

## TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia de 11 de junio de 2012

Sala de lo Social

Rec. n.º 110/2011

### SUMARIO:

**Tutela de los derechos de libertad sindical y demás derechos fundamentales. Euskal Telebista. Derecho de huelga. Vulneración por exceso en la ejecución de los servicios esenciales.** No hay exceso por emitir de forma automática publicidad preprogramada sin utilizar personal asignado a los servicios mínimos ni sustitutos de los huelguistas. El que esta actividad no pueda considerarse servicio esencial no significa que no pueda emitirse, si para ello no se utiliza el personal mencionado, valiéndose la empresa de sus propios medios técnicos. En cuanto a la emisión de una entrevista y de una tertulia, que integran de forma habitual el esquema del programa de servicios informativos, podría considerarse dentro de la garantía si se hubiera acreditado el interés informativo de su emisión, lo que no es el caso. Sí incurre en vulneración la emisión de reportajes sin contenido informativo. Voto particular.

### PRECEPTOS:

Constitución Española, arts. 20 y 28.2.  
RDL 17/1977 (Relaciones de trabajo), art. 6.º 4, 5 y 6.

### PONENTE:

*Don Aurelio Desdentado Bonete.*

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Junio de dos mil doce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de los recursos de casación interpuestos por las Sociedades Públicas EUSKAL TELEBISTA-TELEVISION VASCA, S.A.U. (ETB) y EUSKAL IRRATI TELEBISTA-RADIO TELEVISION VASCA (EITB), representadas por la Procuradora Sra. Pérez-Mulet y Díez-Picazo y defendidas por Letrado, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 22 de febrero de 2011, en autos n.º 13 y 18/2010, seguidos a instancia de la Central Sindical LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK (LAB) y de la CONFEDERACION SINDICAL ELA, contra dicha recurrente, el COMITE INTERCENTROS, las Centrales Sindicales CC.OO., KLB y el MINISTERIO FISCAL, sobre tutela de los derechos de libertad sindical.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrida la CONFEDERACION SINDICAL ELA, representada y defendida por el Letrado Sr. Kamiruaga Aretxabaleta.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete,

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Primero.

La Central Sindical LALANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK (LAB) interpuso demanda de tutela de los derechos de libertad sindical ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el que ésta, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se declare la nulidad radical de la conducta descrita en el hecho sexto de la demanda por constituir una vulneración del derecho de huelga, ordenar el cese inmediato de la misma y la reposición al momento inmediatamente anterior a la misma, condenando a la empresa demandada a la realización de un reconocimiento formal a la plantilla y sociedad en general de que el día 29 de junio de 2010 se infringió por parte de ETB-EUSKAL TELEBISTA, S.A. el derecho de huelga, dando publicidad en todos los servicios informativos del domingo siguiente a la notificación de la existencia y contenido de la eventual sentencia favorable.

La CONFEDERACION SINDICAL (ELA), interpuso demanda de tutela de los derechos de libertad sindical ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el que ésta, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se condene a la empresa demandada al cese inmediato de tal comportamiento; a la reposición inmediata de la situación al momento inmediatamente anterior a producirse tal comportamiento, que se concreta en la declaración de nulidad de la actuación empresarial; al reconocimiento público, expreso, claro y manifiesto tanto a toda la plantilla de EUSKAL TELEBISTA, S.A. (EITB) como a la sociedad en general de que EUSKAL TELEBISTA S.A. (EITB) el día 29 de junio de 2010 vulneró el derecho fundamental de huelga y libertad sindical en el sentido que se establezca en la sentencia, dando una publicidad extensa, objetiva y preferente en todos los programas que la empresa demandada consideró calificarlos "servicios informativos" el 29 de junio de 2010 y que fueron emitidos, debiendo emitirse una declaración de una duración al menos de 4 minutos continuados en cada uno de ellos, y llevándose a cabo el siguiente martes (sea la fecha que sea) desde la firmeza de la sentencia (sea la fecha que sea), dado que el 29 de junio de 2010 era martes; a emitir comunicado de prensa con amplio contenido informativo de la sentencia dictada, siendo enviado a todos los diferentes medios televisivos, radiofónicos, agencias de prensa, periódicos, y otros posibles agentes similares en el plazo de 5 días desde la firmeza de la sentencia, y cuyo coste deberá ser asumido por la empresa demandada; que tenga que publicar expresamente un comunicado con contenido objetivo, informativo y extenso en el diario Deia y El Correo (ediciones de Bizkaia, Gipuzkoa, Araba y Nafarroa), al ser los diarios con mayor número de lectores, cuyo coste deberá ser abonado por la empresa demandada; a que por EUSKAL TELEBISTA S.A. (ETB), se proceda a la reparación económica cuantificada en la cuantía de 5.000?, en base a lo manifestado en el cuerpo de este escrito.

### **Segundo.**

Admitidas a trámite las demandas de tutela de los derechos de libertad sindical, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la demanda, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

### **Tercero.**

Con fecha 22 de febrero de 2011 se dictó sentencia, en la que consta el siguiente fallo: "Que estimamos en lo sustancial las demandas interpuestas por las Centrales Sindicales LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK -LAB- y EUZKO LANGILLEEN ELKARTASUNA -ELA- frente a la empresa EUSKAL TELEBISTA, S.A., en materia de tutela de derechos fundamentales, declarando que la demandada ETB vulneró el derecho fundamental de huelga de los demandantes en el marco de la huelga general convocada para el día 29 de junio de 2010 al incluir en la programación de esa jornada los programas EGUN ON EUSKADI y EUSKADI DIRECTO y al emitir publicidad de manera continuada, dado que la emisión de estos programas rebasó el límite de los servicios esenciales decretados por la Orden de 24 de junio de 2010 de la Consejera de Empleo y Asuntos Sociales, que había acordado que únicamente tendrían tal carácter los programas informativos diarios en su horario habitual. Se declara la nulidad radical de esa conducta y se condena a la demandada ETB a proceder a la lectura del texto que luego se dirá, en los términos siguientes: la lectura se hará en la lengua correspondiente a la emisión ordinaria en cada programa informativo de todos los canales de ETB y en cada programa de los emitidos por ETB el día 29 de junio de 2010, esto es, EGUN ON EUSKADI y EUSKADI DIRECTO; dicha lectura se hará el domingo en los programas informativos en sentido estricto, y en martes en los programas indebidamente emitidos el día de la huelga de referencia (EGUN ON EUSKADI y EUSKADI DIRECTO), en ambos casos en la fecha más próxima a la de la notificación de la firmeza de la presente Sentencia. La lectura se realizará el siguiente modo: a) en los titulares, entrada, carátula o similar de cada programa referido se anunciará, como primera noticia o titular, lo siguiente: "La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco ha dictado Sentencia estimando la demanda presentada por las Centrales Sindicales ELA y LAB y ha declarado que EUSKAL TELEBISTA vulneró el derecho de huelga al emitir determinada programación el día 29 de junio de 2010, condenando a esta empresa a leer públicamente el texto que luego se dará a conocer" ; b) posteriormente, finalizados los titulares o entrada, se procederá, como primera noticia del programa, a dar lectura al tenor literal del texto siguiente: "La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ha dictado Sentencia condenando a EUSKAL TELEBISTA, S.A. a la lectura del siguiente texto: En los procedimientos de demandas de tutela de derechos fundamentales números 13 y 18/10, seguidas a instancias de las Centrales Sindicales ELA y LAB, se ha dictado Sentencia en la que se estima en lo sustancial las demandas interpuestas por dichas Centrales Sindicales LAB y ELA frente a la empresa EUSKAL TELEBISTA, S.A, en materia de tutela de derechos fundamentales, y se ha declarado que la demandada EUSKAL TELEBISTA, S.A. vulneró el derecho fundamental de huelga de los demandantes en el marco de la huelga general convocada para el día 29 de junio de 2010, vulneración que se produjo al incluir en la programación de esa jornada los programas EGUN ON EUSKADI y EUSKADI DIRECTO y al emitir publicidad de manera continuada, dado que la emisión de estos programas rebasó

el límite de los servicios esenciales decretados por la Orden de 24 de junio de 2010 de la Consejera de Empleo y Asuntos Sociales, que, en satisfacción del derecho fundamental a la información, había acordado que únicamente tendrían tal carácter los programas informativos diarios en su horario habitual". Se absuelve a la demandada del resto de pretensiones".

#### **Cuarto.**

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "1.º- Las Centrales ELA y LAB tienen la condición de sindicatos más representativos y, asimismo, tienen presencia en el Comité Intercentros de ETB, con cinco representantes cada una, siendo 13 el total de miembros de dicho órgano. ----2.º- Diversas Centrales Sindicales, entre las que se hallaban las demandantes ELA y LAB, convocaron una huelga general para las Comunidades Autónomas del País Vasco y Navarra para el día 29 de junio de 2010, en protesta contra la reciente reforma laboral. ----3.º- El 24 de junio de 2010 la Consejera de Empleo y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco dictó Orden por la que se garantiza el mantenimiento de los servicios esenciales a la comunidad que se han de prestar durante la huelga general convocada para el día 29 de junio de 2010. En dicha Orden se consideraba: de un lado, que el servicio prestado por el ente público Euskal Irrati Telebista/Radio Televisión Vasca (EITB) tiene, de conformidad con la Ley 5/1982, de 20 de mayo, de creación del citado Ente público, la consideración de servicio público esencial; de otro lado, la incidencia de EITB en el ejercicio de los derechos fundamentales a comunicar y recibir libremente información veraz, tal como establece el artículo 20.2.d) de la Constitución ; finalmente, se entendía que la no emisión de programas informativos de contenido institucional, político o social, limitaría el ejercicio de los derechos y libertades de la ciudadanía. En consecuencia, se determinaba la prestación de los servicios mínimos siguientes en la empresa EITB: únicamente los servicios informativos diarios en su horario habitual. ----4.º- En fechas inmediatas a la de la huelga general de referencia se mantuvieron conversaciones entre la empresa ETB y la representación de la plantilla -Comité de huelga, en el caso-, a fin de determinar la concreción de los servicios mínimos a garantizar, conversaciones que terminaron sin acuerdo entre las partes. ----5.º- El día 28 de junio de 2010 la Dirección de ETB resolvió establecer el mantenimiento de las siguientes prestaciones esenciales y subsiguientes servicios mínimos: la producción y emisión de los siguientes programas informativos en su duración habitual: GAUR EGUN, TELEBERRI, GAUBERRI, EGUN ON EUSKADI, EUSKADI DIRECTO, CANAL VASCO NEWS, IPARRALDEAREN ORENA, NAVARRA DIRECTO e INTERCAMBIOS SEÑAL FORTA, así como la determinación del personal necesario para la prestación de tales servicios. ----6.º- El organigrama de ETB incluye los programas EGUN ON EUSKADI, EUSKADI DIRECTO y GAUBERRI dentro de la Dirección de Informativos. ----7.º- El programa EGUN ON EUSKADI se emite de lunes a viernes, en el segundo canal de ETB, en lengua castellana, en horario matinal, a las 8,30 horas, siendo sus bloques de contenidos habituales, esquemáticamente expresados, los siguientes: noticias varias, entrevista y tertulia o análisis. El día 29 de junio de 2010 este programa se emitió con su esquema habitual de contenidos. ----8.º- El programa EUSKADI DIRECTO se emite de lunes a viernes, en el segundo canal de ETB, en lengua castellana, a las 13,30 horas, teniendo por contenido la emisión de reportajes de actualidad. El día 29 de junio de 2010 este programa se emitió siguiendo su esquema habitual, siendo los reportajes emitidos los siguientes: batalla del vino de Haro, fiestas de Lekeitio, detective privado, cementerio muy viejo, barandilla de La Concha, bidegorri, templo de la tortilla, vending de todo tipo, depilación masculina, gimnasio Alicate, coleccionista material, Arriaga secreto, cocina txoko, afectadas por Agreal, palacio Ezkoria, vendo piso regalo coche, huertas en terrazas, objetos perdidos, ladrones butrón; además, se emitieron concursos al parecer también habituales dentro de dicho programa. ----9.º- El programa GAUBERRI se emite de lunes a viernes, en el primer canal de ETB, en euskera, a las 00,00 horas, siendo habitualmente un programa pregrabado una hora antes por razones de índole laboral y de contenido informativo. -- -- 10.º- Los programas EGUN ON EUSKADI, EUSKADI DIRECTO y GAUBERRI se emitieron con normalidad en la huelga general del 25 de mayo de 2010, sin que conste oposición a su emisión, si bien hubo negociación al respecto. ----11.º- El día 29 de junio de 2010 ETB emitió publicidad ordinaria y de la llamada Teletienda de manera continuada entre los programas que consideró servicios esenciales. Dicha publicidad se hallaba preprogramada y su emisión se produjo de manera completamente automática, sin intervención humana directa. ETB ingresó una cantidad cercana a los 6.000 euros en tal concepto. ----12.º- El programa informativo TELEBERRI, que se emite por el segundo canal de ETB, con carácter diario, sobre las 15,00 horas, tiene una duración habitual de entre 43 y 47 minutos. El día 29 de junio de 2010 este programa emitió en sus minutos finales un video musical del grupo ACDC, anunciando una actuación en Euskadi. ----13.º- La Dirección de ETB incluyó un segundo regidor para el día 29 de junio de 2010 para el programa EUSKADI DIRECTO, siendo lo habitual que el programa se desarrolle con un regidor. ETB ha reconocido que la inclusión de ese segundo regidor en el listado de servicios mínimos fue un error. ----14.º- En el programa EUSKADI DIRECTO participan habitualmente dos cámaras, si bien para el día 29 de junio de 2010 la Dirección de ETB incluyó una cámara más y, en consecuencia, convocó a un tercer trabajador para tal función. ----15.º- En anteriores jornadas de huelga ETB ha emitido publicidad".

#### **Quinto.**

Contra expresada resolución se interpusieron recursos de casación a nombre de la Sociedad Pública EUSKAL TELEBISTA-TELEVISION VASCA, S.A.U. (ETB) y EUSKAL IRRATI TELEBISTA-RADIO TELEVISION VASCA (EITB), y recibidos y admitidos los autos en esta Sala por su Procuradora Sra. Pérez-Mulet y Díez-Picazo, en escrito de fecha 20 de junio de 2011, se formalizaron los correspondientes recursos, autorizándolos y basándolos en los siguientes motivos: PRIMERO- Al amparo del art. 205.e) de la LPL, por infracción del art. 28.2 CE, en relación con el art. 20.1.d ), 20.4, 14 y 38 de la misma norma fundamental, así como los arts. 6.4 y 6.6 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo. SEGUNDO- Al amparo del art. 205.e) LPL, por infracción del art. 28.2 CE, en relación con el art. 20.1.d ) y 20.4 de la misma norma fundamental.

#### **Sexto.**

Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente la estimación parcial de los recursos, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 5 de junio actual, en cuya fecha tuvo lugar.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

En las presentes actuaciones los sindicatos demandantes, por la vía del proceso de tutela de los derechos fundamentales, solicitaron que se declarara que algunas de las medidas adoptadas por la Televisión Vasca ("Euskal Telebista", SA, en adelante ETB) en la ejecución de los servicios mínimos aprobados para la programación del día 29 de junio de 2010, coincidente con la huelga convocada para ese día, vulneraron el derecho de huelga y que se establecieran determinadas compensaciones. Las demandas fueron parcialmente estimadas por la Sala de lo Social del País Vasco, que declaró la existencia de la citada vulneración en relación con las emisiones que se señala, declarando también su nulidad radical y condenando a la demandada a la lectura del texto que se detalla en el fallo.

Frente a este pronunciamiento recurren las entidades demandadas (ETB y EITB) en dos recursos cuyos motivos coinciden plenamente, por lo que serán objeto de un análisis conjunto. En el primer motivo se denuncia la infracción del art. 28.2 de la Constitución en relación con el art. 20.1.d ), 20.4, 14 y 38 de la misma norma fundamental, así como los arts. 6.4 y 6.6 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo . El motivo combate el pronunciamiento de la sentencia de instancia que ha considerado una vulneración del derecho de huelga la emisión de publicidad en las condiciones que recoge el hecho probado undécimo, a tenor del cual "el día 29 de junio de 2010 ETB emitió publicidad ordinaria y de la llamada Teletienda de manera continuada entre los programas que consideró servicios esenciales. Dicha publicidad se hallaba preprogramada y su emisión se produjo de manera completamente automática, sin intervención humana directa. ETB ingresó una cantidad cercana a los 6.000 euros en tal concepto".

La sentencia recurrida ha justificado su conclusión a partir de la STC 183/2006, de acuerdo con la cual no entran dentro de la noción del servicio esencial de información los espacios de entretenimiento carentes de interés informativo, aun previamente grabados en la medida en que con estas emisiones pregrabadas se "persigue la no interrupción del servicio de la radiodifusión sonora y de la televisión, con lo que se priva de repercusión apreciable a la huelga, sustrayéndole su virtualidad de medio de presión"; referencia que se completa con la afirmación de que "el derecho de huelga no se vulnera solamente por la utilización de los medios personales en sustitución de las personas en huelga, sino también como en el presente caso, por la realización de actividades que exceden de los servicios decretados como esenciales".

El motivo debe estimarse, porque efectivamente, como señala el Ministerio Fiscal en su acertado informe, la sentencia recurrida incurre en una confusión sobre el alcance y la función de la garantía de los servicios mínimos y su proyección sobre el ejercicio del derecho de huelga. Esa garantía opera precisamente para establecer un mínimo de prestación en los servicios que se califican como esenciales, de forma que impone un límite al ejercicio del derecho de huelga en la medida en que los huelguistas, aunque pudieran lograr, con su poder de convocatoria, una limitación mayor de la actividad de la empresa, tendrán que respetar ese nivel de prestación. El razonamiento de la sentencia recurrida altera esa función y convierte la determinación de los servicios mínimos en un límite a la propia actividad empresarial, de forma que la entidad afectada no podría, aunque pudiera hacerlo sin lesionar el derecho de huelga, realizar más actividades que las definidas en los servicios mínimos fijados. De esta forma, como señala la parte recurrente, los servicios mínimos se convierten en máximos y la sentencia recurrida concluye que hay lesión del derecho de huelga "por la realización de actividades que exceden de los servicios decretados como esenciales". Pero esta afirmación de la resolución recurrida no

puede compartirse, porque si la empresa emplea para desarrollar esas actividades trabajadores no huelguistas o sus propios medios técnicos sin aplicación de trabajo humano no lesiona el derecho de huelga. Ese derecho solo se vulnera si los trabajadores asignados a la prestación de servicios mínimos se utilizan para cumplir servicios no esenciales, pero no sí los servicios no esenciales se ejecutan por trabajadores no huelguistas o por medios automáticos.

La STC 183/2006 no lleva a conclusión contraria, porque la misma decide un supuesto que no guarda la debida identidad con el que aquí se examina, pues se trataba de la impugnación de la consideración, por el Real Decreto 531/2002, como servicio mínimo de la emisión de una programación previamente grabada. Considera el Tribunal Constitucional que, aun "en aquellos supuestos en los que la programación previamente grabada revista un contenido o un interés primordialmente informativo, se restringe de manera desproporcionada el derecho de huelga", pues se trata de "una información que obviamente puede ser emitida con posterioridad a la jornada de huelga, ..., sin menoscabo alguno del derecho a comunicar o recibir información, al estar desprovista ésta, por su propia condición de pregrabada, de la actualidad e inmediatez necesarias que pudieran justificar en principio la restricción del derecho de huelga" y añade, en una referencia más próxima al presente caso, que además "no toda la programación de televisión tiene que ver con el referido derecho constitucional, existiendo una gran porción de espacio de puro entretenimiento" y, por ello, entiende que esa "actividad televisiva previamente grabada, desprovista de todo contenido e interés informativo" ..."en nada concierne al derecho a comunicar y recibir información «ex» art. 20.1.d) CE ". Destaca, por último, que "mediante la calificación como servicio mínimo de «la emisión, dentro de los horarios habituales de difusión, de una programación previamente grabada» se persigue, ..., la no interrupción del servicio de la radiodifusión sonora y de la televisión, con lo que se priva de repercusión apreciable a la huelga, sustrayéndole su virtualidad de medio de presión y de inequívoca exteriorización de los efectos del paro laboral efectivamente producido mediante la exigencia de una apariencia de normalidad del servicio contraria, como ya hemos señalado, al derecho de huelga". Esta misma doctrina se ha reiterado en las SSTC 184, 191 y 1993/2006 y las consideraciones que se realizan sobre la emisión de programas pregrabados son aplicables a las emisiones de publicidad que también han sido objeto de pregrabación.

Pero dicho esto, hay que insistir en que en el presente caso no estamos ante el supuesto que contemplan estas sentencias, porque aquí, como reconoce la sentencia recurrida, no se ha considerado como servicio esencial la emisión de publicidad preprogramada, sino que simplemente se ha procedido a la emisión de la misma, sin que conste que para ello se hayan utilizado los servicios del personal designado para cubrir los servicios esenciales. Por el contrario, se ha probado que "la emisión se produjo de manera completamente automática". No hay, por tanto, ninguna lesión del derecho de huelga, porque lo que veda la doctrina del Tribunal Constitucional mencionada es que se califique como servicio esencial y que, por tanto, pueda ser atendida por trabajadores asignados a estos servicios (por ejemplo, en labores de control, conexión o supervisión) la gestión de una programación pregrabada que no tiene valor informativo alguno y que, sin embargo, al emitirse, creando la imagen de una continuidad del servicio, puede perjudicar los objetivos de la huelga. Pero de ahí, no cabe deducir que, como se trata de una actividad no calificable como servicio esencial, no pueda realizarse por la empresa. La actividad podrá realizarse, como cualquier otra, siempre que no se asignen a ella trabajadores encargados de los servicios mínimos, es decir, si se realiza con personal no huelguista y sin utilizar personal incluido en la prohibición de sustitución del art. 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977, o si se realiza de forma totalmente automática.

En este sentido, debe reiterarse la doctrina de la Sala, contenida en las sentencias de 4 de julio de 2000, 9 de diciembre de 2003 y 15 de mayo de 2005 . En estas sentencias se establece que no existe ningún precepto que prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa, para atenuar las consecuencias de la huelga y que si las emisiones preprogramadas se realizaron sin ser interrumpidas, pero "sin que los huelguistas fueran sustituidos por otros trabajadores, ni extraños a la empresa, ni de su propia plantilla, el derecho fundamental no se ha vulnerado" y ello porque el derecho de huelga "garantiza el que los huelguistas puedan realizar los paros sin ser sancionados por ello", pero "no asegura su éxito, ni en el logro de los objetivos pretendidos, ni en el de conseguir el cese total de la actividad empresarial».

El motivo debe, por tanto, estimarse, como propone el Ministerio Fiscal.

## **Segundo.**

El segundo motivo de los recursos denuncia la infracción del art. 28.2 de la Constitución en relación con los arts. 20.1.d) y 20.4 de la misma norma y cuestiona la consideración como contrarios al derecho de huelga la emisión de los programas "Buenos días, Euskadi" y "Euskadi Directo".

El motivo se opone a la consideración como programas sin contenido propiamente informativo de los programas mencionados que se emitieron en la fecha de la huelga. Conviene examinar separadamente los dos supuestos.

En la sentencia impugnada se examina primero el programa "Buenos días, Euskadi", respecto al cual el hecho probado séptimo establece que "el programa se emite de lunes a viernes, en el segundo canal de ETB, en lengua castellana, en horario matinal, a las 8,30 horas, siendo sus bloques de contenidos habituales". La

sentencia recurrida considera que "la entrevista y la tertulia carecen de esa cualidad de información estricta, trascendiendo la misma y resultando perfectamente prescindibles desde el punto de vista del derecho", aunque en algunos casos una concreta entrevista pudiera tener ese contenido informativo de primer orden.

Conviene precisar que los servicios mínimos se fijaron en el punto 14 de la Orden de 24 de junio de 2010 de la Consejera de Empleo y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco (BOPV 26.6.2010), señalando como tales para EITB "únicamente los servicios informativos diarios en su horario habitual".

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

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

Volviendo a los hechos del caso, hay que concluir que la tertulia y la entrevista pueden tener contenidos informativos en el sentido apreciado de valoración de la actualidad y no de simple noticia de ella y desde esta perspectiva es claro que podrían entrar en la reserva de servicios mínimos que estableció la Orden del Gobierno Vasco en los términos ya examinados. Pero desde el momento en que las organizaciones demandantes pusieron en cuestión que esto fuera así, era la parte demandada la que tenía que probar el contenido de estas secciones del programa para acreditar que se insertaban dentro de la finalidad propia de la garantía, pues "cuando se ha producido una limitación o un parcial sacrificio de derechos básicos que la Constitución reconoce a los ciudadanos, ..., la autoridad que realiza el acto debe estar en todo momento en condiciones de ofrecer la justificación" ( STC 26/1981, fj. 16). Por ello ha de concluirse que, al no haberse acreditado el contenido de esas secciones del programa, tampoco cabe entender que haya sido errónea su exclusión del ámbito de la garantía por parte de la sentencia recurrida, que además deja abierta la posibilidad de la inclusión de esas secciones o espacios en ese ámbito.

La denuncia, por tanto, en este punto debe ser rechazada.

Lo mismo sucede con el programa "Euskadi Directo", que, según el hecho probado octavo, se emitió el 29 de junio con su esquema habitual, siendo "los reportajes emitidos los siguientes: batalla del vino de Haro, fiestas de Lekeitio, detective privado, cementerio muy viejo, barandilla de La Concha, bidegorri, templo de la tortilla, vending de todo tipo, depilación masculina, gimnasio Alicate, coleccionista material, Arriaga secreto, cocina txoko, afectadas por Agreal, palacio Ezkoriazta, vendo piso regalo coche, huertas en terrazas, objetos perdidos, ladrones de butrón"; se emitieron además concursos, que son habituales en dicho programa.

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

El motivo debe, por tanto, desestimarse.

### **Tercero.**

La estimación de los recursos conduce a la casación de la sentencia recurrida con el alcance que se deriva de las anteriores consideraciones. Ello significa que:

1.º) En el párrafo primero del fallo de la sentencia recurrida la referencia a que se vulneró el derecho fundamental de huelga al incluir en la programación del 29 de junio de 2010 los programas EGUN ON EUSKADI (BUENOS DÍAS ESUKADI) y EUSKADI DIRECTO y al emitir publicidad de forma continuada debe limitarse a indicar que tal vulneración se produjo por la emisión de los programas EGUN ON EUSKADI (BUENOS DÍAS EUSKADI) y EUSKADI DIRECTO.

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

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

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

Se confirman los restantes pronunciamientos de la sentencia recurrida.

No procede la imposición de costas y debe devolverse a la parte recurrente ETB, S.A. el depósito constituido para recurrir.

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

### **FALLAMOS**

Estimamos los recursos de casación interpuestos por la Sociedad Pública EUSKAL TELEBISTA-TELEVISION VASCA, S.A.U. (ETB) y EUSKAL IRRATI TELEBISTA-RADIO TELEVISION VASCA (EITB), contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 22 de febrero de 2011, en autos n.º 13 y 18/2010, seguidos a instancia de la Central Sindical LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK (LAB) y de la CONFEDERACION SINDICAL ELA, contra dicha recurrente, el COMITE INTERCENTROS, las Centrales Sindicales CC.OO., KLB y el MINISTERIO FISCAL, sobre tutela de los derechos de libertad sindical. Casamos la sentencia recurrida de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, anulando sus pronunciamientos con el siguiente alcance:

1.º) En el párrafo primero del fallo de la sentencia recurrida la referencia a que se vulneró el derecho fundamental de huelga al incluir en la programación del 29 de junio de 2010 los programas EGUN ON EUSKADI, BUENOS DÍAS ESUKADI y EUSKADI DIRECTO y al emitir publicidad de forma continuada debe limitarse a indicar que dicha vulneración se produjo por la emisión de los programas EGUN ON EUSKADI (BUENOS DÍAS EUSKADI) y EUSKADI DIRECTO, sin incluir la emisión de publicidad.

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

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

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

"b) posteriormente, finalizados los titulares o entrada, se procederá, como primera noticia del programa, a dar lectura al tenor literal del texto siguiente: "La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ha dictado Sentencia, confirmada parcialmente por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en la que se condena a EUSKAL TELEBISTA, S.A. a la lectura del siguiente texto: En los procedimientos de demandas de tutela de derechos fundamentales números 13 y 18/10, seguidas a instancias de las Centrales Sindicales ELA y LAB, se ha dictado Sentencia en la que se estiman parcialmente las demandas interpuestas por dichas Centrales Sindicales LAB y ELA frente a la empresa EUSKAL TELEBISTA, S.A, en materia de tutela de derechos fundamentales, y se ha declarado que la demandada EUSKAL TELEBISTA, S.A. vulneró el derecho fundamental de huelga de los demandantes en el marco de la huelga general convocada para el día 29 de junio de 2010, vulneración que se produjo al incluir en la programación de esa jornada los programas EGUN ON EUSKADI (BUENOS DÍAS EUSKADI) y EUSKADI DIRECTO, dado que la emisión de estos programas rebasó el límite de los servicios esenciales decretados por la Orden de 24 de junio de 2010 de la Consejera de Empleo y Asuntos Sociales, que, en satisfacción del derecho fundamental a la información, había acordado que únicamente tendrían tal carácter los programas informativos diarios en su horario habitual".

Se confirman los restantes pronunciamientos de la sentencia recurrida.

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

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

*VOTO PARTICULAR que formula EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. MANUEL RAMON ALARCON CARACUEL a la sentencia dictada en el recurso de casación n.º 110/2011.*

Haciendo uso de la facultad conferida por el artículo 260.2 de la LOPJ, formulo voto particular a la sentencia dictada en fecha 11/06/2012 resolviendo el Recurso de Casación 110/2011 por discrepar -con el debido respeto- del criterio adoptado por la mayoría de la Sala en un aspecto muy concreto: la legitimidad de la actuación de EUSKAL TELEBISTA-TELEVISIÓN VASCA S.A.U. (ETB) y de EUSKAL IRRATI TELEBISTA-RADIOTELEVISIÓN VASCA (EITB) consistente en emitir de manera continuada publicidad preprogramada, no autorizada por la Orden de servicios mínimos, durante la jornada de huelga general del 29 de junio de 2010. Considero, por el contrario, que tal actuación supuso una vulneración del derecho de huelga de las centrales sindicales recurrentes ELA y LAB, de acuerdo con la sentencia recurrida del TSJ del País Vasco de 22/2/2011, que debió ser confirmada también en este punto. A dicha conclusión llego sobre la base de los siguientes fundamentos jurídicos.

#### **Primero.**

Como consta en el hecho probado 1.º de la sentencia recurrida, la Orden de la Consejería de Empleo y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco de 24 de junio de 2010 partía de la base de considerar que la huelga general declarada para el día 29 de junio de 2010, en protesta por la reforma laboral recientemente promulgada, podría tener incidencia, en cuanto afectara a la radio y televisión vascas, "en el ejercicio de los derechos fundamentales a comunicar y recibir libremente información veraz, tal como establece el artículo 20.2,d) de la Constitución (...). En consecuencia, se determinaba la prestación de los servicios mínimos siguientes en la empresa EITB: únicamente los servicios informativos diarios en su horario habitual" (subrayado mío). Igualmente consta en el hecho probado 11.º lo siguiente: "El día 29 de junio de 2010 ETB emitió publicidad ordinaria y de la llamada Teletienda de manera continuada entre los programas que consideró servicios esenciales. Dicha publicidad se hallaba preprogramada y su emisión se produjo de manera completamente automática, sin intervención humana directa. ETB ingresó una cantidad cercana a los 6.000 euros en tal concepto".

#### **Segundo.**

La sentencia recurrida del TSJ del País Vasco consideró que ese comportamiento de las empresas recurrentes constituye una violación del derecho fundamental de huelga, estimando en ese punto la demanda de los sindicatos, y, como acertadamente sintetiza la sentencia a la que estoy formulando voto particular: <<La sentencia recurrida ha justificado su conclusión a partir de la STC 183/2006, de acuerdo con la cual no entran

dentro de la noción del servicio esencial de información los espacios de entretenimiento carentes de interés informativo, aun previamente grabados en la medida en que con estas emisiones pregrabadas se "persigue la no interrupción del servicio de la radiodifusión sonora y de la televisión, con lo que se priva de repercusión apreciable a la huelga, sustrayéndole su virtualidad de medio de presión"; referencia que se completa con la afirmación de que "el derecho de huelga no se vulnera solamente por la utilización de los medios personales en sustitución de las personas en huelga, sino también como en el presente caso, por la realización de actividades que exceden de los servicios decretados como esenciales">>. Pero la sentencia que objeto en este punto, estimando el recurso empresarial, rechaza este razonamiento de la sentencia recurrida argumentando que el mismo <<convierte la determinación de los servicios mínimos en un límite a la propia actividad empresarial, de forma que la entidad afectada no podría, aunque pudiera hacerlo sin lesionar el derecho de huelga, realizar más actividades que las definidas en los servicios mínimos fijados. De esta forma, como señala la parte recurrente, los servicios mínimos se convierten en máximos y la sentencia recurrida concluye que hay lesión del derecho de huelga "por la realización de actividades que exceden de los servicios decretados como esenciales". Pero esta afirmación de la resolución recurrida no puede compartirse, porque si la empresa emplea para desarrollar esas actividades trabajadores no huelguistas o sus propios medios técnicos sin aplicación de trabajo humano no lesiona el derecho de huelga. Ese derecho solo se vulnera si los trabajadores asignados a la prestación de servicios mínimos se utilizan para cumplir servicios no esenciales, pero no si los servicios no esenciales se ejecutan por trabajadores no huelguistas o por medios automáticos>>.

### **Tercero.**

A mi juicio, por el contrario, ese razonamiento hace una ponderación inadecuada del alcance de los dos derechos constitucionales en presencia: el derecho fundamental de huelga consagrado en el artículo 28.2 CE que, por su ubicación en la Sección 1ª del Capítulo II, debe considerarse prevalente, y la libertad de empresa que se reconoce en el artículo 38 CE, ubicado en la Sección 2ª de dicho Capítulo II. En virtud de esa ponderación inadecuada, el derecho de huelga puede llegar a constreñirse hasta extremos que le hagan prácticamente ineficaz en su ejercicio, al amparo de una protección ilimitada de la libertad empresarial. No otra cosa significa, a mi juicio, la conclusión radical a la que llega la sentencia que objeto cuando afirma textualmente que el derecho de huelga "solo se vulnera si los trabajadores asignados a la prestación de servicios mínimos se utilizan para cumplir servicios no esenciales, pero no si los servicios no esenciales se ejecutan por trabajadores no huelguistas o por medios automáticos". Obsérvese que, con tal planteamiento, quedaría legitimada una actuación empresarial en la que, en lugar de emitir solamente publicidad -como en el supuesto de autos- se emitieran también todos los programas de entretenimiento -películas, concursos, reportajes, etc. etc- que constituyen el mayor porcentaje de la parrilla de programas de cualquier televisión y que están, en su inmensa mayoría pregrabados. Si a ello le añadimos la emisión en directo de los informativos -que siempre estará justificada por el debido respeto al derecho de comunicación e información y así se habrá establecido en la correspondiente norma de servicios mínimos- el resultado práctico no puede ser más evidente: la realización de una huelga en este tipo de empresas puede llegar a tener una trascendencia social prácticamente nula y, consiguientemente, el ejercicio de ese derecho puede quedar casi vaciado de contenido real, especialmente en un tipo de huelgas -como las del caso de autos- en las que no se trata de infligir un daño económico al empresario -que, probablemente, tampoco se le produciría si se le permite emitir publicidad- sino de hacer visible una protesta contra determinadas medidas gubernamentales que afectan al conjunto de la clase trabajadora.

### **Cuarto.**

Entiende la sentencia que estoy objetando que su decisión es compatible con la doctrina que emana de la STC 183/2006, de 19 de junio . En ella se contempla un supuesto muy similar al de autos: con ocasión de la huelga general de 20 de junio de 2002, convocada también contra una reforma laboral, se publicó el Real Decreto de servicios mínimos 531/2002, de 14 de junio, en el que se consideraron "servicios esenciales" -aparte de "la normal programación informativa" y la "programación y difusión de comunicados y declaraciones oficiales de interés general"- "la emisión, dentro de los horarios habituales de difusión, de una programación previamente grabada". Recurrido el precepto correspondiente de dicho Real Decreto por la Federación de Servicios de la UGT, el recurso fue desestimado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS (Sentencia de 17/1/2003 ), recurriendo en amparo el sindicato contra el Real Decreto y contra dicha sentencia, amparo concedido por el Tribunal Constitucional, que anuló uno y otra como forma de restablecer al recurrente en la integridad de su derecho fundamental de huelga que había resultado violado.

Es cierto que hay una diferencia importante entre ese caso y el de autos, puesto que en aquél lo que se anula es la consideración como servicio esencial -que debe atenderse con los correspondientes servicios mínimos- de la actividad consistente en emitir programación previamente grabada, mientras que ahora lo que se ha hecho es emitir esa programación pregrabada -concretamente de contenido publicitario, pero esto es

irrelevante a efectos doctrinales puesto que la resolución de la que discrepo no se fundamenta exclusivamente en ese dato- no porque se la considere un servicio esencial amparado por la Orden de servicios mínimos, que no es el caso, sino porque se considera que el empresario puede hacerlo, sin necesidad de tal calificación como servicio esencial, simplemente al amparo de su libertad de empresa, eso sí, siempre que se utilicen trabajadores no huelguistas o bien medios mecánicos o técnicos que funcionan de manera automática, que es nuestro supuesto (aunque se supone que algún trabajador al menos tendrá que hacerlos funcionar o controlar y vigilar su funcionamiento).

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

A esa misma conclusión se llega a través del análisis de otras sentencias del TC que se han enfrentado directamente con el tema del esquirolaje interno. Así, en la STC 123/ 1992, de 28 de septiembre, se trató un supuesto en que el empresario cubrió los puestos de trabajo correspondientes a los huelguistas con trabajadores de la propia empresa que no eran huelguistas, que tenían una categoría profesional superior (algunos de ellos eran directivos) y que aceptaron voluntariamente desempeñar esas funciones, operación considerada lícita por el Magistrado de Trabajo de instancia, cuya sentencia fue confirmada por el Tribunal Central de Trabajo, porque "lo único que prohíbe el Real Decreto-ley 17/1977 es la sustitución con trabajadores no vinculados a la empresa y, por tanto, nadie puede prohibir otra cosa porque lo que la ley no prohíbe lo permite" (Antecedentes 1.º y 2.º de la STC 123/1992 ).

Frente a esta argumentación el TC comienza situando el problema jurídico-constitucional en los siguientes términos: " Se trata, en suma, de averiguar si la situación interna arriba descrita, que en apariencia es legal, pudiera haber devenido contraria a la Constitución, por quebrantar el derecho fundamental configurado en su art. 28 . La tensión dialéctica se produce así en dos sectores. Por una parte entre una interpretación literal y otra finalista de las normas, que a su vez refleja algo más profundo, la distonía de la libertad de empresa y la protección del trabajador. Una y otra perspectivas están en el umbral de la Constitución, que califica como «social» al Estado de Derecho en ella diseñado y sitúa la libertad en el lugar preeminente de los principios que la conforman ". (FD n.º 1). A continuación (FD n.º 2) el TC afirma que "conviene saber como premisa mayor qué sea la huelga y cual su función social, aspectos ambos que constituyen con otros el sustrato y a la vez la justificación de su consideración como derecho fundamental" y, tras recordar la definición del Real Decreto-ley 17/1977, el TC añade: " Esa paralización parcial o total del proceso productivo se convierte así en un instrumento de presión respecto de la empresa, para equilibrar en situaciones límite las fuerzas en oposición, cuya desigualdad real es notoria. La finalidad última de tal arma que se pone en manos de la clase trabajadora, es el mejoramiento de la

defensa de sus intereses./ En este diseño, el Real Decreto-ley mencionado más arriba recoge una vieja interdicción tradicional y repudia la figura del «esquirol», expresión peyorativa nacida para aludir al obrero que se presta a realizar el trabajo abandonado por un huelguista, según enseña la Real Academia de la Lengua en su diccionario. La interpretación a contrario sensu de esta prohibición parece sugerir que, en cambio, se permite la sustitución interna por personal ya perteneciente a la empresa, conclusión que a su vez es reforzada si el problema se contempla desde la perspectiva de la libertad, uno de cuyos criterios rectores nos dice que lo no prohibido expresamente por la Ley ha de considerarse permitido. Esto es lo que en definitiva han dicho y hecho no sólo la Administración, sino también, y sobre todo, el extinguido Tribunal Central de Trabajo en la Sentencia que es objeto de este proceso. Sin olvidar el riesgo que entraña en sí misma cualquier argumentación a contrario por su esencial ambigüedad, conviene traer a colación que ha sido rechazada con entera convicción por el Tribunal Supremo en dos Sentencias (23 y 24 de octubre de 1989) a las cuales tendremos ocasión de aludir más adelante".

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

A mi juicio, esas dos claves interpretativas -que la legitimidad de una actuación limitadora de un derecho fundamental como es la huelga no puede derivarse de una interpretación sensu contrario de un precepto legal y que tampoco puede ampararse en el ejercicio de potestades directivas que, en definitiva, derivan del principio de libertad de empresa, y que están concebidas y protegidas por el ordenamiento jurídico para "un contexto de normalidad" pero no para una situación de conflicto- hubieran debido utilizarse para resolver el problema del "esquirolaje tecnológico" en un sentido opuesto al que le ha dado la sentencia de la que discrepo, en la que se sanciona la legitimidad de la emisión ininterrumpida durante la huelga de programación pregrabada (aunque en el caso fuera solamente de contenido publicitario, pero no es esa la ratio decidendi de la sentencia).

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

Madrid, a 11 de junio de 2012

**PUBLICACIÓN-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Aurelio Desdentado Bonete y el voto particular que formula el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.