huelga han aconsejado una protección jurisdiccional dotada de la mayor eficacia procesal posible. En todo caso, la fragilidad o vulnerabilidad del ejercicio del derecho de huelga no es en la actualidad predicable con carácter general; en las huelgas político-



económicas de "protesta", como la enjuiciada en el caso, puede y suele ser más frágil o vulnerable el ejercicio de la libertad de trabajo o el ejercicio de los derechos de los ciudadanos afectados por las alteraciones derivadas de la huelga, derechos cuyo reconocimiento y protección constan también expresamente en la Constitución y en la normativa legal del derecho de huelga.

Otro punto de la argumentación de la sentencia de la mayoría que interesa puntualizar es el relativo a la compaginación adecuada de los derechos de trabajadores y empresarios que corresponde realizar respecto de las emisiones de publicidad preprogramada en los medios de comunicación audiovisual. Los derechos a compaginar o armonizar aquí no son únicamente, como parece desprenderse de la sentencia, el derecho de huelga y la libertad de empresa, sino también, conjuntamente con los anteriores, el derecho constitucional " *de trabajadores y empresarios*" a " *adoptar medidas de conflicto colectivo*", dentro de las cuales se encuentran todas aquellas que no hayan sido limitadas o excluidas por " *[l]a ley que regule el ejercicio de este derecho*" (art. 37.2 CE).

En el derecho español vigente la disposición legal aludida en la Constitución que regula el ejercicio del derecho de adopción de medidas de conflicto por parte de los trabajadores y los empresarios es el Decreto-Ley de Relaciones de Trabajo 17/1977 (DLRT), que contiene también, como se sabe, el núcleo del régimen jurídico del derecho de huelga. Esta disposición legislativa incluye ciertamente " *limitaciones*" importantes de la conducta del empresario durante la huelga, entre las que se encuentra en lugar destacado la prohibición de sustitución de los trabajadores huelguistas (art. 6.5). Pero el DLRT ni obliga a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la reivindicación o de la protesta (art. 6.4 DLRT: " *se respetará la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quisieran sumarse a la huelga*"), ni con mayor razón obliga al empresario a reducir la actividad empresarial más allá del seguimiento que la declaración de huelga haya podido tener en el colectivo afectado. Y, por otra parte, la sustitución de trabajadores huelguistas que prohíbe el artículo 6.5 se refiere, en atención a las razones ya señaladas, al empleo de los recursos humanos de la empresa, y no a la utilización de sus recursos materiales y tecnológicos.

Madrid, 5 de diciembre de 2012

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jordi Agustí Julia así como los votos particulares formulados por el Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete, Excmo. Sra. D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea, Excmo. Sr. D. Jose Luis Gilolmo Lopez, Excmo. Sr. D. Antonio Martin Valverde, Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana y el Excmo. Sr. D. Jesus Souto Prieto hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.