

El Pleno del Tribunal, compuesto por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente, doña Adela Asua Batarrita, doña Encarna Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narváez Rodríguez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de amparo núm. 1168-2014, promovido por la Confederación General del Trabajo, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Valentina López Valero y asistida por el Abogado don Raúl Maillo García, contra el Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2013 que inadmite el recurso de casación para unificación de doctrina contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de julio de 2012 desestimatoria a su vez del recurso de suplicación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Madrid de 30 de noviembre de 2011. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. La Procuradora de los Tribunales doña Valentina López Valero, en nombre y representación del Sindicato Federal Ferroviario de la Confederación General del Trabajo, bajo la dirección del Letrado don Raúl Maillo García, interpuso demanda de amparo contra las resoluciones que se mencionan en el encabezamiento mediante escrito registrado en este Tribunal el 26 de febrero de 2014, por entender vulnerado los arts. 14, 24 y 28 CE.

2. Los hechos en los que tiene su origen el presente recurso, relevantes para su resolución, son los siguientes:

a) El 15 de septiembre de 2010 el Sindicato Confederación General del Trabajo, comunicó a la Dirección General de trabajo de la Comunidad de Madrid el acuerdo de declaración de huelga en el Ente público Radio Televisión Madrid y sus Sociedades, tratándose ésta de una huelga general para todos los trabajadores y funcionarios del Estado y para las 24 horas del día 29 de septiembre.

b) Con motivo de tal convocatoria de huelga se efectuaron distintas propuestas por empresa y representación de los trabajadores sobre servicios mínimos, no produciéndose acuerdo alguno al respecto y no llegándose a fijar servicios mínimos en dicha Entidad.

c) El día convocado para la huelga Telemadrid no emitió ninguna programación a excepción del partido de la Champions League con una duración aproximada de una hora y cuarenta y cinco minutos, y ello debido a la ausencia de personal para emitir los programas al estar secundando la huelga. En concreto, en la unidad de continuidad todos los trabajadores secundaron la huelga y ello impedía emitir la publicidad y los programas grabados.

Un trabajador que prestaba servicios en Control Central y en turno de tarde, no secundó la huelga y acudió a trabajar; en el departamento de Grafismo el coordinador tampoco secundó la huelga, así como tampoco lo hizo el Jefe de Estudios.

d) El día de la huelga la señal que se estaba emitiendo era un cartón anunciando la existencia de la huelga, la cual salía de continuidad al Emisor A de Abertis. La señal se puede emitir desde el codificador A o desde el codificador de reserva B, siendo así que normalmente coincide la señal que se emite por uno o por otro codificador y es Retevisión, Abertis, quien una vez remitida la señal activa uno u otro codificador a fin de que se reparta la señal a los televidentes.

El día 29 de septiembre a la hora prevista, llegó la señal del partido de la Champions League desde el Estadio de la mano de la FORTA y sin locución. Ante tal señal se planteó la posibilidad de emitir el partido dado que había un trabajador en control central.

A la vista de ello una vez que llega la señal a la antena de Telemadrid, ese trabajador que prestaba servicios en control central y que tenía por funciones entre otras conmutar señales, envió la señal al locutorio conforme le indicaron y al encontrarse el mismo encendido del día anterior y tras abrir el mismo el vigilante de seguridad. En el locutorio, el locutor, que no estaba en huelga, llevó a cabo la locución, devolviéndose la señal automáticamente a control central desde donde se envió a grafismo en lugar de a continuidad como es habitual, en donde el coordinador utilizando una máquina de uso habitual en grafismo había insertado en la misma previamente la “mosca” con el símbolo de Telemadrid. La señal capta la “mosca” y vuelve a control central automáticamente. En lugar de enviarse, como en un día habitual, la señal desde el departamento de continuidad al codificador A, se utiliza el codificador B o línea de reserva que es normalmente control central quien la envía a tal codificador. De este modo el trabajador de control central conmuta la señal que vuelve automáticamente desde grafismo y la envía por la línea que va al codificador B, siendo así que por el codificador A la señal emite un cartón negro y por el codificador B se emite el partido. Es un trabajador de la empresa que no estaba en huelga y encargado de tal labor el que llamó a Abertis y les dijo que activaran el codificador B que normalmente se utiliza en casos excepcionales y debido a ello desde Telemadrid se emitió el partido de Champions.

e) El sindicato CGT interpuso demanda por vulneración de derechos fundamentales y tutela del derecho de libertad sindical y de huelga frente a la empresa Ente Público Radio Televisión Madrid y su sociedad Televisión Autonomía Madrid, SA. En su demanda alegaron vulneración del derecho fundamental de huelga directamente relacionado con el derecho de

libertad sindical, al entender que a la vista de los acontecimientos descritos se produjo un acto de sabotaje interno de la empresa y de esquirolaje. Afirma el sindicato demandante que se vulneró el derecho de huelga al sustituir a los trabajadores de continuidad que estaban en huelga así como a los de grafismo que también lo estaban, por otros trabajadores que les suplantaron en sus funciones dando lugar a un supuesto de esquirolaje.

La demanda fue desestimada por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Madrid de 30 de noviembre de 2011. Para el Juzgado esta actuación en modo alguno se considera vulneradora del derecho de huelga “por varias circunstancias, entre las cuales debe destacarse la escasa duración de la emisión del partido en relación al resto de la jornada en la que Telemadrid no emitió programación alguna, llegándose a calificar la huelga por el propio sindicato demandante como de exitosa en relación al éxito menor que se había dado en otros ámbitos del Estado y de actividad dentro del mismo, que revela que tal incidente como fue la emisión del partido no obstaculizó el ejercicio del derecho de huelga ni el éxito de la huelga en la empresa”. Por otro lado se advierte como los trabajadores que no realizaban la huelga ese día y que colaboraron en la emisión del partido, no llevaron a cabo funciones distintas de las que vienen desarrollando habitualmente, y así “el trabajador de control central conmutó señales dentro de sus funciones y en el departamento de grafismo se encontraba el coordinador que aun cuando dada su específica función de coordinador se encarga normalmente de controlar el trabajo en los departamentos que coordina entre otros el de grafismo, el mismo supervisa tal trabajo y sí tiene entre sus cometidos generar la “mosca” de Telemadrid que figura en la emisión”. En cuanto al locutorio fue abierto por el vigilante de seguridad y consta que estaba encendido pues se había quedado encendido el día anterior al no haberse apagado como consecuencia de la huelga. El locutor no hacía huelga por eso se llevó a cabo la locución. Y “en cuanto a la emisión final del partido fue posible a través del codificador B o línea de reserva que si bien no se suele utilizar salvo en casos excepcionales, es desde luego una posibilidad técnica con la que cuenta la empresa para poder desarrollar su actividad. Lo único que sucedió es que con los medios técnicos que la empresa tenía a su alcance y con los trabajadores no huelguistas que tienen derecho desde luego a trabajar y a no secundar la huelga, se llevó a cabo esta emisión en un espacio breve de tiempo en relación a la duración de programación diaria”.

f) Contra esta Sentencia interpuso el sindicato CGT recurso de suplicación. Alega el sindicato recurrente que se han utilizado por la empresa medios técnicos no habituales, aunque técnicamente posibles, como la utilización del control central en lugar del departamento de

continuidad, la introducción de otra señal teniendo frente a lo habitual dos emisiones distintas entre el canal habitual y el de reserva, y la utilización, requiriendo servicios externos, de una señal de emisión de codificador B, que es una línea de reserva, para poder emitir con la locución y la impresión del logo corporativo oportunos.

El recurso fue desestimado por Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de julio de 2012. Señala la Sala que el empresario ha de respetar el derecho de huelga pero no ha de colaborar o favorecer la misma. “No siendo el derecho de huelga un derecho de resultado, es legítimo, por tanto, que los empresarios traten de atenuar las consecuencias de la huelga mediante aquellos medios de los que dispongan, y siempre que ello se realice mediante conductas lícitas (.....) En tanto la actuación empresarial el día de la huelga se limitó a servirse de los medios de los que se disponía habitualmente, de conformidad con la jurisprudencia y doctrina constitucional expuesta más arriba, la misma no merece la calificación de actuación contraria al derecho fundamental a la huelga, sino la de conducta lícita y conforme a derecho”.

g) Frente a esta Sentencia interpuso el Sindicato recurrente recurso de casación para unificación de doctrina que fue inadmitido por falta de contradicción por Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2013.

3. El sindicato recurrente en amparo alega vulneración de los arts. 14, 24 y 28 CE.

Señala, en primer lugar que debe valorarse que nos encontramos con que el coordinador, es decir, el jefe de un departamento, asume realizar el trabajo de sus propios subordinados que se encuentran todos en huelga, lo que constituye una clara sustitución de trabajadores de forma interna y conforma un comportamiento abusivo e ilegal por la empresa. Igualmente se muestra, a su juicio, la vulneración del derecho de huelga en la medida en que los medios técnicos debieron ser sustituidos previamente a ser emitido el partido de fútbol de referencia y posteriormente al mismo. Así, nos encontramos con que se utiliza una línea de emisión distinta de la habitual (codificador B), se utiliza una señal diferente en cada uno de los codificadores de emisión, de tal forma que si la señal hubiera fallado por cualquier motivo, hubiera debido emerger en los televisores del público el denominado como cartón de continuidad (imagen fija con indicación de no emisión por motivo de la huelga) que se emitió previa y posteriormente al propio partido, se utiliza un departamento como control central porque acude un trabajador al mismo, para sustituir

al departamento habitual que realiza dicha función y que es continuidad, un coordinador participa directamente en las tareas que realizan sus subordinados, y todo ello tan solo se configura para la juzgadora de instancia como la utilización de los medios técnicos habituales.

Afirma que debe tenerse en cuenta que nos encontramos ante un equilibrio entre un derecho constitucional como el ejercicio del derecho de huelga y la mera continuidad de la actividad habitual de la empresa, debiendo primar el contenido del derecho constitucional e interpretarse los límites al mismo de forma restrictiva y no expansiva. Igualmente, debe valorarse, a su juicio, que si una huelga se convocase únicamente para aquellos departamentos que permitirían paralizar una actividad concreta en una mercantil, ésta sería declarada abusiva, con las consecuencias oportunas, precisamente por romper el equilibrio de esfuerzos entre la empresa y los trabajadores que realizan el ejercicio del derecho de huelga, lo que debe interpretarse de igual forma cuando por medio de unas determinadas actuaciones que alteran el normal funcionamiento y la habitualidad del proceso productivo, permiten el funcionamiento de la misma con absoluta normalidad vaciando el ejercicio del derecho de huelga.

Finalmente, en cuanto a la especial trascendencia constitucional del recurso, señala que se plantea un problema que trasciende del caso concreto que nos ocupa. Se trata de una cuestión de gran interés y repercusión para el conjunto de los trabajadores, y el conjunto de las organizaciones de trabajadores, así como de las organizaciones sindicales, pues se carecería, de mantenerse la doctrina judicial recurrida en amparo, de una verdadera reparación y restitución de los mismos.

4. Por providencia de 13 de abril de 2015, la Sala Primera acordó la admisión a trámite del recurso de amparo, apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC) porque el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este Tribunal [STC 155/2009, FJ 2 a)]. Por ello, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, se acuerda dirigir atenta comunicación al Tribunal Supremo a fin de que, en plazo que no exceda de diez días, remita certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso nº 169/2013. Igualmente se acordó dirigir comunicación al Tribunal Superior de Justicia y al Juzgado de lo Social núm. 4 de Madrid a fin de que, en plazo que no exceda de diez días, remitieran certificación o copia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso nº 3623 /2012 y Autos 1090/11, debiendo previamente emplazarse por el Juzgado de lo Social nº 4, para que

en el plazo de diez días puedan comparecer, si lo desean, en el recurso de amparo a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo.

5. Por escrito presentado el 12 de mayo de 2015 en el Registro General de este Tribunal, se personó en el recurso de amparo la Procuradora de los Tribunales doña Sharon Rodríguez de Castro Rincón, en nombre y representación de ENTE PÚBLICO RADIO TELEVISIÓN MADRID, TELEVISIÓN AUTONOMÍA MADRID SA y RADIO AUTONOMÍA MADRID SA, solicitando que se la tenga por comparecida en tiempo y forma en el proceso constitucional y que se entiendan con ella las sucesivas diligencias que tengan lugar en el recurso de amparo.

6. Por diligencia de ordenación del Secretario de Justicia de la Sala Primera de 19 de mayo de 2015 se tienen por recibidos los testimonios de las actuaciones remitidos por los órganos judiciales correspondientes y se tiene por personada y parte en nombre y representación de ENTE PÚBLICO RADIO TELEVISIÓN MADRID, TELEVISIÓN AUTONOMÍA MADRID SA y RADIO AUTONOMÍA MADRID SA, a la Procuradora doña Sharon Rodríguez de Castro Rincón, y a tenor de lo dispuesto en el art. 52 LOTC, se da vista de todas las actuaciones del presente recurso de amparo, en la Secretaría de la Sala Primera, por un plazo común de veinte días, al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, para que dentro de dicho término puedan presentar las alegaciones que a su derecho convenga.

7. El 18 de junio de 2015 presentó su escrito de alegaciones en el Registro de este Tribunal la Procuradora de ENTE PÚBLICO RADIO TELEVISIÓN MADRID, TELEVISIÓN AUTONOMÍA MADRID SA y RADIO AUTONOMÍA MADRID SA.

Con carácter previo alega falta de legitimación activa en el presente procedimiento del Sindicato Federal Ferroviario de la Confederación General del Trabajo. Las partes ante el Juzgado de lo Social, el Tribunal Superior de Justicia y el Tribunal Supremo ha sido la Confederación General de Trabajadores. Por tanto, el Sindicato Federal Ferroviario de la Confederación General de Trabajadores no ha sido parte en el presente procedimiento.

Señala que se ha omitido en la demanda de amparo por parte del sindicato recurrente que no todos los trabajadores de la empresa estaban en huelga. Afirma que las circunstancias de la huelga de Telemadrid son inéditas y no pueden compararse con lo resuelto por el Tribunal Constitucional en relación con una huelga en el diario ABC. Así, los trabajadores que no

realizaron ni secundaron la huelga ese día y que colaboraron en la emisión del partido, no realizaron funciones distintas de las que venían desarrollando habitualmente: el trabajador de control central conmutó las señales dentro de sus funciones y cometidos habituales, y en el departamento de grafismo se encontraba su coordinador, que tampoco secundó la huelga, y que si tiene entre sus cometidos generar la “mosca” de Telemadrid.

8. El día 19 de junio de 2015 presentó sus alegaciones el Ministerio Fiscal, interesando se dicte Sentencia concediendo el amparo pretendido.

Tras exponer los antecedentes del caso, señala el Fiscal que la vulneración del art. 24 CE supone una queja manifiestamente redundante respecto de la alegación del art. 28.2 CE, pues la cita del art. 24.1 CE se plantea como un supuesto error de aplicación de determinadas consecuencias jurídicas a un relato de hechos probados. En consecuencia, no resulta adecuado, en opinión del Fiscal, el individualizado examen de uno y otro motivo, debiendo por ello entenderse subsumido el derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito propio del derecho de huelga. Y lo mismo cabe señalar con respecto al derecho a la libertad sindical, ya que en la demanda no se contiene el menor desarrollo de carácter específico vinculado con tal derecho fundamental.

A continuación señala que el derecho de huelga aparece configurado como una presión legal al empresario que debe soportar las consecuencias naturales de su ejercicio por parte de los trabajadores que se abstienen de trabajar. A pesar de que la huelga produce, casi inevitablemente, un daño en el patrimonio empresarial, el ordenamiento no pone a disposición del empresario mecanismos dirigidos a prevenir o eliminar los efectos del paro laboral.

Afirma que, la cuestión que se plantea en el presente caso es la de si desde la perspectiva constitucional que procura el art. 28.2 CE, resulta posible ampliar la prohibición contemplada en el art. 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, a aquellos supuestos en los que no se trata ya de la sustitución externa o interna de los trabajadores, sino de la sustitución de la capacidad de trabajo o material actividad de los huelguistas, mediante el empleo de medios tecnológicos que, en razón de su automatismo, permiten prescindir en determinadas circunstancias de los habituales cometidos de los trabajadores en la empresa. Es lo que en la doctrina se viene denominando como esquirolaje tecnológico.

El denominado esquirolaje interno ha sido objeto de estudio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, jurisprudencia que resume.

A continuación se adentra ya en el examen del denominado esquirolaje tecnológico. El problema principal de este tipo de conductas empresariales es el que se plantea al manejar la hipótesis de una aplicación extensiva del art. 6.5 Real Decreto-ley 17/1977. Y es que junto a su expresa referencia literal al denominado esquirolaje externo, la jurisprudencia ha extendido sin ambages tal previsión a los casos en los que se produce la sustitución por personal propio de la empresa, planteándose ahora la posibilidad de una nueva ampliación del contenido de aquel precepto al hecho de la sustitución del personal por medios automatizados.

Para el adecuado enfoque de la cuestión, considera necesario partir de la STS de 20 de abril de 2015 en la que se recuerda que el esquirolaje tecnológico ha sido objeto de tratamiento en la STS de 5 de diciembre de 2012 proscribiéndose en ésta, por ser contraria al derecho de huelga, la utilización en un medio televisivo o de difusión sonora de determinados mecanismos por medio de los cuales la empresa emite publicidad o programación, pues entiende el Tribunal Supremo, que con ello se priva materialmente a los trabajadores de su derecho fundamental vaciándose su contenido esencial al recurrirse al uso de prerrogativas empresariales dirigidas a impedir la eficacia del derecho de huelga, concluyendo el Tribunal Supremo que la propia naturaleza del derecho a la libertad de empresa no incorpora a su contenido facultades de reacción frente al paro.

Por otra parte, y por lo que se refiere a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, entiende de obligada cita las SSTC 183/2006 y 191/2006, dictadas en el ámbito de sendos recursos de amparo formulados contra los arts. 3 a) y b) Real Decreto 531/2002, por el que se establecen las normas para fijar el funcionamiento de los servicios mínimos esenciales en el ámbito de la gestión indirecta de los servicios públicos esenciales de radiodifusión sonora y de televisión, bajo competencia del Estado.

En el caso analizado en la STC 183/2006 se apunta la posibilidad del límite al derecho de huelga por razón de su posible colisión con el derecho a comunicar y recibir información veraz por cualquier medio de difusión; pero aun así, se exige con respecto a éste último, que la programación previamente grabada revista un contenido o un interés primordialmente

informativo. Con mayor razón se desdeña como posible causa justificadora de la emisión de programas pregrabados, aquella que se base en la emisión de espacios televisivos de puro entretenimiento. En consecuencia, afirma el Fiscal, para el Tribunal Constitucional la emisión de una programación previamente grabada, dentro de los horarios habituales de difusión, y cuando no se limita a la mera transmisión de información puntual y relevante, no puede considerarse como un servicio esencial para la comunidad y por lo tanto incluirse como tal en la ordenación de los servicios mínimos.

Ciertamente, afirma, lo que se ventila en el presente caso no es la calificación o no como servicio esencial para la comunidad de la emisión de un programa deportivo cuya señal le venía remitida a Telemadrid desde la FORTA, sino si la actuación empresarial, consistente en este caso en el empleo de una serie de artificios técnicos para reenviar aquella señal a fin que pudiera ser captada por los receptores de televisión en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid, podría o no lesionar el derecho de huelga protegido por el art. 28.2 CE.

Para el Fiscal el denominado esquirolaje tecnológico constituye un tercer supuesto a añadir a los conocidos como esquirolaje externo y esquirolaje interno. La ley no prohíbe que el empresario continúe o trate de continuar su actividad con los trabajadores que no se hayan sumado a la huelga; ahora bien, ello no supone que en base a su capacidad de organización y control pueda emplear a otros trabajadores no vinculados a la empresa para cubrir los puestos abandonados, o bien, disponer con respecto a quienes no hayan secundado la huelga, que dentro de la misma empresa se dediquen a cometidos distintos de aquellos que habitualmente desempeñan. La interrupción de la actividad en la que huelga consiste no puede pretenderse inocua acudiendo para ello a determinadas actuaciones extraordinarias que minimicen o anulen los efectos de la medida de conflicto, puesto que ésta se emplea precisamente con la finalidad de afectar los intereses empresariales y como medio de presión para la consecución de objetivos laborales.

A su juicio, en el presente caso y en atención a la descripción del particular modo de emisión del programa televisado que se describe detalladamente en la relación de hechos probados de la sentencia de instancia, puede concluirse que la actuación de la empresa se dirigió a minimizar, cuando no, a excluir completamente los efectos de la huelga sirviéndose para ello de la decisiva actuación de un trabajador que operaba en un departamento (control central) que habitualmente no tiene por cometido el de cursar la señal televisiva, de otro que actúa como

coordinador de la sección de grafismo, y de la redirección de la señal a un descodificador alternativo, que solo se emplea en casos excepcionales si es que por el predeterminado no pudiera transmitirse la programación.

En opinión del Fiscal, se produjo la suplantación absoluta de las funciones encomendadas a los trabajadores mediante el empleo de medios inusuales que solo buscaban el fracaso de la huelga.

9. Por escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el 22 de junio de 2015 presentó el sindicato recurrente escrito de alegaciones en el que vuelve a reiterar los mismos argumentos expuestos en la demanda de amparo.

10. Por providencia de 29 de noviembre de 2016 el Pleno de este Tribunal acordó, conforme con el art. 10.1 n) LOTC y a propuesta de tres Magistrados, recabar para sí el conocimiento del presente recurso de amparo.

11. Por providencia de 31 de enero de 2017 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 2 de febrero de dicho año.

II. Fundamentos Jurídicos

1. Según se ha consignado en los antecedentes, la demanda de amparo se fundamenta en la infracción de los arts. 14, 24 y 28 CE, por entender el sindicato recurrente que durante el día de la huelga general del 29 de septiembre de 2010 se sustituyeron trabajadores de la empresa de forma interna y conforme a un comportamiento abusivo, y se utilizaron medios técnicos de uso no habitual en la empresa que permitieron la retransmisión del partido de Champions League.

Las infracciones de derechos fundamentales alegadas, imputables en primer término al Juzgado de lo Social, lo son asimismo a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

El Ministerio Fiscal interesa que se conceda el amparo pretendido, pues, a su juicio, la actuación de la empresa se dirigió a minimizar los efectos de la huelga sirviéndose para ello de la decisiva actuación de un trabajador que operaba en un departamento (control central) que habitualmente no tiene por cometido el de cursar la señal televisiva, de otro que actúa como coordinador de la sección de grafismo, y de la redirección de la señal a un descodificador alternativo, que solo se emplea en casos excepcionales si es que por el predeterminado no pudiera transmitirse la programación.

Por su parte, la empresa afirma que las circunstancias de esta huelga no tienen nada que ver con lo resuelto por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 33/2011, porque los trabajadores que no realizaron ni secundaron la huelga ese día y que colaboraron en la emisión del partido, no realizaron funciones distintas de las que venían desarrollando habitualmente.

2. Antes de adentrarnos en el análisis de las vulneraciones alegadas, debemos pronunciarnos sobre el óbice de carácter procesal puesto de manifiesto por la representación de Telemadrid.

Señala en su escrito de alegaciones que carece de legitimación para interponer el presente “procedimiento”, en referencia a este recurso de amparo, el sindicato que figura en el encabezamiento del escrito de demanda presentado en este Tribunal, a saber, el Sindicato Federal Ferroviario de la Confederación General del Trabajo, pues en la instancia ha sido parte únicamente el Sindicato Confederación General del Trabajo y no el Sindicato Federal Ferroviario adscrito a dicha Confederación.

A este respecto es cierto, como sostiene la representación de Telemadrid, que la demanda de amparo se encabeza del modo siguiente: “Doña Valentina López Valero, Procuradora de los Tribunales y del Sindicato Federal Ferroviario de la Confederación General del Trabajo (...) formulo recurso de amparo”. Ahora bien, del contenido de la demanda, en concreto de los antecedentes y de su suplico, como también del poder para pleitos presentado a este Tribunal, se deduce claramente que aquella mención del encabezamiento constituye un mero error material de redacción. En efecto, en ningún apartado de la demanda se menciona al Sindicato Federal Ferroviario de la Confederación General del Trabajo, solo a dicha Confederación: tanto en el antecedente tercero, al transcribir los fallos de la Sentencia del Juzgado de lo Social y de la Sala

de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictados en la vía procesal previa; como en el suplico de la demanda, que afirma: “suplico a la Excm. Sala del Tribunal Constitucional, que teniendo por presentado este escrito, con sus copias y documentos que se acompañan, se sirva tener por formulado, en la representación de la Confederación General del Trabajo (CGT), recurso de amparo contra (...)”. Finalmente, en el poder general para pleitos presentado, es el Secretario General de la Confederación General del Trabajo quien confiere poder a la Procuradora y al Abogado que plantean el presente recurso de amparo.

En consecuencia, el alegado óbice de falta legitimación activa debe ser rechazado, pues la demanda de amparo se formalizó por la entidad que había ostentado el carácter de parte en el proceso judicial previo, gozando por ello de la legitimación necesaria para promover el presente recurso (art. 46.1 b) LOTC).

3. Aunque ninguna de las partes comparecidas ha puesto en duda la especial trascendencia constitucional de este recurso, que es requisito para su admisión de conformidad con los arts. 49.1 y 50.1 b) de nuestra Ley Orgánica reguladora y, por consiguiente, de orden público procesal (entre otras, STC 113/2012, de 24 de mayo, FJ 2, y las allí citadas), exigencias de certeza y buena administración de justicia (STEDH de 20 de enero de 2015, caso *Arribas Antón c. España*, § 46) obligan a explicitar el cumplimiento del mismo a fin de hacer así reconocibles los criterios empleados al efecto por este Tribunal.

En el presente caso, este Tribunal decidió admitir el recurso de amparo apreciando que concurría en el mismo especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC) porque el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este Tribunal. En efecto, este Tribunal se ha pronunciado sobre la prohibición de que los trabajadores de la empresa realicen durante la huelga funciones distintas a las que normalmente desempeñan (SSTC 123/1992, de 28 de septiembre, y 33/2011, de 28 de marzo) pero no sobre la utilización durante la huelga de medios técnicos de uso no habitual en la empresa.

4. Para abordar el análisis de las quejas planteadas parece necesario precisar, en primer lugar, que, aun cuando en la demanda se alude a la vulneración del art. 28 CE, es claro que con ello el sindicato recurrente quiere referirse, en realidad, a una vulneración del derecho de

huelga del art. 28.2 CE, y no del derecho de libertad sindical, cuya eventual afectación no se argumenta en punto alguno de la demanda.

La mera cita como precepto también presuntamente vulnerado del art. 14 CE, sin desarrollo argumental alguno, no tiene otro alcance que el de reforzar el carácter discriminatorio que el sindicato recurrente pretende atribuir a lo que considera una sustitución interna de trabajadores durante la huelga, no planteándose en realidad cuestión alguna relacionada con un eventual tratamiento desigual o discriminatorio respecto de otra u otras personas o por alguno de los motivos prohibidos en el art. 14 CE o en la ley, razón por la cual prescindiremos de su análisis en la presente Sentencia. Y por lo que se refiere a la vulneración del art. 24 CE, como señala el Fiscal, constituye una queja manifiestamente redundante respecto de la alegación del art. 28.2 CE, pues la cita del art. 24.1 CE se plantea como un supuesto error de aplicación de determinadas consecuencias jurídicas a un relato de hechos probados, debiendo por ello entenderse subsumida esta vulneración en el ámbito propio del derecho de huelga.

En definitiva, la queja sustantiva del sindicato recurrente debe ser reconducida, así, a la de vulneración del derecho de huelga (art. 28.2 CE)

5. Delimitado en los términos anteriormente expuestos el objeto del presente proceso de amparo, la cuestión consiste en resolver si, como sostiene el sindicato recurrente, se vulneró el art. 28.2 CE por haber sido sustituidos los trabajadores huelguistas por trabajadores no huelguistas que realizaron funciones que no le son propias y por utilizar medios técnicos de uso no habitual en la empresa para retransmitir el partido de Champions el día de huelga.

El art. 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (RDLRT) 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”. 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.

Este Tribunal en sus SSTC 123/1992, de 28 de septiembre, y 33/2011, de 28 de marzo, ha ampliado la prohibición de esquirolaje a la realización, por trabajadores ya vinculados a la empresa antes de la huelga, de funciones distintas a las que normalmente desempeñan bien utilizando el empresario las facultades empresariales en materia de movilidad (STC 123/1992), o bien aceptando voluntariamente la realización de servicios distintos (STC 33/2011).

En efecto, en la STC 123/1992, en la que se abordó el problema de la lesión del derecho de huelga por la sustitución de los trabajadores en huelga por otros de nivel superior que no la habían secundado, este Tribunal afirmó, FJ 5, que “la preeminencia de este derecho produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial. Tal sucede con la potestad directiva del empresario, regulada en el art. 20 del Estatuto de los Trabajadores, de la cual son emanación las facultades que le permiten una movilidad del personal, ascensional e incluso peyorativa en su dimensión vertical y temporal como regla en la horizontal, en caso de necesidad y como medidas de carácter excepcional casi siempre. Ahora bien, el ejercicio de tal facultad cuando se utiliza como instrumento para privar de efectividad a la huelga, mediante la colocación de personal cualificado (en algún caso, con título universitario) en puestos de trabajo con una calificación mínima, deja inermes a los trabajadores manuales, cuya sustitución es fácil y puede privarles materialmente de un derecho fundamental, vaciando su contenido esencial. Aquí entra en juego el concepto de lo "social" que significa una acción tuitiva del más débil o desvalido cuando surge un conflicto en el cual la prepotencia del contrario le haría siempre ser el perdedor, para conseguir así la igualdad real y efectiva de individuos y grupos, a la cual encamina el art. 9º de la Constitución y, con ella, la justicia. En definitiva, la sustitución interna, en el supuesto que ahora y aquí nos ocupa, constituye el ejercicio abusivo de un derecho que en principio corresponde al empresario, el *ius variandi*, con una posibilidad de novación contractual, desde el momento en que su potestad de dirección se maneja con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico y en una situación conflictiva, no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo”.

Esta doctrina ha sido reiterada posteriormente en la STC 33/2011, de 28 de noviembre, FJ 4, en la que de nuevo se afirma 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. 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). 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 ha declarado este Tribunal, y como se repite en la jurisprudencia ordinaria en numerosas resoluciones, la prohibición de la sustitución interna de los trabajadores es consecuente con la necesidad de garantizar la efectividad del derecho fundamental en juego. Por ello, en tanto resulte probado que las funciones de los huelguistas han sido desarrolladas por quienes tenían asignadas otras diferentes en la misma empresa, debe concluirse que se ha lesionado el referido derecho”.

Por tanto, conforme a las Sentencias reproducidas, para apreciar la vulneración del derecho de huelga es necesaria la sustitución de los huelguistas sin causa habilitante para ello y que esa sustitución se realice recurriendo a un trabajador contratado “*ex novo*” o asignado de forma irregular a la tarea del huelguista.

6. Al objeto de determinar si la doctrina constitucional expuesta es o no aplicable al presente supuesto, es preciso recordar que la presunta vulneración del derecho de huelga se produce por la emisión de un partido de la Champions League el día de la huelga.

Según consta en las actuaciones, un día normal un partido de fútbol se retransmite de la siguiente manera. La señal del partido llega a la antena de Telemadrid sin locución. La señal llega desde el estadio a manos de la Federación de Organismos de Radio y Televisión Autonómicas (FORTA). Desde la antena va a control central, en control central un trabajador la envía a un locutorio, el cual debe estar encendido previamente por un técnico, y en el que hay un trabajador que efectúa la locución. La señal se devuelve automáticamente a control central, donde un trabajador la envía a continuidad, allí otro trabajador pone la mosca (el símbolo de Telemadrid), y envía dos señales: una de ellas va directamente al Codificador o Emisor A, con el que continuidad tiene línea directa e independiente, y, otra, va de nuevo a control central donde un trabajador la envía al Codificador o Emisor B. A partir de ese momento es la compañía Abertis, con quien tiene concertado el servicio de radiodifusión Telemadrid, quien tiene activado uno u otro emisor, y desde el emisor va al transmisor, que es Torrespaña, para que desde allí se reparta la señal a los televidentes.

Pues bien, el día de la huelga la emisión del partido se realizó de la siguiente manera. La única señal que se estaba emitiendo en Telemadrid era un denominado cartón de seguridad en el que se anunciaba la existencia de la huelga, y que se enviaba desde continuidad al Codificador o Emisor A de Abertis. La señal del partido llegó a la antena de Telemadrid sin locución. La señal llegó, como siempre, desde el estadio a manos de FORTA. Desde la antena de Telemadrid la señal fue a control central; en control central un trabajador, que no estaba en huelga, y que tenía entre sus funciones la de conmutar señales, la envió al locutorio, que se encontraba encendido porque el día anterior (28 de septiembre de 2010) se había retransmitido otro partido de Champions, y nadie lo apagó por la mañana porque había huelga. En el locutorio, el locutor, que tampoco estaba en huelga, efectuó la locución. La señal se devolvió automáticamente a control central donde el trabajador que no estaba en huelga la envió a grafismo, en vez de a continuidad que hubiera sido lo habitual. En grafismo, el coordinador, que no estaba en huelga, puso previamente al partido la mosca (símbolo de Telemadrid) en la señal. La señal volvió automáticamente a control central, que la envió directamente por la línea que va al Codificador o Emisor B. Un trabajador de la empresa que no estaba en huelga y encargado de tal labor llamó a Abertis y les dijo que

activaran el Codificador B. Cuando terminó el partido, volvió a llamar a Abertis y les dijo que conmutaran otra vez el Emisor A, volviendo por tanto el cartón de seguridad.

De este modo, la única diferencia con un día normal fue que la señal se envió desde control central a grafismo, en vez de a continuidad. Es en continuidad donde se pone la mosca de Telemadrid y el día de la huelga la mosca se puso en una máquina del departamento de grafismo. A partir de ahí, un día normal una señal va directamente desde continuidad al Codificador A – que es el que normalmente utiliza - y otra señal va a control central donde un trabajador la envía también al Codificador B o de reserva. Pues bien, el día de la huelga únicamente se envió la señal desde control central al Codificador B, porque en continuidad todos los trabajadores estaban en huelga y por eso la señal no se pudo enviar al Codificador A.

Conforme señala el Juzgado de lo Social, y reproduce el Tribunal Superior de Justicia de Madrid indicando expresamente su “valor de hecho probado”, así como también posteriormente pone de relieve el Tribunal Supremo, los trabajadores que no secundaron la huelga y que colaboraron en la emisión del partido, no llevaron a cabo funciones distintas de las que vienen desarrollando habitualmente. Así, el trabajador de control central conmutó señales dentro de sus funciones y en el departamento de grafismo se encontraba el coordinador, que aun cuando dada su específica función de coordinador normalmente se encarga de controlar el trabajo en los departamentos que coordina, entre otros el de grafismo, el mismo supervisa tal trabajo y sí tiene entre sus cometidos generar la “mosca” de Telemadrid que figura en la emisión. Este trabajador lo que hizo, según consta en las resoluciones recurridas, fue generar la mosca y en lugar de remitirla al departamento de continuidad que suele ser el que añade la mosca a la emisión a través de un programa automático, la insertó en una máquina sita en el departamento de grafismo, y luego devolvió automáticamente la señal a control central. Por lo que se refiere al locutor, éste no hacía huelga.

Estos son los presupuestos fácticos que constan en las resoluciones recurridas de los que debemos partir, “toda vez que, como ha sido reiterado en numerosas ocasiones (por todas, STC 120/2006, de 24 de abril, FJ 4), este Tribunal no puede entrar a conocer sobre los hechos que dieron lugar al proceso en que se alega se ha producido la vulneración, tal como se establece en el art. 44.1 b) LOTC” (STC 18/2007, de 12 de febrero, FJ 3).

En atención a lo expuesto, constatado que las resoluciones impugnadas asumen, con valor de hecho probado, que los trabajadores que no realizaban la huelga ese día y que colaboraron en la emisión del partido, no llevaron a cabo funciones distintas de las que vienen desarrollando habitualmente, la alegada vulneración del derecho de huelga por este motivo debe ser rechazada.

7. Ahora bien, el sindicato recurrente no solo considera vulnerado el derecho de huelga porque, a su juicio, los trabajadores no huelguistas realizaron funciones distintas a las que les correspondían, sino también porque Telemadrid ha utilizado medios técnicos no habituales, aunque técnicamente posibles, para emitir el partido de fútbol. En efecto, los trabajadores no realizaron funciones que no les correspondían, pero sí siguieron un procedimiento distinto al habitual. La emisión del partido fue posible a través del Codificador B, que se utiliza en casos excepcionales y que constituye una línea de reserva, en lugar de por el Codificador A que es el habitual y, por otro lado, la mosca, símbolo de Telemadrid, fue insertada en una máquina sita en el departamento de grafismo en lugar de en continuidad.

Según consta en las actuaciones y acabamos de exponer, es continuidad quien tiene línea directa e independiente con el Codificador A, y como en continuidad todos los trabajadores secundaron la huelga la emisión no podía realizarse por dicho Codificador, ni el símbolo de Telemadrid podía ser añadido en ese departamento. La emisión se realizó por el Codificador B, o línea de reserva, al que siempre se envía también la señal desde control central. Se utilizó, así, un medio técnico con el que contaba la empresa, pero que solo se utiliza en casos excepcionales. Y lo mismo sucedió con la máquina del departamento de grafismo donde el coordinador, que tenía entre sus funciones generar la mosca, símbolo de Telemadrid, insertó dicho símbolo. Normalmente, como hemos señalado, el símbolo de Telemadrid se introduce en continuidad, pero el día de la huelga se introdujo en grafismo.

Se han utilizado, por tanto, medios técnicos con los que contaba la empresa, pero que no son de uso habitual, y se ha seguido un procedimiento diferente al normalmente previsto para poder retransmitir el partido de fútbol el día de la huelga.

Como señaló la STC 11/1981, de 8 de abril, el derecho de huelga es un derecho individual de los trabajadores huelguistas. “Es derecho de los trabajadores colocar el contrato de trabajo en una fase de suspensión y de ese modo limitar la libertad del empresario, a quien

se le veda contratar otros trabajadores y llevar a cabo arbitrariamente el cierre de la empresa”. Ningún derecho constitucional, sin embargo, es un derecho ilimitado. “Como todos, el de huelga ha de tener los suyos, que derivan, (...) no sólo de su posible conexión con otros derechos constitucionales, sino también con otros bienes constitucionalmente protegidos” (STC 11/1981, FJ 9).

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 afectados legalmente. En tal contexto, también resulta esencial la consecución de una cierta eficacia” (STC 123/1992, de 28 de septiembre). Así, señala la STC 41/1984, FJ 2, que “si bien es cierto que la finalidad de la huelga es la que dicen los demandantes y que la búsqueda de su eficacia de cara a tal finalidad constituye elemento imprescindible del ejercicio del derecho de huelga, no sólo por obvias razones de hecho, sino también como consecuencia del principio que reclama la efectividad de los derechos, también lo es que ello no constituye un valor absoluto al que deba sacrificarse cualquier otro o un principio que legitime cualquier modalidad de huelga o cualquier comportamiento durante su transcurso”.

El reconocimiento del derecho de huelga implica el establecimiento de una serie de garantías para evitar que el ejercicio de ese derecho sea restringido por determinadas acciones del propio empresario. De este modo, el RDLRT incluye importantes limitaciones de la conducta del empresario durante la huelga, entre las que se encuentra, como ya hemos señalado, la prohibición de sustitución de trabajadores huelguistas (art. 6.5 RDLRT). La duda que se nos plantea en el presente supuesto es si la utilización de medios técnicos de los que dispone la empresa, pero que no utiliza con carácter habitual, constituye una vulneración del derecho de huelga y puede asimilarse a los supuestos de esquirolaje o sustitución de los trabajadores huelguistas. En este sentido, resulta interesante resaltar que no existe en los ordenamientos de nuestro entorno ninguna previsión que ampare una lectura del derecho de huelga que abarque lo que aquí se pretende.

En el presente recurso de amparo, la empresa utilizó medios técnicos de los que disponía, de uso no habitual, para retransmitir el partido de Champions el día de la huelga, y para ello se sirvió de trabajadores no huelguistas que siguieron realizando las funciones propias de su categoría. No nos encontramos, por tanto, ante un supuesto en el que la empresa haya contratado a otros trabajadores para realizar las funciones de los huelguistas, ni en el que el empresario haya modificado las funciones que vienen realizando los no huelguistas.

Nuestras SSTC 123/1992 y 33 /2011, atendiendo al objetivo inspirador del art. 6.5 RDLRT, han considerado que constituye un ejercicio abusivo del *ius variandi* del empresario la sustitución interna de los trabajadores no huelguistas durante la huelga. Sin embargo, en el presente supuesto no estamos ante el ejercicio del *ius variandi* que corresponde al empresario, pues, los no huelguistas no han desarrollado funciones distintas a las que tienen asignadas, sino ante el ejercicio del poder de organización de los medios de producción con los que se cuenta en la empresa.

Durante la huelga el empresario no puede sustituir a los huelguistas por otros trabajadores (art. 6.5 RDLRT) y tiene limitado el poder de cierre patronal (art. 12 RDLRT), pues “es contrario a la Constitución todo tipo de cierre que vacíe de contenido o impida el derecho de huelga” (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 22).

La decisión de cierre “afecta no solo al personal conflictivo, sino también al personal pacífico, cuyos derechos y cuya libertad resultan gravemente lesionados” (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 22). De este modo, el mantenimiento de la actividad productiva durante la huelga, si de una parte es consustancial al ejercicio del derecho de huelga de los huelguistas, de otra es instrumental al del derecho al trabajo de los no huelguistas. En este sentido, hemos señalado también que no obstante la huelga, “deben adoptarse ... medidas de mantenimiento y preservación de los locales, de la maquinaria, de las instalaciones o materias primas, con el fin de que el trabajo pueda reanudarse sin dificultad tan pronto como se ponga fin a la huelga” (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 20).

Por otro lado, ha de tener en cuenta que el derecho de huelga exige “proporcionalidad y unos sacrificios mutuos” (SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 10; 41/1984, de 21 de marzo, FJ 2), de manera que si existe una desproporción entre los daños producidos al empresario y los asumidos por los huelguistas, la huelga será calificada de abusiva. Los daños producidos por la huelga “no pueden ir más allá de lo que es razonablemente requerido por la propia actividad conflictiva y por las exigencias inherentes a la presión que la huelga necesariamente implica” (STC 72/1982, de 2 de diciembre, FJ 4). Y ello, porque, ciertamente “la huelga es un derecho de hacer sobre el empresario, colocándose los trabajadores fuera del contrato de trabajo, pero no es, ni debe ser en momento alguno, una vía para producir daños o deterioros en los bienes de capital” (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 20).

No hay duda de que la libertad del empresario, por lo que respecta a sus facultades de organización y dirección de los trabajadores, queda restringida por el ejercicio del derecho de huelga, mas no hay precepto alguno que, durante este ejercicio, prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa para mantener su actividad. Una actividad que, como se ha dicho, es inherente a la lesividad del ejercicio de la huelga e instrumental al ejercicio del derecho al trabajo de aquellos trabajadores que han decidido no sumarse a la misma.

De otra parte, exigir al empresario que no utilice medios técnicos con los que cuenta en la empresa supone imponer al empresario una conducta de colaboración en la huelga no prevista legalmente. La utilización de medios ya existentes en la empresa es compatible con el derecho de huelga y no puede extenderse, por vía analógica, a este supuesto la prohibición prevista en el art. 6.5 RDLRT, que se refiere al empleo de los recursos humanos en la empresa, pero no a la utilización de sus recursos materiales y tecnológicos.

El respeto al contenido esencial del derecho de huelga comporta limitaciones importantes de la conducta del empresario durante la huelga, entre las que se encuentra, como hemos señalado reiteradamente, la prohibición de sustitución de los trabajadores huelguistas (art. 6.5 RDLRT). Pero ni la Constitución ni la jurisprudencia constitucional obligan a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la reivindicación, pues debe respetarse la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quisieran sumarse a la huelga (SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 15; 37/1998, de 17 de febrero, FJ 3; 33/2011, de 28 de marzo, FJ 7; 69/2016, de 14 de abril, FJ 4), ni obligan al empresario a reducir la actividad empresarial más allá de lo que sea

una consecuencia lógica del seguimiento de la huelga por los trabajadores afectados (SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 10; 72/1982, de 2 de diciembre, FJ 4; 189/1993, de 14 de junio, FJ 8). La efectividad del ejercicio del derecho de huelga no demanda del empresario una conducta dirigida a no utilizar los medios técnicos con los que cuenta en la empresa o a abstenerse de realizar una actividad productiva que pueda comprometer el logro de los objetivos de la huelga, al igual que no obliga a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la protesta, y ello porque lo que garantiza la Constitución es el derecho a realizar la huelga, no el resultado o el éxito de la misma.

El empresario tiene que soportar inevitablemente un daño como consecuencia de la huelga derivado de la interrupción de la actividad en que la misma consiste, pero sería desproporcionado exigir al empresario, en supuestos como el presente, que colabore por inacción u omisión al éxito de la huelga. El derecho de huelga aparece configurado como una presión legal al empresario que debe soportar las consecuencias naturales de su ejercicio por parte de los trabajadores que se abstienen de trabajar, pero no se impone el deber o la obligación de colaboración con los huelguistas en el logro de sus propósitos.

Asimismo, la utilización por parte de los trabajadores no huelguistas de los medios técnicos de los que dispone la empresa del modo en que lo han hecho en el supuesto enjuiciado, sin realizar funciones de una categoría distinta, ha permitido hacer efectiva la libertad de trabajo que les reconoce el art. 6.4 RDLRT y la jurisprudencia constitucional (STC 37/1998, de 17 de febrero, FJ 3).

En consecuencia, en el presente supuesto no ha existido lesión del derecho de huelga. El empresario, en el ejercicio de su poder de organización, ha hecho un ejercicio regular de sus funciones. La emisión del partido fue posible porque en la empresa existían medios técnicos que permitían hacerlo y porque varios trabajadores no secundaron la huelga. Los medios técnicos ya existían – no fueron adquiridos expresamente para hacer frente a los efectos de la huelga – y los trabajadores que no secundaron la huelga no realizaron funciones distintas a las que les corresponden.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar el amparo solicitado.

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

En Madrid, a dos de febrero de dos mil diecisiete.

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré a la Sentencia dictada en el recurso de amparo avocado a Pleno núm. 1168-2014, al que se adhieren la Magistrada doña Adela Asua Batarrita y el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos

1. Como tuve oportunidad de manifestar a lo largo de las deliberaciones del presente proceso constitucional, disiento de la decisión mayoritariamente adoptada. Dentro del máximo respeto hacia el parecer de mis compañeros del Pleno y al amparo de lo prevenido en el art. 90.2 de la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTIC), entiendo que la presente sentencia debió de estimar el amparo solicitado por la vulneración, por el Ente Público Radio Televisión Madrid y sus Sociedades (Telemadrid, en adelante), del derecho de huelga consagrado en el art. 28.2 de la Constitución española (CE).

2. En contra de lo que pudiera deducirse en una primera y superficial lectura de la estructura formal del escrito de demanda, que dedica un único apartado al tratamiento del fondo del asunto, la fundamentación de la lesión denunciada se desdobra en dos motivos que, aun cuando se encuentran entrelazados en su origen y desarrollo, mantienen una sustantividad propia. Ambos traen, en efecto, una causa común, concretada en la decisión empresarial de transmitir, el día que había sido convocada por diversas organizaciones sindicales una huelga general (y en Telemadrid por el sindicato recurrente), un partido de fútbol de la Champions League programado para esa misma fecha. Pero la forma de concreción de cada uno de estos motivos y, por consiguiente, su respectiva afectación al constitucional derecho de huelga difiere. La violación de este derecho se habría producido por cuanto la citada transmisión de ese evento deportivo se llevó a cabo, de un lado, mediante una sustitución ilícita de las tareas de trabajadores huelguistas por trabajadores que no secundaron la huelga y, de otro, a través de la utilización de medios técnicos no habituales. La vulneración denunciada habría venido motivada, en suma, por dos manifestaciones de esquirolaje: el interno y el tecnológico.

Como resulta metodológicamente obligado por todas aquellas resoluciones dictadas en procesos constitucionales que van descartando el carácter lesivo de los diferentes motivos que se hubieren enunciado, también la presente sentencia examina de manera secuencial la incidencia constitucional de las mencionadas expresiones de sustitución por personas y por medios técnicos. Centrando por el momento la atención en la primera de ellas, en la consistente en la prestación por trabajadores no huelguistas de funciones no correspondientes

a su categoría, el tratamiento que de la misma se efectúa responde a una sistemática formalmente sencilla. Por lo pronto, el FJ 5 trae a colación la jurisprudencia constitucional aplicable al caso objeto del recurso de amparo, mediante el expeditivo método de transcribir en su más estricta literalidad las dos resoluciones de este Tribunal más relevantes; a saber, las SSTC 123/1992, de 28 de septiembre, y 33/2011, de 28 de marzo. Consumada esta labor, nada compleja por cierto y que se concluye en los términos a los que aludiré en breve, el FJ 6, tras dejar constancia del modo como, “según las actuaciones”, se retransmite un partido de fútbol “un día normal”, entra en el análisis de las concretas circunstancias en las que tuvo lugar dicha retransmisión, tal y como las mismas quedaron probadas, en su decir, por los diferentes órganos de la jurisdicción ordinaria que intervinieron en la vía judicial previa.

Una vez identificados los elementos fácticos del caso a examen, la sentencia alcanza una doble y combinada conclusión: i) el juicio de constitucionalidad ha de partir de los presupuestos fácticos que constan en las resoluciones recurridas, señalando a renglón seguido que, como ha sido reiterado en diferentes ocasiones, “este Tribunal no puede entrar a conocer sobre los hechos que dieron lugar al proceso en que se alega se ha producido la vulneración” y ii) en consecuencia y en la medida en que, como han constatado esas resoluciones, los trabajadores no huelguistas, que “colaboraron en la emisión del partido, no llevaron a cabo funciones distintas de las que vienen desarrollando habitualmente, la alegada vulneración del derecho de huelga por este motivo debe ser rechazada”. Esta doble conclusión también podría enunciarse con la ayuda de un silogismo, en el que la premisa mayor sería la obligada aceptación por este Tribunal de los hechos establecidos en la vía judicial previa, la premisa menor la inalterabilidad, por tratarse de elementos fácticos constatados y dotados del valor de “hechos probados”, de la consideración de la prestación por los trabajadores que no se sumaron a la huelga de cometidos atinentes a su categoría, deduciéndose, de la acción combinada de ambas premisas, la desestimación del amparo por no haber incurrido la decisión empresarial en una conducta lesiva del derecho de huelga.

En las observaciones que siguen procederé: i) a rebatir, con fundamento en la jurisprudencia constitucional, la premisa mayor; ii) a reformular con la debida precisión la doctrina de este Tribunal aplicable a la configuración como comportamientos constitucionalmente ilícitos y, por ende, vulneradores del art. 28.2 CE de los supuestos de sustitución interna y iii) a rectificar, a la luz de los hechos constatados por las resoluciones recurridas, la calificación jurídica de la intervención de los trabajadores no huelguistas que participaron en la retransmisión del evento deportivo. Una vez concluida esta serie de

razonamientos, se estará ya en condiciones de demostrar cuál debió de ser la respuesta adecuada de este Tribunal al enjuiciar este primer motivo del presente recurso de amparo.

3. La cuestión relativa a si se vulneró el art. 28.2 CE por haber sido sustituidos los trabajadores huelguistas por trabajadores no huelguistas que realizaron funciones que no les son propias presenta en la sentencia mayoritariamente adoptada un marcado carácter fáctico.

Como ya se ha hecho constar y ahora se reitera, el FJ 5 inicia el examen sobre la constitucionalidad de la decisión empresarial sobre la que se vierte el reproche de violación del art. 28.2 CE mediante la reproducción de las SSTC 123/1992 y 33/2011, que estatuyen la doctrina de insoslayable vigencia en la materia controvertida. En este sentido y aun cuando se haga de forma un tanto apodíctica, la Sentencia de mi disentimiento culmina ese examen con una conclusión que comparto en su totalidad: “para apreciar la vulneración del derecho de huelga es necesaria la sustitución de los huelguistas sin causa habilitante para ello y que esa sustitución se realice recurriendo a un trabajador contratado “ex novo” o asignado de forma irregular a la tarea del huelguista” (último párrafo, FJ 5).

Tal cuestión se despacha, como no puede ser de otro modo, *ad casum*. Pero la práctica totalidad de los criterios que se van manejando a fin de fundamentar la conclusión alcanzada resultan notoriamente incompletos, terminando por convertir la solución constitucional, en esencia, es un debate fáctico y sobre lo fáctico. No me detendré por el momento en detectar las omisiones en que incurre la transcripción de las SSTC 123/1999 y 33/2011; y también dejaré para un ulterior apartado el poner de relieve las marginaciones fácticas en la identificación de los hechos probados por las resoluciones judiciales recurridas en el presente recurso de amparo. Lo que ahora me interesa destacar es cómo, a partir de la constatación de esos presupuestos de hecho, la sentencia termina renunciando a someter al imprescindible juicio de constitucionalidad el comportamiento empresarial denunciado como lesivo de un derecho fundamental sustantivo que, como el derecho de huelga, se insertó y formó parte de ese pacto de mediados del siglo XX y aun vigente, entre Estado y Sociedad, y cuyo legado acaso más relevante fue la construcción de la noción de Estado social y democrático de Derecho que, en su mismo pórtico, hace suya nuestra Constitución (art. 1.1). Una abdicación como la que se viene de enunciar es la que acomete y en la que incurre la ya aludida conclusión que cierra el silogismo susceptible de ser elaborado a partir de la incidencia secuencial de las premisas en las que dicho silogismo se apoya; en particular, de la premisa mayor.

Desde luego, si la función de este Tribunal hubiera de limitarse a confirmar las resoluciones dictadas por los órganos judiciales, el proceso constitucional de amparo carecería del menor alcance.

Sería ésta una conclusión lógica antes que jurídica, pero de cualquier modo relevante, decisiva y preocupante, habida cuenta que el Tribunal Constitucional tiene encomendada la tutela de los derechos fundamentales [art. 53.2 y 161.1 b) CE], tarea ésta que no puede en modo alguno declinar con base en cualquier expediente técnico que se le ocurra, más o menos decoroso. Es este imperativo constitucional, destinado a garantizar una protección efectiva de la integridad de los derechos fundamentales, incluidos los de carácter laboral, la fundamental idea que margina y da de lado la sentencia de la que ahora estoy manifestando mi completa discrepancia, marginación ésta que se concreta y materializa con el argumento empleado para obtener una pretendida justificación de la atribución de valor y verdad inconcusa e irrevisable que se hace a lo que se califican como hechos probados en el proceso. En efecto, la Sentencia declara a tal propósito, conforme ya se ha anticipado, que, como aquellos hechos "son los presupuestos fácticos que constan en las resoluciones recurridas", de ellos debemos partir, "toda vez que, como ha sido reiterado en numerosas ocasiones (por todas, STC 120/2006, de 24 de abril, FJ 4), este Tribunal no puede entrar a conocer sobre los hechos que dieron lugar al proceso en que se alega se ha producido la vulneración, tal como se establece en el art. 44.1 b) LOTC" (STC 18/2007, de 12 de febrero, FJ 3)".

La premisa doctrinal que se acaba de transcribir es parcial e incompleta y, en consecuencia, resulta incorrecta, formulada en esos términos; o, por expresar la misma idea desde una perspectiva más próxima a la cuestión controvertida, el presupuesto del que se parte en la solución del caso a examen por la sentencia no es en modo alguno aceptable. Desde luego y como ha señalado hasta la extenuación la jurisprudencia constitucional, el control constitucional se efectúa, conforme a la sujeción prescrita en el art. 44.1 b) LOTC, sin alterar los hechos probados; pero ello señalado, conviene también recordar – y su olvido por la Sentencia adoptada en el Pleno me causa una notable desazón jurídico-constitucional – que esa sujeción no obsta para "alcanzar una interpretación propia del relato fáctico conforme a los derechos y valores constitucionales en presencia", ni veda, entonces, una valoración discrepante, sin que "suponga una revisión de la valoración de la prueba hecha por el juzgador, función privativa suya, sino una interpretación nuestra de ese relato a la luz de los valores constitucionales". No es una declaración precisamente aislada; muy antes al contrario, tal es la doctrina sentada, entre otras muchas, en las SSTC 224/1999, de 13 de diciembre, FJ 4; 136/2001, de 18 de junio, FJ 4; 17/2003, de 30 de enero, FJ 2, 171/2003, de 29 de septiembre, FJ 2; 188/2004, de 2 de noviembre, FJ 3; 41/2006, de 13 de febrero, FFJJ 4 y 6; 68/2008, de 23 de junio, FJ 2, o, en fin y para no alargar la cita, 183/2015, de 10 de septiembre, FJ 4.

Por enunciar la idea recogida en esos pronunciamientos desde el prisma de la tutela real y efectiva de los derechos fundamentales, apropiándome del razonamiento de la mencionada STC

17/2003, de 30 de enero, la imposibilidad legal y material de alterar los hechos “no puede conducir a que el Tribunal Constitucional abdique de su función de protección del derecho fundamental” (FJ citado). De esta suerte y aun partiendo de los hechos declarados probados, se puede y debe proceder a una valoración de los mismos en la dimensión constitucional implicada, sea coincidente o no con la alcanzada por los órganos judiciales. En otras palabras, el juicio de constitucionalidad que compete al Tribunal consiente interpretar unos hechos como plenamente acreditativos de la lesión, si así fuera deducible, al margen de lo que se haya declarado en el proceso judicial en la proyección de esos mismos elementos fácticos sobre el derecho fundamental presuntamente violado.

Ese margen de interpretación propia, cuando en juego estén presupuestos fácticos decisivos para enjuiciar la cobertura de un derecho fundamental, no es sino el resultado de la interpretación sistemática del art. 44.1 b) LOTC con la función jurisdiccional de tutela que a este Tribunal corresponde [arts. 53.2 y 161.1 b) CE], interpretación ésta que cumple la muy relevante finalidad de facilitar el control constitucional en aquellos procesos en los que lo fáctico, aun en los términos del relato histórico contenido en las resoluciones judiciales, plantea dudas en su proyección sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales comprometidos. No hacer esa tarea, renunciar a interpretar los hechos como proceda *ex constitutione* y soslayar el cometido de alcanzar, en su caso, una interpretación propia de aquello que, también en lo fáctico, sea relevante para el juicio de constitucionalidad *ad casum*, es abdicar del control de constitucionalidad que nos compete. Y en ello se refugia, lamentablemente, la Sentencia aprobada.

En efecto, la jurisprudencia previa que se cita en este pronunciamiento del Pleno sobre la sustitución interna de trabajadores (SSTC 123/1992 y 33/2011), puesta en conexión con los hechos declarados probados en el actual asunto, sin alterar dichos hechos, determina una conclusión contraria sobre la afectación al derecho fundamental. Así, la afirmación judicial de que “los trabajadores que no realizaban la huelga ese día y que colaboraron en la emisión del partido, no llevaron a cabo funciones distintas de las que vienen desarrollando habitualmente” es una proposición de aparente naturaleza fáctica pero, con seguridad, incompatible con la doctrina de aquellas sentencias al proyectar en el juicio del art. 28.2 CE los propios hechos probados.

4. Una vez reconstruido el alcance de la premisa mayor que fundamenta la desestimación por la Sentencia de la que disiento del primero de los motivos alegados por la parte recurrente en su demanda de amparo, las observaciones que siguen van ya destinadas a fundamentar la anterior aseveración; esto es, la ilicitud de la conducta empresarial de la transmisión de un evento deportivo

en un día coincidente con la convocatoria de una huelga mediante el concreto apoyo de unos trabajadores que no se sumaron a la huelga.

Ya se ha tenido la oportunidad de dejar constancia de que la Sentencia, en lugar de sintetizar, enjuiciar o comentar la jurisprudencia constitucional en materia de sustitución interna, reproduce en el FJ 5 los dos pronunciamientos que, sin sombra de duda, formulan con elogiada precisión técnica y rigor constitucional la doctrina de este Tribunal en la materia; esto es y por decirlo una vez más, las SSTCC 123/1992 y 33/2011.

Una somera comparación entre los textos que la presente resolución reproduce y lo que aquellas afirman evidencia algunas elusiones que, en el caso a examen, resultan decisivas en el juicio de constitucionalidad. Y como de inmediato se pondrá de manifiesto, el contenido de la doctrina eludida es el mismo. Por lo pronto, el párrafo cuarto del FJ 5 transcribe parte del FJ 5 de la STC 123/1992; en concreto y sin establecer diferenciación formal alguna, los párrafos segundo y tercero. Pero mientras aquél se copia en su integridad (“La preeminencia de este derecho [...] a la cual encamina el art. 9º de la Constitución y con ella, la justicia”), la reproducción de este otro se limita al primer inciso (“En definitiva, la sustitución interna [...] la presión producida por el paro en el trabajo”). En otras palabras, los dos últimos incisos del párrafo tercero del FJ 5 de la tan citada resolución de este Tribunal ya no se traen a enjuiciamiento.

Sin entrar a discutir si esta omisión fue debida a razones de economía de espacio o fue deliberada, me parece de todo punto pertinente concluir la larga cita efectuada por la Sentencia de mi disenso con la transcripción de uno de los incisos no reproducidos. Dice así el inciso final del FJ 5, que por cierto cierra la fundamentación jurídica de la propia STC 123/1992:

“En consecuencia, desde la perspectiva de los principios constitucionales más arriba analizados, en su proyección sobre la situación concreta que es objeto de este proceso, *no puede calificarse como lícita la sustitución de los trabajadores en huelga por otros de superior nivel profesional que no la habían secundado*, sin que pueda ser incluida esta conducta entre las medidas empresariales que legitima el art. 37 de la Constitución”.

Entrando ahora en el examen de las omisiones apreciables en relación con la STC 33/2011, la Sentencia de la que discrepo procede a transcribir, sin solución de continuidad y de manera igualmente indiferenciada, los párrafos quinto, sexto y séptimo de su FJ 4º. De todos ellos, el único que se copia en su integridad es el sexto (“Por ello, ni el empresario [...] el principal límite al ius variandi empresarial en situaciones de huelga”), habiéndose dejado fuera el último inciso del séptimo así como, y es ello lo que vuelve a tener relevancia doctrinal, las tres primeras líneas, las de entrada, del párrafo quinto.

La Sentencia de la que me aparto comienza razonando de esta suerte:

“Esta doctrina (se está refiriendo a la formulada en la STC 123/1992) ha sido reiterada en la STC 33/2011, de 28 de noviembre, FJ 4, en la que de nuevo se afirma que “la sustitución interna de huelguistas durante la medida de conflicto constituye un ejercicio abusivo...”.

De su lado, el citado párrafo cuarto del FJ 4 de la STC 33/2011 reza del tenor siguiente:

“Diremos, en consecuencia, en la línea que acogimos en aquél pronunciamiento constitucional (alude a la STC 123/1992, mencionada en el párrafo anterior) (*en un supuesto en el que también denunciaba la sustitución de los trabajadores en huelga por otros de superior nivel profesional que no la habían secundado*), que la sustitución interna de huelguistas durante la medida de conflicto constituye un ejercicio abusivo (...).”

Conforme puede deducirse sin el menor esfuerzo intelectual, la doctrina establecida por las resoluciones calificadas como de referencia, desde la vertiente constitucional, en materia de lesión del derecho de huelga en supuestos de sustitución interna de trabajadores huelguistas por quienes no se sumaron a la huelga y que la presente Sentencia olvida reproducir, formulan una y la misma idea, de sencillo enunciado. En efecto, lo que ambos pronunciamientos sostienen es la ilicitud de aquella medida empresarial que, para paliar o minimizar los efectos del ejercicio del constitucional derecho de huelga, encomienda la realización de funciones propias de trabajadores en huelga a trabajadores no huelguistas de un nivel profesional superior al de aquellos.

La anterior doctrina viene a complementar la conclusión que la Sentencia extrae de manera mecánica tras la transcripción, ahora ya completa en lugar de parcial, de los pronunciamientos reproducidos. Para apreciar la lesión del derecho de huelga es necesaria la sustitución de los huelguistas “sin causa habilitante para ello” así como, y tratándose de “sustituciones internas”, que el trabajador no sea “asignado de forma irregular a la tarea del huelguista”, debiendo entenderse – y es ese el obligado complemento que la Sentencia debió incluir en su razonamiento – que la sustitución resultará “irregular” en aquellos casos en los que los trabajadores que no secundaron la huelga y, por ende, fueron asignados a las funciones de los que se sumaron a la misma tengan un “superior nivel profesional”.

5. Reformulada que ha quedado la jurisprudencia de este Tribunal determinante a efectos de la calificación jurídica de la medida empresarial de sustitución interna en casos de huelga, resta por enjuiciar los hechos declarados probados a la luz de esa jurisprudencia.

La cuestión se aborda, como ya se ha señalado, en el FJ 6, cuya sistemática responde al siguiente esquema: i) se describe, “según consta en las actuaciones”, el modo de retransmisión de un partido de fútbol “un día normal” (párrafo segundo); ii) se explica el procedimiento seguido de la retransmisión del evento deportivo en la fecha controvertida (párrafo tercero); iii) se compara este

procedimiento con el utilizado normalmente, alcanzándose la conclusión de concurrir “una única diferencia”, concretada en que “la señal se envió desde control central a grafismo, en vez de a continuidad” (párrafo cuarto); iv) se afirma, a la vista de los hechos probados en las resoluciones recurridas, “que los trabajadores que no secundaron la huelga y que colaboraron en la emisión del partido no llevaron a cabo funciones distintas de las que vienen desarrollando habitualmente” (párrafo quinto); v) se trae a colación la doctrina de este Tribunal que, a juicio de la Sentencia, impide al Tribunal entrar a conocer los hechos declarados probados y vi) se concluye, en función de lo razonado en los dos últimos párrafos, la inexistencia de la vulneración denunciada del constitucional derecho de huelga.

En anterior ordinal ya he tenido oportunidad de rebatir el alcance de esa jurisprudencia constitucional que impediría el que este Tribunal pudiera discrepar de la valoración de los hechos probados, resultando innecesario insistir acerca de un aspecto de notable relevancia, pero que, por lo demás y como se razonará de inmediato, carece en realidad de espacio aplicativo. Por enunciar la idea desde otra perspectiva, la finalidad perseguida por la Sentencia al invocar esa interpretación en los términos en los que lo hace responde, de seguro, a una expresa voluntad de clausurar toda posibilidad de reconstrucción de los elementos fácticos con vistas a defender la lesión denunciada. Al margen de que una inteligencia semejante, como ya ha sido razonado con anterioridad, entra en abierta colisión con el adecuado, y no sesgado, alcance de nuestra jurisprudencia en la materia, su incidencia en el caso a examen es, adicionalmente, de todo punto irrelevante.

Tampoco es mi intención entrar en un diálogo con la descripción que se hace de las técnicas de retransmisión de eventos deportivos un día normal y el día de autos. En todo caso, me llaman la atención dos afirmaciones que, al menos en su nuda apariencia, no se concilian. De un lado, se indica que en un día normal “es la compañía Abertis, con quien tiene concertado el servicio de radiodifusión Telemadrid, quien tiene activado uno u otro emisor”; esto es, el Emisor o Codificador A y el Emisor o Codificador B. Pero, de otro, se manifiesta que, en la fecha en que se había convocado la huelga, “un trabajador de la empresa que no estaba en huelga y encargado de la labor llamó a Abertis y les (*sic*) dijo que activaran el Codificador B”. La pregunta, que no tiene ahí fácil respuesta, es el modo como se activan los emisores: ¿de oficio por Abertis, como sugieren las actuaciones de un día normal, o a instancia de Telemadrid, como se deduce de esas mismas actuaciones en día de huelga?

La solución al anterior interrogante carece, en verdad, de la menor significación. No es esta una conclusión, sin embargo, que pueda aplicarse al juicio comparativo que se infiere de las técnicas empleadas para la retransmisión de partidos de fútbol en las fechas a confrontación. Afirmar, como hace la Sentencia, que la única diferencia con un día normal consistió en que “la señal se envió desde control central a grafismo, en vez de a continuidad” constituye una inaceptable simplificación de los

hechos. Esta aseveración es, desde luego, exacta; pero notablemente parcial. Con independencia de que, en efecto, el departamento de control central no es habitualmente el que cursa la señal televisiva, utilizándose la máquina desde la que se envió la señal, tal y como sostiene como valor de hecho probado la sentencia de instancia, “normalmente para otras funciones”, otras dos diferencias emergen del mero cotejo de las medidas utilizadas el día de huelga, ajenas por completo a los usos empleados en situaciones de normalidad. Por lo pronto, el coordinador de grafismo no tiene entre sus atribuciones habituales la inserción personal del logotipo o “mosca” de la cadena de televisión. Pero la principal y decisiva diferencia consiste en que, el día de la huelga, la señal se redireccionó, en lugar de al Emisor ordinario, el Codificador A, a uno alternativo, el Codificador B, que normalmente se encuentra en situación de reserva; esto es, que no se destina a canalizar con criterios ordinarios las emisiones televisivas o, como una vez más afirma la sentencia de instancia en sus hechos probados, “se utiliza en casos excepcionales” (HP 4, in fine).

6. Efectuadas las anteriores aclaraciones en relación con el contenido del FJ 6, el principal problema que el mismo suscita reside en discernir si de los hechos declarados probados es razonable deducir, como hace la Sentencia de la que me separo, que las prestaciones laborales llevadas a cabo por los trabajadores que no secundaron la huelga pueden o no calificarse como respetuosas con los límites que a la sustitución interna impone, en el decir de nuestra jurisprudencia, el constitucional derecho de huelga. El interrogante planteado admite una única respuesta; esta es, adicionalmente, de rápido enunciado: la retransmisión del partido de fútbol de la Champions League efectuada el día el 29 de septiembre de 2010 lesionó el derecho de huelga.

La divergente conclusión sostenida por el presente pronunciamiento se ampara en que, de conformidad con los hechos declarados probados por las resoluciones recurridas, los trabajadores no llevaron a cabo funciones distintas de las que vienen desarrollando habitualmente. La afirmación resulta discutible respecto del trabajador de control central que, de ordinario y tras recibirla desde FORTA, la remite al departamento de continuidad y no, conforme aconteció en esa a fecha, a grafismo. En otras palabras, entre las funciones ordinarias del trabajador no huelguista de control central no se encuentra el reenviar la señal a grafismo. Pero aun aceptando a efectos dialécticos que en el supuesto de este trabajador no se quebrantó la doctrina de este Tribunal, la anterior conclusión resulta de todo punto inaplicable al otro trabajador que no secundó la huelga y que prestaba servicios en el departamento de grafismo.

La situación de este segundo trabajador queda descrita por la sentencia de instancia, a la que la sentencia del TSJ atribuye “el valor de hecho probado”, del modo siguiente:

“en el departamento de grafismo se encontraba el coordinador que, aun cuando, dada su específica función de coordinador se encargue normalmente de controlar el trabajo en los departamentos que coordina, entre otros el grafismo, el mismo supervisa tal trabajo y sí tiene entre sus cometidos generar la “mosca” de Telemadrid que figura en la emisión” (...) (FD 2).

La simple lectura de este relato fáctico evidencia una certeza y pone al descubierto una duda. La certeza que expresa reside en que el trabajador que generó la “mosca” de Telemadrid, insertándola en la máquina sita en el departamento de grafismo, bien que “normalmente para otras funciones”, fue no ya y solo el responsable del departamento de grafismo sino, con mayor amplitud, la persona encargada de “controlar los departamentos que coordina, entre otros el de grafismo”. A partir de esta descripción, resulta palmario que este empleado ocupaba en aquel momento en Telemadrid un puesto de notable responsabilidad, pues supervisaba la ejecución de diversos departamentos, entre otros, aunque no solo, el de grafismo. La duda que suscita la mencionada narración fáctica es el modo de conciliar las funciones de responsable de una pluralidad de departamentos con la de efectuar un concreto y singular cometido, cual es el de generar la “mosca” en un solo de los departamentos que supervisa.

Pero sea cual fuere el modo de resolver esta duda, la certeza que se extrae del relato fáctico permite concluir con la siguiente y definitiva aseveración: la retransmisión del evento deportivo el día de huelga se articuló e instrumentó mediante la actividad laboral de un trabajador no huelguista cuya categoría excedía con creces la de los trabajadores que optaron por secundar la huelga. O por enunciar la idea en el lenguaje de las SSTC 123/1992 y 33/2011, eludido u ocultado por la presente Sentencia, la sustitución de los trabajadores en huelga se efectuó por otros de superior nivel profesional, medida ésta que tacha de irregular e ilícita la sustitución interna y, por lo mismo, lesiona el constitucional derecho de huelga.

7. Razonado que ha sido que la Sentencia debió de estimar el primero de los motivos del recurso de amparo alegados por el sindicato demandante, por las razones expuestas en los apartados anteriores, considero que esa circunstancia hubiese hecho innecesario abordar el examen del segundo de los motivos del recurso. No obsta esa constatación la comprobación de cuál ha resultado la decisión de la mayoría, que una vez descartada aquella primera queja procede a hacer lo propio con la segunda (esquirolaje tecnológico).

Como quiera que, según acaba de exponerse, no se trataba del asunto adecuado para abordar un tema de semejante envergadura, pues no precisaba el recurso de dicho examen tras quedar acreditada la lesión del art. 28.2 CE cometida con la sustitución interna de trabajadores, me referiré

a ese grave aspecto del debate de modo muy elemental, con un propósito solo enunciativo, pues deseo sobre todo destacar la deriva hacia una jurisprudencia constitucional cada vez más indiferente con la efectividad de los derechos fundamentales. En primer lugar, reitero una vez más la creciente preocupación que me suscita la doctrina constitucional sobre derechos fundamentales en ámbitos en los que la actuación empresarial restrictiva de su eficacia pretende ampararse, y en todo caso opera, a través de las nuevas tecnologías en el marco de las relaciones laborales. Tuve ocasión de ponerlo de manifiesto, antes que en este Voto particular, en los que formulé a las SSTC 241/2012, de 17 de diciembre, y 39/2016, de 3 de marzo, cuyos argumentos generales y la inquietud entonces expresada, más allá de los particulares del caso, pueden proyectarse sin matices a la dinámica que late en la conducta empresarial examinada en el presente asunto. En segundo lugar, aunque en íntima relación con ello, no es de recibo que la doctrina sobre los derechos fundamentales se muestre del todo insensible y ajena a los cambios tecnológicos, como si en nada estuviera comprometida la Constitución. No puede soslayarse el empleo y los efectos del uso de las nuevas tecnologías por parte del empresario para potenciar sus cauces de vigilancia y control o, como ahora, para lograr una directa repercusión en la efectividad de los derechos fundamentales, con finalidad de bloqueo de la finalidad que procura su consagración constitucional. No hay mejor prueba que la Sentencia actual de la que discrepo o aquellas otras recién citadas para ponerlo de manifiesto.

Las renovadas fuentes de incidencia empresarial en la efectividad de los derechos fundamentales, al amparo de los nuevos medios técnicos a los que recurre para hacer más penetrante su actuación limitativa e impeditiva de la tutela constitucional, requieren respuestas constitucionales también nuevas, que garanticen la protección de los derechos más esenciales de los trabajadores en un grado asimilable al que ofreció nuestra jurisprudencia en el pasado, cuando dichos medios tecnológicos carecían del desarrollo y de la potencialidad restrictiva con los que ahora cuentan. También en esto la Sentencia dictada por el Pleno da la espalda, de manera insensible, a la cobertura constitucional y a la necesidad de adaptarla a las nuevas circunstancias, a la evolución de la realidad laboral por razón de las transformaciones que se producen en el marco de las relaciones de trabajo.

Más que una nueva oportunidad perdida, advierto en estos pronunciamientos la repetida confirmación de interpretaciones que eligen la reducción progresiva de la tutela que el contratante débil en la relación laboral precisa de la norma fundamental.

Y en este sentido emito mi Voto particular.

Madrid, a dos de febrero de dos mil diecisiete.

