



Roj: **STS 333/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:333**

Id Cendoj: **28079140012020100046**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/01/2020**

Nº de Recurso: **138/2018**

Nº de Resolución: **13/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA LUZ GARCIA PAREDES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

CASACION núm.: 138/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Luz García Paredes

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 13/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesús Gullón Rodríguez, presidente

D. José Manuel López García de la Serrana

D.^a. María Lourdes Arastey Sahún

D. Antonio V. Sempere Navarro

D.^a. María Luz García Paredes

En Madrid, a 13 de enero de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la letrada D.^a Antía Celeiro Muñoz, en nombre y representación de la empresa Corporación de Radio Televisión de Galicia S.A., contra la sentencia de 26 de abril de 2018, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el procedimiento núm. 10/2018, seguido a instancia del Sindicato Central Unitaria de Trabajadores/as (C.U.T.), contra la empresa Corporación de Radio Televisión de Galicia S.A., sobre Tutela de Derechos Fundamentales.

Ha comparecido en concepto de parte recurrida el Sindicato Central Unitaria de Trabajadores/as (C.U.T.), representado por el letrado D. Brais González Pérez.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a María Luz García Paredes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación del sindicato Central Unitaria de Trabajadores/as (C.U.T.) se presentó demanda de tutela de derechos fundamentales, contra la empresa Corporación de Radio Televisión de Galicia S.A (C.R.T.V.G), con intervención del Ministerio Fiscal, de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de



aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia estimando la demanda por la que: "I) Se declare vulnerado o dereito á folga da Central Unitaria de Traballadores/as (C.U.T) como central convocante da folga xeral de 24 horas, ao ter minorado deliberadamente a empresa o efecto da folga mediante a esquirolaxe interna ou substitución de traballadora.- II) Se declare nula a decisión empresarial da substitución da traballadora Dona Purificacion e o mantemento da emisión do programa Galicia Noticias Mediodía.- III) Se condene á demandada a unha indemnización de danos e prexuízos pola contía de QUINCE MIL SEISCENTOS VINTE CINCO EUROS E CINCUENTA CÉNTIMOS (15.625,5 euros).- IV) Se condene á empresa á lectura do fallo da sentenza, ou daquel fundamento que o Tribunal considerar, durante a emisión do Galicia Noticias Mediodía.- V) Se proceda á publicación da sentenza na INTRANET da empresa, de feito destacable e accesible para todas as traballadoras e traballadores da CRTVG"

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, tuvo lugar el acto del juicio, en el que la parte actora se ratificó en la misma, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- El día 26 de abril de 2018, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que reconociendo la competencia objetiva de esta Sala para resolver la cuestión planteada estimamos en parte la demanda de tutela de derechos fundamentales presentada por Don Brais González Pérez, actuando en nombre y representación del sindicato CENTRAL UNITARIA DE TRABALLADORES/A (CUT) contra la empresa CORPORACIÓN DE RADIO TELEVISION DE GALICIA S.A (C.R.T.V.G), y con intervención del MINISTERIO FISCAL, por lo que:

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

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

III) Condenamos a la demandada a abonar al sindicato actor una indemnización de daños y perjuicios por importe de QUINCE MIL SEISCIENTOS VEINTICINCO EUROS Y CINCUENTA CÉNTIMOS (15.625,50 EUROS).- Desestimamos el resto de las pretensiones de la parte actora, absolviendo a la demandada de las mismas".

En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- Las organizaciones sindicales USO, CUT, CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL, SINDICATO DE COMISIONES DE BASE (CO.BAS), SINDICATO ALTERNATIVA SINDICAL DE TRABAJADORES (AST), CONFEDERACIÓN NACIONAL DE TRABAJO (CNT), UNION GENERAL DE TRABAJADORES (UGT), COMISIONES OBRERAS (CC.00), CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (CIG), convocaron para el día 8 de marzo de 2018, jueves, tanto a nivel de la Comunidad Autónoma de Galicia como en el ámbito estatal, una huelga general, -bien de paros parciales o bien de 24 horas-, que tuvo como principal demandada alcanzar la igualdad real de las mujeres en el ámbito laboral.- En concreto el sindicato CUT fue el único que a nivel Galicia convoca la huelga general de 24 horas (de 00,00 a 24.00 horas del día 8 de marzo), presentado su preaviso ante la Consellería de Traballo da Xunta de Galicia el día 6 de febrero de 2018, para todas las trabajadoras y trabajadores de Galicia, ya sean empleadas y empleados públicos, de cualquier régimen o vínculo, ya sean trabajadores y trabajadora de los restantes sectores productivos y de todos los centros de trabajo. Fija los objetivos de la huelga general que convoca en los siguientes: "1.- A mellora das condicións laboráis das mulleres e a fin da desigualdade laboral, mediante a consecución da supresión da fenda salarial.- 2.- A fin da desigualdade no recoñecemento das prestacións sociais.0.- 3.- A fin de réximes da Seguridade Social que castigan especificamente as mulleres coa exclusión de prestacións de desemprego como é o Réximen Especial de Emprego no Fogar para a súa definitiva inclusión no Réxime Xeral.- 4.- A ampliación dos dereitos básicos relacionados coa conciliación da vida persoal, laboral e familiar.- 5.- A desaparición da discriminación no acceso ao emprego e a diminución da taxa de desemprego de mulleres.- 6.- O establecemento de mecanismos legais para a erradicación do acoso sexual no ámbito laboral así como do acoso laboral; estratexias de eliminación da precariedade laboral e a parcialidade e temporalidade asociada á contratación de mulleres."- CC.00 y UGT convocaron el 8 de marzo de 2018, a nivel Galicia, los siguientes paros parciales: de 00.00 a 02.00, de 12.00 a 14.00 y de 19.30 a 21.30 horas.- (Hecho acreditado por los documentos nº 1 tanto de la prueba de la actora como de la demandada).

SEGUNDO.- La demandada, CORPORACIÓN DE RADIO TELEVISIÓN DE GALICIA S.A, tiene centros de trabajo en las distintas provincias de la Comunidad Autónoma de Galicia.- (Hecho no controvertido).

TERCERO.- El sindicato CUT tiene un total de 5 representantes en el Comité Intercentros de la CRTVG.- (Hecho acreditado por la declaración testifical de la Sra. Marí Jose y documento nº 9 de la actora).



CUARTO.- El día 7 de marzo de 2018 se publica en el DOGA el Decreto 26/2018 de 1 de marzo por el que se dictan normas para garantizar los servicios esenciales durante la huelga convocada para el día 8 de marzo de 2018, incluyéndose dentro de esa regulación de servicios mínimos la relativa a la Corporación de Radio y Televisión de Galicia.- (Hecho acreditado por el Decreto aportado por ambas partes, respectivamente como documento nº 3 y nº 4).

QUINTO.- La CRTVG remite a la Xunta de Galicia la relación de servicios mínimos, con la relación nominal de los trabajadores, que incluyen tanto hombres como mujeres, para la realización de dichos mínimos; relación fechada el 8 de marzo de 2018, y que se da por reproducida. En dicha relación no se considera como servicio mínimo esencial el programa Galicia Noticias Mediodía, ni se incluye a la trabajadora Dña. Purificación .- (Hecho acreditado por la relación aportada por ambas partes, respectivamente como documentos nº 4 y nº 3).

SEXTO.- El día 27 de febrero de 2018 tuvo lugar una reunión entre los Comités de Huelga y la CRTVG en donde en esencia, los Comités consideran que los servicios mínimos establecidos son abusivos y solicitan, antes del receso habido en la reunión, "que solo sexan homes os que figuren na relación de servizos mínimos e de non ser así se lles permita as mulleres intercambiar o seu servizo con un home durante a xornada de folga. Tamen se propón que se limite a duración dos servizos para que o finalizar o seu traballo podan irse".- La reunión terminó sin acuerdo entre las partes.- En relación a la huelga de 14 de noviembre de 2012 sí hubo acuerdo de servicios mínimos entre sindicatos y la empresa demandada y el programa Galicia Noticias Mediodía no se emitió.- (Hecho acreditado por copia del acta aportada como documento nº 2 por la demandada así como documentos nº 6 y 7 del mismo ramo de prueba).

SEPTIMO.- Dña. Purificación decide acogerse a su derecho a la huelga durante toda la jornada laboral, sumándose a la convocatoria realizada por la CUT, por lo que el día 8 de marzo de 2018 no acudió a su puesto de trabajo en toda la jornada.- Dña. Purificación, redactora de CRTVG, está adscrita al programa Galicia Noticias Mediodía desde septiembre de 2017, y es la persona que, de forma habitual, presenta desde esa fecha el referido programa.- El día 8 de marzo de 2018 la presentación de dicho programa, por decisión de la empresa demandada, fue realizada por D. Cipriano, editor de dicho programa, que está adscrito al mismo desde hace 15 años.- Cuando Dña. Purificación no acude a trabajar, bien por permisos, vacaciones, bajas médicas, o circunstancias similares, la presentación del programa se realiza por el Sr. Cipriano .- (Hecho acreditado por la declaración de las tres testigos).

OCTAVO.- El programa Galicia Noticias Mediodía se emite de lunes a viernes en el horario de emisión que consta recogido en el documento nº 8 de los presentados por la actora, y es uno de los cinco más vistos de la Televisión de Galicia.- El horario de emisión de los jueves es de 13.45 a 14.15 y de 15.00 a 15.30.- (Hecho acreditado por el documento nº 8 de los aportados por la actora y declaración testifical de Dña. Purificación).

NOVENO.- El día 8 de marzo de 2018 no se emitió en la TVG el programa "Zigzag" ni el Telexornal de la noche.- (Hecho acreditado por la declaración testifical de Dña. Modesta).

DECIMO.- En el Convenio Colectivo de la CRTVG no existe la categoría profesional de presentador ni la de editor. La presentación de los programas corre a cargo, de forma habitual por los redactores. Los trabajadores que realizan las funciones de editores también presentan en ocasiones; las funciones de editor son más amplias y diferentes a las de los redactores de los que son sus superiores. El Sr. Cipriano es, en el programa Galicia Noticias Mediodía, un superior de la Sra. Purificación .- (Hecho acreditado por el Convenio Colectivo aportado como documento nº 6 por la demandada y declaración de las tres testigos)".

CUARTO.- Por la representación de la empresa Corporación de Radio Televisión de Galicia S.A, se formaliza recurso de casación contra la anterior sentencia, siendo admitido por la Sala.

QUINTO.- Personada la parte recurrida y evacuado el trámite de impugnación, se emitió el preceptivo informe del Ministerio Fiscal interesando la desestimación del recurso, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 19 de diciembre de 2019, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Social del TSJ de Galicia dictó sentencia el 26 de abril de 2018, y posterior auto de 8 de mayo de 2018 denegatorio de su aclaración, en el procedimiento de tutela del derecho de huelga, seguido bajo el número 10/2018, en la que, reconociendo la competencia objetiva para resolver la pretensión, declaraba vulnerado el derecho de huelga de la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), convocante de la huelga general de 24 horas en Galicia, al haber minorizado la empresa el efecto de aquel derecho mediante la sustitución de la trabajadora huelguista, D^a Purificación . Declara nula tal conducta por la que se mantuvo la emisión del programa Galicia Noticias Mediodía, condenando a la demandada a abonar al Sindicato demandante a una indemnización de daños y perjuicios por importe de 15.625,50 euros.



Frente a dicha resolución judicial se ha interpuesto recurso de casación por la parte demandada, en el que, como primer motivo y al amparo del apartado d) del art. 207 de la LRJS, interesa la revisión del hecho probado quinto para que se adicione lo siguiente: "En la lista de servicios mínimos no se han incluidos trabajadores mujeres presentadoras con presencia en pantalla". A tal fin se invoca la prueba testifical, en la persona de D^a Modesta y el documento 3 del ramo de prueba de la parte demandada,

El motivo debe ser rechazado porque la prueba en la que se pretende amparar no es idónea a tal efecto, como resulta de la testifical que invoca, al no ser medio probatorio que permita revisar los hechos probados, tal y como dispone el propio art. 207d) de la LRJS.

Tampoco sirve a tal efecto el documento 3 del ramo de prueba de la recurrente ya que dicha prueba ya ha sido valorada por la Sala de instancia y recogida en el hecho probado quinto del relato fáctico, con lo cual nada nuevo podría introducir la parte que figure en el citado documento.

Por otro lado, el texto que propone es un hecho negativo que, como tal, es impropio de un relato fáctico en tanto que se pretende obtener de conjeturas o valoraciones de hechos específicos que ya figuran en el relato fáctico.

SEGUNDO. - Dentro del mismo motivo, se propone la revisión del hecho probado séptimo, párrafo tercero para que se adicione que el programa al que se refiere fue realizado por "D. Cipriano, editor y presentador", para lo que se invoca nuevamente prueba testifical y lo indicado en el propio ordinal impugnado, en los párrafos 3 a 5 y lo recogido en el hecho décimo.

Siguiendo con la revisión fáctica, en el citado motivo se interesa la revisión del hecho probado noveno en los términos que redacta, con base en la prueba testifical.

Lo mismo propone respecto del hecho probado décimo y undécimo, en los que, con igual base testifical, pretende alterar su contenido.

Estos apartados del motivo primero deben ser rechazados porque no es idónea la prueba testifical para alterar el relato fáctico.

TERCERO. - El segundo motivo, al amparo del apartado e) del art. 207 de la LRJS se denuncia la infracción de la jurisprudencia recogida en la STS de 2 de febrero de 2017, rec. 1168/2014, en la que se indica que para apreciar la vulneración del derecho de huelga es preciso que la sustitución de los huelguistas se realice sin causa habilitante y acudiendo a un trabajador contratado ex novo o asignado de forma irregular a la tarea de los huelguistas. Igualmente, invoca la STC 33/2011, 80/2011, 190/2001 y la de esta Sala, de 9 de diciembre de 2003, rec. 41/2003.

Según la parte recurrente y con base en las alegaciones y argumentos que esgrime, no es posible apreciar la vulneración del derecho fundamental que se alega de contrario y que ha estimado la sentencia recurrida porque, a su juicio, lo que se ha producido es un desarrollo del ejercicio del derecho de huelga conforme a las previsiones que se habían acordado entre las partes y para facilitar el objetivo que aquella perseguía.

La parte recurrida se opone al recurso alegando que existe causa de inadmisión del mismo al basar el motivo de infracción de jurisprudencia en la doctrina constitucional, incurriendo con ello en un forzamiento del art. 207, pretendiendo casar doctrina del TC en esta sede, sin tan siquiera identificar normas sustantivas infringidas que amparen el recurso. Igualmente argumenta sobre la falta de invocación de más de una sentencia de este Tribunal, así como la ausencia de fundamentación sobre la infracción que se denuncia. Respecto de la revisión fáctica, manifiesta que debe rechazarse por estar basada en prueba no idónea. En relación con la documental que se cita en el motivo por la parte recurrente, manifiesta que no puede alterar el relato fáctico por no ser literosuficiente ni trascendente para el fallo. Finalmente, considera que no hay infracción alguna de la jurisprudencia.

El Ministerio Fiscal informa considerando que el recurso debe ser desestimado al estar acreditado el esquirolaje interno en los términos que lo ha definido nuestra jurisprudencia, recogida en las SSTS de 5 de diciembre de 2012, rec. 265/2011, 11 de febrero de 2015, rec 95/2014 y 18 de marzo de 2016, rec. 78/2015.

CUARTO. - El motivo del recurso debe ser desestimado porque la sentencia de instancia no ha incurrido en la infracción que se denuncia.

Previamente, debemos indicar que el escrito de recurso no incurre en defecto alguno a la hora de formular el motivo de infracción de normas sustantivas o de jurisprudencia.

El art. 210.2 de la LRJS, al referirse al escrito de interposición del recurso de casación, dispone que "En el escrito se expresarán por separado, con el necesario rigor y claridad, cada uno de los motivos de casación, por el orden señalado en el artículo 207, razonando la pertinencia y fundamentación de los mismos y el contenido concreto de la infracción o vulneración cometidas, haciendo mención precisa de las normas sustantivas o



procesales infringidas, así como, en el caso de invocación de quebranto de doctrina jurisprudencial, de las concretas resoluciones que establezcan la doctrina invocada".

Esta Sala, en relación con aquella norma procesal, ha establecido, como señalan, entre las más recientes, las SSTs de 8 de julio de 2014 (rcud 1897/2013), 17 de febrero de 2016 (rcud 3733/2014) y 20 de septiembre de 2016 (rec. 254/2015) que es reiterada la jurisprudencia de esta Sala acerca del cumplimiento del requisito consistente en "fundamentar la infracción legal denunciada señalando que el recurso de casación, como extraordinario que es, debe estar fundado en un motivo de infracción de ley; y "esta exigencia no se cumple con sólo indicar los preceptos que se consideren aplicables, sino que es requisito ineludible para su correcta observancia razonar de forma expresa y clara sobre la pertinencia y fundamentación del recurso en relación con la infracción o infracciones que son objeto de denuncia" [STS de 11 de septiembre de 2019, rec. 59/2018].

La anterior doctrina es perfectamente extensible cuando lo que se denuncia es un quebranto de doctrina en cuyo caso deberán identificarse la sentencias que establezcan la doctrina que se entiende vulnerada y fundamentar dicho quebrantamiento.

En el caso que nos ocupa, no podemos compartir las alegaciones que sobre la inadmisibilidad del recurso se invoca por la parte recurrida.

El escrito de interposición del recurso identifica claramente la doctrina constitucional y jurisprudencia de este Tribunal que entiende infringida por la sentencia recurrida y argumenta extensamente el alcance de dicha denuncia. Y desde luego que no es posible decir que un motivo de esa índole no pueda estar basado en doctrina constitucional cuando, claramente, el art. 9.1 de la CE dispone que las Leyes y Reglamentos habrán de aplicarse según los preceptos y principios constitucionales y conforme a la interpretación de los mismos que realice el Tribunal Constitucional, pudiendo configurarse un motivo de infracción de norma con las contempladas en la CE, tal y como recoge el art. 5.4 de la LOPJ, cuando dice que "en todos los casos en que, según la ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional. En este supuesto, la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional" por lo que, en relación con el quebranto doctrina, debe integrarse éste con la doctrina emanada del TC.

En definitiva, el recurso cumple con las exigencias formales que permiten a la Sala entrar a conocer del motivo de casación esgrimido y decidir sobre el mismo, máxime cuando no se advierte en qué medida y forma el escrito del recurso le ha podido impedir a la parte recurrida efectuar su oposición al mismo.

QUINTO. - La sentencia recurrida ha estimado la demanda en la que, con base en los hechos probados, inmodificados en este momento procesal, entiende acredita la conducta empresarial consistente en haber sustituido a la Sra. Purificación, que había secundado la huelga convocada para el día 8 de marzo de 2018, por quién era su superior, el Sr. Cipriano. Dicha trabajadora, redactora de CRTVG, era habitualmente la presentadora del programa Galicia, Noticias Mediodía, siendo éste, uno de los cinco programas más vistos de la televisión gallega. El día de la huelga, cuyo objetivo principal se dirigía a reivindicar la igualdad de las mujeres en el mundo laboral, no se emitieron algunos programas. El programa que presentaba aquella redactora, que no estaba dentro de los servicios mínimos, fue atendido y presentado por el editor, Sr. Cipriano, que es el que sustituía a aquélla con ocasión de sus permisos, vacaciones, bajas médicas u otras situaciones similares.

Según la Sala de instancia, la demandada ha incurrido en el esquirolaje interno, al que se refiere el art. 6.5 del Real Decreto ley 17/1977, con cita de la STS de 11 de febrero de 2015, rec 95/2014 y de la STC 17/2017. Y ello porque considera que las funciones que realizó el Sr. Cipriano el día de la huelga no estaban dentro de las habituales funciones que, como editor, venía desempeñando en la entidad demandada. Respecto de las funciones de sustitución de la Sra. Purificación como presentadora de un programa y para ocupar tal posición, la Sala considera que las mismas lo son en situaciones legales normales y considera que esa sustitución no puede producirse ante las excepcionales propias del ejercicio del derecho de huelga. Según expone la Sala, lo que la demandada no ha acreditado es que la sustitución de la Sra. Purificación haya sido por motivos totalmente ajenos a aquel derecho. Por ello, considera que la conducta de la demandada mermó la presión que pretendía el Sindicato convocante de las 24 horas de huelga en Galicia, mediante el ejercicio de ese derecho legítimo y por el que se quería visibilizar las consecuencias de la ausencia de mujeres trabajadores en sus puestos de trabajo, máxime cuando esa falta de presencia afectaba a un programa de gran audiencia.

La parte recurrente basa su denuncia en el quebranto de doctrina constitucional y del TS que, perfectamente, puede ser analizada conjuntamente al girar todo el debate sobre la misma y única cuestión, relativa a si la sustitución de una trabajadora huelguista vulneró el derecho fundamental del sindicato demandante convocante de la misma.



Pues bien, la sentencia recurrida debe ser confirmada porque en ningún momento se ha apartado la misma de los criterios doctrinales que recogen las sentencias del TC y de esta Sala que se invocan.

Es evidente la constante y reiterada doctrina de la que se hace eco tanto la sentencia recurrida como el propio escrito de recurso, en relación con la interpretación del art. 6.5 del Real Decreto Ley 17/1997 sobre la existencia de un ejercicio abusivo por parte de la empresa de sus facultades directivas cuando acude a la sustitución interna de trabajadores huelguistas mediante otros pertenecientes a la misma, provocando así un vaciamiento del derecho de huelga.

El art. 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo establece que "en tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número siete de este artículo". Como dice el TC, al referirse a este precepto, con carácter general, "Se prohíbe así la contratación de trabajadores que pasen a desempeñar las tareas dejadas de realizar por los huelguistas, lesionando, de tal manera los efectos de la medida adoptada por aquéllos, lo que se conoce con el nombre de esquirolaje externo" [STC 17/2017].

Como sigue diciendo dicha sentencia, con cita de otras precedentes, al conectar el ejercicio del derecho de huelga con el *ius variandi* empresarial y respecto de la sustitución interna de los huelguistas, tal proceder "constituye un ejercicio abusivo del *ius variandi* empresarial, derecho que, con los límites legalmente previstos, corresponde al empresario en otras situaciones. Pero en un contexto de huelga legítima el referido *ius variandi* no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones; ya que, en tal caso, quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo. Por ello, ni el empresario puede imponer a los trabajadores no huelguistas la realización de las tareas que corresponden a los que secundaron la convocatoria, ni los trabajadores que libremente decidieron no secundarla pueden sustituir el trabajo de sus compañeros. Esa regla general admite dos excepciones, conectadas a las previsiones legales sobre el aseguramiento de determinados servicios mínimos esenciales para la comunidad (art. 10 del Real Decreto-ley 17/1977), y a las previsiones sobre los servicios de seguridad y de mantenimiento en la empresa (art. 6.7 del Real Decreto-ley 17/1977)".

Por un lado, debemos indicar que la infracción que se denuncia se ampara en unas circunstancias fácticas que no se corresponden con las que ha declarado probadas la Sala de instancia y aquí se han mantenido. En efecto, por lo que se refiere al Sr. Cipriano , no es posible decir que dicho trabajador tenga como función habitual la de presentador, tal y como razona suficientemente la sentencia de instancia y aquí no se ha alterado tal conclusión. Por tanto, ni su condición de presentador ni lo que hubiera podido suceder en caso de que la Sra. Purificacion no hubiera secundado la huelga son elementos fácticos que, por no estar probadas, pueden operar para solventar el recurso y, en definitiva, si la presentación del programa que realizó el Sr. Cipriano , sustituyendo a la habitual presentadora por estar en situación de huelga, carecía de razón objetiva y pretendía entorpecer y disminuir o dejar sin contenido el derecho de huelga que se estaba ejercitando, que es lo resuelto en la sentencia recurrida. Del mismo modo, cualquier valoración fáctica que se recoge en el escrito de recurso, para justificar el actuar de la demandada y las medidas que se dicen adoptadas, como la que refiere respecto de que no se incluyó a locutoras de televisión para informativos en servicios mínimos, entre otras valoraciones, tampoco pueden ser tomadas en consideración al no figurar nada de ello en los hechos probados y, como valoración de parte, esta Sala no debe regirse por las mismas, máxime cuando la sentencia recurrida rechaza esas alegaciones, por no venir corroboradas por las pruebas practicadas.

Por otro lado, y entrando a examinar lo resuelto por la Sala de instancia, es evidente que la demandada activó medidas con el objeto de limitar el derecho de huelga como fue la de sustituir a trabajadores huelguistas por otros trabajadores de nivel superior, para neutralizar el efecto propio y esencial del ejercicio de aquel derecho fundamental como es la paralización de la actividad, máxime en una como la que afecta a la entidad demandada, donde la falta de emisión de programas televisivos se presenta también como medio de difusión del seguimiento de aquel ejercicio y del cumplimiento de sus objetivos.

Y ello, sin que conste causa habilitante alguna que justificase que el programa, que no estaba dentro de los servicios mínimos, se emitiese a pesar de estar en huelga la trabajadora que habitual y normalmente lo presentaba, sin que la sustitución operada pudiera tener el efecto que entiende la recurrente, de potenciar más el efecto de la huelga ya que ello no se consigue sustituyendo con otros trabajadores ese puesto o todos los ocupados por trabajadoras. En el caso de la Sra. Purificacion , ese efecto está más claramente ausente cuando resulta que el Sr. Cipriano era el que le sustituía ocasionalmente, en situación ordinarias de pacífico desarrollo de la relación, de forma que en el día de huelga la ausencia de la Sra. Purificacion y, con ello, la no emisión del programa sí que daba visualización a la huelga y no la presencia del Sr. Cipriano .



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

El criterio seguido en la sentencia recurrida se ajusta a la doctrina de esta Sala que se cita en el propio recurso, como el de la sentencia de 18 de marzo de 2016, rec. 78/2015, que a su vez recoge la también invocada de 11 de febrero de 2015, rec. 95/2014, en el que se resolvió un supuesto en el que los trabajadores huelguistas fueron sustituidos por otros, de otros centros de trabajo y del mismo centro de trabajo, pero de distinta categoría profesional. En concreto, resultaba que la directora de la sucursal bancaria pasó a desempeñar funciones de trabajadores que había secundado la huelga y que no eran las que habitualmente y ordinariamente desempeñaba, como sucede en el presente caso, en que el editor no tenía como función habitual la de presentador de programas. Y así, se dice en esa sentencia que "la "sustitución interna" de huelguistas durante la medida de conflicto constituye un ejercicio abusivo del ius variandi empresarial, derecho que, con los límites legalmente previstos, corresponde al empresario en otras situaciones. Pero en un contexto de huelga legítima el referido ius variandi no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones; ya que, en tal caso, quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo".

SEXTO. - Lo anteriormente razonado, de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, lleva a la desestimación del recurso, con la confirmación de la sentencia recurrida, imponiendo las costas a la parte recurrente, así como la pérdida del depósito constituido para recurrir, debiendo darse a la consignación que se hubiere constituido el destino legal.

FALLO

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

1º.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por la letrada D^a Antía Celeiro Muñoz, en nombre y representación de la empresa Corporación de Radio Televisión de Galicia S.A.

2º.- Confirmar la sentencia dictada el 26 de abril de 2018, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el procedimiento núm. 10/2018, seguido sobre derechos fundamentales, a instancia de Central Unitaria de Trabajadores/as, frente a la empresa Corporación de Radio Televisión de Galicia S.A.

3º.- Imponer las costas a la parte recurrente, con pérdida del depósito, dándose a la consignación que se hubiere podido constituir el destino legal.

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

Así se acuerda y firma.