



Roj: **STSJ GAL 4073/2019 - ECLI:ES:TSJGAL:2019:4073**

Id Cendoj: **15030340012019102797**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **28/06/2019**

Nº de Recurso: **7/2019**

Nº de Resolución: **2852/2019**

Procedimiento: **Derechos Fundamentales**

Ponente: **EMILIO FERNANDEZ DE MATA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 4073/2019,**
STS 1491/2021

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL A CORUÑA

SECRETARIA SRA FREIRE CORZO-S

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

Fax : 881-881133/981184853

Equipo/usuario: SG

NIG : 15030 34 4 2019 0000006

Modelo: N02700

DFU DERECHOS FUNDAMENTALES 0000007 /2019

DEMANDANTE: COMITE INTERCENTROS CRTVG

ABOGADO: BRAIS GONZALEZ PEREZ

DEMANDADO: CORPORACION RADIO E TELEVISION DE GALICIA SA

ABOGADO : ANTIA CELEIRO MUÑOZ

ILMA. SRA. D^a. ROSA MARÍA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

PRESIDENTE

ILMO. SR. D. EMILIO FERNÁNDEZ DE MATA

ILMA. SRA. D^a. RAQUEL NAVEIRO SANTOS

En A CORUÑA, a veintiocho de junio de dos mil diecinueve.

Habiendo visto esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia compuesta por los/as Ilmos/as Sres/as Magistrados/as citados/as, los autos DFU 7/19, EN NOMBRE DEL REY, han dictado la siguiente

SENTENCIA

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, compuesta por los Magistrados citados, en demanda núm. 7/19 sobre DERECHOS FUNDAMENTALES a instancia del COMITÉ INTERCENTROS CRTVG representado por su presidente D. Ovidio y asistido por el letrado D. Brais González Pérez, frente a la



CORPORACION RADIO E TELEVISION DE GALICIA SA representado por el letrado D. Jorge Varela Fernández siendo Magistrado-Ponente el ILMO. SR. D. EMILIO FERNÁNDEZ DE MATA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 15-febrero-2019, el COMITÉ INTERCENTROS CRTVG, presentó ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia demanda de derechos fundamentales frente a la CORPORACION RADIO E TELEVISION DE GALICIA SA, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminaron suplicando que se dictara sentencia estimatoria de la demanda por la que: I) Se declare vulnerado el derecho a huelga del COMITÉ INTERCENTROS DE LA CORPORACIÓN RADIO Y TELEVISIÓN DE GALICIA, SA como ente convocante de la huelga de 24 horas del 19 de diciembre de 2018, al tener minorado deliberadamente la empresa el efecto de la huelga mediante el esquirolaje interno o sustitución de la trabajadora./ II) Se declare nula la decisión empresarial de la sustitución de la trabajadora Doña Vicenta y el mantenimiento de la emisión del programa O TEMPO de las 15:40 horas./ III) Se condene a la demandada a una indemnización de daños y perjuicios por la cuantía de SEISMIL DOCIENTOS CINCUENTA Y UN EUROS (6.251 euros)./ IV) Se condene a la empresa a la lectura del fallo de la sentencia, o de aquel fundamento que el Tribunal considere, durante la emisión del espacio O TEMPO de las 15:40 horas./ V) Se proceda a la publicación de la sentencia en la INTRANET de la empresa, de hecho destacable y accesible para todas las trabajadoras y trabajadores de CRTVG.

SEGUNDO.- Por Decreto de fecha 26-febrero-2019 acordamos, entre otros extremos, tener por formulada y admitida la demanda, señalando el día 25-abril-2019 para conciliación y/o juicio. La conciliación se tuvo por intentada sin avenencia. Se admitió y practicó la prueba propuesta por las partes litigantes, tras lo cual éstas formularon sus conclusiones definitivas quedando los autos conclusos para sentencia.

En virtud de los antedichos precedentes procesales, expresamente se declara la CORPORACION RADIO E TELEVISION DE GALICIA SA n los siguientes

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- El Comité Intercentros de la Corporación de Radio e Televisión de Galicia S.A. (UNIPERSONAL) registró convocatoria de huelga para todos los trabajadores y trabajadoras de todo el ámbito geográfico de la CRTVG, con la siguiente distribución:

La huelga se realizará por franjas horarias de 2 horas por turno durante los días martes 20 de noviembre, jueves 22 de noviembre, sábado 24 de noviembre lunes 26 de noviembre, miércoles 28 de noviembre, viernes 30 de noviembre y domingo 2 de diciembre de 2018, concretándose los paros en cada uno de los turnos en las siguientes horas:

Turno de mañana: Todos las que transcurren entre las 06:00 y las 18:00 horas pararán de 12:30 a 14:30 horas.

Turnos de tarde: Todos los que transcurren entre las 13:00 y las 22 horas pararán de 18:30 a 20:30 horas.

Turnos de noche: Todos los que comiencen a partir de las 22:00 horas pararán durante las últimas dos horas de su turno.

Turnos partidos: Todos los que transcurren entre mañana y tarde pararán de 12:30 a 14:30 horas.

Turnos de horario intensivo de fin de semana: El sábado 24 de noviembre la huelga transcurrirá de 12:30 a 14:30 horas y de 18:30 a 20:30 horas. El domingo 2 de diciembre transcurrirá igualmente de 12:30 a 14:30 horas y de 18:30 a 20:30 horas.

Turnos mixtos semana - fin de semana: Aquellos que transcurren en una parte de lunes a viernes y en otra parte en el fin de semana (sábado o domingo), en horario de mañana pararán de 12:30 a 14:30 horas, y en el caso de que fueran tunos de tarde pararán de 18:30 a 20:30 horas. Pararán todos los días que les coincidan con el turno la convocatoria de una jornada de paro parcial.

El miércoles 19 de diciembre, la huelga tendrá una duración de 24 horas, iniciándose a las 00:00 horas desee día y rematando a las 24:00 horas del mismo día.

El sábado 22 de diciembre, la huelga tendrá una duración de 6 horas, iniciándose a las 08:00 horas y finalizando a las 14:00 horas.

SEGUNDO.- En fecha 13 de de diciembre de 2018, se publicaron en el D.O.G. 247, los servicios mínimos dirigidos a garantizar los servicios esenciales ante la convocatoria de huelga total del día 19 y de huelga parcial el día 22 de diciembre de 2018 en los centros de trabajo de la Corporación de Radio e Televisión de Galicia

S.A. (UNIPERSONAL), adoptados por Resolución del 11 de diciembre de 2018 de la Dirección General de la Corporación de Radio e Televisión de Galicia S.A. (UNIPERSONAL).

Se fijaron los servicios mínimos que constan a los folios 20 a 32 de autos y que se tienen por reproducidos.

TERCERO.- La demandada tiene centros de trabajo en las distintas provincias de la Comunidad Autónoma de Galicia.

Se asignaron a los servicios mínimos a los siguientes trabajadores, en relaciones nominales que fueron remitidas el día 13 de diciembre al Comité de Huelga:

CUARTO.- El departamento del Tiempo se encuentra ubicado en San Marcos, Santiago de Compostela y se encarga de las tareas divulgativas en materia de meteorología.

Se fijan turnos rotatorios de mañana, tarde y fin de semana, con los siguientes horarios: Mañana de 07 a 16:30 horas; Tarde de 15:00 a 22:30 horas y Fines de Semana, Sábados de 07 a 16:30 horas y Domingos de 08:00 a 16:00 horas.

QUINTO.- El turno de mañana se encarga de la redacción y presentación de los espacios meteorológicos (O Tempo) emitidos en directo a las siguientes horas, aproximadamente y según las necesidades del servicio: 08:30 h, 08:55 h, 09:55 h, 13:30 h, 15:20 h y 15:40 h.

El turno de tarde se ocupa de la redacción y presentación de los espacios meteorológicos (O Tempo) emitidos en directo a las siguientes horas, aproximadamente y según las necesidades del servicio: 20:00 h y 21:20 h para al Telediario Tarde y de la grabación de un espacio meteorológico para esa jornada.

SEXTO.- El Departamento del Tiempo estaba compuesto por los siguientes profesionales: Dña. Brigida (Coordinadora), Dña. Vicenta , Dña. Delfina y D. Agustín .

En los turnos de mañana, de lunes a viernes, prestan servicios normalmente dos profesionales, uno como titular, que se encarga de la realización, pautado y elaboración de los espacios meteorológicos, con responsabilidad de aparición en pantalla y, otro, como apoyo, que se encarga de las tareas auxiliares, colaboración con el titular, posibles sustituciones del mismo, impartición de conferencias en las escuelas para la difusión externa del programa, etc.

SÉPTIMO.- El día 19 de diciembre de 2018 le correspondía realizar el turno de mañana, como titular, a Dña. Vicenta y, como apoyo a D. Agustín y en el turno de tarde a la Coordinadora Dña. Brigida .

Tanto Dña. Vicenta , como D. Agustín decidieron secundar la huelga convocada y Dña. Brigida decidió no secundarla.

OCTAVO.- El día 19 de diciembre de 2018 y sobre las 13:49 horas, se recibió en el centro de coordinación nacional de Salvamento Marítimo, en Madrid, alerta sobre el naufragio del pesquero "Sin Querer Dos" a cuatro millas y media del cabo Fisterra, habiéndose organizado un operativo, en el colaboraron otros pesqueros, y participaron un helicóptero y una embarcación de Salvamento Marítimo, rescatándose a seis tripulantes vivos y los cadáveres de otros cuatro.

Esta noticia llegó a las instalaciones de la demandada minutos antes de las 14 horas.

NOVENO.- Minutos antes de las 13 horas Dña. Julieta , Jefa de Informativos de la demandada, realizó una llamada telefónica a Dña. Brigida , en su condición de coordinadora del Departamento del Tiempo, que se encontraba en su domicilio, para informarle de que el Servicio Jurídico había indicado que, como se encontraba de turno a partir de las 15 horas, tenía que emitir el programa O Tempo, tras la finalización del Telexornal Mediodía

El Telexornal Mediodía del día 19 de diciembre empezó a emitirse a las 15:00 horas y finalizó a las 15:13 horas.

Poco después de las 15 horas Dña. Julieta , Jefa de Informativos de la demandada, realizó una llamada telefónica a Dña. Brigida , que ya se encontraba en el centro de trabajo, para señalarle que a las 15:35 horas se emitía O Tempo, habiéndose realizado dicha emisión, con duración de 3 minutos y 20 segundos.

DÉCIMO.- En O Tempo emitido el día 19 de diciembre de 2018, sobre las 15:35 horas, se informó de la existencia de aviso amarillo, pronóstico de la tarde, modelo de predicción y mapa de lluvia, utilizándose 3 mapas y una única cámara. Se informó brevemente del naufragio y junto con la situación marítima, se informó sobre la situación en la montaña, con nieve a 1200 metros, la humedad y la lluvia.

O Tempo en día normales se emite con una duración de entre 8 y 10 minutos, utilizándose diversos mapas, predicciones, isobaras, etc. y ese día su duración fue de 3 minutos y 20 segundos.



El Aviso Amarillo significa peligro potencial para una actividad concreta y en el caso del día 19 de diciembre de 2018, avisaba de olas de 4 metros de altura, siendo una información obtenida y plasmada en mapa el día anterior y que puede ser reutilizada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados primero, segundo, tercero y cuarto, de conformidad con lo previsto en el artículo 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, no son controvertidos y, además, se extraen de los documentos obrantes a los folios 10 a 32 de autos; 8 a 10 de la prueba aportada por la parte actora; y 2 de la prueba de la parte actora

El hecho probado quinto se extrae de la testifical prestada a instancias de la parte actora.

El hecho probado sexto se extrae de la testifical prestada a instancias de la parte actora y del documento obrante al folio 2 de la prueba de la parte actora.

El hecho probado séptimo no es discutido y se extrae de la testifical prestada a instancias de la parte actora.

El hecho probado octavo se extrae del documento número 4 de los apartados por la demandada y de la testifical prestada a su instancia por Dña. Julieta .

El hecho probado noveno se extrae de las testificales de Dña. Brigida y Dña. Julieta .

El hecho probado décimo se extrae del documento número 2 de los aportados por la demandada y de las testificales de Dña. Brigida , Dña. Julieta y Dña. Vicenta .

SEGUNDO.- Discuten las partes si la emisión del Programa O Tempo, en el tiempo comprendido entre las 15:35 y las 15:38:20 horas del día 19 de diciembre de 2018, en el que estaba convocada por el Comité Intercentros una jornada de huelga de 24 horas, constituye o no una vulneración del derecho fundamental de huelga, establecido en el artículo 28 de la Constitución Española, por lo que se viene en denominar esquirolaje interno y, en concreto, por la sustitución de la trabajadora Dña. Vicenta, que había decidido seguir la huelga convocada, por Dña. Brigida, que había decidido no seguirla.

Para resolver la cuestión consideramos que debemos partir, en virtud del principio de seguridad jurídica, de anteriores precedentes contenidos en sentencias de esta Sala de 14 de abril de 2016 y 26 de abril de 2018, señalándose en la primera de ellas:

"Para resolver la cuestión propuesta, y tal como señala reiterada jurisprudencia, - a tal efecto citamos STS de 11 de febrero de 2015, rec. 95/2014 - el examen de la cuestión exige la ponderación del contenido y límites del derecho fundamental a la huelga recogido en el art. 28.2 de la CE y el de la libertad de empresa recogido en el art. 38 CE, junto con el derecho constitucional de trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo, que reconoce el artículo 37.2 de la Constitución. La referida STS después de hacer un examen de la doctrina del Tribunal Constitucional en relación al contenido, naturaleza y posición (STC 123/1992) alcance (STC 33/2011 y 11 /1981) y límites del derecho de huelga (STC 184/2006 y 33/2011) señala respecto al esquirolaje interno:

"OCTAVO.-1.- El precepto aplicable a la cuestión controvertida es, sin duda, el artículo 6.5 del RD -Ley 17/1977, de 4 de marzo, que dispone: "En tanto dure la huelga el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuvieran 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".

La dicción literal del precepto supone, sin esfuerzo interpretativo alguno, que está proscrito que durante la huelga el empresario acuda a la contratación de trabajadores externos para sustituir a los trabajadores huelguistas.

2.- Se ha planteado si es posible la sustitución de los huelguistas por trabajadores de la propia empresa, el conocido como " esquirolaje interno", ya que en el RD Ley 17/1977, de 4 de marzo, que regula la huelga -ni en ningún otro precepto-, no aparece limitación alguna a las facultades empresariales de movilidad funcional.

La STC 123/1992, de 28 de septiembre, seguida de la STC 33/2011, de 28 de marzo, abordó esta cuestión. En la primera de dichas sentencias se examinó el supuesto en que, ante la huelga convocada en la empresa, el empresario cubrió los puestos de los huelguistas con trabajadores de la propia empresa no huelguistas, algunos de ellos directivos, que aceptaron voluntariamente asumir dicho trabajo. Tanto la sentencia de instancia, como la recaída resolviendo el recurso de suplicación, entendieron que la conducta empresarial era lícita porque lo único que prohíbe el RD Ley 17/1977 es la sustitución de trabajadores no vinculados a



la empresa y, por tanto, nadie puede prohibir otra cosa, porque lo que la Ley no prohíbe lo permite. La STC contiene el siguiente razonamiento:

"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 sí 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...

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".

No admite el TC que se pueda concluir, a partir de una interpretación a contrario sensu del artículo 6.5 del RD Ley 17/1977, que no existe prohibición de esquirolaje externo. Señala a continuación la sentencia que tampoco cabe amparar esa sustitución de los huelguistas en la potestad directiva de movilidad funcional, teniendo en cuenta que se utilizaron trabajadores de otras categorías profesionales.

En el mismo sentido la STC 33/2011, de 28 de mayo establece: "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".

Esta sentencia viene a reafirmar lo ya resuelto por el TS sobre esta materia en sentencia dictada el 5 de diciembre de 2012 (Rec 265/2011) o en la del 6 de junio de 2014, con cita de las resoluciones del Tribunal Constitucional precitadas.

También esta Sala de suplicación ha tenido ocasión de pronunciarse - si bien en este caso para desestimar la vulneración del derecho fundamental invocado- en STJS de Galicia de 29 de mayo de 2014, rec. Recurso: 1388/2014, en la cual señalamos:

"... b) el Tribunal Constitucional en la referida STC 33/2011, de 28/03/2011, indica:

"recordemos 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".

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.

Por ello, ni el empresario puede imponer a los trabajadores no huelguistas la realización de las tareas que corresponden a los que secundaron la convocatoria, ni los trabajadores que libremente decidieron no secundarla pueden sustituir el trabajo de sus compañeros. Esa regla general admite dos excepciones, conectadas a las previsiones legales sobre el aseguramiento de determinados servicios mínimos esenciales para la comunidad (art. 10 del Real Decreto-ley 17/1977), y a las previsiones sobre los servicios de seguridad y de mantenimiento en la empresa (art. 6.7 del Real Decreto-ley 17/1977). En estos dos supuestos, si los trabajadores designados para el mantenimiento de los referidos servicios se negaran o se resistieran a prestarlos, quedaría justificada su sustitución a tales efectos. No obstante, en la determinación de cuáles son los servicios mínimos esenciales para la comunidad, o cuáles son los servicios de seguridad y de mantenimiento requeridos, debe atenderse a ciertos límites, que impidan interpretaciones restrictivas del derecho fundamental (SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 18 , y 80/2005, de 4 de abril , FFJJ 5 y 6). Si las cautelas frente a un entendimiento restrictivo del derecho de huelga se proyectan incluso sobre la ordenación de los servicios mínimos, no puede resultar incongruente que, en el ámbito que estamos examinando, la prohibición de la sustitución interna constituya el principal límite al ius variandi empresarial en situaciones de huelga.

Como ha declarado este Tribunal, y como se repite en la jurisprudencia ordinaria en numerosas resoluciones, la prohibición de la sustitución interna de los trabajadores es consecuente con la necesidad de garantizar la efectividad del derecho fundamental en juego. Por ello, en tanto resulte probado que las funciones de los huelguistas han sido desarrolladas por quienes tenían asignadas otras diferentes en la misma empresa, debe concluirse que se ha lesionado el referido derecho. Así lo declara la STC 18/2007, de 12 de febrero , -si bien en el caso enjuiciado deniega el amparo por falta de prueba de la sustitución alegada del trabajador huelguista- remitiendo expresamente a la doctrina sentada en la STC 123/1992, de 28 de septiembre , para afirmar el carácter lesivo de las prácticas de sustitución interna de trabajadores en huelga"; y,

c) indica también la referida STC 33/2011, de 28/03/2011 , que "...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"; y,

d) a partir, pues, de la referida doctrina constitucional - STC 33/2011, de 28/03/2011 - , para concluir sustitución interna contraria al derecho de huelga ha de concurrir el presupuesto básico de que resulte probado que las funciones de los huelguistas han sido desarrolladas por quienes tenían asignadas otras diferentes en la misma empresa, de forma que 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;..."

Niega la parte demandada que se haya producido el denunciado esquirolaje interno sobre la base de que la persona que presentó el programa O Tempo, a las 15:35 horas del día 19 de diciembre de 2018, era una persona que formaba parte del Departamento del Tiempo, en concreto su coordinadora, que no había secundado la huelga y que se encontraba dentro de su jornada de trabajo y de que, se emitió en formato temporal y de medios reducido, 3 minutos y 20 segundos, cuando la duración habitual es de 8 o 10 minutos y con medios más amplios, para dar satisfacción a un interés general, cual era la existencia de un naufragio y el estado de la mar en dicha fecha y las previsiones en las horas siguientes, en lo que considera es un servicio esencial para la comunidad.



Pues bien, no puede el Tribunal compartir dicha tesis y ello con base en los siguientes extremos:

1º Si bien es cierto que la coordinación realizada por Brigida no supone una subordinación jerárquica del resto de los compañeros del Departamento del Tiempo y que la misma debe realizar, además de las funciones de coordinación, las tareas divulgativas en materia de meteorología, en los turnos que le correspondan y bien como titular, o bien como apoyo, y que el día 19 de diciembre de 2018 no había seguido la huelga y había entrado a prestar servicios, en turno de tarde a las 15 horas, no por ello le correspondía presentar el Programa O Tempo después del Telexornal Mediodía, pues dicha presentación le correspondía al personal que debía entrar en turno de mañana, que se prolonga hasta las 16 horas, es decir, a Dña. Vicenta, como titular, y, por causas excepcionales, a D. Agustín, como apoyo, encontrándose ambos ausentes del centro de trabajo, por estar siguiendo la huelga convocada.

2º No existía en el cuadro nominativo de personal que debía prestar servicios mínimos, personal que prestara servicios en el Departamento del Tiempo.

3º Si bien es cierto que, el día 19 de diciembre de 2018, se produjo el naufragio del buque pesquero "Sin Querer Dos", con el fallecimiento de 4 de sus tripulantes, la noticia del naufragio llegó a la redacción de la demandada minutos antes de las 14 horas, según ha declarado la Sra. Directora de Informativos, por lo que bien se pudo hacer referencia a la misma y al estado de la mar en el Telexornal Mediodía, que como consecuencia de estarse prestando un servicio público esencial para la comunidad estaba incluido dentro de los servicios mínimos a prestar y que se emitió, si bien con horario reducido de 15 a 15:15 horas, sin necesidad de que se planteara la emisión extraordinaria de un espacio O Tempo, de duración limitada a 3 minutos y 20 segundos, de 15:35 a 15:38:20 horas.

4º Contrariamente a lo que sustenta la parte demandada, del contenido de la emisión del espacio O Tempo, realizada el día 19 de diciembre de 2018, a las 15:35 horas, no se extrae que se limitara a dar información del naufragio y del estado de la mar y su previsión en las siguientes horas, sino que también, aún cuando en versión resumida y con medios limitados, derivada de propio tiempo resumido de emisión, se ha informado de la lluvia y la temperatura en el interior, llegando a señalar la existencia de nieve a 1.200 metros y de las previsiones de lluvia y temperatura, en general, para Galicia.

5º Según ha declarado la testigo Dña. Julieta la existencia de aviso amarillo es frecuente en Galicia y más en las fechas de las que hablamos, y dicho aviso amarillo, como ha declarado la testigo Dña. Vicenta, es un aviso de peligro potencial para una actividad concreta, en este caso para la actividad de pesca, con olas de 4 metros, o, como define la AEMET, en su página web, "No existe riesgo meteorológico para la población en general aunque sí para alguna actividad concreta (fenómenos meteorológicos habituales pero potencialmente peligrosos o localización de alta vulnerabilidad como una gran conurbación)".

En todo caso y como también testificalmente se ha señalado, dicho aviso amarillo ya existía el día anterior, habiéndose confeccionado el correspondiente mapa de previsión, que pudo ser emitido en el Telexornal Mediodía, si tal dato se consideraba relevante, dentro del interés general y la prestación del servicio público.

6º Finalmente y teniendo en cuenta las declaraciones de Dña. Brigida y Dña. Julieta, poco antes de las 13 horas y cuando aún no se conocía la noticia del naufragio del pesquero, esta última se había dirigido a aquella, mediante llamada telefónica, indicándole que, consultada asesoría jurídica, se podía emitir O Tempo, porque aquella se encontraba dentro de su jornada de trabajo, que comenzaba a las 15 horas, y, por tanto, en franja horaria, realizándose una posterior llamada de Dña. Julieta a Dña. Brigida, cuando ésta ya se encontraba en el centro de trabajo, para señalarle que se procedía a la emisión.

Este dato es aún más relevante que cualquiera de los anteriores, pues muestra que la decisión de la demandada de emitir O Tempo, tras el Telexornal Mediodía, se había tomado antes de conocerse el naufragio del pesquero, noticia sobre la que pretende amparar el servicio público y el interés general para su emisión.

En definitiva, se trata del mero interés de la demandada en emitir con trabajadora no huelguista un programa, aún cuando fuera de forma abreviada y resumida, que debía ser emitido con trabajadores que seguían la huelga convocada, y que, por tanto, no podía ser emitido, al no encontrarse incluido dentro de los servicios mínimos, por lo que se produce el denunciado esquirolaje interno y la denunciada violación del derecho fundamental de huelga, ya que ocasiona la merma de la presión que el comité intercentros pretendía realizar en el ejercicio legítimo de un derecho fundamental contenido en la Constitución Española.

Por ello debe estimarse el suplico de la demanda, en cuanto a sus dos primeras peticiones, es decir, que se declare vulnerado el derecho de huelga del Comité Intercentros de la Corporación Radio e Televisión de Galicia S.A. (UNIPERSONAL), como convocante de la huelga de 24 horas del día 19 de diciembre de 2018 y la nulidad de la decisión empresarial de la sustitución de la trabajadora Dña. Vicenta y mantener la emisión del programa.



CUARTO.- En cuanto a los restantes pedimentos de la parte demandante, concretados en la condena a la demandada al abono de una indemnización de daños y perjuicios por importe de seis mil doscientos cincuenta y un euros (6.251 euros) y que se condene a la empresa a la lectura del fallo de la sentencia o del fundamento que el Tribunal considere, durante la emisión del espacio O Tempo de las 15:40 horas, debemos reiterar la argumentación realizada al respecto por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 26 de abril de 2018, por existir total identidad y asumirse plenamente por entender que la misma respeta escrupulosamente los derechos de la parte, en relación con las peticiones formuladas, y es totalmente correcta y ajustada a derecho.

Así, señala la indicada sentencia "Cuando el art. 182 de la LRSJ (RCL 2011, 1845) regula en contenido de la sentencia definitiva de un proceso de tutela establece un contenido complejo con dos tipos de pronunciamiento: unos declarativos (las letras a) y b), y otros de condena (las letras c) y d).

En el fundamento de derecho anterior ya nos hemos manifestado en relación a los pronunciamientos declarativos y nos resta por resolver lo procedente a los pronunciamientos de condena que según el art 182 LRJS (RCL 2011, 1845) se concretan en:

- a) Ordenar el cese inmediato de la actuación contraria a derechos fundamentales o a libertades públicas, o en su caso, la prohibición de interrumpir una conducta o la obligación de realizar una actividad omitida, cuando una u otra resulten exigibles según la naturaleza del derecho o libertad vulnerados.(tutela inhibitoria).
- b) Disponer el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental (tutela restitutoria).
- c) Así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización procedente (tutela resarcitoria).

Nada se nos solicita por la demandante en relación a la tutela inhibitoria y restitutoria, ya que los tres últimas peticiones del suplico de la demanda (indemnización, lectura de sentencia y publicación en la intranet) se encuadran dentro de la tutela resarcitoria.

La regla general para que prospere la reparación de daños y perjuicios causados es que quien lo alega tiene que acreditar dichos perjuicios, cuantificar o concretar los mismos o al menos fijar las bases o las medidas que puedan contribuir a dicha reparación así como la proporcionalidad y el ajuste de la media solicitada para conseguir la efectividad de dicha tutela resarcitoria. Dicha regla general tiene una excepción, -primero de configuración jurisprudencial y posteriormente positivizada por el legislador en el art. 183 LRJ-, en una de esas manifestación de la tutela resarcitoria, en concreto la indemnización de daños y perjuicios causados.

Dicho esto, debemos rechazar las peticiones de los puntos IV) y V) de la demanda (lectura de la sentencia en el programa Galicia Noticias Mediodía y publicación en la intranet) habida cuenta que nada se acredita ni justifica al respecto, y de hecho ni siquiera fueron reiterados por el sindicato demandante en sus conclusiones.

Diferente pronunciamiento hemos de realizar sobre la petición indemnizatoria, sin que en este punto podamos admitir la oposición de la empresa y ello porque como ya antes indicamos la jurisprudencia sustentada en el derogado art. 181 de la LPL (RCL 1995, 1144, 1563) -con un pronunciamiento no tan contundente como el actual art. 183.2 LRJS - consideraba que procedía tal indemnización cuando de los propios elementos tenidos en consideración para determinar la existencia de la vulneración del derecho fundamental se podían extraer datos para ponderar las circunstancias existentes y fijar una indemnización por el daño moral causado, como en este sentido resolvió la STS de 5 de febrero de 2013 (RJ 2013, 3368), rec. 89/2012, que haciéndose eco de la STC 247/2006 de 24 de julio (RTC 2006, 247) señala: "En resumen: lo que el TC afirma es que la cuantificación del daño o perjuicio derivado de la conducta infractora del derecho fundamental en cuestión se puede y debe basar en las propias características (gravedad, reiteración y otras circunstancias concurrentes) de dicha conducta infractora, que ha sido objeto de prueba en el proceso. Y, a partir de ahí, el propio FJ 7 añade que esos daños pueden ser tanto "económicos perfectamente cuantificables como daños morales..., de más difícil cuantificación pero cuya realidad (en el caso) no puede negarse", concretando que, entre esos daños morales, la demandante de amparo "sufre un daño psicológico que, con independencia de otras consecuencias que puedan depender de las condiciones personales del sujeto afectado, se da en todo caso, sin que sea factible a veces aportar prueba concreta del perjuicio sufrido y de su cuantificación monetaria, dada su índole".

A continuación, en el mismo FJ 7, el TC hace otra afirmación de gran importancia: que es válido y razonable tomar como referencia para cuantificar la indemnización debida el montante de la sanción establecida para la infracción del derecho fundamental en cuestión por la LISOS (RCL 2000, 1804, 2136) (Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (RCL 2000, 1804)), revalidando así la doctrina del TS también en este punto (un ejemplo reciente de aplicación de ese instrumento referencial de la LISOS en STS de 15/2/2012, Rec. Cas. 67/2011 (RJ 2012, 3894))".



Con mayor razón ha de aplicarse esta postura en el momento actual en el que ya está vigente el art. 183.2 de la LRJS y que según la jurisprudencia actual obliga a la fijación de indemnización por tal daño moral determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa", admitiéndose como pauta válida la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS para las infracciones producidas ha sido considerado idóneo y razonable (STS de 15 de febrero de 2012 (RJ 2012, 3894) (Rec. 67/2011) precitada y 8 de julio de 2014 (RJ 2014, 4521) rec. 282/2013)..."

Así pues y por idénticos argumentos, debemos de rechazar la petición de condena a la empresa para la lectura del fallo de la sentencia y aplicando el parámetro al que acude la propia parte actora, entendemos ajustado a derecho, en atención a las cuantías sancionatorias previstas en el artículo 40.1.c) de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social , aplicar el grado mínimo de las mismas y condenar a la demandada al abono de una indemnización en cuantía de seis mil doscientos cincuenta y un euros (6.251 euros), que no puede considerarse desproporcionada, en función del capital social de la misma y el presupuesto anual que maneja.

Por ello y vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el LETRADO D. BRAIS GONZÁLEZ PÉREZ, en nombre y representación del COMITÉ INTERCENTROS DE LA CORPORACIÓN DE RADIO E TELEVISIÓN DE GALICIA S.A. (UNIPERSONAL), contra la EMPRESA CORPORACIÓN DE RADIO E TELEVISIÓN DE GALICIA S.A. (UNIPERSONAL), en los presentes autos nº DFU 7/2019, seguidos ante esta Sala, sobre TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES E INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS, en los que ha sido parte el MINISTERIO FISCAL, debemos

I) Declarar y declaramos vulnerado el derecho a la huelga del COMITÉ INTERCENTROS DE LA CORPORACIÓN DE RADIO E TELEVISIÓN DE GALICIA S.A. (UNIPERSONAL), como convocante de la huelga de 24 horas en la demandada el día 19 de diciembre de 2018, al haber minorado la empresa el efecto de la huelga mediante la sustitución de una trabajadora huelguista.

II) Declarar y declaramos nula la decisión empresarial de sustituir a la trabajadora Dña. Vicenta y mantener la emisión del programa O Tempo a las 15:35 horas del indicado día 19 de diciembre de 2018.

III) Condenar y condenamos a la demandada a abonar al COMITÉ INTERCENTROS ACCIONANTE una indemnización de daños y perjuicios en cuantía de seis mil doscientos cincuenta y un euros (6.251 euros).

IV) Desestimar y desestimamos el resto de los pedimentos de la parte actora, contenidos en la demanda, y absolviendo de ellos a la demandada.

Notifíquese la presente sentencia a las partes.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se advierte a las partes que contra la presente resolución podrán interponer Recurso de Casación ante el Tribunal Supremo que deberá ser anunciado por comparecencia, o mediante escrito en la Oficina Judicial dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta Sentencia, o por simple manifestación en el momento en que se le practique la notificación. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº 1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo.

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código 80 en vez del 35 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos 0049 3569 92 0005001274 y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (1552 0000 80 ó 35 **** ++).

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION .- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.