



Roj: **STSJ GAL 2058/2018 - ECLI:ES:TSJGAL:2018:2058**

Id Cendoj: **15030340012018101405**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **26/04/2018**

Nº de Recurso: **10/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Derechos Fundamentales**

Ponente: **RAQUEL MARIA NAVEIRO SANTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 2058/2018,**
STS 333/2020

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA SALA DE LO SOCIAL

SECRETARIA BARRIO CALLE- RJ

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

Fax : 881-881133/981184853

NIG : 15030 34 4 2018 0000013

Modelo: N02700

DFU DERECHOS FUNDAMENTALES 0000010 /2018

Procedimiento origen: /

Sobre: DERECHOS FUNDAMENTALES

DEMANDANTE: CENTRAL UNITARIA DE TRABALLADORES/AS

ABOGADO: BRAIS GONZALEZ PEREZ

DEMANDADO: CORPORACION DE RADIO E TELEVISION DE GALICIA, SA

ABOGADA : ANTIA CELEIRO MUÑOZ

MAGISTRADO PRESIDENTE ILMO. SR:

DON ELIAS LOPEZ PAZ

ILMOS/ILMAS MAGISTRADOS/AS:

DOÑA RAQUEL NAVEIRO SANTOS

DON LUIS DE CASTRO MEJUTO

En A Coruña, a 26 de abril de 2018.

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 DERECHOS FUNDAMENTALES **10/2018**, 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. **10/2018** sobre DERECHOS FUNDAMENTALES a instancia de CENTRAL UNITARIA DE TRABALLADORES/AS, frente a CORPORACION DE RADIO E TELEVISION DE GALICIA, SA, siendo Magistrada-Ponente la Ilma Sra D^a RAQUEL NAVEIRO SANTOS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO - En fecha 9 de marzo de dos mil dieciocho el Abogado Don Brais González Pérez, actuando en nombre y representación del Sindicato CENTRAL UNITARIA DE TRABALLADORES, en adelante CUT, presentó demanda de tutela de derechos fundamentales e indemnización de daños y perjuicios contra la empresa CORPORACIÓN DE RADIO TELEVISIÓN DE GALICIA S.A. (C.R.T.V.G) en la que después de hacer las alegaciones de hecho y de derecho que tuvo oportunas, terminó solicitando una sentencia por la que:

"I) Se declare vulnerado o dereito á folga da Central Unitaria de Traballadores/as (C.U.T.) como central convocante da folga xeral de 24 horas, ao ter minorizado debiliberadamente a empresa o efecto da folga mediante a esquirolaxe interna ou substitución de traballadora".

II) Se declare nula a decisión empresarial da substitución da traballadora Dona Adelaida e o mantemento da emisión do programa Galicia Noticias Mediodía

III) Se condene á demandada a unha indemnización de danos e prexuízos pola cuantía de QUINCE MIL SEISCENTOS VINTE CINCO EUROS E CINCUENTE CÉNTIMOS (15.625,5 euros)

IV) Se condene á empresa á lectura do fallo da sentenza, ou daquel fundamento que o Tribunal considerara, durante a emisión do Galicia Noticias Mediodía

V) Se proceda á publicación da sentenza na INTRANET da empresa, de feito destacable e accesible para todas as traballadoras e traballadores da CRTVG.

SEGUNDO .- Admitida a trámite la demanda, se citó a las partes y al Ministerio Fiscal para la celebración de los actos de conciliación y juicio, señalándose a tal efecto el día 19 de abril de dos mil dieciocho. Abierto el acto de conciliación comparecen las partes, sin que hubieran llegado a ningún acuerdo. Abierto el acto del juicio comparecen ambas partes y el Ministerio Fiscal. Como cuestión previa, de carácter procesal, se plantea por la Sala una posible incompetencia objetiva de la misma, alegando tanto las partes como el Ministerio Fiscal que la cuestión afecta a varios centros de trabajo ubicados todos ellos en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia por lo que entiende que la Sala del TSJ de Galicia es la competente para conocer. Por la parte actora se afirma y ratifica en su demanda y solicita el recibimiento del juicio a prueba. La demandada se opone solicitando la desestimación previo recibimiento del pleito; alega en esencia que la CRTVG atendió a las medidas propuestas por los sindicatos aceptando la propuesta de que no hubiera mujeres en pantalla por lo que el día 8 de marzo de 2018 la presentación de "Galicia Noticias "corrió a cargo de D. Jesús Ángel , trabajador adscrito a dicho programa desde hace 15 años por lo que no existe ningún tipo de esquirolaje interno. Señala que la actora no aporta indicios de vulneración de derechos fundamentales para alterar la carga de la prueba ni que tampoco acredita los daños morales causados sobre los cuales pretende la cuantía indemnizatoria reclamada. Por el Ministerio Fiscal formula las alegaciones que tiene por oportunas.

En periodo probatorio se practica la documental propuesta por ambas partes; la testifical propuesta por la parte actora, Dña. Adelaida y Dña. Gracia , y la testifical propuesta por la parte demandada, Dña Regina . El resultado de su práctica consta en autos-

En periodo de conclusiones la parte actora eleva a definitivas las suyas en relación a la existencia de una conducta vulneradora al derecho a la huelga del sindicato CUT por el esquirolaje interno realizado, así como en lo relativo a la indemnización solicitada. La empresa demandada se opone en los mismos términos que en su contestación. Por el Ministerio Fiscal señala que la cuestión ha de solventarse con apoyo a la doctrina sentada por la STC nº 17/2017, de 2 de febrero de 2017 , y de estimarse que nos encontramos ante una sustitución irregular procedería reconocer la vulneración del derecho a la huelga invocado, con una indemnización, acorde con la LISOS, de 3.125 € por tratarse de una sustitución realizada con trabajadores no huelguistas propios y no con contratados externos.

Tras esto quedaron los autos conclusos para sentencia.

TERCERO .- En la tramitación de estos autos se han observado todas las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS



PRIMERO .- Las organizaciones sindicales USO, CUT, CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL, SINDICATO DE COMISIONES DE BASE (CO.BAS), SINDICATO ALTERNATIVA SINDICAL DE TRABAJADORES (AST), CONFEDERACIÓN NACIONAL DE TRABAJO (CNT), UNION GENERAL DE TRABAJADORES (UGT), COMISIONES OBRERAS (CC.OO), CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (CIG), convocaron para el día 8 de marzo de 2018, jueves, tanto a nivel de la Comunidad Autónoma de Galicia como en el ámbito estatal, una huelga general, -bien de paros parciales o bien de 24 horas-, que tuvo como principal demandada alcanzar la igualdad real de las mujeres en el ámbito laboral.

En concreto el sindicato CUT fue el único que a nivel Galicia convoca la huelga general de 24 horas (de 00,00 a 24.00 horas del día 8 de marzo), presentado su preaviso ante la Consellería de Traballo da Xunta de Galicia el día 6 de febrero de 2018, para todas las trabajadoras y trabajadores de Galicia, ya sean empleadas y empleados públicos, de cualquier régimen o vínculo, ya sean trabajadores y trabajadora de los restantes sectores productivos y de todos los centros de trabajo. Fija los objetivos de la huelga general que convoca en los siguientes:

"1.- A mellora das condicións laboráis das mulleres e a fin da desigualdade laboral, mediante a consecución da supresión da fenda salarial.

2.- A fin da desigualdade no recoñecemento das prestacións sociais.

3.- A fin de réximes da Seguridade Social que castigan especificamente as mulleres coa exclusión de prestacións de desemplego como é o Réxime Especial de Emprego no Fogar para a súa definitiva inclusión no Réxime Xeral.

4.- A ampliación dos dereitos básicos relacionados coa conciliación da vida persoal, laboral e familiar.

5.- A desaparición da discriminación no acceso ao emprego e a diminución da taxa de desemplego de mulleres.

6.- O establecemento de mecanismos legais para a erradicación do acoso sexual no ámbito laboral así como do acoso laboral; estratexias de eliminación da precariedade laboral e a parcialidade e temporalidade asociada á contratación de mulleres."

CC.OO y UGT convocaron el 8 de marzo de 2018, a nivel Galicia, los siguientes paros parciales: de 00.00 a 02.00, de 12.00 a 14.00 y de 19.30 a 21.30 horas.

(Hecho acreditado por los documentos nº 1 tanto de la prueba de la actora como de la demandada).

SEGUNDO .- La demandada, CORPORACION DE RADIO TELEVISIÓN DE GALICIA S.A, tiene centros de trabajo en las distintas provincias de la Comunidad Autónoma de Galicia

(Hecho no controvertido).

TERCERO .- El sindicato CUT tiene un total de 5 representantes en el Comité Intercentros de la CRTVG.

(Hecho acreditado por la declaración testifical de la Sra. Gracia y documento nº 9 de la actora)

CUARTO .- El día 7 de marzo de 2018 se publica en el DOGA el Decreto 26/2018 de 1 de marzo por el que se dictan normas para garantizar los servicios esenciales durante la huelga convocada para el día 8 de marzo de 2018, incluyéndose dentro de esa regulación de servicios mínimos la relativa a la Corporación de Radio y Televisión de Galicia.

(Hecho acreditado por el Decreto aportado por ambas partes, respectivamente como documento nº 3 y nº 4)

QUINTO .- La CRTVG remite a la Xunta de Galicia la relación de servicios mínimos, con la relación nominal de los trabajadores, que incluyen tanto hombres como mujeres, para la realización de dichos mínimos; relación fechada el 8 de marzo de 2018, y que se da por reproducida. En dicha relación no se considera como servicio mínimo esencial el programa Galicia Noticias Mediodía, ni se incluye a la trabajadora Dña. Adelaida .

(Hecho acreditado por la relación aportada por ambas partes, respectivamente como documentos nº 4 y nº 3)

SEXTO .- El día 27 de febrero de 2018 tuvo lugar una reunión entre los Comités de Huelga y la CRTVG en donde en esencia, los Comités consideran que los servicios mínimos establecidos son abusivos y solicitan, antes del receso habido en la reunión, "que solo sexan homes os que figuren na relación de servizos mínimos e de non ser así se lles permita as mulleres intercambiar o seu servizo con un home durante a xornada de folga. Tamen se propón que se limite a duración dos servizos para que o finalizar o seu traballo podan irse"

La reunión terminó sin acuerdo entre las partes.

En relación a la huelga de 14 de noviembre de 2012 sí hubo acuerdo de servicios mínimos entre sindicatos y la empresa demandada y el programa Galicia Noticias Mediodía no se emitió.



(Hecho acreditado por copia del acta aportada como documento nº 2 por la demandada así como documentos nº 6 y 7 del mismo ramo de prueba)

SEPTIMO .- Dña. Adelaida decide acogerse a su derecho a la huelga durante toda la jornada laboral, sumándose a la convocatoria realizada por la CUT, por lo que el día 8 de marzo de 2018 no acudió a su puesto de trabajo en toda la jornada.

Dña. Adelaida , redactora de CRTVG, está adscrita al programa Galicia Noticias Mediodía desde septiembre de 2017, y es la persona que, de forma habitual, presenta desde esa fecha el referido programa.

El día 8 de marzo de 2018 la presentación de dicho programa, por decisión de la empresa demandada, fue realizada por D. Jesús Ángel , editor de dicho programa, que está adscrito al mismo desde hace 15 años.

Cuando Dña Adelaida no acude a trabajar, bien por permisos, vacaciones, bajas médicas, o circunstancias similares, la presentación del programa se realiza por el Sr. Jesús Ángel .

(Hecho acreditado por la declaración de las tres testigos).

OCTAVO .- El programa Galicia Noticias Mediodía se emite de lunes a viernes en el horario de emisión que consta recogido en el documento nº 8 de los presentados por la actora, y es uno de los cinco más vistos de la Televisión de Galicia.

El horario de emisión de los jueves es de 13.45 a 14.15 y de 15.00 a 15.30.

(Hecho acreditado por el documento nº 8 de los aportados por la actora y declaración testifical de Dña. Adelaida)

NOVENO .- El día 8 de marzo de 2018 no se emitió en la TVG el programa "Zigzag" ni el Telexornal de la noche.

(Hecho acreditado por la declaración testifical de Dña. Regina)

DECIMO .- En el Convenio Colectivo de la CRTVG no existe la categoría profesional de presentador ni la de editor. La presentación de los programas corre a cargo, de forma habitual por los redactores. Los trabajadores que realizan las funciones de editores también presentan en ocasiones; las funciones de editor son más amplias y diferentes a las de los redactores de los que son sus superiores. El Sr. Jesús Ángel es, en el programa Galicia Noticias Mediodía, un superior de la Sra. Adelaida .

(Hecho acreditado por el Convenio Colectivo aportado como documento nº 6 por la demandada y declaración de las tres testigos)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Los hechos declarados como probados lo son en virtud de la prueba practicada en el acto del juicio oral, valorada en su conjunto, ex art.97 LRJS , así como especialmente por los concretos medios de prueba referenciados en cada uno de los hechos probados

SEGUNDO .- Con carácter previo procede que nos pronunciemos en relación con la cuestión de competencia que de oficio se planteó la Sala en la fase inicial del acto del juicio para admitir la competencia objetiva de esta Sala; y ello en atención a lo dispuesto en el art. 7.a) de la LRJS en relación con lo declarado como probado en los hechos primero , segundo y tercero, de lo que resultan que los efectos de la vulneración del derecho fundamental esgrimidos por el sindicato demandante CUT se extienden a un ámbito superior al de la circunscripción de un Juzgado de lo Social pero no superan los de la Comunidad Autónoma de Galicia.

TERCERO .- La cuestión debatida entre las partes se centra en si la conducta realizada por la empresa demandada, consistente en esencia en sustituir a Dña. Adelaida , presentadora ordinaria del programa Galicia Noticias , trabajadora que el día 8 de marzo de 2018 decidió ejercitar su derecho fundamental a la huelga, por el trabajador D. Jesús Ángel , quien le sustituye normalmente en las ausencias de la primera, puede ser calificado o no como un esquirolaje interno, y en consecuencia suponer la vulneración del derecho fundamental a la huelga, ex art. 28 de la Constitución Española

Para resolver la cuestión propuesta necesariamente hemos de partir, y en virtud del principio de seguridad jurídica ex art. 9.3 CE , de anteriores precedentes de esta Sala, en concreto de la sentencia del TSJ de Galicia de 14 de abril de 2016, rsu 239/2016 , en la que indicamos:

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 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 cómo 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), de la del 6 de junio de 2014, con cita de la resoluciones del Tribunal Constitucional precitada".

A continuación hacemos referencia a sentencias dictadas por esta Sala de suplicación, en concreto la sentencia del TJS de Galicia de 29 de mayo de 2014, rec. Recurso: 1388/2014 , con de nuevo remisión a la STC 33/2011 de 28 de marzo de 2011 , en la que insistíamos en los siguientes puntos, a saber:

-Que 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 con dos únicas excepción 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), y cuando los trabajadores designados para el mantenimiento de los referidos servicios se negaran o se resistieran a prestarlos, quedando entonces justificada su sustitución a tales efectos.

-Que 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, con cita en este caso de la STC 18/2017 de 12 de febrero .

-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 (STC 33/2011 de 28 de marzo de 2011).

- Que en definitiva, y con apoyo en la referida doctrina constitucional que 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.

Cierto es que las sentencias precitadas son anteriores a la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 2017 , citada por el Ministerio Fiscal en conclusiones; pero la doctrina contenida en dicha STC 17/2017 viene, en esencia a reproducir la doctrina sentada por dicho Tribunal en sus STC 123/1992 de 28 de septiembre y 33/2011 de 28 de marzo , concluyendo que el hecho enjuiciado en la litis de origen (emisión en Telemadrid del partido de la Champions League, único programa emitido el día de la huelga) supusiera una vulneración del derecho a la huelga porque quedó "constatado que las resoluciones impugnadas asumen, con valor de hecho probado, que los trabajadores que no realizaban la huelga ese día y que colaboraron en la emisión del partido, no llevaron a cabo funciones distintas de las que vienen desarrollando habitualmente".

CUARTO .- Pues bien, partiendo de esas premisas entendemos que sí se ha producido la vulneración del derecho a la huelga alegada por el sindicato actor ya que la conducta de la empresa, al sustituir a Dña. Adelaida por D. Jesús Ángel para la presentación del programa "Galicia Noticias Mediodía" el día 8 de marzo de 2018 es una conducta encuadrable dentro del esquirolaje interno y así:

a) La cuestión no es si dentro de las funciones que puede realizar D. Jesús Ángel dentro del programa Galicia Noticias Mediodía está o no la de presentar, sino si tal función es la que realiza de forma habitual, y se ha acreditado que ello no es así.



La presentadora, - la "cara visible" como se ha indicado en el acto del juicio-, de dicho programa es Dña. Adelaida al menos desde septiembre de 2017, sustituyendo a D. Jesús Ángel a la misma cuando Dña. Adelaida se ausenta por motivos de "legalidad ordinaria" (permisos, bajas médicas, vacaciones previstos en el ET o en el Convenio). Por lo tanto en situaciones de "normalidad" dentro de la relación laboral y en el día a día del programa Galicia Noticias Mediodía, quien presenta el mismo, y quien los telespectadores ven de ordinario es a Dña. Adelaida .

Desconocemos cual es la categoría profesional de D. Jesús Ángel , ya que en el Anexo I del Convenio Colectivo de la CRTVG no aparece la de editor, que es como lo identifican los testigos, quienes también declaran en el sentido de que es el superior o jefe de Dña. Adelaida , si bien la última testigo que declara -Dña. Regina - lo identifica como un mando intermedio (hay un Director del programa por encima). En todo caso lo que se concluye es que el editor de un programa también puede presentar, pero quien lo hace de forma ordinaria es el redactor, en nuestro caso de litis, reiteramos, Dña. Adelaida .

2.- Tal actuación tiene su origen en un mandato empresarial ya que es la CRTVG quien sustituye a Dña. Adelaida por D. Jesús Ángel ante la ausencia de la primera por ejercicio de su derecho a la huelga.

En este punto la empresa señala que la sustitución fue motivada por la actitud conciliadora de la empresa que se manifestó en aceptar las propuestas de los sindicatos convocantes para que no hubiese ninguna mujer en pantalla ese día y que de haber dos presentadores que la función de presentar la hiciera el hombre, por lo que de haber acudido Dña. Adelaida a trabajar ella no habría realizado tal presentación. Pero dicha afirmación no se ve corroborada por las pruebas practicadas, y así si bien la testigo propuesta por la empresa, Dña. Regina , habla de una especie de "acuerdo tácito" lo cierto es no consta en la litis evidencias de tal acuerdo. Y así : a) La testigo Dña. Gracia , secretaria de la sección sindical de la CUT, niega el mismo; b) En el acta de reunión de 27 de febrero de 2018 lo que se evidencia es que no hubo acuerdo entre los Comités de Huelga y la empresa, y de hecho la empresa incluyó, en la relación nominal de trabajadores para cubrir servicios mínimos ,tanto hombres como mujeres; c) Cuando hubo acuerdo, como en el año 2012, se documentó por escrito; d) Por otro lado desconocemos si en la emisión del 8 de marzo de 2018 hubo o no trabajadoras mujeres presentando programas (para poder así considerar probado el supuesto acuerdo tácito) ya que se nos señala que los programas Zigzag y Telexornal noite no se emitieron pero no se nos justificó por la empresa que el motivo de su no emisión fuera el género femenino de sus presentadoras y de hecho la Sra. Gracia relata una incidencia en relación al programa Zigzag y una supuesta sustitución de tareas de otra trabajadora; e) Finalmente en este punto señalar que el argumento de la empresa tampoco se ve sustentado por el hecho de que de haber dos presentadores realizaba la función el hombre ya que en el programa Galicia Noticias Mediodía no hay dos copresentadores; hay una presentadora y un sustituto.

3.- La empresa no ha justificado que la sustitución de Dña. Adelaida , sea por motivos totalmente ajenos al ejercicio por parte de dicha trabajadora, de su derecho fundamental a la huelga. En este punto hemos de detenernos en la alegación que la empresa , ex art. 96 y 181.2 LRJS , realiza en el sentido de que la parte actora no ha aportado indicios de vulneración del derecho fundamental alegado; discrepamos de tal alegación ya que el hecho de sustituir a una trabajadora - mujer - huelguista por un trabajador -hombre- en una huelga cuya principal reivindicación es la igualdad real de las mujeres en el mundo laboral nos parece un indicio más que suficiente, máxime si tenemos en consideración que no se ha acreditado por la empresa ese supuesto acuerdo de sustitución alcanzado con los Comités de Huelga.

Alterada la carga de la prueba le corresponde a la empresa acreditar, con prueba plena, que la sustitución realizada, fue por causas totalmente ajenas al ejercicio del derecho fundamental a la huelga por parte de la presentadora, que podíamos denominar titular, y así: a) No concurre en el caso de autos las excepciones legales que habilitaría a la empresa para la sustitución realizada ya que ni el programa Galicia Noticias Mediodía , ni la trabajadora Dña. Adelaida , están dentro de la relación de servicios mínimos; b) El único argumento de la empresa es que el motivo de la sustitución fue porque así se hacía normalmente en ausencia de Dña. Adelaida ; pero reiteramos lo dicho con anterioridad, la sustitución era por motivos de "legalidad ordinaria" y de "normalidad" situación que no es extensible ni asimilable a cuando la ausencia de dicha trabajadora responde al ejercicio de un derecho fundamental de trascendencia constitucional y por lo tanto de "no normalidad". Por otro lado es indiferente, para apreciar la vulneración del derecho fundamental, que la empresa hubiera, o no, actuado de forma "deliberada o intencionada" con el fin de mermar la eficacia de la convocatoria de huelga. (STC 33/2011)

4.- Finalmente, el hecho de la emisión del programa Galicia Noticias Mediodía, supuso una sustitución de trabajadora huelguista con merma de la consecuente presión que el sindicato CUT, único convocante de 24 horas en Galicia, pretendía realizar en el ejercicio legítimo de un derecho constitucional, y ello porque como se ha indicado el referido programa es uno de los de más audiencia de la TVG, su emisión está, en su mayoría, fuera de la franja horaria de paros parciales convocados por otros sindicatos, y su cara visible es



una trabajadora mujer, y no un varón. De lo que es trataba en definitiva, como señala el sindicato demandante, era visibilizar la consecuencias de la ausencia de las mujeres trabajadoras en sus puestos de trabajos, consecuencias que no son visibles si la ausencia de dicha trabajadora fémina es suplida por un trabajador varón.

Por todo lo dicho entendemos que procede estimar la demanda en el sentido en los dos primeros puntos de su suplico, esto es la declaración de la vulneración del derecho a la huelga del sindicato convocante y la declaración de nulidad de la decisión empresarial de sustituir a la trabajadora Dña. Adelaida y mantener así la emisión del programa.

QUINTO .- Nos queda pronunciarnos en relación al resto de los pedimentos de la demandante formulados en su demanda.

Cuando el art. 182 de la LRSJ 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 pronunciamiento declarativos y nos resta por resolver lo procedente a los pronunciamientos de condena que según el art 182 LRJS 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 LRJS -, 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 - 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 , rec. 89/2012 , que haciéndose eco de la STC 247/2006 de 24 de julio 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 (Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden



Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto), 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)".

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 (Rec. 67/2011) precitada y 8 de julio de 2014 rec. 282/2013).

Aplicando tal parámetro- la LISOS- que es al que acude la propia parte actora, entendemos ajustado a derecho, en atención a las cuantías sancionatorias prevista en el art. 40.1.c) de la LISOS la cantidad de 15.625,5 euros peticionada, debiendo de apartarnos de las alegaciones el Ministerio Fiscal, ya que la infracción que dicho Ministerio utiliza como parámetro (la del art. 8.10 LISOS a sensu contrario) sería, en su caso, asumible, si la demanda la hubiera presentado la trabajadora Dña. Adelaida , pero no es el caso ya que la demanda ha sido presentada por un sindicato.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

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

Que reconociendo la competencia objetiva de esta Sala para resolver la cuestión planteada estimamos en parte la demanda de tutela de derechos fundamentales presentada por Don Brais González Pérez, actuando en nombre y representación del sindicato CENTRAL UNITARIA DE TRABALLADORES/A (CUT) contra la empresa CORPORACIÓN DE RADIO TELEVISION DE GALICIA S.A (C.R.T.V.G), y con intervención del MINISTERIO FISCAL, por lo que:

I) Declaramos vulnerado el derecho a la huelga de la Central Unitaria de Trabajadores/as (C.U.T.) como central convocante de la huelga general de 24 horas en Galicia, al haber minorizado la empresa el efecto de la huelga mediante la sustitución de una trabajadora huelguista.

II) Declaramos nula la decisión empresarial de sustituir a la trabajadora Dña. Adelaida y mantener la emisión del programa Galicia Noticias Mediodía.

III) Condenamos a la demandada a abonar al sindicato actor una indemnización de daños y perjuicios por importe de QUINCE MIL SEISCIENTOS VEINTICINCO EUROS Y CINCUENTA CÉNTIMOS (15.625,50 euros).

Desestimamos el resto de las pretensiones de la parte actora, absolviendo a la demandada de las mismas

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.