Euskal Autonomi Elkarteko Justizi Administrazioaren Ofizio Papera

Papel de Oficio de la Administración de Justicia en la Comunidad Autónoma del País Vasco

2011/11/03

DEMANDA Nº: 30/11 **SENTENCIA Nº:**
N.I.G. 00.01.4-11/000051

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 18 de octubre de 2011.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Iltmos/as. Sres/as. D. PABLO SESMA DE LUIS, Presidente en funciones, D. MODESTO URURETAGOYENA ITURRI y Dª ELENA LUMBRERAS LACARRA, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el actual proceso que se inició por demanda interpuesta por la **Confederación Sindical ELA y Sindicato LAB**, dirigida la misma frente a **EUSKAL IRRATI TELEBISTA S.A. (EITB)**, siendo partes interesadas el **Sindicato Comisiones Obreras (CCOO)** , **COMITE INTERCENTROS** y **CANDIDATURA KOMUNIKABIDEETAKO LANGILEEN BATASUNA (KLB)**

Es Ponente la Iltma. Sra.Magistrada Dª ELENA LUMBRERAS LACARRA, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La presente demanda se presentó ante esta Sala el 18 de julio de 2011, y mediante decreto de 20 de julio de 2011 se admite a trámite y se citó a las partes a los actos de juicio y en su caso al previo de conciliación.

SEGUNDO.- El día 20 de septiembre de 2011 tuvo lugar el acto de vista después de que no hubiera lugar a la conciliación entre las partes, con el resultado que consta en el acta.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- Las Centrales ELA y LAB tienen la condición de sindicatos más representativos y, asimismo, tienen

presencia en el Comité Intercentros de EITB, con cinco representantes cada una, siendo 13 el total de miembros de dicho órgano.

SEGUNDO- Diversas Centrales Sindicales, entre las que se hallaban las demandantes ELA y LAB, convocaron una huelga general que afectaría a todas las actividades laborales y funcionariales desempeñadas por los trabajadores y empleados públicos de todas las empresas y organismos establecidos dentro de la Comunidad Autónoma del País Vasco para el día 27 de enero de 2011, independientemente del ámbito de la empresa o administración de la que dependan. La huelga tenía una duración de 24 horas.

TERCERO.- El 21 de enero de 2011 la Consejera de Empleo y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco dictó Orden por la que se garantiza el mantenimiento de los servicios esenciales a la comunidad que se han de prestar durante la huelga general convocada para el día 27 de enero de 2011. En dicha Orden se consideraba: de un lado, que el servicio prestado por el ente público Euskal Irrati Telebista/Radio Televisión Vasca (EITB) tiene, de conformidad con la Ley 5/1982, de 20 de mayo, de creación del citado Ente público, la consideración de servicio público esencial; de otro lado, la incidencia de EITB en el ejercicio de los derechos fundamentales a comunicar y recibir libremente información veraz, tal como establece el artículo 20.2.d) de la Constitución; finalmente, se entendía que la no emisión de programas informativos de contenido institucional, político o social, limitaría el ejercicio de los derechos y libertades de la ciudadanía. En consecuencia, se determinaba la prestación de los servicios mínimos siguientes en la empresa EITB: únicamente los servicios informativos diarios en su horario habitual.

CUARTO.- En fechas inmediatas a la de la huelga general de referencia se mantuvieron conversaciones entre la empresa EITB y la representación de la plantilla - Comité de huelga, en el caso -, a fin de determinar la concreción de los servicios mínimos a garantizar, conversaciones que terminaron sin acuerdo entre las partes.

QUINTO.- El día 26 de enero de 2011 la Dirección de EITB resolvió emitir como servicios mínimos los programas informativos en su horario habitual de la jornada del jueves, siendo los siguientes: GAUR EGUN, TELEBERRI, GAUBERRI, EGUN ON EUSKADI, EUSKADI DIRECTO, CANAL VASCO NEWS, IPARRALDEAREN ORENA y NAVARRA DIRECTO, así como la determinación del personal necesario para la prestación de tales servicios.

SEXTO.- El organigrama de EITB incluye los programas EGUN ON EUSKADI y EUSKADI DIRECTO dentro de la Dirección de Informativos.

SÉPTIMO.- El programa EGUN ON EUSKADI se emite de lunes

a viernes, en el segundo canal de EITB, en lengua castellana, en horario matinal, a las 8,30 horas, siendo sus bloques de contenidos habituales, esquemáticamente expresados, los siguientes: noticias varias, entrevista y tertulia o análisis. El día 27 de enero de 2011 este programa se emitió con su esquema habitual de contenidos.

OCTAVO.- El programa EUSKADI DIRECTO se emite de lunes a viernes, en el segundo canal de EITB, en lengua castellana, a las 13,30 horas, teniendo por contenido la emisión de reportajes de actualidad. El día 27 de enero de 2011 este programa se emitió siguiendo su esquema habitual, dándose por reproducida la escaleta del programa que consta como documento 5 aportado por la demandada.

NOVENO.- El día 27 de enero de 2011 EITB emitió publicidad ordinaria y de la llamada Teletienda de manera continuada entre los programas que consideró servicios esenciales. Dicha publicidad se hallaba preprogramada y su emisión se produjo de manera completamente automática, sin intervención humana directa.

DECIMO.- En anteriores jornadas de huelga EITB ha emitido publicidad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A fin de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 97.2 LPL, se significa que el relato fáctico precedente resulta de la documental aportada por ambas partes incorporada a las actuaciones así como de la testifical practicada en el juicio.

Debemos reseñar que no existe controversia sobre los hechos probados. Así, la documental practicada a instancia de todas las partes ha revelado el contenido de los servicios esenciales decretados para EITB (así consta en la Orden de 21 de enero de 2011 de la Consejera de Empleo y Asuntos Sociales, aportada a las actuaciones), y también se ha acreditado documentalmente el horario y contenido habituales de los programas litigiosos, así como los detalles de su emisión el día de la huelga general del 27 de enero de 2011.

No ha existido real discrepancia acerca de la emisión de publicidad en los términos que hemos relatado ni en el resto de extremos que hemos tenido por acreditados, acerca de los cuales la discrepancia versa sobre la interpretación jurídica que haya de darse a tales hechos en relación con la denunciada vulneración del derecho de huelga.

SEGUNDO.- EL DERECHO DE HUELGA. EL MANTENIMIENTO DE LOS SERVICIOS ESENCIALES DE LA COMUNIDAD

El artículo 28.2 de la Constitución reconoce, como derecho fundamental, "el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses" y prevé que "La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad".

El marco normativo del ejercicio de este derecho fundamental se completa con el Real-Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo, aunque matizado y ajustado al texto constitucional por la STC 11/1981, de 8 de abril, que anuló algunos de sus preceptos y fijó la interpretación constitucional correcta respecto de otros.

Esta misma STC 11/1981 se refirió a los servicios esenciales de la comunidad en los siguientes términos: "(.) el derecho de los trabajadores a defender sus intereses mediante la utilización de un instrumento de presión en el proceso de producción de bienes o servicios cede cuando con ello se ocasiona o se puede ocasionar un mal más grave que el que los huelguistas experimentarían si su reivindicación o pretensión no tuviera éxito. En la medida en que la destinataria y acreedora de tales servicios es la comunidad entera y los servicios son, al mismo tiempo, esenciales para ella, la huelga no puede imponer el sacrificio de los intereses de los destinatarios de los servicios esenciales.

El derecho de la comunidad a estas prestaciones vitales es prioritario respecto del derecho de huelga (.)". En similares términos se han pronunciado con posterioridad otras resoluciones del propio Tribunal Constitucional, entre las que cabe citar las SSTC 33/1981, de 5 de noviembre, 51/1986, de 24 de abril, 53/1986, de 5 de mayo, 27/1989, de 3 de febrero, 43/1990, de 15 de marzo, 122/1990, de 2 de julio, 123/1990, de 2 de julio, 8/1992, de 16 de enero, 148/1993 o la 183/2006, de 19 de junio.

En las mencionadas Sentencias, el Tribunal Constitucional ha destacado, en relación con el mantenimiento de los servicios esenciales, los siguientes aspectos sustanciales, que la Sala quiere recrear ahora, a los efectos de resolver la presente controversia: a) el derecho de huelga puede experimentar limitaciones o restricciones en su ejercicio derivadas de su conexión con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, aunque nunca podrán rebasar su contenido esencial, hacerlo impracticable, obstruirlo más allá de lo razonable o despojarlo de la necesaria protección, siendo una de esas limitaciones la expresamente prevista en la Constitución de la necesidad de garantizar los servicios esenciales de la comunidad; b) la noción de servicios esenciales hace referencia a la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se dirige, conectándose con los derechos fundamentales, las

libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos, poniéndose así el acento en los bienes e intereses de la persona, con la consecuencia de que, a priori, no existe ningún tipo de actividad productiva que, en sí misma, pueda ser considerado como esencial. Solo será esencial la actividad en los casos en que la satisfacción de los mencionados bienes o intereses exija el mantenimiento del servicio, y en la medida y con la intensidad que lo exija, puesto que los servicios esenciales no quedan lesionados o puestos en peligro por cualquier situación de huelga, siendo necesario examinar en cada caso las circunstancias concurrentes en la misma. En cualquier caso, la consideración de un servicio como esencial no puede suponer la supresión del derecho de huelga de los trabajadores que hubieran de prestarlo, sino la necesidad de disponer las medidas precisas para su mantenimiento o, dicho de otra forma, para asegurar la prestación de los trabajos que sean necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que satisface dicho servicio, sin que exija alcanzar el nivel de rendimiento habitual ni asegurar su funcionamiento normal; c) en la adopción de tales medidas que garanticen el mantenimiento de los servicios esenciales la autoridad gubernativa ha de ponderar la extensión territorial y personal, la duración prevista y las demás circunstancias concurrentes en la huelga, así como las concretas necesidades del servicio y la naturaleza de los derechos o bienes constitucionalmente protegidos sobre los que aquélla repercute; d) en las huelgas que se produzcan en servicios esenciales de la comunidad debe existir una razonable proporción entre los sacrificios que se impongan a los huelguistas y los que padezcan los usuarios de aquéllos. Así, si bien es cierto que las medidas han de encaminarse a garantizar mínimos indispensables para el mantenimiento de los servicios, en tanto que dicho mantenimiento no puede significar en principio que se exija alcanzar el nivel de rendimiento habitual ni asegurar el funcionamiento normal del servicio, el interés de la comunidad debe ser perturbado por la huelga sólo hasta extremos razonables. Y si la huelga ha de mantener una capacidad de presión suficiente como para lograr sus objetivos frente a la empresa, en principio destinataria del conflicto, no debe serle añadida a la misma la presión adicional del daño innecesario que sufre la propia comunidad, adicionando así a la que se ejerce sobre el empresario la que se realiza sobre los usuarios de las prestaciones de servicios públicos; e) finalmente, por lo que se refiere a la fundamentación de la decisión que impone el mantenimiento de servicios esenciales para la comunidad, 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, pesando así 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.

Por otra parte, el TC ha salvado la inexistencia de ley reguladora del derecho de huelga, razonando que ello no puede servir para adoptar actitudes de tolerancia respecto de la utilización de criterios restrictivos del ejercicio del derecho y de la laxitud de sus limitaciones establecidas por la autoridad gubernativa con base en una norma preconstitucional, el art. 10.2 Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, en el que los elementos del supuesto de hecho de la norma que permite el establecimiento de las limitaciones ni tan siquiera coinciden estrictamente con los del supuesto de hecho del art. 28.2 CE.

Así, no se cuestiona la posibilidad de limitar el ejercicio del derecho de huelga mediante la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad, en los términos expuestos, en aras a proteger el ejercicio de otros derechos fundamentales.

Esta limitación del ejercicio del derecho de huelga por la garantía de los servicios esenciales puede ser realizada, como se ha dicho, mediante la correspondiente decisión de la autoridad gubernativa que, a su vez, se halla limitada en el ejercicio de esta potestad por la imposibilidad de que las garantías en cuestión vacíen de contenido el derecho de huelga o rebasen la idea de contenido esencial, quedando sometida la potestad de decretar servicios esenciales al control de la jurisdicción y, más cualificadamente, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, por mor de lo dispuesto en el artículo 53.2 de la Constitución.

En el caso, el Gobierno Vasco, a través de su Consejera de Empleo y Asuntos Sociales dictó la Orden de 21 de enero de 2011, en la que se decretaban los servicios esenciales en diversos ámbitos, entre los cuales EITB, en los términos que más arriba se han expresado, Orden que no ha sido impugnada ante la jurisdicción contencioso-administrativa y cuyo contenido no ha sido cuestionado por las Centrales Sindicales demandantes.

TERCERO.- EL DERECHO A LA INFORMACIÓN COMO SERVICIO ESENCIAL DE LA COMUNIDAD.

El artículo 20.1.d) de la Constitución reconoce y protege el derecho "a comunicar o a recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión (.)".

Los servicios de la radiodifusión sonora y la televisión, en cuanto hacen posible la realización del derecho a la información, han sido considerados esenciales desde dos puntos de vista. En efecto, de un lado, así lo determinó en su día de manera expresa el legislador en el artículo 1.2 de la ya derogada Ley 4/1980, de 10 de enero, de Estatuto de la Radio y la Televisión, al prever que "La radiodifusión y la televisión son servicios públicos esenciales cuya titularidad corresponde al Estado". En términos similares se ha pronunciado la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal, en cuyo artículo 2 se califica nuevamente de servicio esencial el servicio público de radio y televisión del Estado. Sin embargo, el TC ha matizado mucho esta calificación al entender que se ha realizado desde una óptica distinta de la del derecho de huelga y que, en consecuencia, no puede suplir sin más y de principio la calificación del servicio como "servicio(s) esencial(es) de la comunidad", desde el prisma normativo y constitucional del derecho de huelga.

En cualquier caso, es clara la incidencia de estos concretos medios de difusión en el ejercicio de los derechos fundamentales a comunicar y recibir información veraz por cualquier medio de difusión, tal como el TC tiene razonado en la precitada STC 183/2006.

Ahora bien, es claro también que dentro de la prestación integral de estos servicios públicos esenciales, cabe distinguir un contenido esencial de otro contenido más prescindible. Así lo razonó también el TC en la indicada Sentencia, al admitir la existencia de aspectos cuyo mantenimiento debe considerarse indispensable a fin de asegurar la satisfacción del interés público afectado, junto con otros contenidos que pueden quedar suspendidos temporalmente como consecuencia de la huelga, sin merma del interés general de la comunidad.

Otro elemento que la jurisprudencia constitucional ha tomado en consideración a la hora de determinar el alcance de los servicios esenciales para garantizar el derecho a la información ha sido el del momento de ejercicio de este derecho y el del derecho de huelga, entendiendo que la articulación de ambos derechos puede perfectamente hacerse desplazando el momento temporal del ejercicio del derecho que eventualmente pudiera colisionar con el de huelga, para lo que será un factor clave el de la duración de la huelga, que deberá ser elemento inexcusable para un juicio de proporcionalidad sobre la necesidad del límite.

Fue precisamente en el marco de estas previsiones legales y jurisprudenciales en el que se dictó la incontrovertida Orden de 21 de enero de 2011 fijando los servicios esenciales a garantizar en EITB para asegurar el

derecho a la información, lo que se circunscribió únicamente a los servicios informativos diarios en su horario habitual.

CUARTO.- LA CONCRECIÓN DE LOS SERVICIOS INFORMATIVOS A EMITIR EN LA HUELGA GENERAL DEL DÍA 27 DE ENERO DE 2011.

Recientemente se ha dictado en esta Sala la sentencia de fecha 22 de febrero de 2011 (conflicto colectivo 13/10), en relación a la huelga general del día 29 de junio de 2010 y en idénticos términos al supuesto que ahora nos ocupa y que seguimos en este procedimiento por plena conformidad con la misma.

Indiscutida y firme que fue la Orden de 21 de enero de 2011 de la Consejera de Empleo y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco respecto al alcance de los servicios esenciales a garantizar por EITB y limitar la emisión a los servicios informativos diarios en su horario habitual, resta por analizar si la extensión de las emisiones de EITB en sus primer y segundo canales se adecuó y ajustó a la previsión gubernativa o se excedió de la misma, tal como entienden los demandantes, que consideran que la amplitud de las emisiones vulneró su derecho constitucional fundamental de huelga.

Para tal análisis hemos de partir necesariamente, como más arriba hemos dicho, de un punto de partida estrictamente constitucional y así remarcado de manera reiterada por el Tribunal Constitucional, que ha recordado que esta cuestión se refiere a los límites de un derecho fundamental - el de huelga -, en la que, en la relación entre el derecho y su límite posible, el criterio de interpretación debe ser el de la mayor amplitud posible del derecho y la restricción del límite a lo necesario. Así se ha expresado en las SSTC 159/1986, de 16 de diciembre; 23/1988, de 22 de febrero; 254/1988, de 21 de diciembre; 113/1989, de 22 de junio; 20/1990, de 15 de febrero; 3/1997, de 14 de febrero; 88/2003, de 19 de mayo; 195/2003, de 27 de octubre; 281/2005, de 7 de noviembre; 110/2006, de 3 de abril y 183/206, de 19 de junio.

Recordaremos también que no todo el contenido de la programación televisiva viene protegido por el ejercicio del derecho constitucional a la información, sino tan sólo la parte a través de la cual se hace efectivo ese derecho, tal como la Orden de 21 de enero de 2011 estableciendo los servicios esenciales en EITB para la huelga general del 27 de enero razonó.

Así, desde esos dos parámetros analizaremos cada una de las vulneraciones denunciadas por los demandantes en la decisión de EITB de emitir determinados programas en la fecha de referencia.

A.- LA EMISIÓN DEL PROGRAMA EGUN ON EUSKADI.

Tal como hemos reflejado en el relato de hechos probados, el programa EGUN ON EUSKADI se emite de lunes a viernes, en el segundo canal de EITB, en lengua castellana, en horario matinal, a las 8,30 horas, siendo sus bloques de contenidos habituales, esquemáticamente expresados, los siguientes: noticias varias, entrevista y tertulia o análisis. El día 27 de enero de 2011 este programa se emitió con su esquema habitual de contenidos tal y como ha declarado el Director de informativos de la cadena, D. Roberto Montalvillo.

La Orden de 21 de enero de 2011, que decretó como servicios esenciales únicamente los servicios informativos diarios en su horario habitual, razonó que la no emisión de programas informativos de contenido institucional, político o social, limitaría el ejercicio de los derechos y libertades de la ciudadanía.

El programa en cuestión no tiene, ni tuvo ese día, un contenido estricta o exclusivamente informativo, sino que se extendió a todos sus habituales espacios (información en sentido estricto, entrevista y tertulia o análisis), siendo así que tanto la entrevista como la tertulia carecen de esa cualidad de información estricta, trascendiendo la misma y resultando perfectamente prescindibles desde el punto de vista del derecho constitucional a la información. Y así la entrevista de ese día versó sobre política lingüística. Todo ello, claro está, sin perjuicio de que, en su caso, en ocasiones muy determinadas, una concreta entrevista con una determinada persona tenga un contenido informativo de primer orden, lo que no consta se hubiera producido el día de referencia.

En consecuencia, a la vista de los argumentos jurídicos anteriormente expuestos, la emisión íntegra del programa EGUN ON EUSKADI vulneró el derecho a la huelga de los demandantes, ya que no se trataba de un programa estricta o meramente informativo.

B.- LA EMISIÓN DEL PROGRAMA EUSKADI DIRECTO.

Se ha expresado más arriba, como hecho acreditado, que el programa EUSKADI DIRECTO se emite de lunes a viernes, en el segundo canal de EITB, en lengua castellana, a las 13,30 horas, teniendo por contenido la emisión de reportajes de actualidad si bien de carácter local, así como que el día 27 de enero de 2011 este programa se emitió siguiendo su esquema habitual, y así según la escaleta del programa incorporada a las actuaciones (documento 5 de la demandada) consta que ese día se emitieron reportajes sobre la SGAE, Feria BEC, consejos de ahorro energético, parques infantiles o comida ecológica, entre otros.

Es claro que este programa carece de contenido

informativo estricto y que se sitúa en el marco de programas de emisión de reportajes de actualidad, que trascienden la perentoriedad de la información diaria e inmediata. La propia página web de ETB2, que la Sala ha consultado, así lo revela, al definir este programa como "programa de reportajes de actualidad", a diferencia de otros programas que el propio ente califica de "informativos". A ello no obsta que el ente EITB incluya dentro de su organigrama este programa en la Sección de programas informativos, puesto que no es ello lo que califica su contenido, y a su contenido hemos de estar para analizar su relación con la satisfacción del derecho constitucional a la información.

No se discute, desde luego, ni la legitimidad ni la conveniencia de la emisión de programas de este u otro carácter. Lo que se discute es si el mismo era un programa informativo que se pudiera entender incluido en la determinación de los servicios esenciales decretados para EITB por el Gobierno Vasco. A esto es a lo que la Sala da respuesta negativa en el caso concreto, teniendo en cuenta que, como el propio Tribunal Constitucional ha expresado, debe advertirse, además, que no toda la programación de televisión tiene que ver con el referido derecho constitucional a la información, existiendo una gran porción de espacio de puro entretenimiento.

Espacios como el de referencia, también perfectamente prescindible desde el punto de vista del derecho a la información, ya que ninguno de sus contenidos habituales ni de los concretos del día de la huelga general en cuestión versaba sobre cuestión de interés general de carácter inmediato e inaplazable.

C.- LA EMISIÓN DE PUBLICIDAD.

Se ha dado también por acreditado que el día 27 de enero de 2011 EITB emitió publicidad ordinaria y de la llamada Teletienda de manera continuada entre los programas que consideró servicios esenciales, así como que dicha publicidad se hallaba preprogramada y que su emisión se produjo de manera completamente automática, sin intervención humana directa. También se ha probado que se eliminó ese día la publicidad que debe introducirse de forma manual, como los patrocinios dentro de los informativos.

Diversa jurisprudencia, entre las que cabe citar las SSTS de 4 de julio de 2000 - R. Cas. Ord. 75/2000 -, de 9 de diciembre de 2003 - R. Cas. Ord. 41/2003 -, de 15 de abril de 2005 - Rc. Cas. Ord. 133/2004 - ha sentado la doctrina de que no queda prohibida al empresario la utilización de medios técnicos de los que habitualmente dispone la empresa, para atenuar las consecuencias de la huelga. Se ha referido así el TS a supuestos en los que empresas de radiotelevisión han

emitido música o publicidad previamente grabada, lo que permitió la emisión de este tipo de espacios sin intervención de persona alguna, como de hecho se produce en algunas emisoras o en determinadas franjas horarias de otras.

Esa misma Sala que ahora resuelve ha dictado Sentencias en las que ha entendido que el empleo de medios técnicos para asegurar un resultado que palie las consecuencias de la huelga no es una actividad ilícita o represiva del derecho fundamental, en tanto no se utilicen trabajadores en huelga o se sustituyan por otros no huelguistas de la propia plantilla o ajenos a la empresa. Así lo hemos declarado en nuestra Sentencia de 24 de mayo de 2005 - Rec. 1025/2005 - dictada en litigio en el que se discutió, entre otras cuestiones, la emisión de publicidad por EITB en una jornada de huelga.

Ahora bien, la STC 183/2006, a la que a lo largo de la presente resolución venimos haciendo reiterada referencia, razonó al respecto desde otro punto de vista, lo que le llevó a extraer otras conclusiones. El Tribunal Constitucional argumentó, respecto a la emisión de programación pregrabada, que "de inmediato debe advertirse, además, que no toda la programación de televisión tiene que ver con el referido derecho constitucional, existiendo una gran porción de espacio de puro entretenimiento. Por ello, el resto de la plural actividad televisiva previamente grabada, desprovista de todo contenido e interés informativo, aún respaldada por un evidente interés legítimo tanto del comunicador como de los receptores, en nada concierne al derecho a comunicar y recibir información ex art. 20.1 d) CE, no invocándose en el Real Decreto impugnado ningún otro derecho o libertad constitucionalmente reconocido ni ningún bien de idéntica significación cuya preservación requiera el sacrificio del derecho de huelga para la emisión de la referida programación previamente grabada".

Asimismo, se continuó por dicha Sentencia razonando que con la emisión, dentro de los horarios habituales de difusión, de una programación previamente grabada se persigue la no interrupción del servicio de la radiodifusión sonora y de la televisión, con lo que se priva de repercusión apreciable a la huelga, sustrayéndole su virtualidad de medio de presión y de inequívoca exteriorización de los efectos del paro laboral efectivamente producido mediante la exigencia de una apariencia de normalidad del servicio, lo que resulta contrario al derecho de huelga.

Mayor razón para concluir en el mismo sentido que el TC, ya que en el caso presente, la Orden del Gobierno Vasco únicamente fijó como servicios esenciales los antedichos de los programas informativos diarios en su horario habitual, sin que la cuestión a discutir sea la de si cabe o no que una empresa utilice medios técnicos que sustituyan a las personas trabajadoras huelguistas de su plantilla, sino la de si ello

supone o no un exceso respecto de los servicios declarados esenciales y si con ello se vulnera o no el derecho de huelga.

Entendemos, pues, que dicho derecho queda vulnerado por la emisión de publicidad continuada en el contexto referido respecto de la huelga de referencia. Lo mismo cabría decirse respecto de la emisión, que en el caso no se produjo, desde luego, de programación enlatada o preprogramada mucho más variada y más dirigida al entretenimiento y formación de la ciudadanía que la publicidad ordinaria, como pudieran haber sido reportajes varios, películas, o similares y que, por idéntico razonamiento, habría de declararse no vulneradora del derecho de huelga. En este sentido, sorprende que la utilización de programación enlatada y de emisión automatizada se limite de ordinario, en ocasiones como la analizada, a la referida a publicidad o música, siendo así que la misma argumentación cabría para mantener una programación casi inalterada, al menos en apariencia, en un día de huelga.

Conclusión que entendemos excesiva, ya que el derecho de huelga no se vulnera solamente por la utilización de medios personales en sustitución de las personas en huelga, sino también, como en el presente caso, por la realización de actividades que exceden de los servicios decretados como esenciales.

Por ello, consideramos que la emisión de publicidad, en los términos indicados, vulneró el derecho de huelga de los demandantes, al exceder sobradamente de los servicios declarados esenciales.

Se alega por la parte demandante que para la emisión de los programas citados se empleó mayor número de trabajadores del que suele ser habitual, cuestión que no se ha probado pues el Director de Informativos declaró que ese día no se empleó más personal del habitual en días ordinarios de emisión y también declaró en igual sentido D. Javier Salcedo, directivo de la cadena.

QUINTO.- LAS CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE LA VULNERACIÓN DEL DERECHO DE HUELGA.

En el marco de la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales, el artículo 180.1 LPL prevé que "La sentencia declarará la existencia o no de la vulneración denunciada. En caso afirmativo y previa la declaración de nulidad radical de la conducta del empleador, asociación patronal, Administración pública o cualquier persona, entidad o corporación pública o privada, ordenará el cese inmediato del comportamiento antisindical y la reposición de la situación al momento anterior a producirse el mismo, así como la reparación de las consecuencias derivadas de acto,

incluida la indemnización que procediera (.)".

Visto que hemos estimado que la conducta de EITB, en relación a los concretos hechos enjuiciados, vulneró el derecho de huelga de los Sindicatos, procede ahora analizar las consecuencias de dicha declaración.

En primer lugar, y sin necesidad de más razonamiento, es claro que procede declarar la nulidad radical de la conducta de EITB al emitir el día 27 de enero de 2011 programación más allá de los servicios esenciales decretados en la Orden de 21 de enero de 2011 de la Consejera de Empleo y Servicios Sociales, si bien no procede declarar el cese del comportamiento contrario al derecho fundamental declarado, que ya no se está produciendo y que tuvo lugar el día de la huelga general referida.

En segundo lugar, procede la reposición de la situación al momento anterior a producirse el comportamiento contrario a derecho de EITB, a cuyo efecto, al amparo del precepto precitado, los Sindicatos demandantes solicitaron : a) el reconocimiento público, expreso, claro y manifiesto tanto a toda la plantilla de EITB como a la sociedad en general de que EITB el día 27 de enero de 2011 vulneró el derecho fundamental de huelga y libertad sindical en el sentido que se establezca en la sentencia, dando una publicidad extensa, objetiva y preferente en todos los programas que la empresa demandada consideró calificarlos "servicios informativos" el 27 de enero de 2011 y que fueron emitidos, debiendo emitirse una declaración de una duración al menos de 4 minutos continuados en cada uno de ellos, y llevándose a cabo el siguiente día jueves (sea la fecha que sea) desde la firmeza de la sentencia (sea la fecha que sea) dado que el día 27 de enero de 2011 era jueves; b) que EUSKAL TELEBISTA, S.A. (ETB), proceda a la reparación económica cuantificada en los salarios dejados de percibir por los trabajadores de la plantilla de EITB que ese día ejercitaron el derecho fundamental de huelga.

Respecto a la petición de condena al reconocimiento de la vulneración del derecho fundamental de huelga, la Sala va a estimarla. Lo haremos de manera que resulte suficiente para la reparación del daño respecto a la plantilla de EITB y para la ciudadanía general, lo que se hará mediante la lectura pública del Fallo de la presente Sentencia. Lectura que se hará como sigue: la lectura se hará en la lengua correspondiente a la emisión ordinaria en cada programa informativo de todos los canales de EITB y en cada programa de los emitidos por EITB el día 27 de enero de 2011, esto es, EGUN ON EUSKADI y EUSKADI DIRECTO; dicha lectura se hará el domingo en los programas informativos en sentido estricto, y en jueves en los programas indebidamente emitidos el día de la huelga de referencia (EGUN ON EUSKADI y EUSKADI DIRECTO), en ambos casos en la fecha más próxima a la de la

notificación de la firmeza de la presente Sentencia. La lectura se realizará del siguiente modo: a) en los titulares, entrada, carátula o similar de cada programa referido se anunciará, como primera noticia o titular, lo siguiente: "La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco ha dictado Sentencia estimando la demanda presentada por las Centrales Sindicales ELA y LAB y ha declarado que EUSKAL TELEBISTA, S.A. vulneró el derecho de huelga al emitir determinada programación el día 27 de enero de 2011, condenando a esta empresa a leer públicamente el texto que luego se dará a conocer"; b) posteriormente, finalizados los titulares o entrada, se procederá, como primera noticia del programa, a dar lectura al tenor literal del texto siguiente: "La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ha dictado Sentencia condenando a EUSKAL TELEBISTA, S.A. a la lectura del siguiente texto: En el procedimiento de demanda de tutela de derechos fundamentales número 30/2011, seguida a instancias de las Centrales Sindicales ELA y LAB, se ha dictado Sentencia en la que se estima en lo sustancial la demanda interpuesta por dichas Centrales Sindicales LAB y ELA frente a la empresa EUSKAL TELEBISTA, S.A, en materia de tutela de derechos fundamentales, y se ha declarado que la demandada EUSKAL TELEBISTA, S.A. vulneró el derecho fundamental de huelga de los demandantes en el marco de la huelga general convocada para el día 27 de enero de 2011, vulneración que se produjo al incluir en la programación de esa jornada los programas EGUN ON EUSKADI y EUSKADI DIRECTO y al emitir publicidad de manera continuada, dado que la emisión de estos programas rebasó el límite de los servicios esenciales decretados por la Orden de 21 de enero de 2011 de la Consejera de Empleo y Asuntos Sociales, que, en satisfacción del derecho fundamental a la información, había acordado que únicamente tendrían tal carácter los programas informativos diarios en su horario habitual".

La indemnización solicitada sin embargo debe ser rechazada. El artículo 181.2 LPL prevé que "Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el Juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le correspondiera al trabajador por haber sufrido discriminación, si hubiera discrepancia entre las partes (.)". En este caso se cuantifica en la cantidad de 24.515,50 euros que es el importe de salarios descontados a los trabajadores que secundaron la huelga.

No basta para fijar la indemnización que la empresa haya obtenido beneficios por la emisión de la publicidad, sino que hay que acreditar los daños y perjuicios sufridos por el Sindicato que solicita la indemnización, para lo que no existe criterio alguno en el presente litigio. El hecho de dejar de percibir el salario es la consecuencia fundamental del ejercicio del derecho fundamental de huelga sin que se haya probado que se haya irrogado algún otro perjuicio a los

trabajadores susceptible de indemización

FALLAMOS

Que estimamos en lo sustancial las demandas interpuestas por las Centrales Sindicales LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK - LAB - y EUZKO LANGILLEEN ELKARTASUNA - ELA - frente a la empresa EUSKAL TELEBISTA, S.A., en materia de tutela de derechos fundamentales, declarando que la demandada EITB vulneró el derecho fundamental de huelga de los demandantes en el marco de la huelga general convocada para el día 27 de enero de 2011 al incluir en la programación de esa jornada los programas EGUN ON EUSKADI y EUSKADI DIRECTO y al emitir publicidad de manera continuada, dado que la emisión de estos programas rebasó el límite de los servicios esenciales decretados por la Orden de 21 de enero de 2011 de la Consejera de Empleo y Asuntos Sociales, que había acordado que únicamente tendrían tal carácter los programas informativos diarios en su horario habitual.

Se declara la nulidad radical de esa conducta y se condena a la demandada EITB a proceder a la lectura del texto que luego se dirá, en los términos siguientes: la lectura se hará en la lengua correspondiente a la emisión ordinaria en cada programa informativo de todos los canales de EITB y en cada programa de los emitidos por EITB el día 27 de enero de 2011, esto es, EGUN ON EUSKADI y EUSKADI DIRECTO; dicha lectura se hará el domingo en los programas informativos en sentido estricto, y el jueves en los programas indebidamente emitidos el día de la huelga de referencia (EGUN ON EUSKADI y EUSKADI DIRECTO), en ambos casos en la fecha más próxima a la de la notificación de la firmeza de la presente Sentencia. La lectura se realizará el siguiente modo: a) en los titulares, entrada, carátula o similar de cada programa referido se anunciará, como primera noticia o titular, lo siguiente: "La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco ha dictado Sentencia estimando la demanda presentada por las Centrales Sindicales ELA y LAB y ha declarado que EUSKAL TELEBISTA, S.A. vulneró el derecho de huelga al emitir determinada programación el día 27 de enero de 2011, condenando a esta empresa a leer públicamente el texto que luego se dará a conocer"; b) posteriormente, finalizados los titulares o entrada, se procederá, como primera noticia del programa, a dar lectura al tenor literal del texto siguiente: "La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ha dictado Sentencia condenando a EUSKAL TELEBISTA, S.A. a la lectura del siguiente texto: En el procedimiento de demanda de tutela de derechos fundamentales número 30/2011, seguida a instancias de las Centrales Sindicales ELA y LAB, se ha dictado Sentencia en la que se estima en lo sustancial la demanda interpuesta por dichas Centrales Sindicales LAB y

ELA frente a la empresa EUSKAL TELEBISTA, S.A, en materia de tutela de derechos fundamentales, y se ha declarado que la demandada EUSKAL TELEBISTA, S.A. vulneró el derecho fundamental de huelga de los demandantes en el marco de la huelga general convocada para el día 27 de enero de 2011, vulneración que se produjo al incluir en la programación de esa jornada los programas EGUN ON EUSKADI y EUSKADI DIRECTO y al emitir publicidad de manera continuada, dado que la emisión de estos programas rebasó el límite de los servicios esenciales decretados por la Orden de 21 de enero de 2011 de la Consejera de Empleo y Asuntos Sociales, que, en satisfacción del derecho fundamental a la información, había acordado que únicamente tendrían tal carácter los programas informativos diarios en su horario habitual".

Se absuelve a la demandada del resto de pretensiones.

Notifíquese la presente Resolución a las partes litigantes y al Ministerio Fiscal, a las que se advierte que podrán impugnar esta Sentencia presentando en esta Sala, dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación, el escrito de preparación del Recurso de Casación ordinario previsto en el art. 206 LPL, compareciendo en dicho plazo o manifestándolo así al notificarse dicha resolución.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.
E/

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Iltmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe **recurso de casación ordinario** que podrá plantearse en el plazo de 10 días hábiles siguientes al de su notificación. Se considerará preparado por la mera manifestación de la parte o por su representante, al ser notificada la sentencia, o bien mediante comparecencia ante esta Sala o por escrito presentado ante la misma.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia**, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un depósito de 300 euros.

Los ingresos a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del grupo Banesto (Banco Español de Crédito), o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del grupo Banesto (Banco Español de Crédito), se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-0030/11.

B) Si se efectúan a través de tranferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número 0030-1846-42-0005001274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-0030/11.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del regimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.