

DERECHO COLECTIVO

FRANCISCA FERNÁNDEZ PROL

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidade de Vigo

franfernandez@uvigo.es

Palabras clave: libertad sindical, derechos fundamentales, indemnización, derecho de huelga, servicios mínimos, esquirolaje, *ius variandi*, movilidad funcional.

Keywords: freedom of association, fundamental rights, indemnity, right to strike, minimum services, strike breaking, *ius variandi*, functional mobility.

Palabras chave: liberdade sindical, dereitos fundamentais, indemnización, derecho de folga, servizos mínimos, esquirolaxe, *ius variandi*, mobilidade funcional.

DOCTRINA JUDICIAL DEL TSJ DE GALICIA:

LIBERTAD SINDICAL. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO. INDEMNIZACIÓN POR VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

(A propósito de la STSJ de Galicia de 12 de marzo 2018, núm. recurso 339/2018)

Normas aplicadas:

Art. 28.1 CE

Art. 41 ET

Arts. 179 y 183 LRJS

La resolución objeto de análisis trae causa del recurso de suplicación planteado por la empleadora frente a la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Lugo de 22 de septiembre de 2017 (núm. 303/2017), dictada en Autos promovidos en reclamación de modificación sustancial de condiciones de trabajo. Sentencia en la que se declara la nulidad de esta última, consistente en el cambio de ruta o zonas de ventas de un trabajador por la empresa Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE).

La subsunción, o no, de la modificación practicada en el art. 41 ET conforma la primera cuestión debatida. A juicio de la demandada, la decisión empresarial se ampara en el art. 43 del XV Convenio Colectivo de la ONCE, según el cual: "la asignación de los puntos o zonas de venta será competencia exclusiva de los Directores de Centro, sin que medie la suscripción de ningún contrato de titularidad de ningún tipo con los agentes vendedores". Regulación convencional de la que, efectivamente, se desprende que la asignación de rutas de venta no constituye un derecho adquirido propiedad del trabajador –como de hecho, así fue históricamente hasta la aprobación del citado convenio-. Con todo, ello no implica que la referida asignación no conforme una condición de trabajo, como tal, de operarse en la misma una modificación de carácter sustancial, sujeta a las causas y procedimiento previstos en el art. 41 ET. Ello, según razona la Sala, se desprende del mismo precepto convencional ya citado, que añade: "los puntos o zonas de ventas tendrán la naturaleza o consideración de meros lugares de trabajo de los agentes vendedores a todos los efectos, pudiendo las direcciones de centro variar los puntos de venta asignados a los agentes vendedores en función de sus necesidades organizativas". Dicción determinante de la necesaria causalidad de la modificación: pues, según expresa literalmente el convenio, solo "necesidades organizativas" –por consiguiente, objetivas– pueden sustentar una variación de la zona de venta por la dirección de centro.

Más allá del convenio y desde una perspectiva estrictamente teórica, la asignación de puntos de venta conforma una condición de trabajo determinante de la dinámica de la prestación de servicios, así como de la correlativa retribución, por ello subsumible en la enumeración abierta o no taxativa del art. 41 ET. Así, en palabras del TSJ de Galicia: "Teniendo en cuenta el elenco de condiciones señaladas de modo ejemplificativo en el art. 41 ET cabe deducir que son modificables las condiciones que determinan las obligaciones básicas de ambas partes, la prestación laboral y la retributiva, así como la forma o las circunstancias de su cumplimiento, de modo que resulta evidente que esa asignación sí es una condición de trabajo; cosa distinta es que su modificación entre en el *ius variandi*, o por el contrario exija causa objetiva que la ampare, lo que dependerá de su naturaleza sustancial".

Razonamiento que en absoluto resulta desvirtuado por la ya referida regulación convencional, en todo caso y como recuerda el Tribunal, sujeta "al derecho necesario establecido por la ley, de rango superior en la jerarquía normativa" -STC 58/1985, de 30 de abril, junto con otras en el mismo sentido (SSTC 177/1988, de 10 de octubre y 210/1990, de 20 de diciembre), expresamente referidas por la resolución objeto de comentario-.

Así, conformando la modificación de la zona de venta operada por la empresa a modificación de una condición de trabajo, procede, a continuación, ponderar su entidad: de ser sustancial, tenía que haberse sujetado a lo previsto por el art. 41 ET, de no conseguir tal entidad, quedaría amparada en el *ius variandi* empresarial. A tal efecto, resulta preciso partir del concepto jurisprudencial de modificación sustancial de condiciones de trabajo: "por modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo hay que entender aquellas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, en términos tales, que pasen a ser otros distintos de modo notorio, entre ellas, las previstas en la lista que de

modo ejemplificativo y no exhaustivo contiene el art. 41.2 ET, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales, éstas son manifestaciones del poder de dirección y del *ius variandi* empresarial" –entre otras, SSTS de 22 de junio de 1998, núm. recurso 4539/1997, de 22 de noviembre de 2005, núm. recurso 42/2005, de 26 de abril de 2006, núm. recurso 2076/2005-. Y para distinguir entre lo sustancial y lo accidental deben ponderarse diversos extremos: "el contexto convencional e individual, la entidad del cambio, el nivel de perjuicio o el sacrificio que la alteración supone para los trabajadores afectados" –STS de 22 de septiembre de 2003, núm. recurso 122/02-. De modo que no concurre modificación sustancial cuando la medida adoptada no implica una "alteración valorable" de las condiciones de trabajo o de la remuneración –STS de 22 de enero de 2013, núm. recurso 290/2011-. "Alteración valorable", en este caso de la retribución, que sí se aprecia en el concreto supuesto litigioso, al estimarse la merma económica sufrida por el trabajador, por mor de la modificación –en realidad, reducción- de los puntos de venta, en 800 euros mensuales. En consecuencia, era obligado para la empresa fundamentar su decisión en las causas expresamente referidas por el art. 41 ET –económicas, técnicas, organizativas o de producción- y cumplir asimismo con el procedimiento exigido por el referido precepto estatutario.

Pero concurre, asimismo, en el supuesto de Autos, otra destacada circunstancia: hechos que el demandante estima indicativos de la vulneración de un derecho fundamental –en el caso concreto, de su libertad sindical-. Sobre el particular, la Sala gallega recuerda, en primer lugar, como ya había hecho en la sentencia do 30 de junio de 2016 (núm. recurso 1481/2016), que es doctrina constitucional que la celebración de un contrato de trabajo no implica privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, así como también que la libertad de empresa (art. 38 CE) no legitima que los trabajadores tengan que soportar

limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas -SSTC 196/2004, de 15 de noviembre, 41/2006, de 13 de febrero, 125/2007, de 21 de mayo-.

Configuración material con proyección en el ámbito procesal a través de la denominada “inversión de la carga de la prueba”: así, cuando se pruebe indiciariamente que una decisión empresarial puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales atañe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate -SSTC 41/2006, de 13 de febrero y 342/2006, de 11 de diciembre-. Es decir, corresponde al demandado, según señala el art. 96.1 LRJS, “la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

En el caso de *litis*, los hechos, temporalmente próximos, constitutivos de un indicio -o panorama indiciario- de vulneración de la libertad sindical son, en síntesis, los siguientes: la baja del demandante en un sindicato y, simultáneamente, el alta en otro distinto; los expedientes disciplinarios abiertos por la empresa a tres de los seis afiliados a este último; la presencia en la reunión en la que se tomó la controvertida decisión de modificación de la zona de venta del presidente del comité de empresa, afiliado a la central sindical en la que el actor causó baja. Circunstancias que, a falta de prueba -plena- de que la decisión empresarial controvertida obedeció a motivos razonables y ajenos a toda voluntad lesiva del citado derecho fundamental, permiten concluir que la decisión empresarial vino determinada -conformando una represalia-, por el referido cambio de afiliación sindical. Pues, la empleadora no alega en la comunicación de la modificación causa objetiva alguna que justifique aquella -precisamente, por haberse operado al margen de las previsiones del art. 41 ET-, y no constituye justificación suficiente la mera alegación del *ius variandi* empresarial, incardinado en el poder empresarial de dirección, pero en modo algún

susceptible de amparar vulneraciones de derechos fundamentales.

Ya por lo que respecta a la indemnización por vulneración de derechos fundamentales, la resolución objeto de análisis recuerda –con cita de la STSJ de Galicia de 29 de septiembre de 2017 (núm. recurso 1594/2017), a su vez sustentada en la STS de 13 de julio de 2015 (núm. recurso 221/2014)- la evolución jurisprudencial experimentada. A tal efecto, la Sala gallega distingue, siguiendo al Alto Tribunal, diversas etapas: en primer término, una “inicial fase de concesión automática” –sin necesidad de acreditación de un perjuicio específico, en todo caso presumido (SSTS de 9 de junio de 1993, núm. recurso 3856/1992 y de 8 de mayo de 1995, núm. recurso 1319/1994)-; en segundo lugar, una “posterior exigencia de bases y elementos clave de la indemnización reclamada que justifiquen suficientemente la misma” (entre otras, SSTS de 11 de junio de 2012, núm. recurso 3336/2011, y de 15 de abril de 2013, núm. recurso 1114/2012); finalmente, conformando la posición actual, una fase más aperturista, fruto, por un lado, de la consideración de la “inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño [moral] consiste” (entre otras, STS de 21 de septiembre de 2009, núm. recurso 2738/2008) y, por otra lado, de la reglas introducidas, con ocasión de la reformulación de la norma procesal *ex LRJS*, en los arts. 179.3 y 183.2 –así, respectivamente, exceptuando de la exigencia de identificación de “circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada” el supuesto de “daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada” y señalando que “el tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa”-.

DERECHO DE HUELGA. EJERCICIO EN EL ÁMBITO DE SERVICIOS ESENCIALES PARA LA COMUNIDAD. SERVICIOS MÍNIMOS.

(A propósito de la STSJ de Galicia de 18 de abril de 2018, Sala de lo Contencioso-Administrativo, recurso contencioso administrativo 300/2017)

Normas aplicadas:

Art. 28.2 CE

Art. 10.2 Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo

Mediante la resolución en análisis, el TSJ de Galicia desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por el comité de huelga contra la Orden de la Consellería de Sanidad de 10 de octubre de 2017, por la que se determinaron los servicios mínimos durante la huelga del personal enfermero que presta servicios en calidad de transfusiónista en el Complejo Hospitalario Universitario de Santiago de Compostela. Dicha sentencia resuelve la impugnación de la citada Orden, planteada en nombre de la demandante y asimismo del correspondiente comité de huelga, por la vía del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona previsto en los arts. 114 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. A juicio de la parte actora, en efecto, la disposición impugnada incurre en una vulneración del derecho fundamental de huelga, destacando el escrito de demanda las siguientes infracciones: falta de motivación suficiente, vulneración del principio de proporcionalidad y falta de imparcialidad y neutralidad.

Debe considerarse, en primer término, la doctrina jurisprudencial, glosada por la Sala gallega, sobre fijación de servicios mínimos para garantizar la prestación de servicios esenciales de la comunidad durante el ejercicio del derecho de huelga. Este último, según precisa el TC –ya en la emblemática STC 11/1981, de 8 de abril–, es susceptible de limitación o restricción: así, señaladamente, siendo objeto de mención expresa por la Carta Magna, con la

finalidad de “asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”. A su vez, estos últimos, según se desprende de la jurisprudencia constitucional, son aquellos de los que penda la satisfacción de derechos fundamentales, libertades públicas y bienes constitucionalmente protegidos. La “esencialidad” resulta, por tanto, elástica y variable, siendo precisa, en cada supuesto, una especificación concreta, sin posibilidad de definición apriorística. Expresamente, la STC 51/1986, de 24 de abril, señala: “al caracterizarse estos servicios – esenciales- de manera no sustantiva, sino en atención al resultado por ellos perseguido, la consecuencia es que, a priori, no existe ningún tipo de actividad que por sí misma pueda ser considerada esencial. Esta solo lo será en la medida que satisfaga derechos o bienes constitucionalmente protegidos, y en la medida y con la fuerza con que los satisfaga” –posteriormente, también en dicho sentido, se pronunció, entre otras, la STC 148/1993, de 29 de abril-.

Los servicios mínimos son, por antonomasia y pese a deducirse de la literalidad del precepto constitucional la posibilidad de recurrir a otros instrumentos, aquellas “garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”. Tales servicios mínimos conforman aquella parcela de actividad que debe proseguir durante la huelga para preservar los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos titularidad de los sujetos afectados. Representan, dicho de otro modo, un “punto de equilibrio” entre el derecho de huelga y los citados derechos, libertades y bienes constitucionalmente protegidos –GÁRATE CASTRO, J., “Derecho de huelga y servicios esenciales”, REDT, núm. 75, 1996, p. 20-. Por lo que, como ha indicado el TC en reiteradas ocasiones, “la consideración de un servicio como esencial no significa la supresión del derecho de huelga de los trabajadores ocupados en tal servicio, sino la previsión de las garantías precisas para su mantenimiento o, dicho de otra forma, para asegurar la prestación de los trabajos que sean

necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que satisface dicho servicio" –SSTC 53/1986, de 5 de mayo, y 27/1989, de 3 de febrero-. Por ello precisamente, según recuerda la Sala gallega, en este caso con cita de la STC 26/1981, de 17 de julio: "la clase y número de trabajos que hayan de realizarse para cubrir esa exigencia y, en definitiva, el tipo de garantías que hayan de disponerse con ese fin, no pueden ser determinados de manera apriorística, sino tras una ponderación y valoración de los bienes o derechos afectados, del ámbito personal, funcional o territorial de la huelga, de la duración y demás características de esa medida de presión y, en fin, de las restantes circunstancias que concurran en su ejercicio y que puedan ser de relevancia para alcanzar el equilibrio más ponderado entre el derecho de huelga y aquellos otros bienes (comunidad afectada, existencia o no de servicios alternativos, etc.), sin olvidar la oferta de preservación o mantenimiento de servicios que realicen los sujetos convocantes o trabajadores afectados".

Para la resolución de la controversia planteada, el TSJ de Galicia considera, asimismo, la doctrina, en este caso del TS, relativa a la motivación de los servicios mínimos –entre otras, STS de 3 de noviembre de 2010, núm. recurso 2610/2009-. Doctrina conforme a que deben cumplirse, a efectos de la adecuada motivación, dos exigencias: en primer lugar, la identificación de los intereses afectados por la huelga y que, por encarnar un derecho fundamental, libertad o bien constitucionalmente tutelado, deben ser atendidos; en segundo lugar, la precisión de aquellos hechos, criterios, estudios considerados para determinar las actividades empresariales que deben continuar, así como el número de trabajadores que tales actividades requieren. Lo que, a su vez, precisa de la observancia del llamado "juicio de proporcionalidad" –STS de 8 de octubre de 2004, recurso núm. 5908/2000-, conforme al cual la validez de los servicios mínimos pende, en último término, de lo siguiente: "que el contraste entre, de un lado, el sacrificio que para el derecho de huelga significan tales servicios mínimos y, de

otro, los bienes o derechos que estos últimos intentan proteger, arroje como resultado que aquel sacrificio sea algo inexcusable o necesario para la protección de esos otros bienes el derechos, o de menor gravedad que el quebranto que se produciría de no llevarse a cabo los servicios mínimos".

De la motivación se preocupó, asimismo, el TC –entre otras, en la STC 183/2006, de 19 de junio-, fundamentándose la resolución analizada en su doctrina. Hace falta así recordar que, según esta, "por lo que se refiere a la fundamentación de la decisión que impone el mantenimiento de servicios esenciales para la comunidad, este Tribunal ha declarado reiteradamente que el acto por el cual se determina dicho mantenimiento ha de estar adecuadamente motivado y que, cuando se produce una restricción de derechos fundamentales constitucionalmente garantizados, la autoridad que realiza el acto debe estar en todo momento en condiciones de ofrecer la justificación. Siendo una decisión que comporta tan graves consecuencias es preciso, no sólo que exista una especial justificación, sino que tal justificación se exteriorice adecuadamente con objeto de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó y de que, en su caso, puedan defenderse ante los órganos judiciales. Pesa, pues, sobre la autoridad gubernativa el deber de explicar las razones que, a su juicio, legitiman en una concreta situación de huelga la decisión de mantener el funcionamiento de un servicio esencial para la comunidad, correspondiéndole asimismo probar que los actos de restricción del derecho fundamental tienen plena justificación, sin que sean aquí de aplicación las reglas generales sobre distribución de la carga de la prueba". No bastan, pues, "indicaciones genéricas, aplicables a cualquier conflicto", de las que no sea posible deducir cuáles fueron los elementos valorados para tomar la decisión restrictiva del derecho de huelga –SSTC 26/1981, de 17 de julio; 51/1986, de 24 de abril; 27/1981, de 3 de febrero; 43/1990, de 15 de marzo; 8/1992, 16 de enero-.

En el caso de Autos, la Orden impugnada (DOG de 13 de octubre de 2017) señalaba: "Para la fijación de los servicios mínimos se atendió al siguiente criterio rector de carácter general: personal necesario para la cobertura del 100% de la actividad urgente e intervenciones quirúrxicas inaplazables", resultando de este modo comprendida la totalidad de las intervenciones, urgentes y asimismo programadas, pues estas últimas se estimaron todas ellas "inaplazables" –lo que, según se expresa en la demanda, determinó el mantenimiento de la actividad normal-. Y en apoyo a tal decisión, a modo pues de justificación o motivación, de la Orden objeto del litigio, indicaba – preámbulo-: "El ejercicio público de la prestación de la asistencia sanitaria no se puede ver afectado gravemente por el legítimo derecho del ejercicio de huelga, ya que aquel es considerado y reconocido prioritariamente en relación con este".

Pese a la evidente amplitud de los servicios mínimos pactados –que, sin duda, requeriría de una justificación especialmente precisa y rigurosa- y la parquedad, igualmente obvia, de la Orden en análisis, el TSJ no aprecia la falta de motivación denunciada: el carácter genérico de las declaraciones recogidas por la resolución de la Consellería, la omisión de los criterios determinantes del carácter inaplazable de las intervenciones no urgentes, y, consecuentemente, el grado de indefinición en el que, a juicio del comité de huelga demandante, incurre la autoridad gubernativa. Al margen de otras consideraciones, ya de orden material, forzoso resulta constatar la interpretación "generosa" de la doctrina constitucional más arriba glosada relativa a la necesaria precisión y concreción de la motivación de la decisión de mantenimiento de unos servicios esenciales. Pues, desde una perspectiva estrictamente formal, sin duda, resulta difícil identificar, como exige el TC, aquellos elementos o criterios valorados por la Consellería, señaladamente a efectos de fijación de servicios mínimos incluso respecto de intervenciones programadas o comunes –no urgentes-. Tal vez, por ello, la

respuesta de la Sala se sustente en criterios materiales, por otra parte omitidos por la Orden impugnada: así, "en el presente caso, no se aprecia la falta de motivación denunciada, pues en la Orden objeto de recurso queda suficientemente claro que los derechos y bienes en juego que trata de salvaguardar con la fijación de los servicios mínimos, es la salud de las personas. Para llegar a esta conclusión adelantada, hemos de tener en cuenta que nos encontramos ante una huelga convocada por el personal enfermero que presta servicios como transfusionista en el CHUS (...)".

Y con arreglo a criterios materiales, se resuelve asimismo la denunciada omisión de los criterios determinantes de la fijación del número de profesionales que deben prestar servicios mínimos. Laguna patente en la Orden de la Consellería, sin perjuicio, en su caso, del efectivo cumplimiento del principio de proporcionalidad. Pues, aunque a juicio de la Sala, este último –por el que se exige ajustar o amoldar los servicios mínimos a las particulares características de cada paro (duración, existencia o no de servicios alternativos...)- sí fue debidamente respetado, ello en absoluto resulta argumentado por la Orden impugnada. Nuevamente, pues, la Sala respalda una concepción muy laxa –y lejana de la doctrina constitucional sobre la materia– del deber de la "autoridad gubernativa" de fundamentar y motivar la concepción misma de un servicio como esencial para la comunidad y, correlativamente, la fijación de los correspondientes servicios mínimos.

DERECHO DE HUELGA. MOVILIDAD FUNCIONAL. "ESQUIROLAJE INTERNO"

(A propósito de la STSJ de Galicia de 26 de abril de 2018, proceso de primera instancia núm. 10/2018)

Normas aplicadas:

Art. 28.2 CE

Art. 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo.

El litigio surge en el marco de la huelga general convocada el día 8 de marzo de 2018, con el objeto de reivindicar la efectiva consecución del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres. Mientras otras organizaciones sindicales optaron entonces por la convocatoria de paros parciales, en Galicia, la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) convocó una huelga general de 24 horas –desde las 00.00 hasta las 24:00 del referido día 8 de marzo–, presentando ante la Consellería de Trabajo, con fecha de 6 de febrero de 2018, el correspondiente preaviso. Correlativamente, con fecha de 7 de marzo de 2018, se publicó en el DOG el Decreto 26/2018, de 1 de marzo, por el que se fijaron los correspondientes servicios mínimos, inclusive en la demandada Corporación de Radio y Televisión de Galicia (CRTVG). Con todo, de acuerdo con la relación de servicios mínimos de esta última, ni se consideró como tal el programa en el que Dª. Adelaida desarrolla habitualmente su actividad –“Galicia Noticias Mediodía”–, ni la citada trabajadora resultó asignada a servicio mínimo alguno. Celebrada reunión entre la dirección de CRTVG y los comités de huelga, estos últimos manifestaron su desacuerdo con los servicios mínimos fijados, instando, en particular, a “que solo sean hombres los que figuren en la relación de servicios mínimos”.

El día 8 de marzo de 2018, Dª. Adelaida, redactora de CRTVG y presentadora habitual del espacio “Galicia Noticias Mediodía”, se suma a la huelga general durante toda la jornada laboral, no acudiendo a su puesto de trabajo. Por decisión de la empresa demandada, D. Jesús Ángel, editor del mismo programa, sustituye a Dª. Adelaida presentando el referido espacio televisivo. Tarea que acostumbraba a asumir en otras ocasiones: así, al disfrutar la trabajadora de vacaciones o permisos, o de encontrarse aquella en situación de incapacidad temporal.

El convenio colectivo de CRTVG no contempla las categorías profesionales de “presentador” y de “editor”. Con todo, según la relación de hechos probados, las funciones de los

editores son diversas –y más amplias- que las atribuidas a los redactores, siendo los primeros superiores de los segundos: así, en Galicia Noticias Mediodía, D. Jesús Ángel es un superior de Dª. Adelaida. Por otra parte, mientras la presentación de los programas es habitualmente asumida por redactores, la presentación por editores es más ocasional.

La controversia radica en la calificación, o no, de la referida conducta de la empleadora cómo esquirolaje interno vulnerador del derecho fundamental de huelga ex art. 28.2 CE.

Como bien señala la resolución en análisis –con cita de la STSJ de Galicia de 14 de abril de 2016 (núm. recurso 239/2016), a su vez sustentada en la STS de 11 de febrero de 2015 (núm. recurso 95/2014)-, el art. 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, conforma, a tal efecto, el necesario punto de partida. Pues, como se recordará, el mismo señala: "En tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuvieran vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número 7 de este artículo". Precepto que literalmente prohíbe el recurso empresarial, durante la huelga, a contrataciones externas – vetando, por consiguiente, el llamado "esquirolaje externo"-, pero que no limita la facultad empresarial de movilidad interna –por lo que no parece prohibir, en cambio, el "esquirolaje interno"-. Por otra parte, solo la garantía de servicios mínimos y de servicios de seguridad y mantenimiento –referidos en el citado apartado 7- se erigen, en una interpretación literal del precepto, en excepciones a tal prohibición. Y, igualmente, esta última se extiende de modo expreso a reclutamientos vía empresas de trabajo temporal. –art. 8.1a) LETT-.

La cuestión, como es sabido y recuerda asimismo la resolución objeto de análisis, fue abordada por la emblemática STC 123/1992, de 28 de septiembre –así como, posteriormente, por STC 33/2011, de 28 de marzo-.

En aquella –ponderando el relevo de huelguistas por trabajadores de nivel profesional superior que no habían secundado la huelga- el TC recuerda, en primer término, el objeto y finalidad del derecho de huelga: “Esa paralización parcial o total del proceso productivo se convierte así en un instrumento de presión respecto de la empresa, para equilibrar en situaciones límites 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”. Y, a continuación, sentada la premisa, procede a la interpretación del art. 6.5 Real Decreto-Ley 17/1977: “En este diseño, el Real Decreto-Ley (...) 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 (...). 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”.

Con todo, por un lado, “estos aspectos de la potestad directiva del empresario [en referencia a la movilidad funcional y, asimismo, geográfica] 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 social, al margen de cualquier conflicto. Por ello, puede afirmarse que están en la fisiología de esa relación jurídica, no en su patología”. Por otra parte, la “preeminencia” del derecho de huelga –según el TC, subjetivo por su contenido, y fundamental, por su configuración constitucional- “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 ET, de la cual son emanación las facultades que les permiten una movilidad del personal". Por lo que, al ejercitarse la potestad de dirección en una situación conflictiva y con una finalidad diversa a la contemplada por el ordenamiento jurídico –cuál es la desactivación de la presión pretendida por el paro-, el relevo interno de huelguistas constituye un ejercicio "abusivo" de un derecho en principio reconocido al empresario, el *ius variandi*. Conclusión asimismo conseguida, en un supuesto similar, por la STC 33/2011, de 28 de mayo.

La doctrina constitucional en la materia se sintetiza por el TSJ de Galicia como sigue: 1º. También el relevo interno de trabajadores huelguistas puede constituir un ejercicio abusivo de las facultades directivas empresariales: así, cuando, de forma intencional u objetiva, tal relevo implique una desactivación o aminoración de la presión perseguida por el ejercicio del derecho de huelga, resultando éste vaciado de contenido; 2º. Tal vulneración del derecho fundamental de huelga se apreciará, señaladamente, de resultar probado que las funciones de los huelguistas fueron asumidas por trabajadores que habitualmente tienen asignadas otras diferentes en la misma empresa –en este caso, con cita de la STC 17/2017, de 2 de febrero, aún referida, como es sabido, a un supuesto distinto, de esquirolaje llamado "tecnológico"–; 3º. Excepto atención de necesidades vinculadas a servicios mínimos o a servicios de seguridad y mantenimiento, ni el empresario puede imponer a los trabajadores no huelguistas la realización de las tareas correspondientes a los que secundaron la huelga, ni los trabajadores que libremente decidieron no secundarla pueden sustituir el trabajo de sus compañeros.

La aplicación de la doctrina constitucional glosada al supuesto de Autos, conduce al TSJ de Galicia a calificar el relevo, el día 8 de marzo de 2018, de Dª. Adelaida por D. Jesús Ángel como práctica de "esquirolaje interno" vulneradora del derecho fundamental de huelga. Pues, en primer lugar, quien presenta, con carácter habitual, el

programa "Galicia Noticias Mediodía" es Dª. Adelaida, siendo irrelevante, que, en calidad de "editor", D. Jesús Ángel pueda asimismo asumir tal tarea. Y el relevo controvertido, por otra parte, es fruto de un mandato o instrucción empresarial, en modo algún incardinable en la atención de servicios mínimos o de seguridad y mantenimiento –como ya se señaló, únicos supuestos en los que cabe exceptuar la prohibición de esquirolaje-. Pues, ni el programa "Galicia Noticias Mediodía", ni su presentadora resultan incluidos en la relación a tal efecto remitida a la Xunta de Galicia. Concurre, pues, un indicio de vulneración del derecho fundamental de huelga, y, invertida la carga de la prueba –ex arts. 96 y 181.2 LRJS-, no acredita la empresa que el relevo operado respondiese a causas ajenas al ejercicio del citado derecho constitucional. Pues, no son tales, ni el hecho de que D. Jesús Ángel asumiera ocasionalmente la presentación del programa –al no ser las circunstancias "de legalidad común" determinantes de tales relevos (incapacidades temporales, vacaciones, permisos...), asimilables al ejercicio, en un contexto de conflicto, del derecho fundamental de huelga-, ni el acuerdo, según la empresa tácitamente conseguido con los comités de huelga, para sustituir, el día 8 de marzo, a trabajadoras por trabajadores –al evidenciar el acta de la reunión celebrada el día 27 de febrero de 2018 la ausencia de tal acuerdo, e incluir, de facto, la relación de trabajadores adscritos a servicios mínimos, varones y, asimismo, mujeres. Finalmente, siendo el programa "Galicia Noticias Mediodía" uno de los de mayor audiencia de la TVG, emitido, además, en horario no coincidente con los paros parciales convocados por otros sindicatos, concurre, a juicio de la Sala, una merma de la presión pretendida por el sindicato CUT convocante del paro de 24 horas.

Declarada la vulneración del derecho a la huelga del sindicato convocante y, consecuentemente, la nulidad de la decisión empresarial de relevo de Dª. Adelaida, el TSJ se pronuncia sobre las peticiones de tutela resarcitoria asimismo planteadas: condena a la demandada al abono de

una indemnización por daños y perjuicios por importe de 15.625,50 euros; lectura del fallo de la sentencia, "o de aquel fundamento que el Tribunal había considerado", durante la emisión de "Galicia Noticias Mediodía"; y publicación de la sentencia en la INTRANET de la empresa. En defecto de justificación, las últimas peticiones –por otra parte, omitidas en conclusiones- son rechazadas. No así, en cambio, la petición indemnizatoria, procediendo –en aplicación del art. 183.2 LRJS y, ya a efectos de cuantificación, del art. 40.1.c) LISOS-, al reconocimiento de la indemnización solicitada. Solución sustentada, asimismo, en la jurisprudencia expresamente citada por la resolución objeto de análisis –entre otras, SSTS de 5 de febrero de 2013 (núm. recurso 89/2012), recogiendo la doctrina sentada en la STC 247/2006, de 24 de julio, y de 15 de febrero de 2012 (núm. recurso 67/2011)-.