

**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.

