

DEREITO COLECTIVO

FRANCISCA FERNÁNDEZ PROL

Profesora Titular de Dereito do Traballo e da Seguridade Social
Universidade de Vigo
franfernandez@uvigo.es

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

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

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

DOCTRINA XUDICIAL DO TSX DE GALICIA:

LIBERDADE SINDICAL. MODIFICACIÓN SUBSTANCIAL DE CONDICIÓN DE TRABALLO. INDEMNIZACIÓN POR VULNERACIÓN DE DEREITOS FUNDAMENTAIS

(A propósito da STSX de Galicia do 12 de marzo 2018, núm. recurso 339/2018)

Normas aplicadas:

Art. 28.1 CE

Art. 41 ET

Arts. 179 e 183 LRXS

A resolución obxecto de análise trae causa do recurso de suplicación formulado pola empregadora fronte á sentenza do Xulgado do Social núm. 3 de Lugo do 22 de setembro de 2017 (núm. 303/2017), ditada en Autos promovidos en reclamación de modificación substancial de condicións de traballo. Sentenza na que se declara a nulidade desta última, consistente no cambio de ruta ou zonas de vendas dun traballador pola empresa Organización Nacional de Cegos Españoles (ONCE).

A subsunción, ou non, da modificación practicada no art. 41 ET conforma a primeira cuestión debatida. A xuízo da demandada, a decisión empresarial ampárase no art. 43 do XV Convenio Colectivo da ONCE, segundo o cal: "la asignación de los puntos o zonas de venta será competencia exclusiva de los Directores de Centro, sin que medie la suscripción de ningún contrato de titularidad de ningún tipo con los agentes vendedores". Regulación convencional da que, efectivamente, se desprende que a asignación de rutas de venda non constitúe un dereito adquirido propiedade do traballador –como de feito, así foi historicamente ata a aprobación do citado convenio-. Con todo, iso non implica que a referida asignación non conforme una condición de traballo, como tal, de operarse na mesma unha modificación de carácter substancial, suxeita ás causas e procedemento previstos no art. 41 ET. Iso, segundo razoa a Sala, despréndese do mesmo precepto convencional xa citado, que engade: "los puntos o zonas de ventas tendrán la naturaleza o consideración de meros lugares de trabajo de los agentes vendedores a todos los efectos, pudiendo las direcciones de centro variar los puntos de venta asignados a los agentes vendedores en función de sus necesidades organizativas". Dicción determinante da necesaria causalidade da modificación: pois, segundo expresa literalmente o convenio, só "necesidades organizativas" –por conseguinte, obxectivas- poden sustentar unha variación da zona de venda pola dirección de centro.

Máis alá do convenio e dende unha perspectiva estritamente teórica, a asignación de puntos de venda conforma unha condición de traballo determinante da dinámica da prestación de servizos, así como da correlativa retribución,

por iso subsumible na enumeración aberta ou non taxativa do art. 41 ET. Así, en palabras do TSX de Galicia: “Teniendo en cuenta el elenco de condiciones señaladas de modo ejemplificativo en el art. 41 ET cabe deducir que son modificables las condiciones que determinan las obligaciones básicas de ambas partes, la prestación laboral y la retributiva, así como la forma o las circunstancias de su cumplimiento, de modo que resulta evidente que esa asignación sí es una condición de trabajo; cosa distinta es que su modificación entre en el *ius variandi*, o por el contrario exija causa objetiva que la ampare, lo que dependerá de su naturaleza sustancial”.

Razoamento que en absoluto resulta desvirtuado pola xa referida regulación convencional, en todo caso e como lembra o Tribunal, suxeita “ao dereito necesario establecido pola lei, de rango superior na xerarquía normativa” –STC 58/1985, do 30 de abril, xunto con outras no mesmo senso (SSTC 177/1988, do 10 de outubro e 210/1990, do 20 de decembro), expresamente referidas pola resolución obxecto de comentario-.

Así, conformando a modificación da zona de venda operada pola empresa a modificación dunha condición de traballo, procede, a continuación, ponderar a súa entidade: de ser substancial, tiña que terse suxeitado ao previsto polo art. 41 ET, de non acadar tal entidade, quedaría amparada no *ius variandi* empresarial. A tal efecto, resulta preciso partir do concepto xurisprudencial de modificación substancial de condicións de traballo: “por modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo hay que entender aquéllas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, en términos tales, que pasen a ser otros distintos de modo notorio, entre ellas, las previstas en la lista que de modo ejemplificativo y no exhaustivo contiene el art. 41.2 ET, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales, éstas son manifestaciones del poder de dirección y del *ius variandi* empresarial” –entre outras, SSTS do 22 de xuño de 1998, núm. recurso 4539/1997, do 22 de novembro de 2005, núm. recurso 42/2005, do 26 de abril de 2006, núm. recurso 2076/2005-. E para distinguir entre o substancial e

o accidental deben ponderarse diversos extremos: “el contexto convencional e individual, la entidad del cambio, el nivel de perjuicio o el sacrificio que la alteración supone para los trabajadores afectados” –STS do 22 de setembro de 2003, núm. recurso 122/02-. De modo que non concorre modificación substancial cando a medida adoptada non implica unha “alteración valorable” das condicións de traballo ou da remuneración –STS do 22 de xaneiro de 2013, núm. recurso 290/2011-. “Alteración valorable”, neste caso da retribución, que si se aprecia no concreto suposto litixioso, ao estimarse a mingua económica sufrida polo traballador, por mor da modificación –en realidade, redución- dos puntos de venda, en 800 euros mensuais. En consecuencia, era obrigado para a empresa fundamentar a súa decisión nas causas expresamente referidas polo art. 41 ET –económicas, técnicas, organizativas ou de produción- e cumprir así mesmo co procedemento esixido polo referido precepto estatutario.

Pero concorre, así mesmo, no suposto de Autos, outra destacada circunstancia: feitos que o demandante estima indicativos da vulneración dun dereito fundamental –no caso concreto, da súa liberdade sindical-. Sobre o particular, a Sala galega lembra, en primeiro lugar, como xa fixera na sentenza do 30 de xuño de 2016 (núm. recurso 1481/2016), que é doutrina constitucional que a celebración dun contrato de traballo non implica privación para unha das partes, o traballador, dos dereitos que a Constitución lle recoñece como cidadán, así como tamén que a liberdade de empresa (art. 38 CE) non lexitima que os traballadores teñan que soportar limitacións inxustificadas dos seus dereitos fundamentais e liberdades públicas –SSTC 196/2004, do 15 de novembro, 41/2006, do 13 de febreiro, 125/20017, do 21 de maio-.

Configuración material con proxección no ámbito procesual a través da denominada “inversión da carga da proba”: así, cando se probe indiciariamente que unha decisión empresarial pode enmascarar unha lesión de dereitos fundamentais incumbe ao empresario acreditar que a súa decisión obedece a motivos razoables e alleos a todo propósito atentatorio do dereito de que se trate –SSTC

41/2006, do 13 de febreiro e 342/2006, do 11 de decembro-. É dicir, corresponde ao demandado, segundo sinala o art. 96.1 LRXS, “a aportación dunha xustificación obxectiva e razoable, suficientemente probada, das medidas adoptadas e da súa proporcionalidade”.

No caso de *litis*, os feitos, temporalmente próximos, constitutivos dun indicio –ou panorama indiciario- de vulneración da liberdade sindical son, en síntese, os seguintes: a baixa do demandante nun sindicato e, simultaneamente, a alta noutro distinto; os expedientes disciplinarios abertos pola empresa a tres dos seis afiliados a este último; a presenza na xuntanza na que se tomou a controvertida decisión de modificación da zona de venda do presidente do comité de empresa, afiliado á central sindical na que o actor causou baixa. Circunstancias que, a falta de proba –plena- de que a decisión empresarial controvertida obedeceu a motivos razoables e alleos a toda vontade lesiva do citado dereito fundamental, permiten concluír que a decisión empresarial veu determinada –conformando unha represalia-, polo referido cambio de afiliación sindical. Pois, a empregadora non alega na comunicación da modificación causa obxectiva algunha que xustifique aquela –precisamente, por terse operado ao marxe das previsións do art. 41 ET-, e non constitúe xustificación suficiente a simple alegación do *ius variandi* empresarial, incardinado no poder empresarial de dirección, pero en modo algún susceptible de amparar vulneracións de dereitos fundamentais.

Xa polo que respecta á indemnización por vulneración de dereitos fundamentais, a resolución obxecto de análise lembra –con cita da STSX de Galicia do 29 de setembro de 2017 (núm. recurso 1594/2017), á súa vez sustentada na STS do 13 de xullo de 2015 (núm. recurso 221/2014)- a evolución xurisprudencial experimentada. A tal efecto, a Sala galega distingue, seguindo ao Alto Tribunal, diversas etapas: en primeiro termo, unha “inicial fase de concesión automática” –sen necesidade de acreditación dun prexuízo específico, en todo caso presumido (SSTS do 9 de xuño de 1993, núm. recurso 3856/1992 e do 8 de maio de 1995, núm. recurso 1319/1994)-; en segundo lugar, unha

“posterior esixencia de bases e elementos clave da indemnización reclamada que xustifiquen suficientemente a mesma” (entre outras, SSTS do 11 de xuño de 2012, núm. recurso 3336/2011, e do 15 de abril de 2013, núm. recurso 1114/2012); finalmente, conformando a posición actual, unha fase máis aperturista, froito, por un lado, da consideración da “inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en termos económicos o sufrimento en que tal dano [moral] consiste” (entre outras, STS do 21 de setembro de 2009, núm. recurso 2738/2008) e, por outro lado, das regras introducidas, con ocasión da reformulación da norma procesual ex LRXS, nos arts. 179.3 e 183.2 –así, respectivamente, exceptuando da esixencia de identificación de “circunstancias relevantes para a determinación da indemnización solicitada” o suposto de “danos morais unidos á vulneración do dereito fundamental cando resulte difícil a súa estimación detallada” e sinalando que “o tribunal pronunciárase sobre a contía do dano determinándoo prudencialmente cando a proba do seu importe exacto resulte demasiado difícil ou custosa”-.

DEREITO DE FOLGA. EXERCICIO NO EIDO DE SERVIZOS ESENCIAIS PARA A COMUNIDADE. SERVIZOS MÍNIMOS.

(A propósito da STSX de Galicia do 18 de abril de 2018, Sala do Contencioso-Administrativo, recurso contencioso administrativo 300/2017)

Normas aplicadas:

Art. 28.2 CE

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

Mediante a resolución en análise, o TSX de Galicia desestima o recurso contencioso administrativo interposto polo comité de folga contra a Orde da Consellería de Sanidade de 10 de outubro de 2017, pola que se determinaron os servizos mínimos durante a folga do persoal enfermeiro que presta servizos en calidade de perfusionista no Complexo Hospitalario Universitario de Santiago de Compostela. A devandita sentenza resolve a impugnación da citada Orde, formulada en nome da

demandante e así mesmo do correspondente comité de folga, pola vía do procedemento especial para a protección dos dereitos fundamentais da persoa previsto nos arts. 114 e seguintes da Lei reguladora da xurisdición social. A xuízo da parte demandante, en efecto, a disposición impugnada incorre nunha vulneración do dereito fundamental de folga, destacando o escrito de demanda as seguintes infraccións: falta de motivación suficiente, vulneración do principio de proporcionalidade e falta de imparcialidade e neutralidade. Debe repararse, en primeiro termo, na doutrina xurisprudencial, glosada pola Sala galega, sobre fixación de servizos mínimos para garantir a prestación de servizos esenciais da comunidade durante o exercicio do dereito de folga. Este último, segundo precisa o TC -xa na emblemática STC 11/1981, do 8 de abril-, é susceptible de limitación ou restrición: así, sinaladamente, sendo obxecto de mención expresa pola Carta Magna, coa finalidade de "asegurar o mantemento dos servizos esenciais da comunidade". Á súa vez, estes últimos, segundo se desprende da xurisprudencia constitucional, son aqueles dos que penda a satisfacción de dereitos fundamentais, liberdades públicas e bens constitucionalmente protexidos. A "esencialidade" resulta, xa que logo, elástica e variable, sendo precisa, en cada suposto, unha especificación concreta, sen posibilidade de definición apriorística. Expresamente, a STC 51/1986, do 24 de abril, sinala: "al caracterizarse estos servicios -esenciales- de manera no sustantiva, sino en atención al resultado por ellos perseguido, la consecuencia es que, a priori, no existe ningún tipo de actividad que por sí misma pueda ser considerada esencial. Esta sólo lo será en la medida que satisfaga derechos o bienes constitucionalmente protegidos, y en la medida y con la fuerza con que los satisfaga" -posteriormente, tamén en dito sentido, pronunciouse, entre outras, a STC 148/1993, do 29 de abril-.

Os servizos mínimos son, por antonomasia e pese a deducirse da literalidade do precepto constitucional a posibilidade de recorrer a outros instrumentos, aquelas "garantías precisas para asegurar o mantemento dos servizos esenciais da comunidade". Tales servizos mínimos

conforman aquela parcela de actividade que debe proseguir durante a folga para preservar os dereitos fundamentais, as liberdades públicas e os bens constitucionalmente protexidos titularidade dos suxeitos afectados. Representan, dito doutro xeito, un “punto de equilibrio” entre o dereito de folga e os citados dereitos, liberdades e bens constitucionalmente protexidos –GÁRATE CASTRO, J., “Derecho de huelga y servicios esenciales”, REDT, núm. 75, 1996, p. 20-. Polo que, como ten indicado o TC en reiteradas ocasións, “a consideración dun servizo como esencial non significa a supresión do dereito de folga dos traballadores ocupados en tal servizo, senón a previsión das garantías precisas para o seu mantemento ou, dito de outra forma, para asegurar a prestación dos traballos que sexan necesarios para a cobertura mínima dos dereitos, liberdades ou bens que satisfai dito servizo” –SSTC 53/1986, do 5 de maio, e 27/1989, do 3 de febreiro-. Por iso precisamente, segundo lembra a Sala galega, neste caso con cita da STC 26/1981, do 17 de xullo: “la clase y número de trabajos que hayan de realizarse para cubrir esa exigencia y, en definitiva, el tipo de garantías que hayan de disponerse con ese fin, no pueden ser determinados de manera apriorística, sino tras una ponderación y valoración de los bienes o derechos afectados, del ámbito personal, funcional o territorial de la huelga, de la duración y demás características de esa medida de presión y, en fin, de las restantes circunstancias que concurren en su ejercicio y que puedan ser de relevancia para alcanzar el equilibrio más ponderado entre el derecho de huelga y aquellos otros bienes (comunidad afectada, existencia o no de servicios alternativos, etc.), sin olvidar la oferta de preservación o mantenimiento de servicios que realicen los sujetos convocantes o trabajadores afectados”.

Para a resolución da controversia suscitada, o TSX de Galicia considera, así mesmo, a doutrina, neste caso do TS, relativa á motivación dos servizos mínimos –entre outras, STS do 3 de novembro de 2010, núm. recurso 2610/2009-. Doutrina consonte a que deben cumprirse, a efectos da adecuada motivación, dúas esixencias: en primeiro lugar, a identificación dos intereses afectados pola folga e que, por

encarnar un dereito fundamental, liberdade ou ben constitucionalmente tutelado, deben ser atendidos; en segundo lugar, a precisión daqueles feitos, criterios, estudos considerados para determinar as actividades empresariais que deben continuar, así como o número de traballadores que tales actividades requiren. O que, a súa vez, precisa da observancia do chamado “xuízo de proporcionalidade” –STS do 8 de outubro de 2004, recurso núm. 5908/2000-, conforme ao que a validez dos servizos mínimos pende, en último termo, do seguinte: “que el contraste entre, de un lado, el sacrificio que para el derecho de huelga significan tales servicios mínimos y, de otro, los bienes o derechos que estos últimos intentan proteger, arroje como resultado que aquel sacrificio sea algo inexcusable o necesario para la protección de esos otros bienes o derechos, o de menor gravedad que el quebranto que se produciría de no llevarse a cabo los servicios mínimos”.

Da motivación preocupouse, así mesmo, o TC –entre outras, na STC 183/2006, de 19 de xuño-, fundamentándose a resolución analizada na súa doutrina. Cómpre así lembrar que, segundo esta, “por lo que se refiere a la fundamentación de la decisión que impone el mantenimiento de servicios esenciales para la comunidad, este Tribunal ha declarado reiteradamente que el acto por el cual se determina dicho mantenimiento ha de estar adecuadamente motivado y que, cuando se produce una restricción de derechos fundamentales constitucionalmente garantizados, la autoridad que realiza el acto debe estar en todo momento en condiciones de ofrecer la justificación. Siendo una decisión que comporta tan graves consecuencias es preciso, no sólo que exista una especial justificación, sino que tal justificación se exteriorice adecuadamente con objeto de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó y de que, en su caso, puedan defenderse ante los órganos judiciales. Pesa, pues, sobre la autoridad gubernativa el deber de explicar las razones que, a su juicio, legitiman en una concreta situación de huelga la decisión de mantener el funcionamiento de un servicio esencial para la comunidad, correspondiéndole asimismo

probar que los actos de restricción del derecho fundamental tienen plena justificación, sin que sean aquí de aplicación las reglas generales sobre distribución de la carga de la prueba". Non abundan, pois, "indicacións xenéricas, aplicables a calquera conflito", das que non sexa posible deducir cales foron os elementos valorados para tomar a decisión restritiva do dereito de folga –SSTC 26/1981, do 17 de xullo; 51/1986, do 24 de abril; 27/1981, do 3 de febreiro; 43/1990, do 15 de marzo; 8/1992, do 16 de xaneiro-.

No caso de Autos, a Orde impugnada (DOG do 13 de outubro de 2017) sinalaba: "Para a fixación dos servizos mínimos atendeuse ao seguinte criterio reitor de carácter xeral: persoal necesario para a cobertura do 100% da actividade urxente e intervencións cirúrxicas inaprazables", resultando deste xeito comprendida a totalidade das intervencións, urxentes e así mesmo programadas, pois estas últimas estimáronse todas elas "inaprazables" –o que, segundo se expresa na demanda, determinou o mantemento da actividade normal-. E en apoio a tal decisión, a modo pois de xustificación ou motivación, da Orde obxecto do litixio, indicaba –preámbulo-: "O exercicio público da prestación da asistencia sanitaria non se pode ver afectado gravemente polo lexítimo dereito do exercicio de folga, xa que aquel é considerado e recoñecido prioritariamente en relación con este".

Pese a evidente amplitude dos servizos mínimos pactados –que, sen dúbida, requiriría dunha xustificación especialmente precisa e rigorosa- e a brevidade, igualmente obvia, da Orde en análise, o TSX non aprecia a falta de motivación denunciada: o carácter xenérico das declaracións recollidas pola resolución da Consellería, a omisión dos criterios determinantes do carácter inaprazable das intervencións non urxentes, e, consecuentemente, o grao de indefinición no que, a xuízo do comité de folga demandante, incorre a autoridade governativa. Á marxe doutras consideracións, xa de orde material, forzoso resulta constatar a interpretación "xenerosa" da doutrina constitucional máis arriba glosada relativa á necesaria precisión e concreción da motivación da decisión de

mantemento duns servizos esenciais. Pois, dende unha perspectiva estritamente formal, sen dúbida, resulta difícil identificar, como esixe o TC, aqueles elementos ou criterios valorados pola Consellería, sinaladamente a efectos de fixación de servizos mínimos inclusive respecto de intervencións programadas ou ordinarias –non urxentes-. Tal vez, por iso, a resposta da Sala se sustente en criterios materiais, por outra banda omitidos pola Orde impugnada: así, “en el presente caso, no se aprecia la falta de motivación denunciada, pues en la Orden objeto de recurso queda suficientemente claro que los derechos y bienes en juego que trata de salvaguardar con la fijación de los servicios mínimos, es la salud de las personas. Para llegar a esta conclusión adelantada, hemos de tener en cuenta que nos encontramos ante una huelga convocada por el personal enfermero que presta servicios como perfusionista en el CHUS (...)”.

E segundo criterios materiais, resólvese así mesmo a denunciada omisión dos criterios determinantes da fixación do número de profesionais que deben prestar servizos mínimos. Lagoa patente na Orde da Consellería, sen prexuízo, no seu caso, do efectivo cumprimento do principio de proporcionalidade. Pois, aínda que a xuízo da Sala, este último –polo que se esixe axustar ou adecuar os servizos mínimos ás particulares características de cada paro (duración, existencia ou non de servizos alternativos...)- si foi debidamente respectado, iso en absoluto resulta argumentado pola Orde impugnada. Novamente, pois, a Sala apoia unha concepción moi lasa –e afastada da doutrina constitucional sobre a materia- da obriga da “autoridade governativa” de fundamentar e motivar a concepción mesma dun servizo como esencial para a comunidade e, correlativamente, a fixación dos correspondentes servizos mínimos.

DEREITO DE FOLGA. MOBILIDADE FUNCIONAL. “ESQUIROLAXE INTERNA”

(A propósito da STSX de Galicia do 26 de abril de 2018, proceso de primeira instancia núm. 10/2018)

Normas aplicadas:

Art. 28.2 CE

Art. 6.5 do Real Decreto-Lei 17/1977, do 4 de marzo.

O litixio xorde no marco da folga xeral convocada o día 8 de marzo de 2018, co obxecto de reivindicar a efectiva consecución do principio de igualdade de trato entre mulleres e homes. Mentres outras organizacións sindicais optaron entón pola convocatoria de paros parciais, en Galicia, a Central Unitaria de Traballadores (CUT) convocou unha folga xeral de 24 horas –dende as 00.00 ata as 24:00 do referido día 8 de marzo-, presentando ante a Consellería de Traballo, con data do 6 de febreiro de 2018, o correspondente preaviso. Correlativamente, con data do 7 de marzo de 2018, publicouse no DOG o Decreto 26/2018, do 1 de marzo, polo que se fixaron os correspondentes servizos mínimos, inclusive na demandada Corporación de Radio e Televisión de Galicia (CRTVG). Con todo, consonte a relación de servizos mínimos desta última, nin se considerou como tal o programa no que D^a. Adelaida desenvolve habitualmente a súa actividade –“Galicia Noticias Mediodía”-, nin a citada traballadora resultou asignada a servizo mínimo ningún. Celebrada xuntanza entre a dirección de CRTVG e os comités de folga, estes últimos manifestaron o seu desacordo cos servizos mínimos fixados, instando, en particular, a “que só sexan homes os que figuren na relación de servizos mínimos”.

O día 8 de marzo de 2018, D^a. Adelaida, redactora de CRTVG e presentadora habitual do espazo “Galicia Noticias Mediodía”, súmase á folga xeral durante toda a xornada laboral, non acudindo ao seu posto de traballo. Por decisión da empresa demandada, D. Jesús Ángel, editor do mesmo programa, substitúe a D^a. Adelaida presentando o referido espazo televisivo. Tarefa que acostumaba asumir noutras ocasións: así, ao desfrutar a traballadora de vacacións ou permisos, ou de atoparse aquela en situación de incapacidade temporal.

O convenio colectivo de CRTVG non contempla as categorías profesionais de “presentador” e de “editor”. Con todo, segundo a relación de feitos probados, as funcións dos

editores son diversas –e máis amplas- que as atribuídas aos redactores, sendo os primeiros superiores dos segundos: así, en Galicia Noticias Mediodía, D. Jesús Ángel é un superior de D^a. Adelaida. Por outra banda, mentres a presentación dos programas é habitualmente asumida por redactores, a presentación por editores é máis ocasional.

A controversia radica na cualificación, ou non, da referida conducta da empregadora como *esquirolaxe* interna vulneradora do dereito fundamental de folga ex art. 28.2 CE.

Como ben sinala a resolución en análise –con cita da STSX de Galicia do 14 de abril de 2016 (núm. recurso 239/2016), á súa vez sustentada na STS do 11 de febreiro de 2015 (núm. recurso 95/2014)-, o art. 6.5 do Real decreto-lei 17/1977, do 4 de marzo, conforma, a tal efecto, o necesario punto de partida. Pois, como se recordará, o mesmo sinala: “En tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuvieran vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número 7 de este artículo”. Precepto que literalmente prohibe o recurso empresarial, durante a folga, a contratacións externas –vetando, por conseguinte, a chamada “*esquirolaxe* externa”-, pero que non limita a facultade empresarial de mobilidade interna –polo que non parece prohibir, en cambio, a “*esquirolaxe* interna”-. Por outra banda, só a garantía de servizos mínimos e de servizos de seguridade e mantemento –referidos no citado apartado 7- se erixen, nunha interpretación literal do precepto, en excepcións a tal prohibición. E, igualmente, esta última esténdese de modo expreso a recrutamentos vía empresas de traballo temporal. –art. 8.a) LETT-.

A cuestión, como é sabido e lembra así mesmo a resolución obxecto de análise, foi abordada pola emblemática STC 123/1992, do 28 de setembro –así como, posteriormente, por STC 33/2011, do 28 de marzo-. Naquela –ponderando a substitución de folguistas por traballadores de nivel profesional superior que non secundaran a folga- o TC lembra, en primeiro termo, o obxecto e finalidade do dereito de folga: “Esa paralización parcial o total del proceso

productivo se convierte así en un instrumento de presión respecto de la empresa, para equilibrar en situaciones límites las fuerzas en oposición, cuya desigualdad real es notoria. La finalidad última de tal arma que se pone en manos de la clase trabajadora, es el mejoramiento de la defensa de sus intereses". E, a continuación, sentada a premisa, procede á interpretación do art. 6.5 Real decreto-ley 17/1977: "En este diseño, el Real Decreto-Ley (...) recoge una vieja interdicción tradicional y repudia la figura del 'esquirol', expresión peyorativa nacida para aludir al obrero que se presta a realizar el trabajo abandonado por un huelguista (...). La interpretación *a contrario sensu* de esta prohibición parece sugerir que, en cambio, se permite la sustitución interna por personal ya perteneciente a la empresa, conclusión que a su vez es reforzada si el problema se contempla desde la perspectiva de la libertad, uno de cuyos criterios rectores nos dice que lo no prohibido expresamente por la Ley ha de considerarse permitido".

Con todo, por un lado, "estos aspectos de la potestad directiva del empresario [en referencia á mobilidade funcional e, así mesmo, xeográfica] están imaginados para situaciones corrientes o excepcionales, incluso como medidas de emergencia, pero siempre en un contexto de normalidad con un desarrollo pacífico de la relación social, al margen de cualquier conflicto. Por ello, puede afirmarse que están en la fisiología de esa relación jurídica, no en su patología". Por outra banda, a "preeminencia" do dereito de folga –segundo o TC, subxectivo polo seu contido, e fundamental, pola súa configuración constitucional– "produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y, en cierto modo, anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial. Tal sucede con la potestad directiva del empresario, regulada en el art. 20 del ET, de la cual son emanación las facultades que le permiten una movilidad del personal". Polo que, ao exercitarse a potestade de dirección nunha situación conflitiva e cunha finalidade diversa á contemplada polo ordenamento xurídico –cal é a desactivación da presión pretendida polo paro-, a

substitución interna de folguistas constitúe un exercicio “abusivo” dun dereito en principio recoñecido ao empresario, o *ius variandi*. Conclusión así mesmo acadada, nun suposto similar, pola STC 33/2011, do 28 de maio.

A doutrina constitucional na materia sintetízase polo TSX de Galicia como segue: 1º. Tamén a substitución interna de traballadores folguistas pode constituír un exercicio abusivo das facultades directivas empresariais: así, cando, de forma intencional ou obxectiva, tal substitución implique unha desactivación ou minoración da presión perseguida polo exercicio do dereito de folga, resultando este baleirado de contido; 2º. Tal vulneración do dereito fundamental de folga apreciárase, sinaladamente, de resultar probado que as funcións dos folguistas foron asumidas por traballadores que habitualmente teñen asignadas outras diferentes na mesma empresa –neste caso, con cita da STC 17/2017, do 2 de febreiro, aínda referida, como é sabido, a un suposto distinto, de *esquirolaxe* chamada “tecnolóxica”–; 3º. Agás atención de necesidades vinculadas a servizos mínimos ou a servizos de seguridade e mantemento, nin o empresario pode impoñer aos traballadores non folguistas a realización das tarefas correspondentes aos que secundaron a folga, nin os traballadores que libremente decidiron non secundala poden substituír o traballo dos seus compañeiros.

A aplicación da doutrina constitucional glosada ao suposto de Autos, conduce ao TSX de Galicia a cualificar a substitución, o día 8 de marzo de 2018, de D^a. Adelaida por D. Jesús Ángel como práctica de “*esquirolaxe* interna” vulneradora do dereito fundamental de folga. Pois, en primeiro lugar, quen presenta, con carácter habitual, o programa “Galicia Noticias Mediodía” é D^a. Adelaida, sendo irrelevante, que, en calidade de “editor”, D. Jesús Ángel poida así mesmo asumir tal tarefa. E a substitución controvertida, por outra banda, é froito dun mandato ou instrución empresarial, en modo algún incardinable na atención de servizos mínimos ou de seguridade e mantemento –como xa se sinalou, únicos supostos nos que cabe exceptuar a prohibición de *esquirolaxe*–. Pois, nin o programa “Galicia Noticias Mediodía”, nin a súa presentadora resultan incluídos na relación a tal efecto

remitida á Xunta de Galicia. Concorre, pois, un indicio de vulneración do dereito fundamental de folga, e, invertida a carga da proba –ex arts. 96 e 181.2 LRXS–, non acredita a empresa que a substitución operada respondese a causas alleas ao exercicio do citado dereito constitucional. Pois, non son tales, nin o feito de que D. Jesús Ángel asumise ocasionalmente a presentación do programa –ao non ser as circunstancias “de legalidade ordinaria” determinantes de tales substitucións (incapacidades temporais, vacacións, permisos...), asimilables ao exercicio, nun contexto de conflito, do dereito fundamental de folga–, nin o acordo, segundo a empresa tacitamente acadado cos comités de folga, para substituír, o día 8 de marzo, a traballadoras por traballadores –ao evidenciar a acta da xuntanza celebrada o día 27 de febreiro de 2018 a ausencia de tal acordo, e incluír, de facto, a relación de traballadores adscritos a servizos mínimos, varóns e, así mesmo, mulleres. Finalmente, sendo o programa “Galicia Noticias Mediodía” un dos de maior audiencia da TVG, emitido, ademais, en horario non coincidente cos paros parciais convocados por outros sindicatos, concorre, a xuízo da Sala, unha mingua da presión pretendida polo sindicato CUT convocante do paro de 24 horas.

Declarada a vulneración do dereito á folga do sindicato convocante e, consecuentemente, a nulidade da decisión empresarial de substitución de D^a. Adelaida, o TSX pronúnciase sobre as peticións de tutela resarcitoria así mesmo formuladas: condena á demandada ao abono dunha indemnización por danos e prexuízos por importe de 15.625,50 euros; lectura do fallo da sentenza, “ou daquel fundamento que o Tribunal considerara”, durante a emisión de “Galicia Noticias Mediodía”; e publicación da sentenza na INTRANET da empresa. En defecto de xustificación, as últimas peticións –por outra banda, omitidas en conclusións– son rexeitadas. Non así, en cambio, a petición indemnizatoria, procedendo –en aplicación do art. 183.2 LRXS e, xa a efectos de cuantificación, do art. 40.1.c) LISOS–, ao recoñecemento da indemnización solicitada. Solución sustentada, así mesmo, na xurisprudencia expresamente citada pola resolución obxecto de análise –

entre outras, SSTS do 5 de febreiro de 2013 (núm. recurso 89/2012), recollendo a doutrina sentada na STC 247/2006, do 24 de xullo, e do 15 de febreiro de 2012 (núm. recurso 67/2011)-.