



Roj: **STSJ GAL 3463/2016 - ECLI:ES:TSGAL:2016:3463**

Id Cendoj: **15030340012016102289**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **14/04/2016**

Nº de Recurso: **239/2016**

Nº de Resolución: **2724/2016**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **RAQUEL MARIA NAVEIRO SANTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS,Coruña (A), núm. 4, 13-07-2015,
STSJ GAL 3463/2016**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

SECRETARÍA SRA. FREIRE CORZO (-FF-)

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax: 881881133 /981184853

NIG: 15030 44 4 2015 0001566

402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0000239 /2016

Procedimiento origen: DERECHOS FUNDAMENTALES 0000315 /2015

Sobre: DERECHOS FUNDAMENTALES

JDO. DE LO SOCIAL nº 004 de A CORUÑA

RECURRENTE/S D/ña GRANDES ALMACENES FNAC ESPAÑA SAU

ABOGADO/A: EVA MARIN OLIAGA

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: MINISTERIO FISCAL, Justiniano

ABOGADO/A: , ANTONIO POUSA MERENS

PROCURADOR: ,

GRADUADO/A SOCIAL: ,

ILMO. SR. D. EMILIO FERNANDEZ DE MATA

ILMA. SRA. D^a. PILAR YEBRA PIMENTEL VILAR

ILMA. SRA. D^a RAQUEL NAVEIRO SANTOS

En A CORUÑA, a catorce de Abril de dos mil dieciséis.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,



EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0000239/2016, formalizado por LA LETRADA DOÑA EVA MARIN OLIAGA, en nombre y representación de GRANDES ALMACENES FNAC ESPAÑA SAU, contra la sentencia número 371/2015, dictada por el XDO. DO SOCIAL N. 4 de A CORUÑA en el procedimiento DERECHOS FUNDAMENTALES 0000315/2015, seguidos a instancia de DON Justiniano representado por EL LETRADO SR. POUZA MERENS frente a GRANDES ALMACENES FNAC ESPAÑA SAU, con la intervención el MINISTERIO FISCAL, siendo Magistrada-Ponente la Ilma. Sra. D^a RAQUEL NAVEIRO SANTOS.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : D. Justiniano presentó demanda contra GRANDES ALMACENES FNAC ESPAÑA SAU, con la intervención del MINISTERIO FISCAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 371/2015, de fecha trece de Julio de dos mil quince .

SEGUNDO : En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: Primero: D. Justiniano viene prestando servicios para la empresa GRANDES ALMACENES FNAC ESPAÑA, S.A., con antigüedad de mayo de 2007, con la categoría de PROFESIONAL en el centro de trabajo sito en La Coruña, percibiendo un salario mensual de 1.251,90 euros, siendo presidente del Comité de Empresa. Segundo: En reunión extraordinaria del Comité de Empresa de 9 de marzo de 2014 se acuerda declarar una huelga intermitente en el centro de trabajo de Fnac A Coruña con fecha de inicio el sábado 22 de marzo de 2014 y reiteración todos los sábados desde esa fecha, comunicándose la misma a la Delegación Provincial de la Consellería de Traballo e Benestar de la Xunta de Galicia y a la empresa el 10 de marzo de 2014, nombrándose comité de huelga en el que figuran, entre otros, el actor. Tercero: El 22 de marzo de 2014 acuden, entre otros, a prestar servicios la Directora, D^a Ariadna , D^a Hortensia , responsable de control y gestión, que ese día se encontraba de guardia, y una cajera, D^a Serafina . Cuarto: D^a Hortensia por indicaciones de la directora accede al cofre de la tienda a retirar y contar el dinero con el fin de la apertura de las cajas, procediendo a dicha apertura a las 16:30 horas, permaneciendo abiertas dos cajas, la de D^a Hortensia , que es la caja reservada a las personas que se encuentran de guardia y la de D^a Serafina hasta las 21:00, obteniéndose una recaudación aproximada de 10.000 euros, estando prevista, ese mismo día una recaudación de entre 35.000 y 50.000 euros, en ambos casos sin IVA. Quinto: La apertura del cofre es realizada normalmente por la supervisora de cajas. Sexto: La "caja de guardia" se utilizada en supuestos de gran afluencia de clientes, tales como el "día del socio" . .etc, así como cuando se forman "colas" en las otras cajas. Séptimo: La huelga se extendió a los días 29 de marzo, 5 y 12 de abril de 2014. Octavo: Tras solicitud de mediación ante el Consello Gallego de Relaciones Laborales conforme al Acuerdo Interprofesional Gallego sobre Procedimientos Extrajudiciales de Solución de Conflictos Colectivos de Trabajo (AGA) y tras la negativa de la empresa de someterse a dicha mediación por el Comité de Huelga se procede, el 16 de abril de 2014, a la suspensión de la huelga. Noveno: Por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de La Coruña se extiende, el 12 de junio de 2014 acta de infracción en relación a la huelga desarrollada los días 22 y 29 de marzo y 5 de abril de 2014, cuyo contenido se da por íntegramente reproducido, proponiendo la imposición de la empresa de una multa de 3.126 euros. Formuladas alegaciones y confirmada la sanción por resolución de la Consellería de Traballo e Benestar de 1 de diciembre de 2014, frente a la misma se interpone recurso de alzada el cual se encuentra pendiente de resolución. Décimo: La empresa ha descontado al actor la cantidad de 81,16 euros (40,58 euros el día 22 de marzo y 40,58 euros el día 29 de marzo) por el ejercicio del derecho de huelga. Undécimo: Es de aplicación el convenio colectivo de grandes almacenes.

TERCERO : En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Se estima parcialmente la demanda interpuesta por D. Justiniano frente a GRANDES ALMACENES FNAC ESPAÑA, S.A. y D^a Hortensia , con intervención del Ministerio Fiscal y, en consecuencia:

-Se declara que la empresa GRANDES ALMACENES FNAC ESPAÑA, S.A. ha vulnerado el derecho de huelga reconocido en el artículo 28.2 de la C.E. al incurrir en esquirolaje interno. -Se condena a la empresa GRANDES ALMACENES FNAC ESPAÑA, S.A. a abonar al actor D. Justiniano la cantidad de OCHENTA Y UN EUROS CON DIECISEIS CENTIMOS DE EURO (81,16 euros).



CUARTO : Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por GRANDES ALMACENES FNAC ESPAÑA SAU formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte DON Justiniano .

QUINTO : Elevados por el Juzgado de lo Social NÚMERO CUATRO DE A CORUÑA de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha DIECINUEVE DE ENERO DE DOS MIL DIECISEIS.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día TRECE DE ABRIL DE DOS MIL DIECISEIS para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- D. Justiniano , Presidente del Comité de Empresa del centro de trabajo de FNAC A Coruña, interpone en su día demanda contra las codemandadas solicitando que se declare la vulneración del derecho fundamental de huelga al incurrir la demandada en esquirolaje interno, ordenando el cese inmediato de tales conductas, la reposición al momento anterior a la violación del derecho , y condenando además a la demandada al abono de una indemnización de 15.000 € , por el perjuicio y daño ocasionado , incluido el moral. La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda interpuesta y por un lado declara que la empresa GRANDES ALMACENES FNAC ESPAÑA S.A. ha vulnerado el derecho de huelga reconocido en el artículo 28.2 de la CE al incurrir en esquirolaje interno, y condena a la referida empresa a abonar al actor la cantidad de 81,16 € .

Frente a dicho pronunciamiento se alza la empresa demandada y formula recurso de suplicación en el que solicita que, previa estimación del mismo, se dicte sentencia por la que se estimen los motivos de suplicación articulados y se declare ajustada a derecho la actuación de la empresa demandada. El recurso ha sido impugnado de adverso.

SEGUNDO .- La parte recurrente solicita en primer lugar, y al amparo del art. 193 b) de la LRJS , la modificación de dos hechos probados, el cuarto y el sexto.

Antes de resolver sobre cada una de las modificación solicitadas hemos de partir de la base de que el recurso de Suplicación no tiene la naturaleza de la apelación ni de una segunda instancia, sino que resulta ser- SSTC 18/1993 (RTC 1993\ 18), 294/1993 (RTC 1993\ 294) y 93/1997 (RTC 1997\ 93) - de naturaleza extraordinaria, casi casacional, en el que el Tribunal ad quem no puede valorar ex novo toda la prueba practicada en autos. Tal naturaleza se plasma en el art. 193 de la LRJS cuya regulación evidencia que para el legislador es al Juez de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción -concepto más amplio que el de medios de prueba, al incluir también la conducta de las partes en el proceso: STS 12/06/75 , para establecer la verdad procesal intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando, en conciencia y según las reglas de la sana crítica la prueba practicada en autos conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorgan los arts. 316 , 326 , 348 y 376 LEC , así como el art. 97.2 LRJS . Y esta atribución de la competencia valorativa al Magistrado a quo es precisamente la que determina que el Tribunal Superior ha de limitarse normalmente a efectuar un mero control de la legalidad de la sentencia y sólo excepcionalmente pueda revisar sus conclusiones de hecho precisamente para cuando de algún documento o pericia obrante en autos e invocado por el recurrente pongan de manifiesto de manera incuestionable el error del Juez «a quo».

Esta naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación a la que hemos hecho referencia anteriormente supone que los hechos declarados como probados pueden ser objeto de revisión mediante este proceso de impugnación si concurren las siguientes circunstancias:

a) que se concrete con precisión y claridad el hecho que ha sido negado u omitido, en la resultancia fáctica que contenga la sentencia recurrida;

b) que tal hecho resalte, de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones más o menos lógicas, puesto que concurriendo varias pruebas de tal naturaleza que ofrezcan conclusiones divergentes, o no coincidentes, han de prevalecer las conclusiones que el Juzgador ha elaborado apoyándose en tales pruebas. Así las cosas a los efectos modificativos del relato de hechos siempre sean rechazables los posibles argumentos y las conjeturas e interpretaciones valorativas más o menos lógicas del recurrente hasta el punto de que -precisamente- se haya dicho que la certidumbre del error excluye toda situación dubitativa, de manera que si la parte recurrente no aduce un hábil medio revisorio y el mismo no acredita palmariamente el yerro valorativo del Juzgador, estaremos en presencia del vano e interesado intento de sustituir el objetivo criterio judicial por el comprensiblemente subjetivo de la propia parte .



c) que carecen de toda virtualidad revisoria las pruebas de confesión judicial y testifical; tampoco es hábil a estos efectos el acta del juicio por no constituir «documento» en el sentido del art. 193.b LRJS alusivo a la prueba documental señalada en el art. 196.2 LRJS, y por no tratarse propiamente de un medio de prueba sino de mera síntesis de la que se ha aportado en juicio, en manera alguna modificativa de los medios utilizados en aquél.

d) Que la convicción del Juzgador ha de obtenerse a través de la prueba practicada en el correspondiente procedimiento y no viene determinada- vinculadamente- por las conclusiones deducidas por el mismo u otro órgano jurisdiccional en procedimiento diverso y dotado de diferente prueba, por lo que -salvo los efectos de la litispendencia y cosa juzgada-no trascienden a procesos ajenos las declaraciones fácticas llevadas a cabo en una determinada sentencia.

e) que el recurrente ha de ofrecer el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo alguno de sus puntos, bien completándola;

f) que tal hecho tenga trascendencia para llegar a la modificación del fallo recurrido, pues, aun en la hipótesis de haberse incurrido en error, si carece de virtualidad a dicho fin, no puede ser acogida;

g) que en modo alguno ha de tratarse de una nueva valoración global de la prueba incorporada al proceso.

Partiendo de tales premisas hemos de resolver lo siguiente con respecto a cada una de las revisiones solicitadas:

En cuanto a los hechos probados cuya modificación solicita, pretende que se añada la redacción judicial las partes que resaltan en negrita, quedando redactado de la siguiente manera:

"Cuarto.- **El día 22 de marzo de 2014** Dña. Hortensia por indicaciones de la directora **y en el ejercicio de las funciones que por su puesto tiene asignadas** accede al cofre de la tienda a retirar y contar el dinero con el fin de la apertura de las cajas procediendo a dicha apertura a las 16:30 horas, permaneciendo abiertas dos cajas, la de Dº Hortensia, que **era la empleada designada en Guardia y utilizando cuando se formaron colas** la caja reservada a las personas que se encuentran de guardia y la de Dña. Serafina hasta las 21.00 horas, obteniendo una recaudación aproximada de 10.000 euros, estando prevista, ese mismo día una recaudación de entre 35.000 y 50.000 euros en ambos casos sin IVA. "

"Sexto.- La "caja de guardia" **se abre todos los días de apertura comercial de la tienda para ser utilizada por el empleado asignado de guardia, siend** o utilizada en supuestos de gran afluencia de clientes, tales como "el día del socio"... etc, así como **habitualmente** cuando se forman "colas en otras cajas"

Apoya las modificaciones en los siguientes documentos, todos ellos del ramo de prueba de la recurrente: nº 13 (organigrama de empresa), nº 14 (descripción funciones puesto- grupo profesional), nº 15 (cuadrantes horarios meses marzo -abril 2014), nº 16 (relación personal FNAC- A Coruña por Departamento), nº 17 (turnos de guardia marzo- abril 2014 FNAC- A Coruña), nº 18 (listado de trabajadores que ejercitaron derecho a huelga e importes descontados en nómina correspondiente a los sábados 22 de marzo, 29 de marzo, 5 de abril y 12 de abril todos ellos de 2014), nº 17 (certificado de las ventas de las jornadas de huelga), nº 20 (certificado de afluencia de clientes en las jornadas de huelga), nº 21 (certificado de datos de pasos por caja), nº 22 (listado de movimiento de almacén del 22 de marzo de 2014 al 12 de abril de 2014), nº 23 (detalle explicativo de tickets), nº 24 (informes relativos al día 22 de marzo de 2014: estadística de seguimiento de huelga, empleados que prestaron servicio, informes de ventas, listado de movimientos de almacén, registro productos entregados servicio postventa), nº 28 (página internet publicaciones huelga), nº 29 (evaluación de riesgos), nº 30 (contrato de Dña. Hortensia y Gestión Tienda).

Las modificaciones no se admiten. En primer lugar la recurrente no cita documental concreta que evidencia el error del Magistrado sino que se remite a prácticamente la mitad de la prueba documental que propone, sin concretar nada en absoluto dentro de cada uno de los documentos referenciados, muchos de los cuales nada tienen que ver -en cuanto a su contenido- con las modificaciones propuestas. En segundo lugar se tratan de documentos que ya han sido valorados debidamente por el Juez a quo debiendo primar la convicción judicial, imparcial y objetiva, frente a la parcial y subjetiva de la parte. En tercer lugar, el Juzgador de instancia no solo apoya su conclusión en los documentos elaborados por la parte recurrente, sino que hace referencia al contenido de la Inspección de Trabajo y la declaración de los testigos que cita obteniendo, tras la valoración probatoria realizada, conclusiones claras en relación con las conductas cuestionadas, las cuales expresa, en resumen, de la siguiente manera: a) Dña. Hortensia, en el ejercicio de sus competencias, está autorizada para efectuar la apertura del cofre de la tienda para dotar de numerario de las cajas registradoras, pero no es ella quien de ordinario realiza tal función ya que la misma se realiza, de manera ordinaria o habitual por las supervisoras, y b) Que es práctica habitual que la persona de guardia atienda a la caja de guardia, pero la misma no se abre siempre sino solo en un supuesto concreto que puede definirse como aumento de clientes.



Y esto es lo que se refleja en el contenido de los hechos probados cuarto y sexto cuya modificación no prospera.

TERCERO .- A continuación la parte recurrente, con amparo en el art 193 c) de la LRJS alega la infracción de normas sustantivas y de la jurisprudencia que concreta en el art. 28.2 de la CE argumentando que Dña. Hortensia no sustituyó a los trabajadores huelguistas sino que se limitó a realizar las funciones que habitualmente desempeña; apuntala este argumento añadiendo que durante la jornada de huelga el servicio no se prestó con normalidad tal como se desprende de los datos que cita.

La cuestión debatida en la presente litis , como correctamente señala el Juzgador a quo , es si en el presente caso la empresa ha incurrido , de conformidad con el art. 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977 en lo que se ha venido denominando como "esquirolaje interno" .

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 LCE 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 esta 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 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..."



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 la resoluciones del Tribunal Constitucional precitada.

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;..."

Pues bien, atendiendo a la doctrina expuesta la sentencia de instancia llega a una conclusión que consideramos irreprochable al haber apreciado, de forma correcta a nuestro juicio, la existencia de una vulneración del derecho a la huelga por haber incurrido la empresa en una conducta encuadrable dentro del esquirolaje interno ya que:

a) La cuestión, como dice el Juzgador de instancia, no es si Dña. Hortensia tiene competencia o no para abrir el cofre, sino si tal función era la que realizaba de forma habitual, habiéndose acreditado que eso no era así ya que quien procedía a la apertura de dicho cofre eran las supervisoras; por ello si bien tiene competencia para hacerlo no lo hace en situaciones de normalidad, y al haberlo hecho el día 22 de marzo de 2014 supone que la presión de la huelga se vea minorada o debilitada como se desprende del hecho de que hasta el momento en el que así actúa, a las 16.30 horas, las cajas habían permanecido cerradas.

b) Tal actuación tiene su origen en un mandato empresarial ya que Dña. Hortensia procede a aperturar el cofre y dotar a las cajas de numerario, permitiendo así su operatividad, porque recibe instrucciones en ese sentido por parte de la Directora del centro de trabajo, Dña. Ariadna. Por lo tanto no estamos ante el supuesto de una trabajadora que en el ejercicio de una opción totalmente legítima, haya decidido no secundar la huelga y realizar las tareas propias que de ordinario realizada cada día en su jornada, sino que realiza una función que habitualmente no hace, por lo que necesariamente hemos de suscribir la afirmación del Juez a quo cuando concluye que estamos ante un ejercicio abusivo por parte de la empresa del "*ius variandi*" ya que ha sustituido la actividad de trabajadores que se encontraban en huelga por la actividad de otros trabajadores que, si bien con competencia para realizar tales funciones, no realizan las mismas en situaciones de normalidad y por lo tanto ajenas a procesos de conflicto colectivo.

c) La apertura de la caja de guardia, de una forma distinta - (no por una persona distinta ya que siempre la atiende el personal de guardia) - a aquella en la que normalmente se realiza, también supuso una sustitución de trabajadores huelguista con merma de la consecuencia de la presión por ellos realizada en el ejercicio legítimo de un derecho constitucional. Y así, como se desprende del relato fáctico, la apertura de esa caja de guardia se reserva a cuando se forman colas pero motivadas por sucesos específicos que implican un aumento de la presencia de clientes en la tienda (situación como el día del socio y similares), aumento que no consta que se hubiera producido en el día 22 de marzo de 2014. Así como señala el Juez a quo, la realización de funciones de cajera por parte del responsable de la guardia se realiza en situaciones extraordinarias, aunque de normalidad, y en el presente caso, no consta tal situación extraordinaria, pero sí de no normalidad en cuanto ha sido convocada una huelga, por lo que la actuación de la empresa, al indicar a Dña. Hortensia que procediera a la apertura de la caja de guardia, también es encuadrable dentro del esquirolaje interno ya que no concurren las circunstancias que de ordinario (colas más aumento de afluencia de clientes) se establece para la apertura de dicha caja.



d) Finalmente el argumento de la recurrente de que el servicio no se prestó con normalidad no permite modificar las conclusiones que además de hacer referencia a datos que no constan en el relato fáctico (total de transacciones y movimientos de almacén), lo cierto es que durante la mañana las cajas estuvieron cerradas y no se abren hasta las 16.30 horas cuando Dña. Hortensia procede a la apertura del cofre y de las cajas , permaneciendo en la caja de guardia, y procediendo al cobro, hasta el cierre del establecimiento

Por todo lo dicho, la Sala que concluye que la sentencia de instancia no es merecedora del reproche jurídico que se contra ella se dirige, por lo que procede desestimar el recurso presentado, y la íntegra confirmación de la sentencia de instancia.

CUARTO .- Procede imponer a la recurrente el abono de las costas procesales causadas, con inclusión de los honorarios del Letrado impugnante del recurso, que se fijan en 550 € ; igualmente se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, este órgano judicial, por la autoridad que le confiere la Constitución, ha decidido:

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la Letrado Dña. Eva Marín Oliaga, actuando en nombre y representación de la empresa GRANDES ALMACENES FNAC ESPAÑA contra la sentencia de fecha trece de julio de dos mil quince, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de A Coruña , en autos 315/2015 , sobre TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES, seguidos a instancia de D. Justiniano , contra DÑA. Hortensia y contra la empresa recurrente, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal , por lo que debemos confirmar y confirmamos en su integridad la resolución recurrida.

Se impone a la recurrente el abono de las costas procesales causadas, con inclusión de los honorarios del Letrado impugnante del recurso, que se fijan en 550 € ; igualmente se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, haciéndoles saber que, contra la misma, sólo cabe Recurso de Casación para Unificación de Doctrina que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social, dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de esta Sentencia y de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Jurisdicción Social. Si la recurrente no estuviere exenta de depósito y consignación para recurrir, deberá ingresar:

- 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 37 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 37 **** ++**).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

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

PUBLICACIÓN.- 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.