

BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia de 30 de abril de 2014

Sala de lo Social

Rec. n.º 213/2013

SUMARIO:

Tutela de derechos fundamentales. ETB. Huelga general de 14 de noviembre de 2012. Emisión por la Radio Televisión Autonómica de un par de programas sustituyendo a los trabajadores huelguistas por otros de la plantilla de la misma categoría y funciones pero de distinto turno y programa para evitar los efectos de la huelga. La muy leve repercusión de la huelga en el ente, por secundarla cinco trabajadores de una plantilla de 425 computables, no puede traducirse en la sustitución de dos de estos trabajadores cuando se ha demostrado que resultan imprescindibles para un concreto programa desde la óptica de su asignación ordinaria al mismo por el turno de trabajo atribuido. En el caso analizado, se defrauda el derecho fundamental, al producirse la sustitución con trabajadores de la propia plantilla que tenían con carácter previo a la huelga una planificación de trabajo distinta a la posteriormente asignada y no desempeñaban habitualmente función alguna en el turno y programa de las personas sustituidas, teniendo como único objetivo el cambio operado evitar puntualmente los efectos de la huelga y vaciarla de contenido. La conducta de la empleadora es calificada como muy grave en el TRLISOS.

PRECEPTOS:

RDL 17/1977 (Relaciones de trabajo), arts. 6.5 y 10.

RDLeg. 5/2000 (TRLISOS), art. 8.10.

RDLeg. 1/1995 (TRET), art. 4.1 e).

PONENTE:

Don Miguel Ángel Luelmo Millán.

Magistrados:

Don GONZALO MOLINER TAMBORERO

Don JESUS GULLON RODRIGUEZ

Don JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA

Don LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ

Don MIGUEL ANGEL LUELMO MILLAN

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Abril de dos mil catorce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación, formulado por la Letrada Dña. Lorena Novo San Miguel en nombre y representación de EUSKAL TELEBISTA-TELEVISION VASCA, S.A. (ETB), contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 23 de abril de 2013, en actuaciones seguidas por la CONFEDERACION SINDICAL CC.OO. DE EUSKADI, contra EUSKAL TELEBISTA, S.A., sobre TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida la CONFEDERACION SINDICAL CC.OO. DE EUSKADI, representada y defendida por la Letrada Dña. Elia Pérez Hernández.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Angel Luelmo Millan,

ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.**

La Confederación Sindical CC.OO. de Euskadi, formuló demanda ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco sobre Tutela de Derechos Fundamentales, en la que tras exponer los hechos y

fundamentos de derecho que estimaron de aplicación, terminaban suplicando se dicte sentencia por la que se declare:

"1- Declare que ETB, S.A.U., vulneró el derecho fundamental de huelga del Sindicato CCOO y de los trabajadores de la Empresa, en el marco de la huelga general convocada para el día 14 de noviembre de 2012, al emitir el programa "DE BOCA EN BOCA" y sustituir trabajadores en huelga.

2- Declare la nulidad radical de la actuación de la empresa demandada.

3- Se condene a la demandada al abono de los salarios dejados de percibir por los trabajadores en huelga.

4- Se condene a la demandada a abonar, en concepto de daños y perjuicios al Sindicato CCOO una indemnización por importe de 25.001, euros.

5- Se condene a la demandada ETB, a proceder a la lectura del texto que la Sala estime prudente y que comprenda el fallo de la Sentencia".

Segundo.

Admitida a trámite la demanda, se citó a las partes al acto del juicio con intervención del Ministerio Fiscal. Llegado el día y hora señalada se celebró el juicio con proposición y práctica de la prueba que las partes tuvieron por conveniente y la Sala estimó procedente.

Tercero.

Con fecha 23 de abril de 2013, se dictó sentencia por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, cuya parte dispositiva dice: "FALLAMOS: Se estima de forma parcial la demanda presentada por Confederación Sindical CC.OO. de Euskadi sobre tutela de derechos fundamentales y libertades públicas contra Euskal Telebista (ETB SAU), declarando que ETB SAU vulneró el derecho fundamental de huelga del sindicato CCOO y de los trabajadores que lo ejercitaron en la empresa en el marco de la huelga general convocada para el día 14 de noviembre de 2012 al emitir el programa De boca en Boca y el programa Ni más ni menos sustituyendo a trabajadores huelguistas, declarando la nulidad radical de la conducta de la demandada.

Se condena a ETB SAU al abono de los salarios dejados de percibir por los trabajadores que secundaron la huelga.

Se condena a ETB SAU a abonar al sindicato actor una indemnización por importe de 5000 euros.

Se condena a ETB SAU a proceder a la lectura del fallo de esta sentencia en los programas De boca en boca y Ni más ni menos en la fecha más próxima a la notificación de la firmeza de la presente sentencia y en la lengua correspondiente a la emisión de cada uno de estos programas".

Cuarto.

En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "1- Las organizaciones sindicales CCOO, UGT, LSB-USO y CGT convocaron una huelga general para el día 14 de noviembre de 2012 que afectaba a las actividades laborales y de la función pública desempeñadas por los trabajadores y empleados públicos de todas las empresas y organismos dentro de ámbito geográfico de la Comunidad Autónoma del País Vasco, independientemente del ámbito de la empresa o administración de la que dependan.

2- La huelga en cuestión se convocó junto con movilizaciones generales de sindicatos proyectadas para la misma fecha en otros países europeos.

3- La demandada Euskal Telebista (ETB) es el ente televisivo de Euskal Irratia Telebista (EITB), consorcio dependiente del Parlamento Vasco constituido como sociedad anónima, que cuenta, entre otros, con un centro de emisión y producción de informativos situado en la sede del grupo EITB en Bilbao (Paseo de Capuchinos 2), y un centro de producción de programas en San Sebastián (Paseo Miramón 172).

4- Por orden de 8.11.12 de la Consejera de Empleo y Asuntos Sociales (BOPV 12-11-12), que obra en autos, folios 13 a 22, se acordó respecto a las empresas de telecomunicaciones que operan en la CAPV, y en concreto en relación al servicio que presta ETB, calificado legalmente como servicio público esencial, que la no emisión de programas informáticos de contenido institucional, político o social limitaría el ejercicio de los derechos y libertades de la ciudadanía, por lo que se indicaba como servicios a garantizar únicamente los servicios informativos diarios en su horario habitual.

5- El sindicato demandante tiene una representación de dos miembros en el comité de empresa de la demandada.

6- Don Juan Miguel, miembro del comité de empresa de ETB por dicho sindicato envió un correo electrónico a la demandada el 13.11.12 interesando que se facilitara la participación en la huelga a todo aquel trabajador que decidiese sumarse a ese llamamiento, destacando en la respuesta ofrecida por el Director de

RRHH del ente, la necesidad de cumplir los servicios mínimos garantizándose la emisión sin que existiera un máximo, de modo que la programación prevista se emitiría en el supuesto en el que el seguimiento de la misma por los trabajadores no interfiera en el proceso productivo de la empresa.

7- El 14.11.12 secundaron la huelga cinco trabajadores de ETB sobre un total de cuatrocientos veinticinco trabajadores computables.

8- Entre aquellos trabajadores que ejercitaron su derecho a la huelga en la empresa demandada se encuentran Don Ángel, miembro del comité de empresa por el sindicato actor que ostenta la categoría de operador de 1ª y control de cámaras. Don Camilo, operador de 1ª técnico de video, y Don Domingo que es luminotécnico.

El primero de los trabajadores habitualmente tiene asignado turno de tarde (KK2 según la planificación) que es el horario en el que se graba y emite el programa De boca en Boca, ocupándose del control de cámara durante el mismo y también durante los informativos.

El Sr. Camilo trabaja en el centro de Miramón, en posproducción y montaje de videos en un horario que comienza a las 10 horas y concluye a las 18 horas, realizando el sumario del programa Ni más ni menos. Su planificación se modifica dos veces al año, a lo sumo tres.

El Sr. Domingo se ocupa de la iluminación de los programas en los que va rotando dado que no tiene asignado uno en concreto.

9- La programación emitida por ETB el 14.11.12 es la que se transcribe en el hecho sexto de la demanda, que se tiene por reproducido, constando que entre otros programas se televisó De boca en boca, programa de opinión, debate y tertulia y también Ni más ni menos que no es un programa informativo.

10- Dos días antes de la fecha señalada para la huelga, Don Ángel, miembro del comité de empresa de ETB por el sindicato CCOO, comunicó a la empresa que iba a secundarla, comunicación que efectuaron con tres días de antelación a dicha fecha los Srs. Camilo y Domingo .

11- Doña Hortensia presta servicios para la demandada desde el 1.10.09 como operadora de 1.º control de cámara, mediante un contrato de duración determinada a tiempo completo para sustituir a otro trabajador durante la reducción de jornada por cuidado de hijos.

12- En la planificación de trabajo correspondiente al Sr. Ángel para la semana del 12 al 18 de noviembre de 2012 (folio 163) consta la asignación al mismo del turno de tarde los días 12, 13, 14 y 15 (nomenclatura KK2 en el listado de planificación) en tanto que los días 16, 17 y 18 figuran como festivos para este trabajador. Esta asignación significa que en el plató encomendado se ocupaba en el turno de tarde del control de cámara, de modo que el 14.11.12 estaba adscrito a ese turno y por tanto era quien iba a efectuar esa función en el programa De boca en boca.

La Sra. Hortensia según la planificación elaborada para la semana del 12 al 18 de noviembre (folio 163) le correspondía trabajar los días 12, 13, 14 y 15 de noviembre en turno de mañana (KK1), librando los días 16 a 18.

El 14.11.12 no consta otra planificación para el Sr. Camilo que el turno en el centro de Miramón que venía realizando: horario de 10 horas a 18 horas en PP (posproducción) y montaje de videos, ocupándose del sumario del programa NI más ni menos (folio 117).

El Sr. Domingo los días 12, 13 y 14 de noviembre estaba asignado para trabajar en el centro de Miramón para las grabaciones del programa Vaya Semanita.

13- Unos días antes del 14.11.12, sin concretarse la fecha exacta pero conociendo la demandada que el Sr. Ángel iba a secundar la huelga del día 14 de noviembre, se cambió la planificación a la Sra. Hortensia, de modo que se le asignó ese día el turno de tarde (KK2), que era el atribuido al Sr. Ángel para toda esa semana salvo los días de descanso, de modo que fue esta trabajadora quien realizó la tarea de operador de 1ª y control de cámara que permitió la emisión del programa De boca en Boca, Obra en autos (folio 159) cómo quedó finalmente la asignación de turnos la semana del 12 al 18 de noviembre, documento elaborado por la demandada con posterioridad al 14 de noviembre.

El programa Ni más ni menos se emitió normalmente, tal y como consta en el hecho sexto de la demanda y se admite por las parte.

14- La demandada introduce cambios en la planificación de turnos y servicios habitualmente para cubrir bajas médicas, permisos o licencias por diversas causas".

Quinto.

Preparado recurso de casación por EUSKAL TELEBISTA-TELEVISION VASCA, S.A. (ETB), se ha formalizado, mediante escrito de fecha 11 de junio de 2013, en él se consigna el siguiente motivo: PRIMERO y SEGUNDO- Al amparo del art. 207.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social por infracción del art. 85.1, último párrafo del mismo cuerpo legal, en relación con el art. 24 de la CE . TERCERO- Al amparo del art. 207.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social por infracción del art. 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el art. 24 de la CE . CUARTO- Al amparo del art. 207.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social por infracción del art. 6.5 del Real Decreto 17/1977 de 4 de marzo . QUINTO- Al amparo del art. 207.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social por infracción de los arts. 182 y 183.1 y 2 de la LJS.

Sexto.

Transcurrido el plazo concedido para impugnación del recurso, se emitió informe por el Ministerio Fiscal, en el sentido de considerar improcedente el recurso.

Séptimo.

En Providencia de fecha 5 de marzo de 2014, se señaló para la votación y fallo del presente recurso el día 23 de abril de 2014, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

Recorre en casación la empresa Euskal Telebista S.A. (ETB) la sentencia del TSJ del País Vasco que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Confederación Sindical de CCOO de Euskadi declara que se ha producido la vulneración del derecho fundamental de huelga de dicho sindicato y de los trabajadores que lo ejercitaron en el marco de la huelga general convocada para el día 14 de noviembre de 2012, al emitir la parte demandada un par de programas sustituyendo a trabajadores huelguistas por otros de la plantilla de la misma categoría y funciones, y condena a la parte demandada a cesar en esa conducta y a abonar a la parte demandante una indemnización de 5000 euros, así como a dar lectura de su fallo en los programas donde se produjo.

Además de un motivo previo, formulado "con la finalidad de centrar el objeto de debate", el recurso contiene cinco motivos posteriores, con los que dice aquél que se denuncia "la existencia de dos modificaciones sustanciales de la demanda".

En dicho exordio no se menciona apoyo procesal para el mismo ni tampoco se postula modificación fáctica alguna ni se alude a ninguna infracción normativa o jurisprudencial por todo lo cual carece de eficacia como motivo propiamente dicho, independientemente del valor ilustrativo, explicativo o expositivo que ha pretendido dársele.

Segundo.

El primer motivo, formulado con base en el art 207 c) de la LRJS, señala la infracción del art 85.1, último párrafo de la LJS (sic) en relación con el art 24 de la CE y "la jurisprudencia que analiza los mismos", sosteniendo que se ha llevado a cabo una modificación sustancial de la demanda "que no debió haber sido tenida en cuenta por la Sala Sentenciadora y que ha causado a esta parte indefensión" consistente, según explicaba anticipadamente en el motivo previo, en que aunque la demanda habla de tres trabajadores, sólo de uno de ellos, el Sr. Ángel (trabajador del programa "De boca a boca"), se denuncia que haya sido objeto de sustitución, de manera que respecto de los otros dos (Sres Camilo y Domingo) la demanda no hace alusión alguna a que hayan sido también sustituidos, sino que sólo se les menciona como miembros de CCOO que ejercieron legítimamente su derecho de huelga.

A pesar de lo expresado y cuanto de más argumenta la parte recurrente, no es posible el acogimiento del motivo, toda vez que apareciendo en la sentencia recurrida un hecho octavo de su relato (y congruentemente con él, el décimo y el duodécimo) donde figura que entre los cinco trabajadores que ejercitaron su derecho a la huelga se encontraban los tres mencionados, precisando su categoría y puesto de trabajo, se tendría que haber propuesto la revisión de tal ordinal aportando la prueba acreditativa de lo que esa parte recurrente sostiene, y arguyendo, como hace aun sin efectuar dicha aportación, que por las causa sorpresiva que menciona esa prueba no pudo ser presentada antes. Por otra parte y en todo caso, respecto del Sr. Domingo (Jose Augusto en la demanda), lo que el primer fundamento, apartado e), de la sentencia recurrida expresa lleva a la conclusión de que no se ha tenido en cuenta finalmente a los efectos en discusión, por lo que no podría alegarse dicha indefensión respecto del mismo.

Sentado lo anterior, que basta para la desestimación mencionada según se ha anticipado, debe repararse, por otra parte, que el argumento esgrimido para alegar la indefensión referida resulta insuficiente porque como indica nuestra sentencia de 15 de noviembre de 2012 (rcud 3839/2011) que la recurrida cita, "de acuerdo con la doctrina constitucional y la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo, y como recuerda también el detallado informe del Ministerio Fiscal, la interdicción de la variación sustancial de la demanda tiene su raíz en el "derecho a no sufrir indefensión" en el desarrollo del proceso (STS 18 de julio de 2005, rcud 1393/2004), el cual está dirigido a "garantizar la posibilidad de ambas partes procesales de alegar o probar cuanto consideren preciso a la defensa de sus intereses o derechos en función de igualdad recíproca" (STC 226/2000, con cita de varias sentencias precedentes).

Siguiendo también nuestra jurisprudencia, la variación debe considerarse sustancial cuando afecta "de forma decisiva a la configuración de la pretensión ejercitada o a los hechos en que ésta se funda" introduciendo con ello "un elemento de innovación esencial en la delimitación del objeto del proceso, susceptible a su vez de generar para la parte demandada una situación de indefensión" (STS 9-11-1989). Y nada de esto, evidentemente, acontece en este caso, donde, por otro lado, en el hecho séptimo de la sentencia recurrida se manifiesta que secundaron la huelga cinco trabajadores, de modo que todavía quedarían otros dos de los que nada se dice ni se precisa ahora en el recurso, no resultando en principio suficientemente inteligible dónde se produce la indefensión si manteniéndose, en su caso, la vulneración del derecho fundamental que se menciona en demanda únicamente se reduce alguno de los trabajadores afectados y no hay precisión del concreto alcance final de esa hipotética reducción, resultando, cuanto menos, razonable lo argumentado por la Sala de instancia en su precitado segundo fundamento de derecho para rechazar la existencia de la indefensión mencionada.

Tercero.

El segundo motivo, con igual amparo procesal que el anterior, vuelve sobre el argumento de la indefensión, esta vez relacionado con el hecho séptimo de la demanda y hecho undécimo de la sentencia recurrida, sosteniendo que se produce una segunda modificación sustancial de la demanda porque se alegó "sorpresivamente en el acto de la vista" que la empresa " después (el subrayado es de la recurrente) de conocer que el Sr. Ángel iba a hacer huelga, cambió el turno de los trabajadores para que la Sra Hortensia trabajase el día de la huelga en el programa "De boca en boca" de forma que se pudiese emitir dicho programa", cuando la citada es trabajadora de la demandada desde el 1 de octubre de 2009 con la misma categoría que el Sr. Ángel y, por tanto, no fue contratada expresamente para el día de la huelga "sino que llevaba trabajando más de tres años en la empresa".

Este motivo ha de ser igualmente rechazado por las razones sustanciales que se han dado en el anterior, al no haberse solicitado la correspondiente revisión del relato de la sentencia recurrida ni constatarse tal indefensión ni su alcance, apareciendo en el hecho undécimo de la declaración fáctica lo que dice la recurrente en cuanto a la antigüedad de la Sra Hortensia pero con la adición en el ordinal décimotercero de que a dicha trabajadora únicamente se le cambió la planificación "de modo que se le asignó ese día el turno de tarde (KK2) que era el atribuido al Sr. Ángel para toda esa semana, salvo los días de descanso, de modo que fue esa trabajadora quien realizó la tarea de operador de 1ª y control de cámara que permitió la emisión del programa "De boca en boca", citando la sentencia el documento del folio 159 acreditativo de cómo quedó finalmente la asignación de turnos de la semana del 12 al 18 de noviembre, "documento elaborado por la demandada con posterioridad al 14 de noviembre", habiéndose emitido el referido programa "normalmente, tal y como consta en el hecho sexto de la demanda y se admite por las partes". A nada de ello se le puede considerar una modificación sustancial que genera indefensión a la parte demandada y, en todo caso, vendría dado por un documento aportado por ésta, quien, para un asunto de las características del enjuiciado, pudo siempre acudir a la vista con toda la prueba relativa al mismo y no exclusivamente la referente a las estrictas las alegaciones de demanda, o, en último término y en caso de auténtica y sustancial trascendencia, solicitar la adopción de las medidas procesales oportunas en el mismo acto de la vista razonando suficientemente lo conducente al efecto y advirtiendo, en otro caso, de su protesta -a la que, como ya se ha dicho, no se alude en el recurso- para que la Sala resolviese en ese momento. Lo cierto es que si en la demanda se decía (hecho séptimo) que la Sra Hortensia fue contratada el día de la huelga para sustituir al Sr. Ángel y en el juicio se rectificó ese error y así lo recoge ya la sentencia, no se percibe ninguna indefensión a la parte que, según ha quedado expresado, pudo comparecer en juicio con la prueba de que ello no era así y acreditativa de las demás circunstancias referentes a este punto que, por otro lado, en cuanto al error referido, queda subsanado en la sentencia.

Cuarto.

El tercer motivo, con base en el apartado e) del mismo precepto y norma que los anteriores, considera vulnerado el art 376 de la LEC en relación con el art 24 de la CE, "por vulneración de las reglas de la sana crítica y apreciación arbitraria e irrazonable de la prueba testifical respecto al conocimiento de la empresa de la intención del Sr. Ángel de ejercitar el derecho de huelga antes de proceder a la modificación de los turnos del mismo y la Sra Hortensia para dicha semana de la huelga", arguyendo, en resumen y sustancia, que "el hecho de variar los turnos después de conocer que el Sr. Ángel haría huelga se ha dado por probado en la sentencia recurrida (hecho 13) y es la clave para que la Sala del TSJPV determinase que existe un supuesto de sustitución ilícita de trabajadores vulnerador del derecho de huelga, condenando a la empresa" y que "ahí se ha producido una incorrecta valoración de la prueba pues en ningún momento durante su declaración el Director de RRRH dijo que el cambio se produjo a posteriori...", a lo que añade la recurrente el contenido del hecho probado 10.º de la sentencia recurrida para concluir que la variación de la planificación se produjo con carácter previo a conocer que el Sr. Ángel haría huelga.

Tal y como establece el art 207 de la LRJS en la relación que da para fundar los motivos de casación, el error en la apreciación de la prueba habrá de basarse "en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios" (apartado d), de manera que queda excluida de tal posibilidad la prueba testifical a la que se refiere y en la que se basa la parte recurrente para fundar este motivo, que ha de ser, en consecuencia, desestimado por tal causa, al no ser posible en casación la valoración de la prueba testifical, no cabiendo, por tanto, la operación que propone de ponerla en relación con el mencionado ordinal 10.º de la declaración fáctica de la sentencia recurrida y seguir el proceso deductivo que lleve a la conclusión que sugiere, sin que, en fin, y por lo antedicho, pueda entenderse aplicable en esta fase el art 376 de la LEC, que se refiere, por lo que hace al proceso laboral, a la testifical en la instancia.

Y en cuanto a la jurisprudencia que cita en su apoyo (SSTS de 22 de julio de 2010 y 13 de noviembre de 2012), se trata, en primer lugar, de sentencias de otros órdenes jurisdiccionales (civil y contencioso administrativo respectivamente) en los que la casación posee su propia y diferenciada estructura, no previéndose en ninguno de ellos (arts 469 de la LEC relativo al recurso extraordinario por infracción procesal y 477 del recurso de casación y art 88 de la LJCA) ninguna motivación como la del antedicho art 207 d) de la LRJS, estableciéndose de todos modos en esas sentencias -dicho sea esto a mero abundamiento- la excepcionalidad de la revisión cuando no se supere el test de razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial del art 24 de la CE que en este caso no quedaría claramente evidenciado cuando se trata de una declaración amplia cuyos extremos sustanciales al respecto tendrían que haberse acotado en la exposición del motivo y cuando se hace referencia también a una pretendida lógica deductiva en apoyo de la tesis de la parte recurrente, y, en segundo lugar, esa testifical se trata ahora de valorar de otro modo relacionándola con una documental determinada como la del folio 159 de los autos (listado de planificación) que se menciona en la pág. 9, de 14, del propio recurso, por lo que se pudo acudir a la propuesta de la revisión fáctica correspondiente con base en el mismo (en realidad, los folios 159-163 de los autos a los que alude el apartado i) del primer fundamento de derecho de la sentencia recurrida), lo que no se ha hecho, precisando la sentencia que la traducción de tales folios resulta de la explicación dada a la Sala por la propia empresa empleadora en fase de conclusiones, de donde resulta, manifiesta el Tribunal, que a la Sra Hortensia se le modificó el turno de KK1 a KK2, de manera que la testifical referida únicamente añadiría la precisión de si esa modificación operó antes o después de conocer que el Sr. Ángel no iba a prestar servicios el día de la huelga, lo cual, por otra parte, no tiene la relevancia que la parte recurrente le concede si se tiene en cuenta, de un lado, la condición de miembro del comité de empresa por el sindicato accionante de dicho trabajador, que hace presumir o, al menos, arroja indicios de que secundaría la huelga, pudiéndose deducir desde la lógica a que alude la parte recurrente que la empresa lo daría ya -previsiblemente, al menos- como partícipe de la misma, no explicándose, en fin y de otro modo, la sustitución, si se repara en que aun cuando con carácter general se efectúe la misma en casos de enfermedad, licencia o permisos, ello generalmente se conoce de antemano y sólo en casos imprevistos podría actuarse sobre la marcha, lo que en este caso no es fácil de entender que acontezca cuando ya está predeterminada la sustitución en el listado y precisamente en la fecha de la huelga, dado que según el hecho décimosegundo de la sentencia, a la Sra Hortensia, como ya se ha indicado, le correspondía trabajar los días 12 a 15 de noviembre de 2012 en turno de mañana (KK1) y sin embargo el listado del folio 159 aparece en situación de KK2 (turno de tarde según se especifica en el hecho décimotercero), que era el atribuido al Sr. Ángel para toda la semana.

Quinto.

A partir de lo razonado hasta ahora, la cuestión radica en determinar si es factible, o no, la sustitución de un trabajador en huelga mientras ésta tiene lugar por otro de la misma empresa, con la misma categoría profesional e iguales funciones que ocupa otro puesto de trabajo, lo cual se plantea en el cuarto motivo del recurso en el que se denuncia la infracción del art 6.5 del RD 17/1977, de 4 de marzo y la jurisprudencia que cita al respecto constituida, en buena parte, por sentencias de varios TTSSJJ (que no poseen tal carácter) así como por la sentencia de esta Sala de 15 de abril de 2005, sosteniendo que en el caso presente no ha existido sustitución ilícita de trabajadores por trabajar la Sra Hortensia en igual puesto y con la misma categoría que el Sr. Ángel y que la incidencia de la huelga fue "nimia" (5 trabajadores sobre 425) "por lo que se está haciendo una aplicación extensiva en un caso de reducida repercusión de una huelga", a lo que contesta la Confederación Sindical de CCOO que los trabajadores huelguistas fueron sustituidos "acudiendo a la movilidad funcional interna con la finalidad de que los programas en que participaban se emitieran con normalidad, inclusive, en riguroso directo, como de hecho ocurrió, dando a entender a la opinión pública que la huelga no había tenido ninguna repercusión", con cita, entre otras, de la STC 123/1992, de 28 de septiembre, y la de esta Sala de 5 de diciembre de 2012 (rcud 265/2011), que transcribe en buena parte, sosteniendo con base en la misma que 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".

Por su parte, el M.º Fiscal, que se remite al informe emitido en sede autonómica, sostiene sobre el particular que "la alegación del recurrente de que la sentencia recurrida incurre en una interpretación extensiva de

la sustitución de trabajadores en huelga no tiene ningún fundamento" porque del hecho probado décimotercero y del fundamento de derecho primero, letra i) se deducen las pruebas que tuvo en cuenta la Sala para apreciar que se había producido la sustitución interna "sin que su conclusión se pueda entender, en modo alguno, que sea ilógica o irracional y sin que el hecho de que la incidencia de la huelga fuera mínima...pueda influir en esa apreciación, pues, como sostiene la jurisprudencia, si bien al empresario no se le puede exigir que realice actividad alguna para la consecución del éxito de una huelga, tampoco puede realizar actividad alguna para que sus efectos se anulen totalmente, y en este caso es lo que ha ocurrido, la incidencia mínima de la huelga se ha pretendido por parte de la empresa demandada que fuera nula y luego se trata de justificar por ésta su comportamiento en esa reducida repercusión de la huelga".

La sentencia recurrida, señala en su tercer fundamento de derecho y refiriéndose a la sustitución del Sr. Ángel por la Sra Hortensia a la que alude previamente, que la movilidad de trabajadores habida en este caso "es una conducta lesiva del derecho de huelga, como también constituye idéntica vulneración que en el centro de Miramón al hallarse en huelga el 14/11/2012 el Sr. Camilo, que es quien se ocupa en exclusiva como operador de 1ª técnico de video en turno de 10 a 18 horas del sumario del programa "Ni más ni menos" en una planificación anual que varía dos o a lo sumo tres veces al año, se le sustituyera por otro trabajador para realizar esa función, de modo que nuevamente se acudió a una sustitución interna de trabajadores prevista para cubrir ausencias en circunstancias ordinarias. Esa conducta empresarial no encuentra amparo en el poder directivo y organizativo del empleador precisamente porque actúa facultades ordinarias y legítimas en una situación común u ordinaria que dejan de serlo cuando está en juicio no el ejercicio sino la eficacia del derecho fundamental, convirtiendo en ilícita su actuación, es decir, la muy leve repercusión de la huelga en el ente, por secundarla cinco de una plantilla de cuatrocientos veinticinco computables, no puede traducirse en la sustitución de dos de estos trabajadores cuando se ha demostrado que resultan imprescindibles para un concreto programa desde la óptica de su asignación ordinaria al mismo por el turno de trabajo atribuido, programas que han podido emitirse por el cambio de planificación en turnos (y por tanto, en servicios) una vez conocido el ejercicio del derecho de huelga por estos dos trabajadores"

La confirmación de dicha tesis viene dada por los siguientes elementos normativo-jurisprudenciales:

A) El art 6.5 del RD Ley 17/1977, de 4 de marzo, dispone 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 7 de este artículo".

B) La STC 26/1981, de 17 de julio, señala que "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", lo que "significa simplemente que la limitación del derecho es una excepción puesta a su normal ejercicio, y que la prueba de las excepciones compete siempre al demandado".

C) La STC 123/1992, de 28 de septiembre, citada por la sentencia recurrida, aunque referida a sustitución de trabajadores por otros de la misma plantilla pero de superior categoría profesional, declara, no obstante, como teoría general de su doctrina, que 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.

.....Como cualquier otro derecho, el de huelga ha de moverse dentro de un perímetro que marcan, por una parte, su conexión o su oposición respecto de otros derechos con asiento en la Constitución, más o menos intensamente protegidos y, por la otra los límites cuyo establecimiento se deja a la Ley, siempre que en ningún caso se llegue a negar o menoscabar su contenido esencial. Este en principio consiste en la cesación del trabajo en cualquiera de sus manifestaciones, núcleo que implica a su vez la facultad de declararse en huelga, estableciendo su causa, motivo y fin y la de elegir la modalidad que se considera más idónea al respecto, dentro de los tipos aceptados legalmente. En tal contexto también resulta esencial la consecución de una cierta eficacia, como indica nuestra STC 41/1984 .

(.) 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 .)....."

D) La posterior STC 33/2011, de 28 de marzo, que también menciona la resolución de instancia, reitera la tesis de la que se viene de transcribir en los siguientes términos en lo que aquí interesa: "...como dijéramos en la decisiva STC 11/1981, de 8 de abril, que ha inspirado de forma continua los pronunciamientos posteriores de este Tribunal en la materia: «la huelga se consagra como un derecho constitucional, lo que es coherente con la idea del

Estado social y democrático de Derecho establecido por el art. 1.1 de la Constitución, que entre otras significaciones tiene la de legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes, y entre los que se cuenta el de otorgar reconocimiento constitucional a un instrumento de presión que la experiencia secular ha mostrado ser necesario para la afirmación de los intereses de los trabajadores en los conflictos socioeconómicos, conflictos que el Estado social no puede excluir, pero a los que sí puede y debe proporcionar los adecuados cauces institucionales; lo es también con el derecho reconocido a los sindicatos en el art. 7 de la Constitución, ya que un sindicato sin derecho al ejercicio de la huelga quedaría, en una sociedad democrática, vaciado prácticamente de contenido; y lo es, en fin, con la promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y grupos sociales sean reales y efectivas (art. 9.2 de la Constitución).» (FJ 9).

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

...como ya ha quedado reseñado en el fundamento jurídico 4 de esta Sentencia, 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.....

.....Está igualmente fuera de cuestión que la sustitución no vino justificada por la negativa de los trabajadores a cubrir los servicios mínimos a los que se refiere el art. 28.2 CE, regulados en el art. 10 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, ni tampoco por una resistencia de los trabajadores a llevar a cabo los servicios de seguridad y mantenimiento que regula el art. 6.7 del mencionado Real Decreto-ley 17/1977 . Esos factores ni siquiera fueron objeto del proceso judicial: así lo acredita el silencio que las resoluciones judiciales y las alegaciones de todas las partes guardan sobre el particular....."

E) Nuestras sentencias, en fin, de cuatro de julio de dos mil (rec. 75/2000), nueve de diciembre de dos mil tres (rec. 41/2003), quince de abril de dos mil cinco (rec. 133/2004), 8 de junio de 2011 (rec 144/2010) y once de junio de dos mil doce (rec. 110/2011), aunque aludiendo a los servicios mínimos, señalan que "si, a pesar de haberse efectuado, con los paros de los trabajadores que participaron en ella, las emisiones no fueron interrumpidas, 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" (última de las citadas, con mención de otras anteriores) de lo que se infiere que incluso si la sustitución se ha producido con trabajadores de la propia plantilla, puede verse defraudado el derecho fundamental en cuestión en función de las circunstancias concurrentes, como sucede en este caso, en que la sustitución se realizaba con quien/es tenía/n previamente a la huelga una planificación de trabajo distinta a la posteriormente asignada y no desempeñaba/n habitualmente función alguna en el turno y programa de la/s persona/s sustituida/s, teniendo como único objetivo el cambio operado evitar puntualmente los efectos de la huelga y vaciarla de contenido.

Consecuentemente con todo ello, el motivo no puede prosperar.

Sexto.

El quinto y último, en fin, denuncia la conculcación de los arts 182 y 183.1 y 2 de la LRJS y la jurisprudencia que interpreta los mismos, oponiéndose a la indemnización fijada en la sentencia de instancia por considerar no acreditado el daño ("las bases fácticas y los perjuicios alegados") y a la lectura pública del fallo de la sentencia, que dotaría, dice, de un alcance muy amplio al mismo, "mayor incluso que el de la vulneración denunciada, lo que no guarda la debida proporcionalidad ni coherencia con la pequeña incidencia de la huelga y tampoco es una condena que resulte amparada por los términos del art 128 d) LJS", solicitando, de modo subsidiario, que el fallo se limite al abono de los salarios dejados de percibir por los trabajadores que secundaron la huelga (5) "que son los únicos daños acreditados en este procedimiento.

La parte actora sostiene al respecto en su escrito de impugnación que hubo un daño para el sindicato convocante la huelga porque "si un medio público con la repercusión, cuota de pantalla y audiencia televisiva como ETB emite con normalidad un programa que no es servicio mínimo en horas punta, en un día de huelga convocado por el sindicato CCOO, cabe esperar que se genere en sus telespectadores la impresión de la ausencia de facultad de convocatoria para dicho sindicato, lo que sin duda afecta al crédito del mismo" y que "si dicho daño se deja sin evaluar por falta de posibilidad de acreditación exhaustiva, se estaría dejando impune una conducta productora de un daño, al margen del ordenamiento jurídico, estando esta parte persuadida de que no es esto lo querido por el art 183 de la LRJS ", subrayando dicha parte el hecho de que el n.º1 de dicho precepto expresa que constatada la infracción, "el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización" y que el n.º 2 del mismo permite acudir a la determinación prudencial del importe para restablecer al sindicato a su situación anterior a la lesión "e inclusive a contribuir a la finalidad de prevenir el daño que, en este caso puede traducirse en la disuasión para ETB de reiterar su conducta si ello le representa un perjuicio patrimonial", abundando después en la tesis de que siendo CCOO un sindicato no mayoritario en dicho territorio autonómico la convocatoria de una huelga general constituye "un considerable esfuerzo de publicidad, desgaste de personal, pasquines, anuncios etc" y que por pequeña que sea la repercusión en un medio de televisión, ésta siempre gozará de una eficacia exponencialmente superior a la que la huelga pueda tener en otras actividades", subrayando con cita previa de los arts 8.10 y 7.10 y 41 de la LISOS, 4.1.e) del ET que la empresa es reincidente en este tipo de conductas, aludiendo asimismo a las sentencias de esta Sala de 18 de octubre de 2011 y 11 de junio de 2012 .

El informe del M.º Fiscal ante esta Sala, en fin, es partidario de confirmar también la sentencia en este punto manteniendo la indemnización de los 5000 euros impuesta en la sentencia recurrida "pues aunque la huelga tuvo escasa representación entre la plantilla, lo cierto es que la empresa mediante una conducta totalmente impeditiva logró la emisión del programa televisivo que en principio legalmente no hubiera de haber sido emitido, siendo la conducta empresarial calificada como muy grave en el RDL 27200 sobre infracciones y sanciones en el orden social".

Lo que la sentencia recurrida expresa sobre el particular para sustentar su fallo condenatorio al abono de los salarios dejados de percibir por los trabajadores en huelga, al pago de una indemnización de 5.000 euros al sindicato actor y a la lectura del mismo en los dos programas televisivos afectados es, con cita de nuestra sentencia de 15 de diciembre de 2012 (rcud 67/2011) y previniendo que conforme a la misma es necesario que la cifra indemnizatoria sea razonable en función del caso concreto, que "el daño causado al sindicato demandante es patente puesto que si es uno de los sindicatos convocantes de la huelga a nivel nacional y cuenta con representación en el comité de empresa, la privación de eficacia al ejercicio de su derecho a la huelga por los trabajadores afiliados al mismo es lesivo de ese derecho de huelga y daña la imagen y prestigio del sindicato en la empresa y fuera de ella; el impacto, el daño causado, no puede medirse por el escaso seguimiento de la huelga sino por la labor del sindicato que se compromete con la huelga y lo que representa, privándose de eficacia al ejercicio de ese derecho por sus afiliados en el ente pues al menos dos de los que secundaron la huelga fueron sustituidos para que su ausencia no se notara y se pudieran emitir los programas en los que, de acuerdo con su planificación de jornadas y servicios, de forma decisiva intervenían". Y concluye: "asumiendo la dificultad de señalar la indemnización que corresponde en un supuesto como el que nos ocupa, tomando en consideración la lesión al sindicato y las circunstancias concurrentes acreditadas (pues no se prueba nada más que lo significado) cuantificamos la indemnización en 5.000 euros", frente a los 25.001 euros instados por el sindicato demandante en la aplicación analógica que hace de la LISOS (arts 7.10, 8.10, 40 y 41)

El art 182 de la LRJS establece el alcance de la declaración judicial de haber lugar al amparo solicitado y el 183.1 de la misma norma alude, en concreto, a la indemnización que, en su caso, corresponde fijar a la sentencia tras constatar la existencia de vulneración de derechos fundamentales en esta materia, en función tanto del daño moral unido a esa vulneración como de los daños y perjuicios adicionales derivados, de modo que si se ha estimado la demanda y se confirma el pronunciamiento principal, la indemnización va, en principio, de suyo, y si se ha reducido sustancialmente la cantidad reclamada en tal concepto indemnizatorio y se ha fijado una suma inferior con base en un razonamiento "ad hoc", se ha de confirmar lo resuelto, al ser competencia de la Sala de instancia fijar libremente su importe en esos términos, debiendo distinguirse al respecto, en todo caso, entre el abono de los salarios a los trabajadores que siguieron la huelga y que fueron sustituidos, con el perjuicio ocasionado al sindicato convocante que la resolución recurrida constata, según se ha dicho, sobre la base en la labor realizada por el mismo en la convocatoria y seguimiento de la huelga.

Y en cuanto a la difusión del fallo, la parte impugnante nada dice sobre ese extremo ni nada razona el informe del Ministerio Fiscal, aun cuando puede deducirse la oposición tácita de cada uno de los mismos al solicitar ambos la desestimación del recurso, si bien se echa en falta, de todos modos, una argumentación que oponer a lo que la parte recurrente manifiesta en tal sentido al decir que "tampoco se justifica, a nuestro entender, la condena a la lectura pública del fallo de la sentencia; consideramos que la incidencia limitada de la huelga y el escaso seguimiento por parte de la plantilla, unido a la minoritaria representación en la empresa del sindicato actor, no justifican una condena de la lectura del fallo de la misma en los programas "De boca en boca" y "Ni más

ni menos".....Por lo tanto, la lectura pública del fallo de la sentencia supondría dotar de un alcance muy amplio al mismo, mayor incluso que el de la vulneración denunciada, lo que no guarda la debida proporcionalidad ni coherencia con la pequeña incidencia de la huelga y tampoco es una condena que resulte amparada por los términos del art 182 d) LJS".

A ello cabe responder que la medida es acorde con el medio (de comunicación) que constituye la empresa misma y su actividad y que si la falta de emisión habría motivado un comunicado explicativo de su causa, es lógico entender que esa misma emisión en las circunstancias que han motivado la demanda sea igualmente conocida por los destinatarios y usuarios del/de los programa/s afectado/s, que tienen derecho a la información al respecto teniendo, en consecuencia cabida en el art 182.1.d) de la LRJS, siendo de reseñar, en fin, que un fallo parecido en este extremo se mantiene en nuestra sentencia de 11 de junio de 2012 (rc 110/2011) en un procedimiento seguido con la misma parte demandada y ahora recurrente.

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación, formulado por la Letrado Dña. Lorena Novo San Miguel en nombre y representación de EUSKAL TELEBISTA-TELEVISION VASCA, S.A. (ETB), contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 23 de abril de 2013, en actuaciones seguidas por la CONFEDERACION SINDICAL CC.OO. DE EUSKADI, contra EUSKAL TELEBISTA, S.A., sobre TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES. Decretamos la pérdida del depósito constituido para recurrir, debiendo dar a la consignación el destino que legalmente proceda y con imposición de costas

Devuélvanse las actuaciones al Organismo Jurisdiccional correspondiente, 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.

PUBLICACIÓN- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Miguel Angel Luelmo Millan 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.