

**TRIBUNAL SUPREMO**

*Sentencia 1199/2024, de 16 de octubre de 2024*

*Sala de lo Social*

*Rec. n.º 211/2022*

**SUMARIO:**

**Tutela de los derechos de libertad sindical y demás derechos fundamentales. Derecho de huelga. Canal Sur. Esquirolaje interno.** *Sustitución de trabajadora huelguista que presenta habitualmente un programa de radio por un redactor de la emisora.* Con independencia de que el redactor que sustituyó a la presentadora habitual del programa pudiere ostentar su misma categoría profesional, lo cierto es que no se trataba de un supuesto de sustitución ordinaria en el que pudiere concurrir cualquier circunstancia excepcional que justificase el cambio de presentador, por razones incluso ajenas a la voluntad de la presentadora habitual, sino de una decisión empresarial claramente dirigida a menoscabar el legítimo ejercicio del derecho de huelga para visualizar ante terceros y el público en general la menor incidencia de la protesta laboral manteniendo en antena la emisión del programa. No se trataba, por lo tanto, de una sustitución habitual del presentador que pudiera enmarcarse dentro del *ius variandi* empresarial, sino de una decisión absolutamente extraordinaria, con una concreta y determinada finalidad claramente dirigida a perjudicar el ejercicio del derecho de huelga. No se puede identificar función habitual con la ocasional, consistente en presentar el programa cuando la trabajadora suspendía su relación por vacaciones, permisos, etc. Además, incluso desde esa condición de sustitución ocasional, no se puede identificar la habitual sustitución con la proveniente de una situación de conflicto, en la que se quiere sustituir a trabajadores huelguistas para no suspender la actividad o, lo que es lo mismo, no permitir el efecto propio del ejercicio de huelga. Precisamente, lo que no permite la ley es la sustitución en caso de huelga y, en el caso de presentadora, cuando decide ejercer su derecho de huelga, la situación no es la corriente u ordinaria del desarrollo pacífico de la relación laboral, sino una situación como las propias y específicas del derecho de huelga, en donde el conflicto viene expresado mediante medidas de presión de que disponen los trabajadores en defensa de sus intereses.

**PONENTE:**

*Don Sebastián Moralo Gallego.*

Magistrados:

Don ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Don ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER

Don SEBASTIAN MORALO GALLEGO

Don IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTIN

**CASACION núm.: 211/2022**

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 001

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Síguenos en...



Sentencia núm. 1199/2024

Excmos. Sres.

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 16 de octubre de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por el letrado D. Salvador Contreras Navidad, en nombre y representación de la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía (RTVA) y Canal Sur Radio y Televisión, S.A., contra la sentencia dictada el 1 de junio de 2022 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, en demanda sobre tutela de derechos fundamentales núm. 1/2022, seguida a instancia de la Confederación General del Trabajo de Andalucía, Ceuta y Melilla contra la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía (RTVA) y la Sociedad Filial Canal Sur Radio y Televisión, S.A., con intervención del Ministerio Fiscal.

Ha sido parte recurrida la Confederación General del Trabajo de Andalucía, Ceuta y Melilla, representada y defendida por el letrado D. Luis Ocaña Escolar.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La representación de CGT presentó demanda de tutela de derechos fundamentales, registrada con el núm. 1/2022, de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho, terminaban suplicando se dictara sentencia: "Por la que se estime el contenido de la misma, se declare la nulidad del comportamiento, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por tal declaración, con todos los efectos jurídicos oportunos, declarando expresamente la vulneración del derecho fundamental a la huelga, ordenando el cese del comportamiento, emitiendo una edición informativa sobre la sentencia que se dicte por idéntico tiempo de duración del programa de radio "Canal Sur Mediodía Córdoba" y abonando la indemnización de dieciocho mil euros, todo ello con plenitud de efectos".

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio. Seguidamente, se recibió el pleito a prueba, practicándose las propuestas por las partes y, tras formular éstas sus conclusiones definitivas, quedaron los autos conclusos para sentencia.

**TERCERO.-** Con fecha 1 de junio de 2022 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, en la que consta el siguiente fallo: "Con estimación parcial de la demanda interpuesta por CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO DE ANDALUCÍA, CEUTA Y MELILLA (CGT) contra la AGENCIA PÚBLICA EMPRESARIAL DE LA RADIO Y TELEVISIÓN DE ANDALUCÍA (RTVA) y SOCIEDAD FILIAL CANAL SUR RADIO Y TELEVISIÓN, S. A. y el MINISTERIO FISCAL, debemos declarar y declaramos vulnerado el derecho de huelga de la actora al haber sustituido la empresa en la huelga del día 8 de marzo de 2021, mediante sustitución interna, a la trabajadora huelguista, D.ª María Esther, manteniendo la emisión del programa informativo de radio "Canal Sur Mediodía Córdoba". Condenamos a las demandadas

Síguenos en...



a abonar al sindicato actor una indemnización por daño moral por importe de 7.500 €. Igualmente condenamos a las demandadas a que se dé cuenta de ello, como noticia, en el programa de radio "Canal Sur Mediodía Córdoba", en día de la semana lunes, con lectura del fallo de esta sentencia".

**CUARTO.-** En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

" **1º.-** El sindicato CGT-A, al que está afiliada DOÑA María Esther, convocó huelga general de 24 horas para la jornada del 8 de marzo de 2021, mediante escrito registrado en la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía el día 22 de febrero de 2021. Dicha trabajadora que presta servicios en el centro de trabajo de Córdoba, es la presentadora habitual del programa informativo de radio 'Canal Sur Mediodía Córdoba', que se emite de 11,55 a 13 horas, de lunes a viernes, ejerció su derecho de huelga, secundando la convocatoria de CGT-A. Muy ocasionalmente, el programa lo pueden presentar otros redactores del mismo que la sustituyen, cuando ella no trabaja por encontrarse de vacaciones u otra circunstancia análoga.

**2º.-** La dirección de la empresa, a través del Director Territorial del centro de Córdoba, Leandro, cinco minutos antes de empezar la emisión del programa el día 8 de marzo de 2021, le fue dada la orden a D. Marcial, redactor del programa, que se encontraba de servicios mínimos, de proceder a la presentación del informativo, lo que normalmente no hacía, sin que conste que en el año 2021, dicho trabajador lo hubiera hecho en alguna ocasión, aunque si lo hizo en el año 2020, en momento temporal coincidente con una baja médica de la Señora María Esther que, insistimos, es la presentadora habitual del programa".

**QUINTO.- 1.-** En el recurso de casación formalizado por la empresa se consignan los siguientes motivos:

Primer y único.- Al amparo del artículo 207 e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se denuncia la infracción de los artículos 20.1 d), 35.1 y 38 C.E., por vulneración del derecho a la libertad de información que asiste a la entidad recurrente, así como de la libertad de empresa y del derecho al trabajo.

**2.-** El recurso ha sido impugnado por CGT.

**SEXTO.-** Recibidas las actuaciones de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, y admitido el recurso de casación, se dio traslado por diez días al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de interesar la desestimación del recurso.

Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose el día 15 de octubre de 2024 para la deliberación y votación, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- 1.-** Se trata de decidir si la empresa ha vulnerado el derecho de huelga al ordenar la sustitución de la trabajadora que presenta habitualmente un determinado programa de radio.

La sentencia recurrida es la dictada por la Sala de lo social del TSJ de Andalucía/Sevilla de 1 de junio de 2022, autos 1/2022, que acoge en parte la demanda de tutela de derechos fundamentales interpuesta por el sindicato accionante, y declara vulnerado el derecho de huelga al haber sustituido la empresa a la trabajadora huelguista y mantener la emisión del programa de radio del que es habitual presentadora.

Síguenos en...



2.- El recurso de casación de la empresa se articula en un único motivo en el que denuncia infracción de los arts. 20.1 d), 35.1 y 38 CE; y de la doctrina jurisprudencial que invoca.

Sostiene que no ha vulnerado el derecho de huelga, porque el programa de radio en cuestión carecía en realidad de un presentador habitual, en tanto que tales funciones podían ser realizadas por cualquiera de los diferentes redactores del mismo, de tal manera que la decisión de la empresa de encomendar la presentación del programa a otro de los redactores que no estaba en huelga se enmarca dentro del ejercicio ordinario de su poder de organización.

3.- En su escrito de impugnación el sindicato demandante interesa la desestimación del recurso, por cuanto la empresa pretende en realidad ignorar el relato de hechos probados al afirmar, contra lo establecido en los mismos, que la trabajadora sustituida no era la presentadora habitual del programa, siendo que su actuación supone en todo caso una vulneración del derecho de huelga. Con similares argumentos el Ministerio Fiscal informa asimismo en favor de su desestimación.

**SEGUNDO.1.-** La cuestión litigiosa queda de esta forma constreñida a determinar si la empresa ha incurrido en un supuesto del denominado esquirolaje interno, al encargar la presentación de un programa de radio a un trabajador distinto a su presentadora habitual el día en que esta última ejercita su derecho de huelga.

2.- Como en este particular recuerda la STS 962/2023, de 8 de noviembre (rec. 204/2021), "El art. 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo establece que "en tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número siete de este artículo".

La recordada prohibición en modo alguno supone que sí es posible la sustitución de quienes secundan la huelga por otras personas ya integradas en la empresa y que no lo hacen. Esta Sala del Tribunal Supremo ha seguido la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el llamado esquirolaje interno, tal y como recordamos en la STS 153/2021 de 3 febrero (rec. 36/2019).

B) En particular, respecto del esquirolaje interno, la doctrina constitucional parte de la consideración de que la sustitución interna de huelguistas durante la medida de conflicto constituye un abuso empresarial, en tanto que el poder de organización y dirección de la empresa "...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)". Por todas, véase la STC 33/2011 de 28 marzo, seguida por nuestras SSTS de 8 junio 2011 (rec. 144/2010), 5 diciembre 2012 (rec.265/2011), 20 abril 2015 (rec. 354/2012) y 13 enero 2020 (rec. 138/2018), entre otras).

Al conectar el ejercicio del derecho de huelga con el ius variandi empresarial y respecto de la sustitución interna de los huelguistas, es claro que tal proceder "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)" ( STC 17/2017, de 2 de febrero)".

De esa doctrina se desprende que ha de estarse a las circunstancias concretas del caso, para analizar si la empresa ejercita de manera regular sus facultades organizativas o vulnera el derecho de huelga, en razón de que imponga o permita la sustitución de los trabajadores huelguistas por parte de otros trabajadores que no realizan de ordinario sus funciones, a salvo de aquellas situaciones en las que pueda estar en juego el cumplimiento de servicios mínimos esenciales para la comunidad, o de servicios de seguridad y mantenimiento en las instalaciones de la empresa.

**3.-** Pues bien, en los incontrovertidos hechos probados de la sentencia recurrida se declara de forma expresa que el sindicato demandante convocó huelga general de 24 horas para la jornada del 8 de marzo de 2021; que la trabajadora María Esther es afiliada al mismo, que ejerció su derecho de huelga y presta servicios en el centro de trabajo de la empresa en Córdoba.

En lo que es determinante para la resolución del recurso, se declara probado lo siguiente: 1º) Dicha trabajadora es la presentadora habitual del programa informativo de radio "Canal Sur Mediodía Córdoba, que se emite de 11,55 a 13 horas, de lunes a viernes"; 2º) Muy ocasionalmente, el programa lo pueden presentar otros redactores del mismo que la sustituyen, cuando ella no trabaja por encontrarse de vacaciones u otra circunstancia análoga; 3º) La dirección de la empresa, a través del Director Territorial del centro de Córdoba, y cinco minutos antes de empezar la emisión del programa el día 8 de marzo de 2021, le fue dada la orden a D. Teodoro, redactor del programa, que se encontraba de servicios mínimos, de proceder a la presentación del informativo, lo que normalmente no hacía; 4º) No consta que en el año 2021, dicho trabajador hubiera sustituido en alguna ocasión a la presentadora habitual, aunque si lo hizo en el año 2020, en momento temporal coincidente con una baja médica de la Señora Florencia.

El recurso no combate el relato de hechos probados para modificar ninguna de tan rotundas afirmaciones, pero sin embargo construye toda su argumentación jurídica bajo el presupuesto de que el programa carece de un presentar habitual, que lo puede presentar cualquier de los distintos redactores que esté de turno el día de su emisión, y que todos los distintos cuatro redactores que menciona, entre otros, lo han venido presentado.

De esas consideraciones colige que la empresa no ha incurrido en la práctica de un esquirolaje prohibido, sino que simplemente se ha limitado a encargar ese día la presentación del programa a uno de los redactores que no se encontraba en huelga.

El escrito de recurso se adentra de esta forma en un argumentario que pasa por desconocer y no respetar el contenido de los hechos probados, para ofrecer un planteamiento que parte de

Síguenos en...



presupuestos fácticos no recogidos en el relato histórico, sustentando sus razonamientos en afirmaciones que no vienen avaladas en los mismos, para incurrir de esta forma en un rechazable vicio procesal, cual es la llamada "petición de principio" o "hacer supuesto de la cuestión". Defecto que se produce cuando el recurso parte -sin pretender revisarlas- de premisas fácticas distintas a las de la resolución recurrida (SSTS 3-5-2017, rec. 123/2016; 11-2-2016, rec. 98/2015; 3-2-2016; rec. 31/2015, entre otras muchas), y al construirse sobre bases fácticas erróneas incurre en el vicio procesal de la llamada "petición de principio" o "hacer supuesto de la cuestión", por sustentarse en unos hechos contrarios a los que declara probados la sentencia recurrida (STS 962/2023, de 8 de noviembre (rec. 204/2021).

La sentencia declara expresamente probado, de manera rotunda, que la trabajadora sustituida era la presentadora habitual del programa, que solo ocasionalmente era sustituida por otros redactores cuando estaba de vacaciones u otra circunstancia análoga, que no consta que durante 2021 hubiere presentado el programa ese otro redactor, que sin embargo lo hizo en 2020 con ocasión de una baja médica.

El recuso no intenta la modificación de ninguno de estos asertos, pero sin embargo desgrana sus razonamientos jurídicos con base en la consideración de que el programa no tenía en realidad un presentador habitual y que todos los redactores rotaban de alguna forma en su presentación, contra lo que en la resultancia fáctica aparece.

**4.-** Sentado lo anterior, no queda sino aplicar en este caso la misma doctrina de la STS 13/2020, de 13 de enero (rec. 138/2018), que conoce de un asunto sustancialmente idéntico al presente, en el que otra cadena de medios de comunicación, en circunstancias totalmente coincidentes con las del presente caso, sustituye el día de la huelga a la presentadora habitual de un programa de televisión que optó por acogerse a su derecho de huelga.

Como en ella ponemos de manifiesto, la empresa vulnera el derecho de huelga al permitir que se emitiera el programa "a pesar de estar en huelga la trabajadora que habitual y normalmente lo presentaba, sin que la sustitución operada pudiera tener el efecto que entiende la recurrente, de potenciar más el efecto de la huelga ya que ello no se consigue sustituyendo con otros trabajadores ese puesto o todos los ocupados por trabajadoras. En el caso de la Sra. Josefa, ese efecto está más claramente ausente cuando resulta que el Sr. Luis Manuel era el que le sustituía ocasionalmente, en situación ordinarias de pacífico desarrollo de la relación, de forma que en el día de huelga la ausencia de la Sra. Josefa y, con ello, la no emisión del programa sí que daba visualización a la huelga y no la presencia del Sr. Luis Manuel.

Y, al hilo de lo anterior, debe entenderse que la presencia del Sr. Luis Manuel en el programa supuso la atribución de funciones distintas a las que habitual y ordinariamente venía atendiendo porque, como bien razona la sentencia de instancia, esa situación de habitualidad no se identifica con la de presentador, recogiendo en los hechos probados su condición de editor. Tampoco se puede identificar función habitual con la ocasional, consistente en presentar el programa cuando la trabajadora suspendía su relación por vacaciones, permisos, etc. Además, incluso desde esa condición de sustitución ocasional, no se puede identificar la habitual sustitución con la proveniente de una situación de conflicto, en la que se quiere sustituir a trabajadores huelguistas para no suspender la actividad o, lo que es lo mismo, no permitir el efecto propio del ejercicio de huelga. Precisamente, lo que no permite la ley es la sustitución en caso de huelga y, en el caso de la Sra. Josefa, cuando decide ejercer su derecho de huelga, la situación no es la corriente u ordinaria del desarrollo pacífico de la relación laboral, sino una situación como las propias y específicas del derecho de huelga, en donde el conflicto viene expresado mediante medidas de presión de que disponen los trabajadores en defensa de sus intereses".

Síguenos en...



Y eso mismo es lo que cabalmente sucede en el presente asunto, pues con independencia de que el redactor que sustituyó a la presentadora habitual del programa pudiere ostentar su misma categoría profesional, lo cierto es que no se trataba de un supuesto de sustitución ordinaria en el que pudiere concurrir cualquier circunstancia excepcional que justificase el cambio de presentador, por razones incluso ajenas a la voluntad de la presentadora habitual, sino de una decisión empresarial claramente dirigida a menoscabar el legítimo ejercicio del derecho de huelga para visualizar ante terceros y el público en general la menor incidencia de la protesta laboral manteniendo en antena la emisión del programa.

No se trata por lo tanto de una sustitución habitual del presentador que pudiere enmarcarse dentro del ius variandi empresarial, sino de una decisión absolutamente extraordinaria, con una concreta y determinada finalidad claramente dirigida a perjudicar el ejercicio del derecho de huelga.

**TERCERO.** Conforme a lo razonado y de acuerdo con el Ministerio Fiscal, debemos desestimar el recurso y confirmar en sus términos la sentencia de instancia. Con pérdida del depósito constituido para recurrir, y con imposición a la recurrente de las costas del recurso en cuantía de 1.800 euros.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

desestimar el recurso de casación interpuesto por la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía (RTVA) y Canal Sur Radio y Televisión, S.A., contra la sentencia dictada el 1 de junio de 2022 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, en demanda sobre tutela de derechos fundamentales núm. 1/2022, seguida a instancia de la Confederación General del Trabajo de Andalucía, Ceuta y Melilla contra la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía (RTVA) y la Sociedad Filial Canal Sur Radio y Televisión, S.A., con intervención del Ministerio Fiscal, para confirmarla y declarar su firmeza. Se decreta la pérdida del depósito; dese el destino legal a la cantidad consignada; con imposición a la recurrente de las costas en cuantía de 1.800 euros.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ).

Síguenos en...

