

A LA DIRECCIÓN DE TRABAJO EL GOBIERNO VASCO

- D. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
- D. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
- D. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
- D. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
- D. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
- D. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
- D. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
- D. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
- D. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
- D. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

todos ellos con domicilio en Bilbao, calle Lersundi nº 9, 1º, en nombre y representación del Comité de Huelga del Sindicato AMIREUS (Asociación de Médicos Internos Residentes de Euskadi) según consta en escrito de preaviso de huelga presentado en esta Dirección el 23 de Abril de 2007, ante la misma comparecen y, como mejor proceda en Derecho, **DICEN:**

Que con fecha de 23 de Abril de 2007 el sindicato AMIREUS convocó a los MIR (médicos internos residentes) de Euskadi a la huelga. Se adjuntan como **documentos nº 1 y 2** convocatoria remitida al empresario (Osakidetza) y al Departamento de Trabajo del Gobierno Vasco, en la que constan tanto los apartados de reivindicaciones como la cualidad de los dicentes.

Que por medio del presente escrito y en la representación que ostentan quieren denunciar prácticas del Servicio Vasco de Salud – Osakidetza absolutamente contrarias al derecho a la negociación, al derecho a la huelga y a otros derechos de los trabajadores, prácticas que se detallan en los siguientes

HECHOS y FUNDAMENTOS

PRIMERO.- HUELGA DE LOS MIR.

Es muy importante significar que en dicha huelga no se acordaron servicios mínimos por la autoridad competente dado que el colectivo en huelga es un colectivo en formación que en todo caso debe estar absoluta y totalmente supervisado en su trabajo por personal con categoría de médico adjunto. Tan es así que de no estar garantizada la presencia de suficientes médicos adjuntos no se reconocería al centro hospitalario la capacidad docente y no se le autorizaría para tener MIR.

SEGUNDO.- NEGATIVA DEL EMPRESARIO A NEGOCIAR

Las negociaciones se han llevado a cabo mediante distintas reuniones en las que las partes han ido acercando posturas (bien es cierto que a base de una cesión mucho mayor por parte de los huelguistas) hasta que en fecha de 11 de mayo de 2007 el empresario ha trasladado al Comité de Huelga, mediante nota de prensa (que se adjunta **como documento nº 3**), su negativa absoluta a la negociación y a la resolución del conflicto laboral.

El motivo que esgrime para tal acto contrario a la buena fe comercial es la manifestación que el Sindicato AMIREUS convocó para el 11 de Mayo (se adjunta copia de la nota de prensa de Osakidetza). Según el empresario (que es una administración pública), AMIREUS pretendió incidir con su manifestación en la campaña electoral lo que le sirve como excusa para negarse a negociar en absoluto.

En primer lugar debe decirse que nunca el ejercicio de un derecho (en este caso el de manifestación) puede ser excusa para amparar semejante exhibición de mala fe comercial concretada en negarse a negociar con la otra parte en conflicto.

Pero, sobre todo, el empresario miente. La autorización para la manifestación fue solicitada en su día por AMIREUS con carácter urgente justamente para no hacerla coincidir en lo posible con la campaña electoral (se adjunta como **documento nº 4** copia de la solicitud en la que se ha destacado el párrafo en el que consta expresamente la voluntad de los solicitantes de no incidir en la campaña).

TERCERO.- ACTOS DEL EMPRESARIO CONTRARIOS AL DERECHO DE HUELGA

1.- ESQUIROLAJE INTERNO Y COACCIONES SOBRE EL PERSONAL QUE NO ESTÁ EN HUELGA (MÉDICOS ADJUNTOS).

Es sabida la limitación del empresario, en orden a su capacidad de organización, determinada por la imposibilidad legal de poner a trabajadores de otras categorías a realizar trabajos de los huelguistas, especialmente si se trata de poner a trabajadores de categoría superior a hacer el trabajo de los huelguistas de categoría laboral inferior.

Puede decirse a este respecto que los tribunales están roncacos de decir lo que con más o menos fortuna se ha expresado por esta parte, siendo **numerosas las Sentencias que establecen que no cabe la sustitución de un trabajador en huelga por otro, para realizar el trabajo que realiza el trabajador huelguista.**

Así, la Sentencia del **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL** de 28 de septiembre de 1992 establece

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Un cierto día, cuya determinación es superflua en este momento y en una cierta empresa, los trabajadores fijos discontinuos, directamente afectos a las labores de producción, convocaron una huelga en tiempo y forma, huelga legal por tanto y la llevaron a efecto, sin que a ella se adhiriera el personal fijo de plantilla, constituido por directores y administrativos. Estos, voluntariamente y a instancia de los órganos gestores de la Compañía Envasadora, sustituyeron a los trabajadores en los puestos desocupados, cuya categoría era inferior a la propia. Tal es el presupuesto de hecho esquemático que delimita la cuestión en litigio. Se trata, en suma, de averiguar si la situación interna arriba descrita, que en apariencia es legal, pudiera haber devenido contraria a la Constitución, por quebrantar el derecho fundamental configurado en su art. 28. La tensión dialéctica se produce así en dos sectores. Por una parte entre una interpretación literal y otra finalista de las normas, que a su vez refleja algo más profundo, la distonía de la libertad de empresa y la protección del trabajador. Una y otra perspectivas están en el umbral de la Constitución, que califica como «social» al Estado de Derecho en ella diseñado y sitúa la libertad en el lugar preeminente de los principios que la conforman.

2. En tal sentido conviene saber como premisa mayor del razonamiento qué sea la huelga y cuál su función social, aspectos ambos que constituyen con otros el sustrato y a la vez la justificación de su consideración como derecho fundamental, sin que pueda llamarse definición es útil no obstante el apunte descriptivo contenido en el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, donde se nos dice algo obvio y es que consiste en el cese de la prestación de servicios por los trabajadores afectados, sin ocupación por ellos del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias (art. 7.º, 1). **Esa paralización parcial o total del proceso productivo se convierte así en un instrumento de presión respecto de la empresa, para equilibrar en situaciones límite 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.**

En este diseño, **el Real Decreto-ley mencionado** más arriba **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, según enseña la Real Academia de la Lengua en su diccionario. **Esto explica que se prohíba al empresario, mientras dura la huelga, la sustitución de los huelguistas por trabajadores que no estuvieran vinculados a la empresa en el momento de ser convocada** (art. 7.5 Real Decreto-ley 17/1977). El reverso represivo coincide casi a la letra con el texto más arriba transcrito y así la Ley 8/1988, de 7 de abril ([RCL 1988\780](#)), donde se configura la potestad sancionadora en la materia tipifica como infracción muy grave, en su art. 8.10, «los actos del empresario lesivos del derecho de huelga de los trabajadores consistentes en la sustitución de los trabajadores por otros no vinculados al centro de trabajo al tiempo de su ejercicio, salvo en los casos justificados por el ordenamiento».

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. Esto es lo que en definitiva han dicho y hecho no sólo la Administración, sino también, y sobre todo, el extinguido Tribunal Central de Trabajo en la Sentencia que es objeto de este proceso. Sin olvidar el riesgo que entraña en sí misma cualquier argumentación a contrario por su esencial ambigüedad, conviene traer a colación que ha sido rechazada con entera convicción por el Tribunal Supremo en dos Sentencias [23 y 24 de octubre de 1989 ([RJ 1989\7533](#) y [RJ 1989\7422](#))] a las cuales tendremos ocasión de aludir más adelante.

3. Por otra parte, existen normas en este sector del ordenamiento jurídico donde se configura una facultad del empresario para la movilidad interna del personal, unas veces vertical y otra horizontal. En tal sentido, el Estatuto de los Trabajadores le permite destinar a cualquiera para realizar tareas correspondientes a categoría inferior a la suya bien que por necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva y por el tiempo imprescindible (art. 23.4), facultad prevista además en el art. 26 del Convenio Colectivo del sector, donde se autoriza el empleo de trabajadores fijos en tareas distintas. La movilidad funcional hacia arriba se contempla también más adelante, mientras que la geográfica -traslado con cambio de residencia o desplazamiento temporal- se delimita a seguido (arts. 39 y 40 ET).

Estos aspectos de la potestad directiva del empresario 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 laboral, al margen de cualquier conflicto. Por ello puede afirmarse que **están en la fisiología de esa relación jurídica, no en su patología.** La existencia de tales normas que, en principio, parecen configurar el reverso del rechazo de la sustitución externa en caso de huelga, ratificando positivamente el resultado de la interpretación *a contrario sensu*, tampoco ofrecen una solución inequívoca, para cuyo hallazgo se hace necesaria la ponderación de los intereses en pugna a la luz de los principios constitucionales respectivos.

4. En un tal planteamiento hay que volver la vista atrás para colocar en su sitio una serie de conceptos que al principio quedaron esbozados y cuyo desarrollo se encuentra en nuestra Sentencia de 8 de abril de 1981. **La huelga, que como hecho consiste en la cesación o paro en el trabajo, es un derecho subjetivo del trabajador que simultáneamente se configura como un derecho fundamental constitucionalmente consagrado, en coherencia con la idea del Estado social y democrático de Derecho.** «Entre otras significaciones tiene la de legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes», como instrumento de presión constitucionalmente reconocido «que la experiencia secular ha mostrado ser necesario para la afirmación de los intereses de los

trabajadores en los conflictos socioeconómicos, conflictos que el Estado social no puede excluir, pero a los que sí puede y debe proporcionar los adecuados cauces institucionales».

Como cualquier otro derecho, el de huelga ha de moverse dentro de un perímetro que marcan, por una parte, su conexión o su oposición respecto de otros derechos con asiento en la Constitución, más o menos intensamente protegidos y, por la otra, los límites cuyo establecimiento se deja a la Ley, siempre que en ningún caso se llegue a negar o menoscabar su contenido esencial. Este, en principio, consiste en la cesación del trabajo en cualquiera de sus manifestaciones, núcleo que implica a su vez la facultad de declararse en huelga, estableciendo su causa, motivo y fin y la de elegir la modalidad que se considera más idónea al respecto, dentro de los tipos aceptados legalmente. En tal contexto también resulta esencial la consecución de una cierta eficacia, como indica nuestra STC 41/1984.

5.El derecho de huelga, que hemos calificado ya como subjetivo por su contenido y fundamental por su configuración constitucional, **goza además de una singular preeminencia por su más intensa protección.** En efecto, la Constitución reconoce en su art. 37 el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo, pero desgaja de este marco general una de ellas, la huelga, para colocarlo en lugar preferente, el art. 28, confiriéndole -como a todos los de su grupo- una mayor consistencia que se refleja en el mayor rango exigible para la Ley que lo regule y en la más completa tutela jurisdiccional, con un cauce procesal *ad hoc* en la vía judicial ordinaria y el recurso de amparo ante nosotros (arts. 53, 81 y 161 CE).

La preeminencia de este derecho produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial. Tal sucede con la potestad directiva del empresario, regulada en el art. 20 del Estatuto de los Trabajadores, de la cual son emanación las facultades que le permiten una movilidad del personal, ascensional e incluso peyorativa en su dimensión vertical y temporal como regla en la horizontal, en caso de necesidad y como medidas de carácter excepcional casi siempre. Ahora bien, el ejercicio de tal facultad cuando se utiliza como instrumento para privar de efectividad a la huelga, mediante la colocación de personal cualificado (en algún caso, con título universitario) en puestos de trabajo con una calificación mínima, deja inermes a los trabajadores manuales cuya sustitución es fácil y puede privarles materialmente de un derecho fundamental, vaciando su contenido esencial. Aquí entra en juego el concepto de lo «social» que significa una acción tuitiva del más débil o desvalido cuando surge un conflicto en el cual la prepotencia del contrario le haría siempre ser el perdedor, para conseguir así la igualdad real y efectiva de individuos y grupos, a la cual encamina el art. 9.º de la Constitución y, con ella, la justicia.

En definitiva, **la sustitución interna**, en el supuesto que ahora y aquí nos ocupa, **constituye el ejercicio abusivo de un derecho que en principio corresponde al empresario, el *ius variandi*, con una posibilidad de novación contractual, desde el momento en que su potestad de dirección se maneja con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico** y en una situación conflictiva, no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo. En tal sentido, atenta al recíproco deber de lealtad y buena fe que perdura durante la huelga, como dijo el Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 de octubre de 1989 (Sala de lo Social) donde se consideró inviable la sustitución de marineros huelguistas por otra tripulación formada con trabajadores vinculados a la naviera mediante contratos anteriores al conflicto, pero de otros buques. **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 de conflicto colectivo que legitima el art. 37 de la Constitución.

FALLO

En atención a lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido:

Estimar el recurso y, en su virtud, otorgar el amparo solicitado por el Comité de Empresa de la Compañía «Envasadora Loreto, Sociedad Anónima», formado por María José Luque González, Concepción Ruiz Calero, Manuel Carmona Ruiz, María Trinidad Márquez Marín, María Inés García López, Manuel Rodríguez Romero, José Calero Capitán, Manuel Martín Quirós, Antonio Cabrera Correa, Manuel Franco Ortiz y Juan Antonio Carrasco González, reconociendo el derecho de huelga y su pretensión de considerar ilícita la medida de sustitución de los trabajadores en huelga por quienes no la secundaron, llevada a efecto por la empresa.

Otros muchos pronunciamientos judiciales que abundan en lo anterior son por ejemplo la **STSJ Andalucía, Sevilla, núm. 1840/2000 (Sala de lo Social), de 23 mayo, esta con la particularidad de tratarse exactamente del mismo caso que nos ocupa, por lo que nos permitimos transcribirla a continuación:**

Resumen: HUELGA: lesión del derecho: contratación de facultativos eventuales para suplir a MIR en huelga; indemnización procedente.

TERCERO 1. Es cierto que el MIR no es personal estatutario ni de plantilla de los centros sanitarios de la Seguridad Social; pero no lo es que no sea trabajador del hospital donde presta servicios, pues según su específica normativa -[Orden de 28-7-1971 \(RCL 1971, 1483, 1648 y NDL 27308\)](#), [Real Decreto 127/1984, de 11 de enero \(RCL 1984, 278, 542 y ApNDL 8828\)](#), cláusula 2ª del contrato- y reiterada jurisprudencia, la naturaleza de la relación que une a los MIR con el INSALUD o servicios autonómicos de Salud es la propia del contrato de trabajo que, no obstante sus características peculiares, se rige por lo dispuesto en dicho contrato (en tanto no vulnere norma superior, [sentencias del Tribunal Supremo de 29-11-1984 \[RJ 1984, 5914\]](#), [25-11-1985 \[RJ 1985, 5849\]](#), [31-7-1991 \[RJ 1991, 6413\]](#); seguidas por esta Sala de 21-1-1997), Estatuto de los Trabajadores y normativa laboral ordinaria, y sólo por vía de remisión expresa la estatutaria.

2. En cuanto a que no se trata propiamente de huelga en sentido técnico y legal porque no va dirigida contra el empleador reivindicando mejorar condiciones laborales, sino contra decisiones gubernamentales, a las que es del todo ajeno el Hospital y organismo demandado que no tiene en su mano satisfacer el interés de los huelguistas, baste decir que ya el Tribunal Supremo, con motivo de la huelga general convocada por los trabajadores en reacción a la [Ley 26/1985, de 20 de junio \(RCL 1985, 1907; RCL 1986, 839 y ApNDL 12754\)](#), que agravó las condiciones o requisitos para generar derecho a las pensiones de vejez e invalidez, declaró que, no obstante de tratarse de huelga no dirigida contra las empresas sino contra el Gobierno del Estado, debía reputarse como huelga legal y no política, al defender intereses profesionales de los huelguistas.

3. Se argumenta finalmente que la medida adoptada por el organismo demandado de contratar temporalmente Médicos para sustituir a los huelguistas fue debida a la circunstancia de no haberse fijado por éstos los servicios mínimos y ser imposible dejar desatendido un servicio esencial para la comunidad. A ello debemos responder que la

causa de no señalarse servicios mínimos no fue imputable a los huelguistas sino que -según el hecho probado sexto- fue la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Trabajo de la Junta de Andalucía quien comunicó a la Dirección del Hospital que no procedía la fijación de servicios mínimos. Según se desprende del folio 30 tal criterio se apoyaba en doctrina del Tribunal Supremo (sentencia de 16-11-1993 de la Sala 3ª) que en síntesis venía a decir que si bien el MIR, de acuerdo con la normativa que le es propia, colaborará en las tareas asistenciales del Hospital que le sean encomendadas por el Jefe de Servicio, dicha colaboración tiene un carácter meramente instrumental en cuanto dirigida a su formación especializada, pero nunca con el fin de cubrir una eventual, previsible o prevista carencia asistencial existente en los diversos centros sanitarios, ni suplir las funciones asistenciales que competen a los médicos que integran la plantilla del mismo, que debe ser suficiente para cubrir sus necesidades asistenciales, de donde se deriva que la huelga de los MIR no requiera el establecimiento de servicios mínimos, al no tener otras consecuencias que las meramente docentes y formativas.

Si el organismo demandado, partiendo del criterio expuesto, ni fija servicios mínimos ni trae nuevo personal para cubrir las ausencias de los MIR en huelga porque teóricamente no serían precisos, hubiera aplicado adecuadamente el criterio jurisprudencial expuesto; pero, por el contrario actuó con manifiesta incongruencia al partir del presupuesto de que la huelga de los MIR no precisaba de servicios mínimos y no obstante contratar interina o eventualmente a Médicos con experiencia en Urgencias o con Master en Medicina de Urgencia para sustituir a aquellos MIR en huelga, a la vez que suspendía todos los permisos concedidos en el servicio afectado.

Tales hechos ponen de manifiesto de forma evidente la dicotomía existente entre teoría y realidad pues como con frase feliz declara la sentencia recurrida es una palmaria realidad social que el llamado sistema MIR de especialización no sólo cumple una función formativa de futuros especialistas sino que suple las tradicionales carencias estructurales de nuestro sistema sanitario; quiérese con ello decir que el sistema sanitario público español a la vez que con sus medios personales y materiales ayuda a formar nuevos especialistas se aprovecha sustanciosamente de la actividad desarrollada por éstos hasta el extremo de reducir la plantilla que teóricamente sería precisa de no contar con los servicios de los MIR.

Como el organismo demandado actuó contrariando los razonamientos expuestos vulneró el derecho fundamental reivindicado, como con acierto declarase la sentencia recurrida que, en este extremo hemos de confirmar, previa desestimación del recurso formulado por el Servicio Andaluz de Salud.

CUARTO También en motivo único articulan los actores su recurso, al amparo del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, para denunciar infracción del artículo 180 de dicha Ley en relación con el artículo 15 de la [Ley Orgánica de Libertad Sindical \(RCL 1985, 1980 y ApNDL 13091\)](#), alegando que la fijación en una peseta de la indemnización pedida «implica una burla del derecho que tienen los actores, a ser reparados de las consecuencias del acto ilícito, sobre todo teniendo en cuenta que nunca se va a poder restaurar la situación al momento anterior».

La cuestión de si la estimación de una demanda de tutela del derecho de libertad sindical debe de ir acompañada necesariamente de una indemnización (con el presupuesto de haber sido pedida) o si por el contrario ésta sólo procede cuando realmente se acrediten o deduzcan daños económicos e incluso morales con reflejo patrimonial, ha sido resuelta por la más moderna doctrina jurisprudencial en este último sentido. Sentado ello, el tema más complejo es determinar el «quantum» indemnizatorio en donde, como criterio general, rige el principio de la libre ponderación en atención a todas las circunstancias concurrentes, ponderación que en principio viene atribuida al juzgador de instancia si bien a la Sala (o Tribunal Superior) se le

reserva la facultad de revisar aquella cuando la fijada resulte manifiestamente desproporcionada. Desproporción que se observa en la simbólica de una peseta de la sentencia recurrida, pues sin desconocer las razones que se apuntan -no intencionabilidad del acto ilícito, esencialidad de la prestación de los servicios sanitarios y no ir dirigida contra el Hospital por actuaciones irregulares de éste- no cabe duda que el organismo demandado contratando a terceros para sustituir a los huelguistas dejó sin eficacia la medida de presión que legítimamente éstos perseguían dejando, según frase conocida, vacío de contenido este derecho fundamental de huelga, lo que sin duda suponen un perjuicio al que debe añadirse los gastos derivados del seguimiento de este proceso en instancia y suplicación. Razones que aconsejan elevar la indemnización a favor del sindicato actuante a 500.000 pesetas.

FALLAMOS

Con desestimación del recurso de suplicación formulado por el Servicio Andaluz de Salud y con estimación parcial del interpuesto por la parte demandante revocamos la sentencia recurrida en el único sentido de que la indemnización a que se condena al organismo demandado en favor de los actores se eleva a 500.000 pesetas (**quinientas mil pesetas**); ratificándose en todo lo demás dicha sentencia.

También la más reciente

STSJ Comunidad Valenciana núm. 1794/2004 (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 4 de junio de 2004

O también la

STSJ Cataluña núm. 2643/2004 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 31 marzo de 2004, que expresó que

Por su parte, la Sala en la [sentencia referida por el recurrente de 16 de abril de 2002 \(AS 2002, 1847\)](#) , señala: «(...) En cuanto a la sustitución de trabajadores huelguistas, habrá de recordarse que el art. 6.5 del [Real Decreto Ley 17/77, de 4 de marzo \(RCL 1977, 490\)](#) , sobre relaciones de trabajo establece que en tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma salvo caso de incumplimiento de las obligaciones relativas a servicios de seguridad y mantenimiento, previsión que ningún reproche mereció en la [sentencia del Tribunal Constitucional 11/81, de 8.4.81 \(RTC 1981, 11\)](#) , donde ya quedaba clara la prohibición del llamado "esquirolaje externo"; posteriormente el propio Tribunal Constitucional tuvo ocasión de analizar el supuesto de una empresa en la que los trabajadores fijos discontinuos, directamente afectos a las labores de producción, convocaron una huelga en tiempo y forma, sin que a ella se adhiriera el personal fijo de plantilla, constituido por directores y administrativos. Éstos, voluntariamente y a instancia de los órganos gestores de la Compañía sustituyeron a los trabajadores en los puestos desocupados, cuya **«categoría»** era inferior a la propia. La [sentencia que resolvió la cuestión dictada el 28 de septiembre de 1992, núm. 123/1992 \(RTC 1992, 123\)](#) , Recurso de Amparo núm. 301/1989, finalizó otorgando el amparo solicitado por el Comité de Empresa por entender que 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 de conflicto colectivo que legitima el art. 37 de la [Constitución \(RCL 1978, 2836\)](#)(...).

Por su parte la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en [Sentencia de 8 de mayo de 1995 \(RJ 1995, 3752\)](#), tuvo ocasión de estudiar un supuesto de "sustitución interna" también declarado ilícito. Se trataba de un supuesto en que tras la convocatoria sindical de huelga en la empresa RENFE, en todo el territorio de España, los días 18, 20, 22, 25, 27 y 29 de enero de 1993, consistente en paros parciales a razón de una hora por turno, entre las 4 y las 5 horas, las 9 y las 10 horas y las 21 y las 22 de los antes citados días, **la empresa, durante la realización de estos paros parciales realizó en el ámbito de todo el territorio nacional diversas sustituciones de trabajadores en huelga por otros que no secundaron el paro convocado, con capacidad análoga o superior a la de los sustituidos que prestaban sus servicios en el mismo centro de trabajo en que se realizó la sustitución, perteneciendo a la empresa con mucha antelación a la fecha de la huelga; declara el Tribunal que tales hechos constituyen un ejercicio abusivo de la facultad empresarial de dirección.**

(...) La doctrina allí sentada, en síntesis, se puede reunir en que **LA SUSTITUCIÓN INTERNA, EN CASO COMO EL DE AUTOS, CONSTITUYE EL EJERCICIO ABUSIVO DE UN DERECHO** que en principio corresponde al empresario, el "ius variando", con una posibilidad de novación contractual, desde el momento en que su potestad de dirección [artículo 20 ET \(RCL 1995, 997\)](#) se maneja con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico y en una situación conflictiva, no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa **sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo, atentando en tal sentido al recíproco deber de lealtad y buena fe que perdura durante la huelga (...)**».

En dicho supuesto, como queda dicho, la sustitución «interna» se maneja para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo, con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico; cual no sucede en el supuesto examinado; y sin que el traslado de la correspondencia acumulada a otro centro, comporte la infracción denunciada.

Pues bien, sentado lo anterior debemos decir ahora que de forma absoluta y totalmente ilegal el empresario está obligando a trabajadores de superior categoría a realizar las labores de los trabajadores huelguistas.

Hay que **recalcar que el esquirolaje no es voluntad de los trabajadores sino forzado por el empresario**, que llega incluso a decir a los trabajadores que si se niegan les abrirá expediente disciplinario.

Aun que los casos son muy numerosos, relatamos algunos y adjuntamos alguna documentación acreditativa.

- En el Hospital de Galdakao, en el que hay una sola rueda con turno de médicos adjuntos de guardia, el Director Médico Sr. Guajardo Remacha ha obligado a organizar otra rueda adicional de especialistas de guardia con categoría de adjunto para realizar la labor de los médicos en huelga que, no se olvide, tienen categoría de MIR. SE adjunta **documento nº 5** acreditativo de lo expuesto, en el que sin ambages se reconoce por el empresario que los trabajadores harán el trabajo por la huelga.

- En la primera semana de Mayo, en el Hospital de Basurto de Bilbao el Director Médico Sr. Guerra reunió a unos trabajadores con categoría de Médico Adjunto y les ordenó comenzar una rueda de guardia para cubrir las de los residentes, con indicación expresa de abrirles expediente si se negaban a cumplir la orden. La elección de trabajadores fue aleatoria y no tiene ninguna lógica que no sea la de la precariedad en el empleo de los elegidos por el Director Médico. Aun hoy la rueda sigue haciéndose.
- En el hospital de Cruces ocurre otro tanto, con presiones sobre trabajadores de determinados servicios (como ginecología) por parte de la Dirección de Personal para que cubran trabajos de los huelguistas.

Llamamos la atención en este punto sobre un párrafo de la sentencia 1840/2000 ya citada y parcialmente transcrita del TSJ de Andalucía con sede en Sevilla, de fecha 23 de Mayo de 2000, en el que se acierta de forma plena con el relato exacto de lo que ocurre en realidad hoy en día en el sistema sanitario público al respecto de los MIR. Dicho párrafo explica así la dicotomía realidad-legalidad:

Tales hechos ponen de manifiesto de forma evidente la dicotomía existente entre teoría y realidad pues como con frase feliz declara la sentencia recurrida es una palmaria realidad social que el llamado sistema MIR de especialización no sólo cumple una función formativa de futuros especialistas sino que suple las tradicionales carencias estructurales de nuestro sistema sanitario; quiérese con ello decir que el sistema sanitario público español a la vez que con sus medios personales y materiales ayuda a formar nuevos especialistas se aprovecha sustanciosamente de la actividad desarrollada por éstos hasta el extremo de reducir la plantilla que teóricamente sería precisa de no contar con los servicios de los MIR.

Se puede decir más alto, pero no más claro.

NO CABE SUSTITUIR A un trabajador huelguista por otro, pero NO EXISTIENDO, ni debiendo existir, SERVICIOS MÍNIMOS PARA LOS M.I.R. POR SER PERSONAL EN FORMACIÓN, MENOS AUN CABE SUSTITUIR A ESTOS POR OTROS MÉDICOS DE SUPERIOR CATEGORÍA PARA REALIZAR UNA LABOR ASISTENCIAL QUE REALIZAN AQUELLOS.

2.- COACCIONES y REPRESALIAS SOBRE EL PERSONAL EN HUELGA

Al poco tiempo de iniciarse la huelga, distintos cargos Directivos al servicios del empresario hicieron saber a los huelguistas que la huelga les constaría la denegación de todo permiso que pidieran.

Es muy importante significar que **hasta ahora y en lo que va de año no se ha denegado ningún permiso a los MIR.**

Pues bien. El empresario ha cumplido su amenaza y no solo está denegando los permisos que se piden sino que incluso se ha atrevido a prohibir que se tome permiso quien ya lo tenía concedido.

A modo de ejemplo de denegación aportamos **documento nº 6** acreditativo, con el compromiso de aportar otros más a medida que consigamos hacernos con ellos.

Con el fin de que este que aportamos pueda ser complementado, **rogamos a la autoridad laboral que solicite al empresario cualquier denegación de permiso de un MIR de ese mismo hospital fechada con anterioridad a Mayo de 2007.** Verá que no existen; que se hace ahora por haberse declarado en huelga.

Podemos relatar también que un residente de la especialidad de Medicina Familiar y Comunitaria que trabaja en el Hospital de Basurto (FDMA) tenía concedido ya un permiso por la Jefatura de Docencia para un congreso en que además participaba como ponente porque su trabajo había sido seleccionado por su calidad. En el momento de salir de congreso se le ordenó que se abstuviera de ir por el responsable de recursos humanos del Hospital. Ponemos su testimonio a disposición de la autoridad laboral.

En el Hospital de Galdakao se ha manifestado a los huelguistas que en tanto permanezcan en huelga quedan sus pendientes sus permisos para cursos y en el de Txagorritxu se les ha dicho (también por los responsables de RRHH) que les van ser denegados todos con motivo de la su huelga.

Debe recordarse que no hay motivo asistencial que justifique tan ilegal proceder y represalias pues, de un lado, los MIR no hacen huelga por la mañana (comienza a las 15 horas con lo que por las mañanas trabaja todo el mundo) y por otro lado no tienen que hacer servicios mínimos por estar la asistencia suficientemente dotada de ordinario sin ellos.

3.- OTROS ACTOS ILEGALES DEL EMPRESARIO.

El empresario realiza otros actos que conviene poner en conocimiento de esa autoridad puesto que también inciden de forma muy directa en el derecho a la huelga de los trabajadores huelguistas.

3.1.- Así por ejemplo, y más allá del derecho de cada uno a ofrecer a los medios de comunicación su versión de las cosas y hechos, en el presente caso **Osakidetza ha mentido oficialmente y en todos los medios al respecto de la negociación** afirmando que los huelguistas ***no han aceptado un aumento del 23% en el sueldo fijo*** (además de otros aumentos en el importe de las horas de guardia). Así consta destacado en negrita en la nota de prensa que como **documento nº 3** se adjunta.

La afirmación referente al sueldo fijo es una manifiesta falsedad. Nunca se ha pedido tal por este sindicato y nunca se ha ofrecido de adverso, centrándose las discrepancias entre las partes única y exclusivamente en el precio de la hora de guardia.

El empresario falta a la verdad, a sabiendas, y en aspectos de la mayor importancia **con la única intención de lograr que LA OPINIÓN PÚBLICA SE POSICIONE EN CONTRA DE LOS HUEGUISTAS**, forzando a estos a finalizar la huelga y renunciar a su derecho a ella.

3.2.- Nos consta igualmente que fuerza a los huelguistas a realizar labores en las peores condiciones de trabajo en los períodos en los que no están de huelga (de 8 de la mañana a 15 de la tarde), por ejemplo obligándoles a pasar planta (hacer asistencia sanitaria hospitalaria de revisión de pacientes ingresados en el hospital) sin ninguna supervisión de especialista. Esto es, de hecho, otro efecto ilegal del esquirolaje interno denunciado más arriba. En efecto, al obligarse a los especialistas a hacer la labor del MIR huelguista en las guardias, al día siguiente el especialista libra obligatoriamente, de forma que no está para realizar la labor de pasar planta que debería hacer junto con el MIR, quedando éste solo y sin especialista que le supervise.

Se adjunta **documento nº 7** acreditativo en el que consta la presencia única de residente (R) para pasar planta en el hospital de Galadakao el día 8 de Mayo.

El especialista a quien le tocaba hacer planta esa mañana tiene su nombre tachado porque fue obligado a hacer guardia la noche anterior (ver **documento nº 5**, nombre que figura de guardia el día 7 de mayo de 2007).

Esto, además, es un acto contrario a los derechos del propio paciente que cree ser atendido por especialista cuando no es así, siendo solo el médico

Por todo lo expuesto,

SOLICITO A LA DIRECCIÓN DE TRABAJO DEL GOBIERNO VASCO que habiendo por presentado este escrito con los documentos adjuntos proceda a la apertura de expediente y, previa comprobación de los extremos relatados, dicte resolución por la que

- se inste a Osakidetza a deponer su actitud contraria a la negociación con los huelguistas y a cumplir su obligación de negociar;
- se inste a Osakidetza a cesar en la realización de actos contrarios al derecho de huelga y a los derechos de los trabajadores, e igualmente la inste a respetar los derechos de los trabajadores, tanto los de los huelguistas como los de los no huelguistas.

Por ser de Justicia que se pide en Bilbao, a 14 de Mayo de 2007