

Marco normativo del derecho de huelga.

Distorsiones de la huelga: la negación de la autonomía sindical.

Titularidad y ejercicio del derecho de huelga.

La huelga como procedimiento.

Huelgas generales, huelgas políticas y servicios esenciales para la comunidad.

Los servicios esenciales de la comunidad como límite externo fundamental del derecho de huelga.

Garantías formales y materiales que rodean el acto de imposición de un servicio mínimo.

Una recapitulación sobre las determinaciones de la jurisprudencia constitucional sobre la esencialidad del servicio y el servicio mínimo y su incidencia en la jurisprudencia ordinaria.

Autoridad gubernativa y responsabilidad política en la huelga en servicios esenciales.

La problemática del control jurisdiccional.

Los efectos de la huelga de servicios esenciales sobre la relación individual.

Las medidas subsidiarias, residuales o excepcionales.

Anexo I. La regulación del derecho de huelga en los servicios esenciales en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. Consideraciones generales.

Anexo II. Disposiciones sobre servicios mínimos en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha durante el periodo comprendido entre 1 de junio de 2012 y 30 de noviembre de 2016.

Anexo III. Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo contencioso administrativo, en materia de servicios mínimos, dictadas durante los años 2012-2016.



LA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS ESENCIALES Y SERVICIOS MÍNIMOS EN CASO DE HUELGA

(LA SITUACIÓN EN CASTILLA-LA MANCHA)

Antonio Baylos Grau

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la UCLM

**LA REGULACIÓN DE LOS
SERVICIOS ESENCIALES Y
SERVICIOS MÍNIMOS EN CASO
DE HUELGA
(LA SITUACIÓN EN CASTILLA-LA MANCHA)**

Antonio Baylos Grau

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la UCLM

Este trabajo ha sido elaborado a instancia de Comisiones Obreras de Castilla-La Mancha, enmarcado en el plan de trabajo del Consejo de Relaciones Laborales de Castilla-La Mancha, en su condición de órgano de diálogo social, concertación y participación entre sindicatos, organizaciones empresariales y Administración autonómica.

Primera edición: diciembre 2016

© Editorial Bomarzo S.L.
c/ Dionisio Guardiola 1, 4º
02002 Albacete (España)
editorialbomarzo@ono.com
www.editorialbomarzo.es

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita del titular del "Copyright", bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler.

Impreso en España.

ISBN: 978-84-16608-59-1

D.L.: AB 599-2016

Diseño: Javier Hidalgo Romero.

Maquetación: Juan Gómez Rubio.

Imprime: Publicep

ÍNDICE

Introducción.....	7
Capítulo 1. Marco normativo del derecho de huelga.....	9
1. La regulación del derecho de huelga en España: una cierta anomalía	9
2. Contextos y fenómenos recientes sobre la regulación del derecho de huelga en España	12
Capítulo 2. Distorsiones de la huelga: la negación de la autonomía sindical	23
Capítulo 3. Titularidad y ejercicio del derecho de huelga	31
Capítulo 4. La huelga como procedimiento	37
1. Declaración de huelga.....	37
2. Comunicación de la huelga: el preaviso de huelga	42
3. La formación de un comité de huelga	45
Capítulo 5. Huelgas generales, huelgas políticas y servicios esenciales para la comunidad	49
Capítulo 6. Los servicios esenciales de la comunidad como límite externo fundamental del derecho de huelga	53
1. La transformación de la noción legal en la cláusula de la esencialidad definida por la jurisprudencia constitucional	53
2. La concreción de la esencialidad del servicio por las disposiciones del gobierno.....	58
3. El intento de delimitación legal de una regulación constitucional del derecho de huelga en los servicios esenciales	62
4. La regulación fuera del marco constitucional de la seguridad privada como servicio esencial para la comunidad.....	66
Capítulo 7. Garantías formales y materiales que rodean el acto de imposición de un servicio mínimo.....	69
1. Garantías materiales.....	69

2. Garantías formales.....	73
3. La instancia pública imparcial.....	75
 Capítulo 8. Una recapitulación sobre las determinaciones de la jurisprudencia constitucional sobre la esencialidad del servicio y el servicio mínimo y su incidencia en la jurisprudencia ordinaria	79
 Capítulo 9. Autoridad gubernativa y responsabilidad política en la huelga en servicios esenciales	87
 Capítulo 10. La problemática del control jurisdiccional	97
 Capítulo 11. Los efectos de la huelga de servicios esenciales sobre la relación individual	101
1. Efectos de la huelga legal	101
2. Efectos de la huelga ilegal	103
3. El incumplimiento de los servicios mínimos	105
 Capítulo 12. Las medidas subsidiarias, residuales o excepcionales	109
1. Carácter residual de otras técnicas: el arbitraje obligatorio que pone fin a la huelga	109
2. La solución de excepción al conflicto: la declaración del estado de alarma	110
3. La sustitución de huelguistas como medida subsidiaria.....	111
 Anexo I. La regulación del derecho de huelga en los servicios esenciales en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. Consideraciones generales	117
 Anexo II. Disposiciones sobre servicios mínimos en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha durante el periodo comprendido entre 1 de junio de 2012 y 30 de noviembre de 2016	125
 Anexo III. Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo contencioso administrativo, en materia de servicios mínimos, dictadas durante los años 2012-2016	137

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende analizar el cuadro regulador resultante de una situación anómala, la del derecho de huelga. Reconocido en el art. 28.2 CE, es una norma preconstitucional, el DLRT de 1977, la que desarrolla el derecho reconocido constitucionalmente, si bien oportunamente depurada por la STC 11/1981 y por una larga serie de sentencias posteriores. La jurisprudencia constitucional ha suplido la inactividad del legislador ante la dificultad política del desarrollo legislativo del art. 28.2 de la Constitución, y se puede hablar de un marco de referencia relativamente sólido respecto del derecho de huelga en general en donde el impulso regulador del TC ha resultado decisivo. La situación es más insatisfactoria en lo que constituye el límite explícito al derecho de huelga que establece el precepto constitucional, los servicios esenciales de la comunidad. La referencia al art. 10.2 DLRT como norma-eje sobre la que gira, a partir de la propia doctrina constitucional, la regulación del derecho de huelga en los servicios esenciales, ha generado una copiosa regulación administrativa y un aluvión de sentencias y de problemas.

Es por tanto muy interesante efectuar un estudio que tenga como objeto la regulación concreta del derecho de huelga en los servicios esenciales, que encuadre la actuación de la “autoridad de gobierno”, el concepto de servicios esenciales y los criterios para la determinación de los mínimos de actividad a mantener durante la huelga, los llamados servicios mínimos, los requisitos específicos que requiere el ejercicio del derecho de huelga en este sector, las prácticas que se están aposentando en el mismo y, en fin, los efectos de estas técnicas de regulación y la garantía judicial del derecho de los huelguistas. Se pretende realizar un diagnóstico y una prescripción de esta materia, analizando no sólo las numerosas y compactas aportaciones doctrinales al respecto, privilegiando lógicamente las más recientes, sino el conjunto de la obra interpretativa del Tri-

bunal Constitucional y la forma en la que esta jurisprudencia ha sido recogida –ya adelantamos que posiblemente no de forma muy correcta– por la jurisprudencia de los tribunales ordinarios, señaladamente el Tribunal Supremo en sus salas de lo contencioso y también la de lo social. El resultado final permite establecer un punto de partida seguro para usuarios, autoridades públicas y sindicatos en el inicio y desarrollo de una huelga en un servicio esencial de la comunidad.

Junto a ello, como anexo de la obra, se examina una recopilación exhaustiva de las normas de ejecución del art. 10.2 DLRT en materia de huelga en los servicios esenciales en la comunidad autónoma de Castilla-La Mancha, junto con la jurisprudencia del TSJ CLM sobre esta materia que resulta de mayor interés en el arco de tiempo de los cinco últimos años (2011-2015).

MARCO NORMATIVO DEL DERECHO DE HUELGA

1. LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE HUELGA EN ESPAÑA: UNA CIERTA ANOMALÍA

Puede resultar reiterativo hablar de la anomalía española sobre la regulación del derecho de huelga. Aunque se podrían encontrar paralelismos con la situación italiana e incluso la francesa sobre las incoherencias y dificultades del desarrollo del programa constitucional en los derechos sindicales y en el reconocimiento del principio de autotutela colectiva, el caso español es muy especial. Declarado el derecho de huelga de los trabajadores en la Constitución española de 1978, el texto que aún hoy es la referencia legislativa adecuada sigue siendo el Real Decreto-Ley 17/977 de Relaciones de trabajo (DLRT en adelante). Esta complicada relación entre el pasado no democrático y el contenido concreto y actual de un derecho fundamental que goza de la máxima protección en el nuevo ordenamiento constitucional democrático de 1978, es aceptada como un elemento connatural a nuestro ordenamiento jurídico, aunque genera ciertas perplejidades a quienes lo estudian por primera vez, como puede atestiguar fácilmente quien lo explique en las aulas. Pero es sin duda un símbolo muy apreciable de los problemas políticos que afronta la constitución democrática en relación con la transición del franquismo, que hasta su última disposición pre-agónica –el Decreto Ley de 22 de mayo de 1975– mantuvo un rotundo rechazo del conflicto social, una actitud claramente hostil frente a las medidas de presión colectivas marcadas por la reivindicación clasista y una represión extensa del hecho sindical y de sus protagonistas.

Es muy correcto afirmar, en efecto, que el DLRT “sintetizaba todas las contradicciones de la transición política”, procediendo a la “negación normativa” de la huelga como derecho, inmerso en un importante “déficit de legitimidad democrática” que acompañó a “aquel breve pero intenso período de nuestra historia reciente”¹. La Constitución de 1978 por el contrario, sitúa estratégicamente el derecho de huelga como un derecho fundamental al que da autonomía y sustantividad propia separándolo del reconocimiento de la libertad de acción sindical.

La recomposición del contenido y alcance del derecho de acción colectiva reconocido a los trabajadores para la defensa de sus intereses en un “modelo democrático de relaciones laborales”² lo debería efectuar una ley orgánica, tal como prometía el precepto constitucional. Pero los tiempos políticos no eran propicios para este desarrollo constitucional, puesto que a los poderes económicos y a los poderes públicos les convenía mantener la vigencia de una norma esencialmente represiva y reductora aun al precio de su inaplicación práctica en numerosos conflictos, mientras que los sindicatos cuestionaban la legitimidad democrática de ese texto normativo pero sin poder articular una sólida alternativa de autorregulación unilateral del derecho, dificultada por la división sindical que se consolidó a partir de 1979. De esta manera, la aplicación del DLRT por empresarios y gobiernos se derivó hacia el control jurisdiccional de estas medidas como forma de reacción de los sujetos colectivos, poniendo en marcha un proceso de judicialización como forma prioritaria de regulación del derecho que haría de constituir a la postre su característica más relevante.

La constitución y el funcionamiento del Tribunal Constitucional acentuaron esa tendencia. No sólo porque, en general, se puede decir que en materia de huelga “la jurisprudencia constitucional ha suplido la inactividad del legislador”³, sino porque la impugnación

¹ M^a. E. CASAS BAAMONDE, “Prólogo” a *Legislación de Huelga*, (notas e índices de M^a E. CASAS, A. BAYLOS y J. APARICIO), Tecnos, Madrid, 1992 p. 13.

² Que era la expresión que sintetizaba la proyección del cambio constitucional en las relaciones laborales. Cfr. M. RODRÍGUEZ PIÑERO, “Un modelo democrático de relaciones laborales” en A. MARTÍN VALVERDE (Dir.), *Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1978.

³ M^a. E. CASAS BAAMONDE, “Jurisprudencia constitucional y relaciones labo-

del DLRT como norma incurra en la disposición derogatoria de la Constitución obligó al TC a realizar una primera aproximación a las interpretaciones abiertas del cuadro de derechos fundamentales que provocaban la necesidad de nuevas y posteriores matizaciones o puestas a punto en sucesivos pronunciamientos jurisdiccionales. En la que sería la sentencia de referencia en la definición del contenido y alcance del derecho de huelga, la STC 11/1981, de 8 de abril, es sin embargo patente el peso que tiene la estructura y el dispositivo restrictivo y reduccionista de la huelga de la que la decisión del TC parte, sin perjuicio de las matizaciones y desmentidos que efectúa respecto del texto legal pre-constitucional. Con el pie forzado del DLRT como patrón de medida, la STC 11/1981 asume en sus consideraciones una buena parte de las contradicciones y antinomias de la confrontación de la huelga con su consideración puramente contractual-privatista de una parte o como acto de hostilidad antiestatal que el poder público debe restringir en razón de la preservación del interés general y la continuidad de los servicios públicos.

De esta forma, por una parte, la “recuperación” del DLRT por la jurisprudencia constitucional permitió que “se diluyera” una gran parte de los objetivos y funciones de éste⁴, y esta orientación “depuradora” habría de ser posteriormente precisada, desplegada y evolucionada en nuevos y sucesivos fallos, de especial trascendencia, durante los años 80 fundamentalmente. Pero de otra parte, ese “cuerpo” de doctrina constitucional no sólo cubría las “deficiencias normativas” del DLRT⁵ sino que construía categorías propias superpuestas a las que presentaba este texto legal, no del todo confrontadas con aquel. Tal “desviación” en el origen será especialmente relevante en lo que se refiere al área de los llamados servicios esenciales para la comunidad, reconducidos en la práctica administrativa y reglamentaria a los servicios públicos sin más, como se comentará más adelante. Por el contrario, el espacio abierto por la jurisprudencia constitucional en el campo de las acciones colectivas en las relaciones laborales del sector privado ha permitido una

rales”, en A.V. SEMPÈRE, (Dir) y R. MARTÍN (Coord), *El modelo social en la Constitución de 1978*, MTAS, Madrid, 1978, p. 1509.

⁴ M^a. E. CASAS BAAMONDE, “Prólogo”, cit., p. 14.

⁵ M^a. E. CASAS BAAMONDE, “Prólogo”...cit., p. 16.

mayor amplitud a las condiciones de ejercicio del derecho de huelga. Uno y otro campo de actuación, finalmente, se desenvuelven de espaldas a las posibilidades de autorregulación sindical de la huelga, que no son consideradas como elementos condicionantes de la argumentación jurídico-constitucional.

2. CONTEXTOS Y FENÓMENOS RECIENTES SOBRE LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE HUELGA EN ESPAÑA

La crisis que se ha desplegado a partir del 2008 por las economías de los países desarrollados y que desde 2010 afecta de manera especial a la Unión Europea y en concreto a los países con un fuerte endeudamiento público causado por al sostenimiento de un sistema financiero plenamente incapaz de cumplir sus funciones de financiación y canalización del crédito, ha sido abordada mediante políticas de “austeridad” que recortan el gasto social, restringen el espacio de actividad del empleo público y proceden a una “reforma estructural” de los elementos institucionales del derecho del trabajo y del poder sindical en términos drásticos⁶. Naturalmente este tipo de decisiones de los poderes públicos provocaron reacciones sindicales muy contrarias que se plasmaron en alta conflictividad laboral en varias fases.

El conflicto se expresa normalmente a partir del instrumento de la huelga como manifestación de la contestación y de la resistencia a tales medidas degradatorias de derechos. Es fundamentalmente una huelga contra los poderes públicos, lo que en nuestra tradición legislativa se conoce como huelga socio-política, que se entiende plenamente integrada en la noción constitucional de huelga a través de la determinación genérica de los intereses de los trabajadores “en cuanto tales” como los susceptibles de ser activados a través del derecho de huelga⁷. Pero esta forma de presión requiere el mante-

⁶ La literatura especializada sobre los efectos laborales y sociales de la crisis es inmensa. En el campo del iuslaboralismo se suele confundir con los análisis de las sucesivas reformas de la legislación laboral a partir de 2010 hasta hoy. En este sentido, el primer trabajo que aborda el tema con esta perspectiva crítica es el de A. GUAMAN. y H. ILLUECA, *El huracán neoliberal. Una reforma laboral contra el trabajo.*, Fundación CEPS /Editorial Sequitur, Madrid, 2012.

⁷ Es un dato incontestable a partir de la interpretación judicial, en esta ocasión de la jurisprudencia ordinaria utilizando la argumentación de la STC 11/1981

nimiento de una relación bilateral con las autoridades de gobierno, una interlocución que se concrete en un proceso de intercambios y de cesiones. Por tanto en el momento actual la huelga como instrumento de presión colectiva en la crisis resulta más problemática que en momentos anteriores. La situación actual se aparta de experiencias previas del conflicto socio-político en España.

Quizá pueda decirse que la consideración de la huelga como forma de obtener reivindicaciones laborales o sociales o al menos de resistir a las que se pretenden imponer, se ha encontrado en horas bajas. Ello tiene que ver con algo que se ha puesto de manifiesto en un intenso debate que en ámbitos sindicales se ha venido desarrollando sobre la eficacia de las acciones colectivas y sindicales como condición de legitimidad del sujeto sindical. El debate se basa fundamentalmente en considerar que la eficacia sindical, su capacidad para obtener resultados tangibles para los trabajadores y trabajadoras como “barómetro de su utilidad”, debe considerarse la clave de su legitimidad social, la influencia que demuestra al “involucrar” a los trabajadores en una acción que obtenga resultados favorables o correctos a través del conflicto y del acuerdo como resultado del poder contractual del mismo⁸.

Este es un punto doliente. En los procesos de reformas estructurales que ha exigido la gobernanza económico-monetary europea tal como han sido llevados a cabo primero por el gobierno socialista y a continuación por el del Partido Popular, la respuesta ciudadana en España se ha canalizado a través de la convocatoria sindical de varias huelgas generales, como se sabe. Esto implica que el sindicalismo reivindicaba mediante este instrumento, la huelga general, su

sobre la huelga de solidaridad. Por el contrario en ésta sentencia el tema de la huelga política aparece desarrollado confusamente en relación con las medidas de presión de trabajadores autónomos y no asalariados. Hay que esperar a la STC 36/1993 para ver confirmada esta elaboración por la jurisprudencia constitucional. Un estudio monográfico sobre la huelga política y sus manifestaciones en España, lamentablemente todavía no publicado es el de E. GASCO GARCÍA, “Política de la huelga y huelga política en el ordenamiento jurídico español”, Tesis doctoral leída en la Universidad Castilla-La Mancha el 16 de julio de 2004.

⁸ Ello sin perjuicio de considerar el caso español, a efectos estadísticos, como un ejemplo de altas tasas de conflictividad en el conjunto de los países europeos. Cfr. la información estadística que publica el Instituto Sindical de Estudios, <http://www.etui.org/Topics/Trade-union-renewal-and-mobilisation/Strikes-in-Europe-infographic>.

rol de interlocución política. Un rol revalorizado al no estar acompañados los sindicatos por fuerzas políticas influyentes, reducidas por el contrario a una posición secundaria en el terreno institucional, irrelevantes a partir del bipartidismo en el plano electoral, y un tanto al margen de la catalización social del movimiento ciudadano y asambleario del 15-M. Un panorama que sin embargo habría de modificarse de manera progresiva en el plano político a partir de las elecciones europeas del 2014 hasta diciembre del 2015.

La serie temporal es conocida. Tras la primera de las huelgas generales sindicales de septiembre del 2010 contra la primera de las reformas laborales de la crisis⁹, la respuesta del gobierno permitió abrir un proceso de reconocimiento mutuo de interlocución junto con el empresariado, que dio lugar al Acuerdo sobre la reforma de las pensiones y otros compromisos incumplidos¹⁰, y que tuvo un alto coste para los sindicatos en términos de desafección social. La consideración del “sindicalismo oficialista” como uno de los sujetos que no representaban a los ciudadanos en las discusiones del movimiento asambleario del 15-M fue una consecuencia de esa percepción negativa por una parte de los participantes en las movilizaciones sociales del resultado de la interlocución sindical con el poder público.

⁹ Sobre el contenido de la reforma tal como se percibió nada más publicarse como norma de urgencia, luego convertida en Ley justo antes de la realización de la huelga general, cfr. J. LÓPEZ GANDÍA “La reforma laboral de 2010 y la evolución del derecho del trabajo: otra vuelta de tuerca”, *Revista de Derecho Social* n° 51, (2010) pp. 243 ss. y J. UXO GONZÁLEZ), “La reforma laboral y la estrategia de política económica en España”, *Revista de Derecho Social* n° 51, (2010) pp. 255 ss.

¹⁰ Una visión explicativa sobre el Acuerdo para la reforma de las pensiones, en L. COLLADO GARCÍA, “Reflexiones sobre el acuerdo de pensiones”, *Revista de Derecho Social* n° 52, (2010), pp. 215 ss. La tregua entre poder público y sindicalismo confederal duró poco, puesto que tras la carta del Banco Central al presidente del gobierno español y el llamado Pacto del euro, se procedió a una reforma de la negociación colectiva extremadamente cuestionada por el movimiento sindical y por una parte importante de la doctrina laboralista. Sobre esta reforma fallida, sustituida por la que llevó a cabo el RDL 3/2012, hay aproximaciones diversas. Cfr. J. CRUZ VILLALÓN, “Acordes y desacordes de dos reformas de la negociación colectiva: España e Italia”, *Revista de Derecho Social* n° 56, (2011), pp. 11-20, R. ESCUDERO RODRÍGUEZ “Dos reformas trenzadas de la negociación colectiva: la ley 35/2010 y el RDL 7/2011”, *Relaciones Laborales* vol. 2, (2011), pp. 425-470.; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Las reformas de la negociación colectiva. Perspectiva general”, en J. GORELLI y I. MARIN (Coords), *El nuevo derecho de la negociación colectiva*, Tecnos, Madrid, 2012, pp. 5 ss.

A partir de ahí sucedieron muchas cosas, desde el Congreso de Atenas de la CES en donde se inicia la consideración realmente europea de una acción sindical coordinada contra las políticas de austeridad¹¹, hasta los intentos de recomposición y de diálogo entre el sindicalismo, los movimientos ciudadanos –de cuya colaboración nace la “cumbre social”– y el movimiento social emblemáticamente representado por el 15-M, pero que posteriormente encontraría expresiones organizativas de lucha más concreta, como las llevadas a cabo por el derecho a la vivienda por la PAH y las mareas ciudadanas que expresaban una profunda reivindicación de servicios públicos en materia de sanidad y educación, y en las que el sindicalismo tenía una fuerte presencia, especialmente en esta última, como se puso de manifiesto con la huelga general de la enseñanza de 24 de octubre de 2013.

El empleo de la huelga general resultó particularmente intenso durante el año 2012. La huelga del 29 de marzo del 2012 tuvo un amplio seguimiento ciudadano, y la convocada conjuntamente en varios países del sur de Europa el 14 de noviembre de 2012, logró aún mayores consensos en el campo del trabajo asalariado, que los sindicatos cifraron en nueve millones de huelguistas, y que fue seguida de impresionantes manifestaciones en Madrid y en Barcelona y en las capitales de provincia españolas. Este proceso de convergencias dinámicas en una presencia social compartida, conoció movilizaciones espectaculares desplegadas en prácticamente la mayoría de las ciudades importantes del país, o concentraciones impresionantes como la marcha de los mineros a Madrid, en julio del 2012, recibidos de noche en la capital y acompañados por una multitud a la mañana siguiente a lo largo del paseo de la Castellana. Es decir, que el arraigo y la influencia sindical en la movilización popular ha sido muy importante, y la visibilidad de la protesta muy potente, expresada en la presencia ciudadana en las calles y plazas del país, mientras que ha sido más discutida y combatida su capacidad de alteración la normalidad productiva mediante la cesación y alteración del trabajo a nivel del Estado español. De hecho a lo largo del 2013, el movimiento sindical ha preferido recurrir a las manifestaciones en las calles, como la que organizó con éxito,

¹¹ A. BAYLOS, ¿Para qué sirve un sindicato? Instrucciones de uso. La Catarata, Madrid., 2012, pp. 62 ss.

también en el contexto de una jornada de acción europea, el 23 de noviembre de 2013, y los fenómenos huelguísticos se concentraron en sectores y empresas concretas, desde la huelga de la limpieza de Madrid o Alcorcón o el muy instructivo proceso de movilización y conflicto de Coca-Cola.

Simultáneamente, en el terreno electoral las posiciones alternativas y contrarias a las políticas de austeridad y los recortes sociales no obtuvieron respuesta, ni en el nivel autonómico ni en el nivel estatal, sin que la movilización social y sindical demostrara tener capacidad de incidencia ante el vendaval mayoritario del PP a partir del 2011. El proceso de recomposición del bloque social alternativo en el que el sindicalismo confederal tenía una capacidad de impulso y de dirección mucho más evidente que la que él mismo dejaba entrever, se fue realizando por tanto sin acompañamiento político correlativo, ante la imposibilidad de que este proyecto de resistencia colectiva fuera compatible con un planteamiento *bipartisan* de la política económica. La acción institucional de gobierno se ha ejercido desde las victorias electorales del 2011 hasta las primeras elecciones generales de diciembre de 2015 de forma exclusiva y excluyente por el PP, sometiendo los puntos clave de la estructura de control de la actuación de gobierno a su orientación directa e imposibilitando cualquier tipo de participación política o ciudadana que pudiera mitigar o suavizar la determinación de su proyecto involucionista antidemocrático.

Posiblemente el sujeto sindical ha sido el que más ha sufrido la desconexión democrática del gobierno central y de los clónicos gobiernos autonómicos, en especial los muy emblemáticos de Madrid, Valencia y Castilla-La Mancha. El rol institucional de los sindicatos no sólo es reconocido por la Constitución en su artículo 7, sino que las pautas de conducta continuadas a partir de los años 80 hacían que los poderes públicos mantuvieran una relación permanente de consultas y de diálogo con los interlocutores sociales¹². Esta prác-

¹² La relevancia del diálogo social como forma de gobierno de las relaciones laborales y sus múltiples manifestaciones ha sido una característica central del sistema democrático de relaciones laborales. Con respecto a las primeras manifestaciones del pacto social, cfr. N. MORENO VIDA *Los pactos sociales en el Derecho del Trabajo*, Universidad de Granada, Granada, 1989. En cuanto a su imbricación en un esquema de pluralismo social y de centralidad de la negociación colectiva en la regulación de las relaciones laborales, F. VALDÉS DAL RE, "El derecho a la negociación

tica de gobierno se rompió de manera completa con la llegada al poder del PP en noviembre del 2011. Las sucesivas huelgas generales que el sindicalismo confederal ha ido convocando frente a las reformas laborales emprendidas por el gobierno, no han abierto ningún espacio de interlocución. Y no han sido comprendidas por el gobierno como una condición de legitimidad de su actuación regulativa, como reivindicación de un momento de participación exigida por las reglas democráticas. Al contrario, sólo han recibido una consideración negativa, como un obstáculo a la labor del gobierno, un condicionamiento a la política de “manos libres” para afrontar la crisis. En efecto, la huelga general se ha interpretado por el poder político como un acto socialmente inconveniente, económicamente temerario y políticamente reprehensible. Afecta a los servicios esenciales de la comunidad y supone, en sus prácticas concretas, un atentado a la “libertad de trabajo”. Este es el discurso sobre el conflicto.

Desde el punto de vista de la movilización, cada huelga general convocada ha obtenido mayor participación, pero la eficacia sindical es prácticamente inexistente si se interpreta como capacidad para obtener resultados apreciables en el corto o medio plazo para las relaciones laborales. No obstante conviene poner de relieve que esa capacidad de agregación del disenso que ha tenido la huelga general, junto con la presencia combativa del sindicato en empresas y ramas de producción, ha sido valorado por parte de los poderes económicos y sus guardianes políticos como una forma de entorpecer el programa de degradación de derechos laborales que implica un peligro real de futuro si se afianza y se extiende, y en consecuencia se ha desencadenado una impresionante campaña mediática de difamaciones, agresiones y descalificaciones contra los sindicatos, en un esfuerzo sin precedentes por deslegitimar a estos sujetos colectivos que ha dado sus frutos en términos de opinión pública. Posiblemente se trata de un ataque eficaz porque les

colectiva: del intervencionismo autoritario al pluralismo social”, en *Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996, pp. 71 ss. La relación entre concertación social y reforma del mercado de trabajo es posiblemente el ejemplo más recurrente de la importancia de este método de gobierno de las relaciones laborales. Cfr. F. VALDÉS DAL RE “Concertación social y mercado de trabajo”, *Relaciones Laborales*, Vol. 1, (2006) pp. 129-140.

debilita socialmente¹³. Además se han abierto las vías autoritarias de una represión gubernativa a través de la llamada Ley de Seguridad ciudadana, pero también el Ministerio fiscal a instancia del gobierno ha llevado a cabo una incriminación penal en masa de sindicalistas por participar en los piquetes de las huelgas generales de 2010 y 2012¹⁴.

De manera que para el sindicalismo el recurso a la huelga general resulta ser un instrumento complicado para poner en marcha por la complejidad organizativa que conlleva, costoso en términos personales y materiales, que debe prever asimismo el mantenimiento de prestaciones mínimas necesarias en una amplia serie de actividades y servicios que el poder público define como esenciales, y que pese a este esfuerzo, no consigue su objetivo de “abrir” un proceso de renegociación de las medidas frente a las que se opone. Pero además y fundamentalmente, el sindicalismo confederal percibe que la visibilidad del conflicto es muy reducida aunque paradójicamente la participación de los trabajadores en estas acciones de conflicto haya aumentado y sea muy significativa, puesto que muy pocas organizaciones sociales son capaces de implicar a una horquilla que va entre cinco y nueve millones de trabajadores en una huelga y su desarrollo concreto –en especial en la huelga general de noviembre del 2012– en el espacio de los barrios y de la ciudad ha sido muy original y productivo al imbricarse con los movimientos ciudadanos y sociales.

Una apreciación contradictoria que hace que cuantos más trabajadores se suman a las convocatorias de huelga y cuanto más éstas refuerzan su anclaje en los espacios urbanos coordinadamente con las protestas ciudadanas, menos se considera posible repetir y fortalecer el nivel de participación alcanzado en el conflicto, y el esfuerzo necesario para su organización y desarrollo resulta desproporcionado y excesivo en relación con los resultados obtenidos

¹³ En general, A. BAYLOS, *¿Para qué sirve un sindicato? Instrucciones de uso ... cit.*, pp. 99 ss.

¹⁴ Cfr. Editorial “Modelo neoautoritario, represión penal y derechos de los trabajadores”, *Revista de Derecho Social* n° 73 (2016), pp. 7 y ss, y, en el mismo número de dicha revista, J. TERRADILLOS BASOCO, “De la huelga como derecho al piquete como delito. A propósito de la sentencia sobre el caso ‘los 8 de Airbus’”, pp. 217 ss.

en términos de legitimidad social y de opinión pública, sin que por otra parte la repercusión que estos hechos han tenido en amplias partes de la conciencia ciudadana se pueda aprovechar en el espacio laboral, porque se traslade al político-electoral como sin duda ha sucedido en nuestro país a partir de las elecciones europeas de 2014.

Y ello no sólo por la negación consciente de la huelga y de su eficacia por parte de la mayoría de los medios de comunicación “oficiales”, o por la preservación y fomento en una parte de la opinión pública de los vestigios ideológicos franquistas, sino porque la huelga no altera las normas de consumo de la gran mayoría de los ciudadanos ni es capaz de incidir sobre sectores de actividad que expresan la “normalidad” de la vida social, como el comercio, la hostelería, los bancos, a la vez que otras prestaciones sociales centrales como los transportes o las comunicaciones no se paralizan sobre la base del cumplimiento de servicios mínimos. La huelga general no impide sacar dinero, comprar en la tienda, tomar un café, llamar por teléfono. Aunque haya muchos trabajadores que no vayan a trabajar a la sucursal bancaria, a la cocina del hotel o a la sede de telefónica móviles. Este es el nudo de la cuestión. Fijados los estereotipos de la huelga general en la gran huelga popular y ciudadana del 14 de diciembre de 1988, el término de comparación hace que cualquier huelga que no logre alterar o impedir la normalidad social y los patrones de consumo, es insuficiente y no pasa de ser un acto ritual de defensa de clase sin capacidad real de expresar un poder de negociación general, representativo en términos políticos.

Este es por tanto un problema sindical pero ante todo es un problema político. Hace referencia a la (in)utilidad del derecho democrático fundamental de huelga en un tiempo de crisis económica extensa porque no paraliza ni altera sustancialmente las actividades que definen la vida ordinaria a través del consumo y la comunicación, ni por otra parte logra intimidar a sus antagonistas, fundamentalmente el poder público y el empresariado. Si el derecho de huelga no sirve, no es eficaz como medio de participación democrática y de autotutela de la situación subalterna de los trabajadores, los derechos del trabajo derivados no se aplican porque no hay la capacidad de presión o de respuesta que se prevé institucionalmente como condición de funcionamiento de un sistema de derechos.

Lo importante no es la reacción del poder público ignorando el significado y la función de este derecho, sino la percepción del mismo por parte de una gran parte de la opinión pública, entre ellos los propios trabajadores, como un esfuerzo colosal pero inútil.

Esta percepción pública ha influido en el movimiento sindical. Posiblemente por ello ha habido en el sindicalismo confederal una no declarada decisión de prescindir de la huelga general como forma de reacción inmediata a las sucesivas medidas del gobierno que prosiguen en su escalada anti-laboral. A partir del año 2013 y durante el 2014, la contestación sindical ha discurrido por el campo ciudadano, la presencia visible en las calles de miles de personas, junto con acciones de huelga centradas en conflictos de sector o de empresas que han conseguido en muchos casos éxitos importantes en la solución específica del conflicto planteado favorables a los trabajadores. En el campo de lo general, el interés sindical parece desplazarse hacia las protestas ciudadanas que se expresan en el tejido urbano, en especial las manifestaciones y concentraciones masivas. En ese deslizamiento pesa seguramente el convencimiento sindical de que una nueva huelga general convocada puede tener menos adhesión que la última de las efectuadas contra la reforma laboral del PP, lo que en efecto es bastante verosímil. A partir de 2015, además, la primacía de lo político-electoral ha venido reemplazando una buena parte de la atención ciudadana, y por tanto también de los sindicatos que intervinieron en ese debate buscando la permeabilidad de sus propuestas y modos de enfocar el marco regulador y las reglas de funcionamiento del sistema de relaciones laborales.

Sin embargo, es posible defender que la degradación de esos derechos, la contracción del estado social¹⁵, requieren una respuesta que no sólo se despliegue en el nivel de la protesta ciudadana, sino de la específica resistencia de los trabajadores y de las trabajadoras como clase social estructurada en torno al trabajo que es reducido a puro componente económico, reduciendo su valor político y destruyendo los derechos básicos, individuales y colectivos, que de él

¹⁵ Es la expresión bajo la cual se quiere hacer alusión a la política de fuertes recortes sociales y de contención del gasto público sobre la base del equilibrio presupuestario que se han ido poniendo en marcha a partir de las políticas de austeridad europeas. Cfr. A. BAYLOS, "La contracción del Estado Social". *Revista de Derecho Social* n° 63, (2013), pp. 9 ss.

derivan. Es decir, que es conveniente encontrar una combinatoria entre acciones de resistencia y de protesta ciudadana y el ejercicio del derecho fundamental de huelga como medio de participación democrática en defensa de los intereses de las personas que trabajan. Aunque esta conclusión requiere nuevos enfoques. Si la huelga general tiene las dificultades que se han enumerado, resulta necesario buscar nuevas expresiones de la presencia reivindicativa general del sindicalismo y su poder contractual como interlocutor político¹⁶.

Pero la huelga en la crisis no sólo se concreta en sus objetivos socio-políticos como forma de alterar y orientar un diseño legislativo y una política social. Tiene otros espacios en los que se despliega y en los que su función y eficacia se manifiesta abiertamente. Para un jurista, la forma de enfocar esta materia reposa necesariamente en una consideración del hecho regulativo, al que sin embargo hay que enlazar siempre la apreciación del momento colectivo de la huelga como un hecho pre-normativo. El apartado siguiente de este trabajo pretende reflexionar sobre esta tensión entre lo regulativo heterónimo del derecho de huelga y su raíz y fundamento autónomos, que se extrema en situaciones de crisis de empleo y de políticas restrictivas de derechos.

¹⁶ Un desarrollo de esta línea se puede seguir en A. BAYLOS, “Cambios en el mundo del trabajo”, Colección Informes nº 89, Fundación 1 de Mayo, abril 2014.

DISTORSIONES DE LA HUELGA: LA NEGACIÓN DE LA AUTONOMÍA SINDICAL

Para el poder público y el poder económico, cada vez más estrechamente fundidos en una relación asimétrica de directa subordinación, la huelga se muestra como la ruptura de las reglas de juego, un suceso contrario al orden de las cosas que debe ser limitado y restringido en sus efectos, un acontecimiento político que interrumpe –pretendiendo alterarla– la relación laboral que fundamenta la organización de la producción de bienes y servicios y que por tanto se sitúa *fuera* y proviene *del exterior* de la ordenación del sistema de trabajo dirigido y controlado por el empresario. Aunque en el pensamiento jurídico han predominado los intentos de *interiorizar* la huelga en el contrato y en la organización del trabajo, con una clara finalidad restrictiva o limitativa de su eficacia¹⁷, la posición más extendida actualmente es la que se orienta por el discurso neoliberal y su clásica hostilidad frente al conflicto social, reforzado en el caso español por la retórica franquista que pervive en el discurso del poder. Estos argumentos se mantienen en el plano de los límites externos a la huelga, que se presentan de modo absoluto en dos grandes planos. El de la huelga política como huelga no laboral y el de la continuidad del servicio –o de la producción– como exigencia democrática de funcionamiento del sistema de libre empresa¹⁸.

¹⁷ En la doctrina española, el estudio que inaugura esta forma crítica de aproximarse a las perspectivas “privatistas” del derecho de huelga y proponer un modelo amplio de huelga-derecho, es el de MARTÍN VALVERDE *Huelga laboral y huelga política. Un estudio de modelos normativos*, en AA.VV., *El derecho del trabajo ante el cambio social y político. I Coloquio sobre Relaciones Laborales (Jaca, 1976)*, Anuario del Instituto Universitario de Relaciones Laborales, Universidad de Zaragoza, 1977, pp. 73-86.

¹⁸ Aunque los rasgos típicos del pensamiento neoliberal como pensamiento hostil al conflicto social y laboral han sido puesto de manifiesto suficientes veces, en el

Esta derivación antihuelguística no merece sin embargo un análisis específico en este texto, posiblemente porque son demasiado obvios los argumentos en contrario. Es más útil reparar en un elemento que distorsiona de manera más profunda el tema de la huelga. Se trata de la muy extendida consideración de la misma como un hecho regulado por el Estado que se define desde el espacio legal y no desde la autonomía sindical y colectiva.

Es ésta una concepción que niega el anclaje de la huelga como derecho en los trabajadores y en su representación colectiva y sindical, determinando su contenido y objetivos no desde las posiciones de sus titulares, sino desde otros sujetos: los usuarios, los ciudadanos, la actividad empresarial. Todos ellos definen desde sus respectivas posiciones los límites y el alcance de la huelga y en consecuencia la delimitan a través de su interés. En la consideración de la huelga en los servicios esenciales, la relación es más directa, puesto que el enfoque privilegia de manera exorbitante los derechos ciudadanos considerados como límites impositivos del ejercicio del derecho de huelga o, a la inversa, éste se contempla fundamentalmente como un hecho impositivo del goce de derechos de ciudadanía que por tanto el Estado debe tutelar. En efecto, es el Estado el llamado a regularla en atención a esos intereses, sin que por consiguiente resulte el punto de vista determinante el que suministra el sindicato o la acción colectiva de los trabajadores. No se admite de esta manera que la huelga como acto de resistencia y de protesta organice sus fines y sus objetivos desde la autonomía organizativa y de actuación colectiva, ni que en el plan sindical y colectivo se tenga una precisa propuesta de solución del contraste entre la huelga y otros derechos fundamentales o libertades públicas. Lo que lleva a que se priorice en la opinión pública y en la cultura política un enfoque eminentemente jurídico-regulativo de la huelga, que aprisiona su

caso español es patente que la semántica violenta del franquismo sigue constituyendo el eje de su discurso frente al conflicto –no solo frente a la huelga, ciertamente, sino frente a toda forma de disenso social colectivo–, según el cual se define a los huelguistas como una mezcla de agitadores a sueldo e individuos débiles coaccionados por la organización colectiva o sindical del conflicto. Pese a esa crítica extendida, no cabe desconocer su influencia en la formación de una opinión pública intensamente manipulada y corrompida a la que se niega conscientemente la ilustración democrática. Esta aproximación al tema requerirá un análisis más detallado que no es el momento de emprender en estas líneas.

capacidad de irrupción, de cambio y de propuesta definida desde la organización sindical y la acción colectiva.

Esta concepción dominante se agrava ante la anomalía histórica que acompaña al reconocimiento constitucional del derecho de huelga como derecho fundamental en España y su regulación pre-constitucional en el Decreto Ley de Relaciones de Trabajo de 1977, claramente hostil y deficiente que sin embargo no ha encontrado un desarrollo legislativo posterior acorde con la Constitución. La ley que promete el art. 28.2 CE no se ha encarnado entre nosotros, de forma que el marco regulativo del derecho de huelga lo constituye el texto post-franquista una vez depurado por el Tribunal Constitucional en la STC 11/1981 y la muy abundante jurisprudencia constitucional en esta materia. Ello conduce a una regulación judicial del derecho de huelga con un centro de imputación fundamental, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y su recepción diferida –y en muchas ocasiones combatida– en los tribunales ordinarios y en la doctrina legal del Tribunal Supremo. Lo que provoca que haya numerosas dificultades en el conocimiento y en la sistematización de esta regulación judicial, que es por su propia naturaleza limitada al caso concreto y muy abierta, y que en la misma se sostengan aproximaciones extremadamente reductivas de un sistema de huelga-derecho. Hay ejemplos evidentes de esta concepción reductiva en decisiones judiciales muy cercanas en el tiempo.

De forma muy recurrente, en efecto, se entiende que la huelga es un “derecho” solo en cuanto se ejercita en el marco de una relación contractual individual o colectiva y si resulta compatible con las exigencias de la actividad productiva y de la organización de la empresa¹⁹. Desde otra perspectiva, por tanto, la huelga no debe rebasar el campo de “lo laboral” y la continuidad del servicio que la huelga pone en peligro, debe ser preservada como una exigencia

¹⁹ Un ejemplo significativo de esta tendencia en la muy controvertida STS 20-9-2013 (RJ 2013/7744), en donde se aísla un acto de retorsión del empresario contra el derecho de huelga en un supuesto de crisis de empresa, ampliando en 91 trabajadores despedidos la cifra inicial de los mismos como consecuencia de la huelga declarada. La mayoría del TS preserva de manera incorrecta la validez de la decisión empresarial sobre la extinción de contratos por razones económicas y productivas impidiendo que ésta quede viciada sustancialmente al estar contaminada por la retorsión que efectúa sobre los trabajadores en huelga. La sentencia tiene votos particulares en contra de extremo interés.

democrática del funcionamiento de la sociedad y del mercado. Se afirma así el “derecho” a la continuidad empresarial “en términos adecuados”²⁰ o el “derecho” de resistencia o de no colaboración por parte del empresario ante el ejercicio del derecho de huelga²¹. En otros fallos, la huelga como “protesta” aparece condicionada a la aceptación empresarial de la misma, enervando por tanto la forma concreta de la acción colectiva en la medida en que la empresa entiende que ésta es demasiado gravosa²².

Sin embargo, la forma de abordar la huelga como derecho fundamental tiene que partir de la “función” de este derecho, de su finalidad acorde con la lógica de expresión colectiva que lo sostiene. La huelga tiene por objeto alterar o paralizar la producción como forma de reivindicar un proyecto concreto de regulación del trabajo o impedir la efectividad de una propuesta empresarial restrictiva o contraria a los intereses de los trabajadores, pero también impedir una regulación que aminore derechos o que destruya espacios de solidaridad colectiva. Esto significa que la huelga consiste en subvertir la normalidad productiva a partir del rechazo del trabajo como instrumento de dominación ejercido por un poder privado sobre las personas.

La huelga por tanto enlaza con el contrato de trabajo porque revoca temporalmente el consentimiento voluntario del trabajador en la producción dirigida y controlada por el empresario, y por tanto despliega sus efectos en términos suspensivos de la relación obligatoria recíproca del contrato laboral²³. Pero el espacio de desarrollo

²⁰ STS 9-12-2003.

²¹ STS 11-6-2012, con varios votos particulares discordantes que en un caso posterior conseguirán modificar esta doctrina. Puede verse el comentario crítico de J. PÉREZ REY “Tertulias, reportajes de actualidad y esquirolaje tecnológico en la huelga general (a propósito de la STS de 11 de junio de 2012)”, *Revista de Derecho Social*, nº 59, (2012), pp. 195 ss.

²² STS 25-1-2011 (RJ 2011/2112), que analiza una jornada de huelga en protesta por un accidente de trabajo con resultado muerte, en donde la empresa sanciona a los miembros del comité de empresa que convocaron un paro de un día por el fallecimiento de un trabajador, contra su opinión, apoyada por otros dos sindicatos, de realizar un paro simbólico de una hora y una concentración. La empresa sanciona por violación de la obligación de preaviso y el tribunal considera en efecto que la calificación es correcta.

²³ Con los problemas ya conocidos sobre la calculabilidad en términos salariales de los descuentos por huelga. Una exposición sintética y reciente de estas cuestiones en J. GÁRATE CASTRO *Derecho de huelga*, Bomarzo, Albacete, 2013, 169 ss.

de la huelga es fundamentalmente organizativo, porque paraliza o impide la extensión de los poderes de organización y de dirección del proceso de producción de bienes y de servicios que tengan por objeto disponer del trabajo “en conflicto” –el trabajo negado por los trabajadores en huelga– y por tanto impide su utilización para anular la eficacia de la huelga. Desde su encuadre político-democrático, el derecho de huelga es reconocido constitucionalmente como instrumento para transformar la situación económica, social y cultural de los trabajadores en cuanto tales en un proyecto igualitario, que exige en su funcionamiento concreto impedir y restringir las prerrogativas ordinarias y extraordinarias del poder empresarial, derivadas del respeto a la libre empresa. Por eso mismo también tiene un proyecto de solución del conflicto que puede en un momento dado confrontar el derecho de huelga con otras exigencias radicales de satisfacción de derechos y de prestaciones vitales.

En este sentido, hay precisiones interesantes en la jurisprudencia constitucional que pueden ser aprovechadas en la determinación de los parámetros políticos dentro de los cuales se mueve el derecho de huelga. Se trata en efecto de una doctrina constitucional que no busca la preeminencia del derecho de huelga sobre la libertad de empresa sobre la base del criterio jerárquico que la Constitución establece al clasificar los derechos como fundamentales (la huelga, en el art. 28.2) y libertades cívicas (la libertad de empresa, art. 38)²⁴, sino que establece una relación entre ambos derechos sobre la base de la eficacia y la función de ambos. El derecho de huelga implica la facultad de incidir restrictivamente sobre las facultades empresariales, y la libertad de empresa no incorpora facultades de reaccionar contra y de desvirtuar las consecuencias de la huelga. Es decir, que el derecho de huelga no es funcional al ejercicio de la libertad de empresa o a las libertades económicas de mercado.

Ese es el sesgo equivocado de la jurisprudencia del TJ en los casos *Laval* o *Viking*²⁵ y como tal han sido censurados por el Comité Eu-

²⁴ Como sin embargo mantenía, como fundamento de su decisión, la STC 80/2005.

²⁵ De cuyas implicaciones hay una extensísima bibliografía. En el sentido destacado en el texto, cfr. A. BAYLOS “El espacio supranacional de ejercicio del derecho de huelga y la restricción legal de sus capacidades de acción”, *Revista de Derecho Social* n° 41, (2008) pp. 123 ss.; M. RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER),

ropeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa por contrariar los arts. 6.2 y 6.4 de la Carta Social Europea²⁶. Para nuestro Tribunal Constitucional –y son conceptos asumibles desde la autonomía sindical– el derecho de huelga se inscribe en el reconocimiento del Estado Social de Derecho, legitima un medio fundamental de defensa de los intereses de las clases subalternas (de los “grupos socialmente dependientes” en la expresión del TC) y tiene por objeto reivindicaciones económicas, laborales, sociales y en general, es capaz de expresar “una protesta con repercusión en otras esferas o ámbitos” no laborales²⁷.

En ese sentido, la jurisprudencia constitucional que tiene una larga evolución en más de treinta años, ofrece puntos de interés que desarrollan esa visión de la huelga–derecho frente a las tendencias presentes en la jurisprudencia ordinaria a mantener una visión reductiva en términos contractuales y organizativos de esta medida de presión colectiva de los trabajadores.

Cabe así traer a colación las sentencias sobre la titularidad y la función del derecho de huelga en lo relativo a la tutela del trabajo materialmente prestado, con independencia de su consideración como trabajo regular o nacional (STC 259/2007)²⁸, o la configuración de límites a la movilidad funcional ordenada por el empresario en casos de huelga, considerando que la disposición de trabajadores con la finalidad de evitar la eficacia de la huelga, es un acto que vulnera el derecho de huelga, como la contratación externa de sustitutos de los huelguistas (STC 33/2011)²⁹ o la muy trascendente conforma-

“Libre prestación de servicios y derecho colectivo del trabajo”, *Temas Laborales* n° 100, (2009) pp. 517 ss. Sobre las vicisitudes de la propuesta de regulación Monti II, N. CASTELLI “Derecho de huelga en el espacio europeo y la propuesta de regulación Monti II”, *Revista de Derecho Social* n° 59, (2012) pp. 147 ss.

²⁶ El seguimiento de esta interesante jurisprudencia del CEDS, en C. SALCEDO BELTRÁN “Vulneración de la Carta Social Europea por la ‘Lex Laval’”, *Estudios de la Fundación 1 de mayo* n° 77, (2014).

²⁷ STC 259/2007.

²⁸ Sobre este tema, M. RAMOS QUINTANA “Los derechos fundamentales laborales de los extranjeros en España (libertad sindical y huelga): la corrección constitucional debida”, *Revista de Derecho Social* n° 42, (2008) pp. 45 ss.

²⁹ Esta Sentencia ha sido comentada por F. FERRANDO GARCÍA “Un nuevo avance en la doctrina constitucional sobre sustitución interna e huelguistas: del efecto “anestésico” de las facultades directivas a la obligación empresarial de

ción de límites al poder organizativo de la empresa manifestado en la descentralización productiva del trabajo en contratistas, responsabilizando a la empresa principal de la lesión al derecho de huelga producida por la rescisión de la contrata como consecuencia de una huelga en la empresa contratista (STC 75/2010)³⁰. Tendencias que se han prolongado recientemente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo ante supuestos en los que el empresario utiliza procedimientos tecnológicos que no requieren sostén de mano de obra para evitar la eficacia de la huelga y lograr la continuidad de la actividad empresarial (STS 5 de diciembre de 2012, RC 265/2011)³¹. Como también en la línea interpretativa que se ha manifestado en varias decisiones de este mismo Tribunal según la cual que el empresario no puede, al amparo de sus facultades organizativas y de su libertad de expresión, realizar actos de claro matiz coercitivo o conminatorio³².

Son todas éstas argumentaciones que caminan en la línea de preservar el ejercicio del derecho y su eficacia como parte del contenido esencial del mismo. La garantía judicial positivizada de forma más funcional a esta orientación garantista en la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Social del 2011, con un ágil mecanismo de medidas cautelares que bloqueen los comportamientos empresariales antihuelguísticos, debe posiblemente ser utilizada más a menudo por los asesores de los sindicatos y representantes de los trabajadores que inician la convocatoria de huelga, y de esta forma

garantizar la eficacia de la huelga. Comentario a la STC 33/2011, de 28 de marzo”, *Revista de Derecho Social* n° 54, (2011) pp. 181 ss.

³⁰ Un comentario a esta muy importante decisión del TC en M^a F. FERNANDEZ LÓPEZ, “Derechos fundamentales del trabajador en empresas complejas: ahora el derecho de huelga”, *Revista de Derecho Social* n° 52, (2010) pp. 149 ss.

³¹ La sentencia cambia la doctrina de ese mismo tribunal sobre el llamado esquirolaje tecnológico, y tiene a su vez votos particulares que reiteran la doctrina modificada. Un comentario a la misma en J. PÉREZ REY “El esquirolaje tecnológico: un importante cambio de rumbo de la doctrina del Tribunal Supremo (STS de 5 de diciembre de 2012)”, *Revista de Derecho Social* n° 61, (2013), pp. 163 ss.

³² Entendiendo que viola el derecho de huelga la publicación de un comunicado advirtiendo que la huelga convocada por un sindicato minoritario es abusiva y amenazando con sanciones disciplinarias a los trabajadores que la secunden (STS 23-12-2003, RC 46/2003), o, más recientemente, con ocasión del envío a todos los trabajadores de la empresa de un correo electrónico en el que se mantenía que la huelga convocada iba a producir con toda seguridad, el despido de varios trabajadores. [STS 12-2-2013 (RJ 2013 /2866)].

dar un mayor rendimiento a esas líneas interpretativas que ayudan a favorecer su ejercicio³³.

Pero esto no agota el tema ni evita que se siga considerando el modelo regulativo la forma prioritaria de enfocar el tema de la huelga. Esta dependencia del modelo legal es si cabe más intenso en el tema que ocupa el núcleo de este trabajo, los servicios esenciales de la comunidad. A continuación se examinan, en diferentes aproximaciones, los elementos más importantes en la definición de este modelo regulativo tal como en la actualidad se deduce del bloque normativo y de la interpretación jurisprudencial del mismo.

³³ Pese a la incorrecta opción legislativa de mantener la dualidad jurisdiccional, contencioso-administrativa y social, como se verá a continuación. En general, sobre medidas cautelares en los supuestos de tutela de libertad sindical y tutela del derecho de huelga, éstas últimas referidas en exclusiva al área del ejercicio del derecho en los servicios esenciales de la comunidad, Cfr. F. LOUSADA AROCHENA *La tutela de los derechos fundamentales y de las libertades públicas en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Bomarzo, Albacete, 2012.

TITULARIDAD Y EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA

El derecho de huelga se reconoce para la defensa de los intereses de los trabajadores (art. 28.2 CE). Bajo el término trabajadores, como sucede en materia de libertad sindical, se engloban tanto funcionarios, personal estatutario y administrativo como contratados laborales, porque el concepto de trabajador se debe interpretar en un sentido material.

En el art. 15 EBEP establece la fórmula clásica de la titularidad individual y el ejercicio colectivo al establecer que los empleados públicos tienen el derecho “al ejercicio de la huelga, con la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad”.

Esta prescripción no implica que el empleado público vea siempre y en todo momento condicionado el ejercicio del derecho de huelga al mantenimiento de los llamados servicios esenciales de la comunidad, sino que, como se verá más adelante, en importantes sectores de la Administración y de los servicios públicos, el ejercicio del derecho de huelga va a ser limitado mediante la técnica de la imposición de un servicio mínimo, pero esta limitación vendrá originada por el ámbito en el que se ejerce la huelga, los denominados servicios esenciales de la comunidad, y no en función de la calificación jurídica que los sujetos del derecho ostentan respecto de su relación de trabajo o de empleo.

En cuanto a los trabajadores inmigrantes, la STC 259/2007, de 19 de diciembre, consideró que condicionar el ejercicio del derecho de huelga a la obtención de la autorización para trabajar resultaba contrario a los Tratados internacionales, a la noción de trabajador que maneja el art. 28.2 CE y a la propia funcionalidad de la huelga

como derecho³⁴. Por eso, el art. 11.2 de la LO 2/2009, de extranjería establece finalmente, que “los extranjeros podrán ejercer el derecho de huelga en las mismas condiciones que los españoles”.

Por su parte, titularidad y ejercicio del derecho de huelga corresponden también a los trabajadores autónomos y a la categoría especial de los Trade o trabajadores autónomos económicamente dependientes, a partir de la inserción de los mismos en una organización sindical, en cuya libertad de acción se encuentra la convocatoria de la huelga. Es más dudoso el “contagio” del asociacionismo profesional de los trabajadores autónomos de estas facultades típicas del sindicato y de su forma de actuación, pero éstas entienden que esta posibilidad está reconocida en el reconocimiento que hace el art. 19.2 LETA del derecho de las mismas a “ejercer la defensa y tutela colectiva de los intereses profesionales de los trabajadores autónomos”.

Pese a esta amplia concepción del ámbito subjetivo del derecho de huelga, hay categorías de funcionarios públicos que tienen prohibido el ejercicio del derecho de huelga, en paralelo a su exclusión del derecho de libertad sindical. Son, en efecto, los siguientes:

– Miembros de las Fuerzas Armadas y de los cuerpos sometidos a disciplina militar, como la Guardia Civil. El art. 7.2, segundo párrafo de la Ley Orgánica 9/2011, de derechos y libertades de los miembros de las Fuerzas Armadas, preceptúa que “los miembros de las Fuerzas Armadas no podrán recurrir a los medios propios de la acción sindical, entendida como negociación colectiva, adopción de medidas de conflicto colectivo y ejercicio del derecho de huelga. Tampoco podrán realizar acciones sustitutivas o similares a este derecho, ni aquellas otras concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de las unidades de las Fuerzas Armadas. En el mismo sentido, la LO 11/2007 no sólo prohíbe el ejercicio del derecho de huelga para los miembros de la Guardia Civil, sino también “acciones sustitutivas o similares”, o cualquier “concertación” para alterar el funcionamiento del servicio.

– Miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tanto la policía de ámbito estatal como las policías autonómicas y también la poli-

³⁴ Para más detalles, cfr. A. BAYLOS, *Inmigración y derechos sindicales*, Bomarzo, Albacete, 2009.

cía municipal, aunque su derecho de sindicación no sufría en cuanto tal ninguna limitación como en el caso de las restantes fuerzas de policía. El art. 6. 8 LOFCS al prohibir el derecho de huelga para estos cuerpos de seguridad no contradice ni el orden constitucional español ni viola el art. 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos³⁵.

– Otros funcionarios públicos, como los miembros del CNI (Centro Nacional de Inteligencia) tienen prohibida de manera genérica “el ejercicio de actividades sindicales”, entre las cuales se comprende, naturalmente, la huelga. El art. 94.2 del RD 240/2013, que aprueba el Estatuto de Personal del CNI considera como falta muy grave “la violación de la neutralidad política o sindical en el desarrollo de la actuación profesional y en particular, la promoción o pertenencia a partidos políticos y sindicatos, así como el desarrollo de actividades sindicales”, cuestión que se remacha en el apartado 19 de dicho artículo al establecer como conducta sancionable “la participación en cualquier tipo de medidas de presión colectiva”. Es sin embargo muy dudoso que este “personal estatutario” (art. 2 RD 240/2013) pueda verse excluido de los derechos reconocidos en el art. 28 CE por medio de una norma reglamentaria, vulnerando por tanto la reserva de ley orgánica que establece el art. 53 CE para el desarrollo de tales derechos.

Por otra parte la huelga se define según la conocida fórmula, con precedentes italianos y franceses, de ser un derecho “de titularidad individual y de ejercicio colectivo”. Así lo afirmó la STC 11/1981, al recordar que caracteriza el derecho de huelga “ser un derecho atribuido a los trabajadores *uti singuli*, aunque tenga que ser ejercido colectivamente mediante acuerdo o concierto entre ellos”. Esta fórmula tiene como inmediata consecuencia evitar cualquier intento de monopolización de las facultades colectivas de convocatoria o de llamada por parte de las organizaciones sindicales exclusivamente. Rechazada una concepción “orgánica” de la titularidad del

³⁵ Así lo establece el Auto TC 99/2009, de 9 de marzo al entender que es una opción del legislador que no contradice el reconocimiento del derecho fundamental de huelga y la Sentencia del TEDH de 21 de abril de 2015 (demanda 45829/09) respecto del sindicato de policía autonómica ERNE, de la Comunidad Autónoma vasca, que entiende que la prohibición contenida en el art. 6.8 LOFCS no viola lo establecido en el art. 11 CEDH.

derecho de huelga, en directa dependencia de la libertad sindical, el sistema español configura este derecho de forma autónoma y ello permite que puedan convocar la huelga otro tipo de organismos de representación de los trabajadores, como comités de empresa o delegados de personal y el conjunto de los mismos, reunidos en asamblea.

Esta conclusión es predicable también en el empleo público para las Juntas de Personal, como confirma el art. 15 EBEP que, como ya hemos visto, reconoce a los empleados públicos el derecho a la huelga como “derecho individual ejercido colectivamente”, mientras que el derecho de negociación colectiva lo limita ese mismo texto legal a los sindicatos más representativos y simplemente representativos en el ámbito funcional y territorial correspondiente, concretado por otra parte en las unidades de negociación que la norma prevé como “Mesas de negociación”³⁶ Ahora bien, lo anterior no debe llevar a olvidar que el sujeto colectivo que integra en sus facultades de actuación el recurso a la huelga es, típicamente, el sindicato, y que el art. 2.2. d) LOLS reconoce este derecho a cualquier sindicato, con independencia de su implantación o representatividad, dentro o fuera de la empresa y que en el empleo público es el sujeto colectivo que tiene el monopolio de la representación para convenir los pactos o acuerdos del art. 38 EBEP.

Esta escisión entre titularidad y ejercicio ha permitido entender a una parte de la doctrina y de la judicatura que los Jueces, Magistrados y Fiscales mientras se hallen en activo tienen derecho a la huelga derivado directamente del reconocimiento constitucional ex art. 28.2 para estos funcionarios y sin que la exclusión del derecho de libre sindicación que opera el art. 1.4 LOLS impida una consideración espontaneísta y asamblearia de la misma³⁷. Los jueces y ma-

³⁶ La huelga en nuestro modelo constitucional se emancipa del molde contractual colectivo, por lo que no es contradictorio esta concepción “no orgánica” de la huelga en el empleo público con el hecho de que el monopolio de la negociación colectiva de las condiciones de trabajo de los funcionarios repose en los sindicatos representativos.

³⁷ Como es previsible, esta conclusión fue precedida de un debate importante sobre la validez (Legalidad) de esta interpretación escindida de los derechos de libertad sindical –de cuyo ámbito personal están expresamente excluidos jueces y magistrados por el art. 127 CE y art. 1.4 LOLS– y del derecho de huelga, basada también en la inexistencia de una prohibición legal expresa del ejercicio de la huel-

gistrados han realizado en efecto huelga convocadas por asambleas o juntas de jueces, sin participación de las asociaciones profesionales del sector, que sin embargo son los interlocutores del Ministerio de justicia en la negociación de sus reivindicaciones³⁸.

En líneas generales, por tanto, el criterio subjetivo –la categoría del empleado público o del trabajador como titular del derecho– no es determinante a la hora de integrar los límites al derecho de huelga en el sector público, con la exclusión de las categorías que se ha señalado. Aunque difícilmente se puede hablar de una técnica de regulación del derecho de huelga cuando ésta consiste en la exclusión de la titularidad y ejercicio del mismo, lo cierto es que en el sistema español esta forma de regulación es residual respecto de la fórmula central de la esencialidad del servicio, e incluso se puede afirmar que las exclusiones más llamativas del derecho de huelga –y del de libertad sindical– no se basan en criterios de continuidad del servicio o actividad sobre la base de una confrontación entre derechos ciudadanos en la que debe anularse el derecho de huelga porque se entiende imprescindible garantizar de forma absoluta la actividad que desempeñan los trabajadores excluidos. Son por el contrario consideraciones políticas diversas las que han originado esta opción legislativa de nuestro sistema jurídico, las relativas a la “neutralidad política” de estos cuerpos del Estado, su aislamiento en definitiva de cualquier esquema que acepte una cierta bilateralidad en la regulación de sus condiciones de trabajo que están plenamente sometidas a un principio de jerarquía y de inmunización democrática en aras a su completa fidelidad al gobierno y al Estado democrático, que se entiende así mejor lograda.

ga para estos colectivos. Cfr. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “La huelga de los jueces”, *El cronista* (2009), consultado en <http://www.forojudicialindependiente.es/2009/02/13/la-huelga-de-los-jueces/>

³⁸ Los jueces y magistrados convocaron dos huelgas en 2009 y otra en 2013, ésta última conjuntamente con los fiscales, como forma de protestar contra las reformas del CGPJ y los recortes que habían eliminado a la gran mayoría de jueces sustitutos. En todos los casos el gobierno mantuvo que los jueces y magistrados no tienen derecho de huelga, pero ni fijaron servicios mínimos ni adoptaron medidas disciplinarias contra los participantes en la misma.

LA HUELGA COMO PROCEDIMIENTO

Para que el ejercicio colectivo pueda ser “reconocido” como válido por el sistema jurídico–laboral, es necesario que se someta a una serie de requisitos sobre convocatoria y preaviso y formación de un comité de huelga.

Es decir, la huelga necesita insertarse en un procedimiento, aparecer como un acto complejo que tiene su momento preparatorio, su formalización como declaración de intenciones y como fruto de un acuerdo colectivo para llevar a cabo tal medida de presión, que exige por tanto el cumplimiento de una serie de trámites. En materia de servicios esenciales, el límite expreso que prevé la Constitución al ejercicio del derecho de huelga, podría garantizarse mediante el fortalecimiento de determinados requisitos formales, pero el sistema legal español, que como se ha recordado tantas veces, está basado en una concepción reglamentista y hostil al ejercicio del derecho de huelga en general, que solo parcialmente ha sido enmendado por la “depuración” que ha ido haciendo el Tribunal Constitucional, no ha considerado esta opción, sino que ha mantenido los requisitos formales para todo tipo de huelga, con igual intensidad, salvo en el caso del preaviso que duplica su plazo cuando la huelga se desarrolle en un servicio esencial para la comunidad.

1. DECLARACIÓN DE HUELGA

La declaración de huelga requiere, así, “acuerdo expreso” y su “comunicación” al empresario y a la “autoridad laboral competente”. Declaración y acuerdo que son “únicos” cualquiera que sea el ám-

bito de la huelga, desde el centro de trabajo y la empresa al sector o a todas las ramas de actividad en una huelga general, sin que por tanto quepa la parcelación o reiteración del acuerdo de huelga por cada centro de trabajo o empresa³⁹, como parece sugerir el texto del DLRT, forzosamente limitado, en el momento de su promulgación al no estar todavía legalizados los sindicatos, a la consideración de la huelga como un acto estrictamente limitado al ámbito de la empresa.

Pueden por tanto declarar y acordar la huelga directamente los trabajadores del centro de trabajo o de la empresa, reunidos en asamblea y decidiendo por mayoría simple, sin que las normas del ET sobre asamblea y referéndum del art. 77 y 80 se apliquen en este caso⁴⁰, dado que basta la condensación de un interés colectivo plasmado en el hecho de la convocatoria de la asamblea, el debate consiguiente y la toma de decisiones por mayoría. Asimismo están legitimados los representantes de los trabajadores en la empresa o el centro de trabajo, entendiendo por tales, conforme a la legislación vigente, tanto los miembros del comité de empresa o delegados de personal como las secciones sindicales de empresa, con independencia de si éstas son o no representativas en la misma, siempre que tengan implantación en ella puesto que el art. 2.2.d) LOLS garantiza a cualquier sindicato el derecho de convocar la huelga. Ya se ha señalado antes que el juego de la titularidad individual y ejercicio colectivo permite afirmar que también las Juntas de Personal en el empleo público son idóneas para declarar y acordar la huelga, aunque en la práctica normalmente la convocatoria de la misma en el sector público se concentra en las representaciones sindicales. Naturalmente que los sindicatos y federaciones sindicales están también legitimadas para decidir convocar la huelga en los ámbitos que entiendan apropiados, como también las confederaciones sindicales de ámbito estatal o de Comunidad Autónoma. La definición del servicio esencial puede ser aplicable a cualquiera de estos ámbitos de convocatoria y por tanto hace entrar en juego a cualquiera de estos sujetos colectivos.

³⁹ J. GÁRATE CASTRO, *Derecho de huelga*, Bomarzo, Albacete, 2013, p. 101.

⁴⁰ Cfr. J. GÁRATE CASTRO, *Derecho de huelga...cit.*, p.103, que sin embargo entiende subsistente el requisito del DLRT que exige "votación secreta" de la misma y mayoría simple de los asistentes, descontadas las abstenciones posibles.

La STC 11/1981 declaró no conformes a la Constitución algunos de los condicionamientos que el DLRT incluía para poder considerar válidamente adoptada la decisión de acudir a la huelga, tales como reunir una mayoría cualificada en el órgano convocante –un 75% de la representación de los trabajadores en la empresa– o convocar sólo tras la realización de un referéndum con voto secreto entre los trabajadores con resultado favorable de la mayoría absoluta de los mismos. La norma no puede, por tanto, incluir requisitos de más difícil consecución para la adopción de una medida como la huelga que para el resto de sus cometidos, de forma que los comités de empresa podrán convocarla por mayoría de sus componentes sin que se requiera en consecuencia un porcentaje más elevado, que denota una intención obstaculizadora del ejercicio de este derecho. Respecto del sindicato, es evidente que la decisión de convocatoria de huelga pertenece al ámbito de su autonomía sindical, por lo que los únicos condicionamientos posibles serán los que el sindicato se autoimponga en sus estatutos sindicales.

La consideración negativa por parte de la jurisprudencia constitucional de este tipo de requisitos legales concebidos realmente como obstáculos al ejercicio del derecho de huelga impide que se considere posible imponer, mediante norma legal, la exigencia de un referéndum entre los trabajadores ni siquiera como mecanismo de garantía de mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. Sin embargo, nada impide que este tipo de requisitos sean asumidos unilateralmente por el sindicato como una fórmula interna de toma de decisiones que le vinculen en el ámbito endosindical, o que sean fijadas, como compromiso obligacional, a través de instrumentos de autonomía colectiva. En ambos supuestos se trata de modalizaciones del ejercicio del derecho de huelga que afecta la vertiente colectiva del sujeto convocante de la huelga y por consiguiente no incide en la vertiente individual del mismo y no compromete por tanto ni la titularidad ni el ejercicio individual del mismo, como tampoco a aquellos sujetos colectivos que no hayan interiorizado en sus estatutos este tipo de requisitos para la adopción del acuerdo de huelga ni hayan sido parte del acuerdo colectivo que los haya fijado⁴¹. En cualquier caso, el uso endosindical o

⁴¹ En aquellas áreas culturales como la británica en las que el contenido del derecho de huelga queda directamente determinado por la regulación legal del mismo

convencional de estos requisitos formales para la adopción de la decisión de convocar la huelga no es conocido ni practicado en las relaciones sindicales españolas.

Si ha funcionado sin embargo en nuestro sistema la idea de introducir como paso previo a la convocatoria formal de la huelga el agotamiento de un trámite específico de mediación obligatoria “en los conflictos que den lugar a la convocatoria de una huelga”, como establece el Acuerdo de Solución Autónoma de Conflictos laborales (ASAC), un acuerdo interprofesional firmado por los interlocutores sociales más representativos a nivel estatal⁴². Según este Acuerdo, la obligatoriedad del trámite de la mediación se sitúa entre el acuerdo y la decisión de convocar la huelga y la comunicación escrita o preaviso de la misma, y el trámite tiene que iniciarse por los propios convocantes de la huelga, quienes “deberán formular por escrito su solicitud incluyendo los objetivos de la huelga, las gestiones realizadas y la fecha prevista para el inicio de la misma”, enviando copia del mismo al empresario. El trámite de la mediación implica al menos un plazo de 72 horas, que se debe por tanto añadir al que establece la ley para la comunicación o preaviso de huelga, que en efecto se realizará si el intento de la mediación acaba sin acuerdo.

Pese a que el ASAC se quiere configurar como un Acuerdo Interprofesional de los regulados en el art. 83 ET y que posee eficacia general normativa, su incidencia en el campo de los servicios esenciales es muy limitado. En primer lugar porque una buena parte de las huelgas en servicios esenciales tienen como interlocutor a la Administración Pública, y el ASAC no se aplica a “los conflictos en que

en cuanto “inmunidad” frente al Derecho común, la institución del referéndum entre trabajadores como requisito de validez de la huelga está muy extendida. La Trade Union Act del 2016 exige no sólo un quorum del 50% de los afiliados que voten en referéndum, sino en los llamados “servicios públicos importantes” que el 40% de los afiliados del sindicato voten a favor de la medida de acción colectiva. Recientemente, (noviembre de 2016) se ha posibilitado la contratación externa de una empresa especializada en el voto electrónico como “monitoreo” independiente del referéndum que los sindicatos deben organizar y desarrollar, y que ha sido recibido positivamente desde el lado sindical. Cfr. <http://www.ier.org.uk/news/govt-launches-independent-review-electronic-balloting-unions>

⁴² Es el quinto de los Acuerdos de solución de conflictos que se inició con el ASEC I en 1996, y que por tanto lleva ya una antigüedad de veinte años en nuestro país. El ASAC está registrado por Resolución de 10 de febrero de 2012, (BOE de 23 de febrero).

sea parte el Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales o entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos a los que se refiere el artículo 69 de la Ley de la Jurisdicción Social”, aunque en la Disposición Adicional tercera del ASAC se prevé que puedan incorporarse a este sistema “los conflictos colectivos entre los empleados públicos y la Administración General del Estado y los organismos públicos, Agencias y demás entidades de derecho público de ella dependientes o vinculadas para los que prestan sus servicios”, así como “los conflictos colectivos del personal laboral de la Administración General del Estado sometidos al ordenamiento laboral”. El mecanismo de incorporación funciona mediante un acuerdo de adhesión expresa, sobre la base del art. 45 EBEP, que hasta el momento no se ha producido. Por otra parte, otra de las acciones colectivas típicas que comprometen servicios esenciales, como son las huelgas generales, pero como en ellas el interlocutor real es el gobierno, la cúpula empresarial citada a la mediación considera que no puede acordar nada respecto de las reivindicaciones objeto del conflicto, por lo que en esos casos el intento de mediación no se realiza ante a incomparecencia de la parte empresarial, y la mediación es “un trámite formal condenado al fracaso”⁴³.

Este tipo de trámite está por tanto concebido para solventar los contenidos del conflicto, las reivindicaciones esgrimidas, pero no se aprovecha como instrumento para acordar o pactar las condiciones de ejercicio de la huelga en el sector o servicio que se determina como esencial para la comunidad. La autonomía colectiva no ha generado un instrumento ni un esquema de formalización que instituya un período de negociación o de consultas para la fijación de las garantías de mantenimiento del servicio. Como se verá más adelante, queda confiado a la buena voluntad de los sindicatos y de la Administración o empresa concernida, sin que ni siquiera se estipule como una obligación del poder público en la línea de los requerimientos de la OIT al respecto, y ello sin perjuicio de la importancia progresiva que en algunos sectores está tomando la pactación informal de los servicios mínimos en el área de los servicios esenciales.

⁴³ J. GÁRATE CASTRO, *Derecho de huelga...*cit., p. 101.

2. COMUNICACIÓN DE LA HUELGA: EL PREAVISO DE HUELGA

El acuerdo de declaración de huelga debe ser comunicado al empresario o empresarios afectados y a la autoridad laboral. Se trata del preaviso de huelga, que debe realizarse por escrito y con un plazo de cinco días de antelación o diez días en el caso de servicios esenciales. El preaviso debe contener los objetivos perseguidos por la huelga, las gestiones realizadas para resolver las diferencias, la fecha del inicio de la huelga y la composición del comité de huelga, organismo de representación de los huelguistas que la norma impone (art. 3.3 DLRT) y al que luego se tendrá ocasión de referirse en cuanto a la relación que en la norma se establece entre los “representantes” de los trabajadores que convocan la huelga y su “fijación” en el organismo que representa a los huelguistas durante el desarrollo del conflicto.

Mientras que en las huelgas de empresa el destinatario del preaviso es claro, el empleador, en las huelgas de sector se plantea el problema de si el sindicato o sindicatos convocantes tienen la obligación de preavisar a todas las empresas del sector en el que se va a desarrollar la huelga. La doctrina constitucional al respecto es terminante, y parte de que la notificación o preaviso de huelga es responsabilidad de las organizaciones sindicales convocantes, que se ha de satisfacer en el ámbito en el que la convocatoria se efectúe, de manera que con la notificación a las asociaciones empresariales representativas de sector y la propia publicidad de la huelga se cumple el requisito de preaviso en este tipo de huelgas⁴⁴.

Durante el preaviso de diez días de duración cuando la huelga se despliega en un servicio esencial para la comunidad, este plazo amplio se justifica por la necesidad de advertir a los usuarios de los mismos para permitirles “la adopción de las medidas necesarias para que puedan prevenir sus propias necesidades”, como señalaba la STC 11/1981, (F.J. 15). Es decir, el preaviso en este sector cumple dos funciones, la clásica de advertir al empresario o a la Administración concernida de la convocatoria de una huelga de forma que pueda éste organizar la producción de bienes o servicios atendiendo a este dato y se abra un período de negociación más intenso

⁴⁴ STC 13/1986, de 30 de enero, STC 36/1993, de 8 de febrero, para una huelga general en todo el Estado español.

porque se desarrolla en el contexto de una medida de presión en marcha, pero además en los servicios esenciales, a este objetivo se une el de proceder a la publicidad de la huelga entre los ciudadanos afectados por el cese del servicio o de la actividad comprometida ante la huelga de sus empleados. En ese lapso de tiempo, es frecuente que la información de la huelga la suministre la empresa, y que sea ella la que corra además con el gasto que la publicidad de esta medida de presión puede generarle a través, por ejemplo, de la compra de espacios de publicidad en diarios o prensa escrita, fundamentalmente. Pero ese tiempo es también idóneo para proceder a la fijación del plan de preservación de servicios mínimos que los convocantes entienden adecuado a las concretas circunstancias de la huelga en cuanto a su extensión y modalidad, y por consiguiente a abrir una negociación con el poder público sobre los servicios mínimos a mantener durante la huelga. La determinación unilateral de los mismos por la autoridad de gobierno, como se verá más adelante, puede asimismo provocar la impugnación previa y cautelar de estas medidas ante la jurisdicción contencioso-administrativa y eventualmente su sustitución por las que decida el juez como medida cautelar.

El cómputo del plazo del preaviso suele ser muy riguroso por parte de los tribunales ordinarios, excluyen del mismo tanto el día de la comunicación como el día de la huelga⁴⁵, pero lo determinante es verificar si la función que viabiliza este requisito de la comunicación de la huelga al empresario se ha cumplido. No es lo mismo que el plazo de preaviso se haya reducido, que la convocatoria de huelga sea comunicada con retraso al empleador o que la huelga no sea preavisada y se trate por tanto de una huelga sorpresa.

Para estos últimos supuestos es para los que la legislación española prevé la declaración de ilicitud de la huelga en el art. 11.d) DLRT,

⁴⁵ La jurisprudencia ordinaria suele ser especialmente rígida en la apreciación de las formalidades de la huelga como un procedimiento, predicando inmediatamente la consideración de ilicitud para las huelgas que no se ajustan a estas reglas. Cfr. STS (3^a) de 29 de marzo de 1995 (Ar. 2675) sobre un preaviso en una huelga de servicio público definido como esencial a efectos de huelga. Es una línea que también asoma en algunas sentencias de los TSJ de lo social, extremadamente reactivos a una interpretación conforme a la Constitución y a la doctrina constitucional al respecto. Así, la STSJ de Castilla-La Mancha 665/2015 de 5 de junio, declara ilegal una huelga en un centro de Correos y teléfonos donde la huelga fue preavisada con nueve días de antelación.

según el cual la huelga es ilegal “cuando se produzca contraviniendo lo dispuesto en el presente Real Decreto-Ley”. Sin embargo, la consideración constitucional de esta prohibición es más flexible. Como sucede con las huelgas denominadas abusivas en el art. 7 DLRT, lo que el Tribunal Constitucional establece es que en principio la tipificación en la norma legal de una huelga como ilegal, ilícita o abusiva tiene un motivo razonable que justifica esta calificación, de manera que en principio, aquellas huelgas convocadas sin cumplir los requisitos formales previstos en el DLRT, huelgas irregulares en su procedimiento de ejercicio a las que se refiere el art. 11 d) DLRT, son huelgas de las que se presume su carácter ilícito. Esta presunción no es absoluta, sino *iuris tantum* y en consecuencia admite prueba en contrario.

La STC 11/1981 precisa esta doctrina respecto a la exigencia de preaviso, cuya carencia en la convocatoria de huelga trae consigo la presunción de ilicitud de las huelgas no notificadas con anticipación al empresario, aunque esta presunción puede ser destruida bien porque, aunque de forma deficiente, se haya producido una notificación previa de la fecha a partir de la cual comienza la huelga, cumpliendo así su función central de publicidad de la medida de presión y de instrumento de negociación de las reivindicaciones, bien porque los convocantes quedan exentos de esta obligación en los casos en que así lo impongan “una notoria fuerza mayor o un estado de necesidad”, cuya prueba corresponderá a los trabajadores huelguistas. Qué sea fuerza mayor o estado de necesidad en este contexto no es tarea fácil, pero se ha interpretado doctrinalmente que existe estado de necesidad ante supuestos claros de radical vulneración de derechos laborales básicos y de conducta antisindical por parte del empresario que exige una inmediata “huelga de respuesta” que queda exceptuada por esta vía del requisito de preaviso⁴⁶. Posiblemente sin embargo en los servicios esenciales esta

⁴⁶ Así, la STS 3741/1989 de 22 de junio de 1989, exceptúa la necesidad de preaviso, recogiendo la doctrina del TC, a los casos en los que lo imponga “una notoria fuerza mayor o un estado de necesidad” y, sin precisar concretamente en qué concepto lo encaja, establece que la carencia de preaviso no hace ilícita la huelga cuando la empresa acelera el embarque del buque para de esta manera impedir la realización de la acción colectiva. Asimismo, más rotundamente, la STS 2296/1986, de 8 de mayo de 1986 contempla un supuesto de declaración de huelga el mismo día al entender los trabajadores que la firma de un finiquito que proponía la empresa podía comprometer la mayor cuantía del salario que éstos reivindicaban, lo que

apreciación de la circunstancia exculpatoria es más rígida, ante las consecuencias que la huelga tiene sobre la restricción de otros derechos ciudadanos y la lesión actual que la inexistencia de noticia sobre la no prestación del servicio puede efectuar sobre un número indeterminado de personas⁴⁷.

3. LA FORMACIÓN DE UN COMITÉ DE HUELGA

La legislación sobre huelga obliga a la formación de un organismo específico de representación de los trabajadores en huelga, que se llama comité de huelga. El art. 3.3 DLRT exige que en la convocatoria de cada huelga se designe a un comité de huelga que tiene como función “participar en cuantas actuaciones sindicales, administrativas o judiciales se realicen para la solución del conflicto” (art. 5 DLRT). Con esta institución, que el Tribunal Constitucional entendió que era compatible con la preservación del contenido esencial del derecho de huelga, la norma quiere establecer una relación directa entre los “representantes” que han declarado la huelga y su “fijación” en un órgano concreto que administre el conflicto. Es decir que de alguna manera desplaza hacia este nuevo órgano representativo todo el desarrollo del conflicto, concentrando el foco normativo en él y de alguna manera aislándolo de las figuras de la representación que se delineaban “antes” de convocar la huelga y que paradójicamente son quienes han debatido y decidido adoptar esa medida de presión.

El comité es un órgano de representación de los trabajadores en huelga que “desde el momento del preaviso y durante la huelga”,

desemboca en una huelga de siete horas convocada en el acto, desobedeciendo las órdenes de la empresa y ocupando pacíficamente las instalaciones de la empresa (un parque de atracciones). La sentencia viene a entender que del supuesto conflictivo, las circunstancias del caso, la poca duración de la huelga y que no comprendía a la totalidad de los trabajadores de la empresa, “no era esencial el aviso formal del art. 3.3 ET”, a la vez que la presencia en las pistas debía ser valorado como una ocupación pacífica permitida por la norma legal interpretada por el Tribunal Constitucional.

⁴⁷ Así, por ejemplo, la STS 25 de enero de 2011 (Ar.2112), ante una huelga convocada en los ferrocarriles vascos (Euzko Trenbideak) en señal de condolencia y protesta por la muerte de un trabajador en accidente laboral. Un comentario de la sentencia en <http://lanzuzenbidea.blogspot.com.es/2014/01/138paro-en-protesta-por-accidente.html>

deberán negociar con el empresario para llegar a un acuerdo”, el cual pondrá fin a la huelga y tendrá “la misma eficacia que lo acordado en convenio colectivo” (art. 8.2 DLRT)⁴⁸. A este acuerdo se le exigirá, para calibrar su alcance, que se acomode a los requisitos de representatividad y de mayoría que presiden el sistema legal de negociación colectiva contenido en el Título III del ET, pues de no alcanzar éstos, el acuerdo de fin de huelga tendrá la consideración de un pacto de eficacia contractual limitada y no podrá modificar un convenio colectivo estatutario. Las recientes reformas en materia de negociación colectiva permiten, sin embargo, que mediante este mecanismo se pueda forzar una nueva unidad de negociación en el ámbito de la empresa o del centro de trabajo incluso vigente el convenio colectivo (art. 84.2 ET) y desde luego es un acuerdo idóneo para sustituir el que se pudiera producir en período de consultas en los casos del art. 51 ET –despidos colectivos– o del art. 41 ET –modificación de condiciones de trabajo– pero siempre atendiendo a las reglas de legitimación para convenir que provienen de los sujetos convocantes de la huelga que componen el comité de huelga.

En el caso de los servicios esenciales, el comité de huelga adquiere como cometido principal la negociación de la oferta de servicios mínimos que proponen los huelguistas, pero esta función es diferente de la que a norma va a confiarle respecto de los servicios de seguridad y mantenimiento. En efecto, la determinación de los servicios mínimos se realiza por la autoridad gubernativa, pero existe una práctica muy desarrollada, especialmente con ocasión de las convocatorias de huelga general, de pactación de éstos servicios entre los sindicatos convocantes y la autoridad gubernativa, no por tanto con las empresas o administraciones que gestionan el servicio reputado esencial a efectos de huelga⁴⁹. El acuerdo obtenido no tiene la eficacia de un convenio colectivo, sustituye la decisión de la autoridad de gobierno del art. 102 DLRT por un producto negocial que compromete políticamente tanto a los convocantes de la huel-

⁴⁸ Sobre el alcance de este acuerdo de fin de huelga, STC 51/2003, de 17 de marzo.

⁴⁹ En el preaviso de huelga general de 29 de marzo del 2012 convocada por UGT y CCOO se señalaba que el comité de huelga designado delegaba “expresamente” en las estructuras sindicales y en los representantes de los trabajadores que en cada caso se designen “a efectos de negociar los servicios mínimos y otras cuestiones operativas relacionadas con la huelga”. Cfr. J. GÁRATE CASTRO, *Derecho de huelga...*cit., p. 110.

ga como al gobierno –estatal, autonómico municipal– en el ámbito de aplicación de la huelga.

Este atípico órgano de representación de intereses durante el tiempo que dure la huelga, tiene a su cargo asimismo garantizar que se presten los denominados servicios de mantenimiento para la seguridad de las personas y de las cosas, regulados en el art. 6.7 DLRT, aunque la designación de los trabajadores que deben desempeñar estos servicios se realiza con acuerdo entre el empresario y el propio comité de huelga. Naturalmente el esquema diseñado en la norma originaria no estaba concebido para huelgas de sector o huelgas generales, donde por tanto es imprescindible delegar esta determinación de los servicios de mantenimiento⁵⁰. Aunque no pueden confundirse estos servicios de mantenimiento con los servicios mínimos que se prescriben por la autoridad gubernativa en las huelgas en los servicios esenciales para la comunidad, como se ha dicho, tienen ambos casos en común sin embargo, que no puede el empresario imponerlos, ni definir de manera extensiva su alcance⁵¹.

El desacuerdo sobre el alcance de estos servicios de mantenimiento para garantizar la seguridad de las personas y de las cosas puede ser sometido a los procedimientos de solución de conflictos creados por la negociación colectiva, y el ASAC en su art. 17 lo prevé expresamente. Aunque tiene cierta tradición en la jurisprudencia ordinaria la solución judicial en caso de que las partes no lleguen a un acuerdo⁵², no parece atendible esta tesis sobre la base de sus consecuencias prácticas, dado que es difícil que la resolución pueda darse antes del inicio de la huelga⁵³. Sin embargo, la imposición unilateral por el empresario puede siempre ser contestada ante los tribunales. El art. 180.3 LRJS admite la posibilidad de impugnar el acto de designación de trabajadores para desempeñar estos servicios de mantenimiento del art. 6.7 DLRT y de solicitar medidas cautelares ante el magistrado para restablecer cautelarmente, en

⁵⁰ J. RENTERO JOVER, *El comité de huelga en el derecho español del trabajo*, CES, Madrid, 2002, pp. 135-139 y 148.

⁵¹ STC 80/2005, de 4 de abril.

⁵² J. RENTERO JOVER, *El comité de huelga...cit.*, pp. 180 ss.

⁵³ J. GÁRATE CASTRO, *Derecho de huelga...cit.*, p. 119.

función de las propuestas que formulen las partes, el ejercicio del derecho de huelga que pudiera verse lesionado por este acto.

El número de personas que pueden componer el comité de huelga “no podrá exceder de doce personas”, un “criterio sensato” para el Tribunal Constitucional en la medida que órganos muy numerosos pueden dificultar la conclusión de los acuerdos. La ley sin embargo añade que los miembros del comité de huelga deberán ser elegidos entre los trabajadores del centro de trabajo afectado por la huelga, añadiendo la STC 11/1981 que en los casos en que la huelga no supere dicho ámbito. Con ello el TC entiende que los integrantes del comité de huelga en huelgas de alcance superior a un centro de trabajo pueden ser designados por los convocantes de la misma libremente, en razón de la autonomía sindical y colectiva que debe presidir el desarrollo de estas relaciones de conflicto⁵⁴. Pero es asimismo dudoso que la exigencia de pertenencia al centro de trabajo para las huelgas que no desborden este ámbito pueda seguir siendo mantenida, dado que también aquí la autonomía sindical puede perfectamente insertarse en la lógica reivindicativa del centro de trabajo y por consiguiente algún dirigente sindical que no sea miembro de la empresa puede formar parte del comité de huelga. En servicios esenciales, además, cuando la huelga es solo de un centro de trabajo, es perfectamente factible que haya un interés sindical a estar presente en el órgano que administra el desarrollo de la huelga y las negociaciones para su terminación⁵⁵.

⁵⁴ J. RENTERO JOVER, *El comité de huelga...cit.*, pp. 75 ss., donde se establece una amplia tipología de los problemas que se pueden plantear al respecto.

⁵⁵ Alguna jurisprudencia de suplicación ni se plantea siquiera el problema de la autonomía sindical en relación con la administración de la huelga y aplica el art. 5 DLRT sin referencias a los derechos constitucionales en los que éste se mueve. La STSJ de Castilla-La Mancha 665/2015, de 5 de junio de 2015, declara ilegal una huelga en la que los componentes del comité de huelga no son trabajadores del centro de trabajo, sin precisar si se trata de representantes de los sindicatos convocantes o la cualidad representativa de los mismos.

HUELGAS GENERALES, HUELGAS POLÍTICAS Y SERVICIOS ESENCIALES PARA LA COMUNIDAD

Una gran parte de la elaboración jurisprudencial en torno a los servicios esenciales se ha producido como consecuencia de la convocatoria por parte de los sindicatos más representativos a nivel estatal, de una huelga general contra las políticas y decisiones del gobierno, como ya se ha señalado. Al abordar todas las ramas de producción ha posibilitado una reacción también general de “protección” frente al conflicto de una larga serie de sectores a los que luego se hará referencia. Pero la huelga general ha sido también contestada como una “huelga política” que compromete no sólo la actividad privada sino que cuestiona directamente la actividad pública del gobierno y sus políticas de actuación y por consiguiente se aleja de lo que una visión de la huelga más ligada al contrato y a la organización productiva concreta entiende que debe ser el campo de acción de la huelga. Por eso es importante apartar este tipo de análisis que establece una contraposición frontal entre lo político y social con el campo propio de la acción colectiva y sindical.

Este planteamiento es el que comparte el DLRT y además de forma exasperada. En efecto, la norma procede a señalar, en su art. 11, los objetivos que cualquier huelga puede perseguir. Lo hace de una forma negativa, puesto que el precepto citado constituye un elenco de huelgas declaradas ilícitas o ilegales en función de sus objetivos, de cuya enunciación se deduce por tanto cuales son los objetivos que la norma considera lícitos, evidenciando así el “modelo” legal de huelga que se propone, directamente ligado a la negociación colectiva, a ser un elemento de dinamización del proceso de negociación de las condiciones de trabajo y empleo. Es este en efecto un modelo de huelga del que se pueden encontrar

trazas en la elaboración doctrinal europea de los años 50 y 60 del pasado siglo, y que posiblemente inspire no solo el art. 6.4 de la Carta Social Europea sino el propio art. 28 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁵⁶.

Sobre este terreno sin embargo la depuración de la norma conforme a la Constitución ha sido muy intensa, puesto que el modelo constitucional de huelga difiere radicalmente de esta visión restrictiva de la funcionalidad de este derecho. La huelga es, en efecto, un mecanismo que se inserta en la negociación colectiva pero no agota sus múltiples determinaciones en este ámbito, como tampoco en el más amplio de lo que se denominaría técnicamente conflicto colectivo. Es un medio de acción sindical y por tanto acompaña a los objetivos globales de ésta, en la defensa de intereses económicos y sociales de los trabajadores tanto frente al empresariado como frente a los poderes públicos, entendiendo en consecuencia que se trata de un derecho de participación de la ciudadanía que trabaja en ese proceso de nivelación gradual de la desigualdad material a que se compromete el art. 9.2 CE. En ese redimensionamiento del modelo de huelga tiene mucho que ver la propia configuración del sindicalismo confederal español como un sindicalismo socio-político que tuvo un papel determinante en la lucha por las libertades democráticas y que por consiguiente enlazó desde sus orígenes las reivindicaciones típicas de la condición obrera y del empleo seguro con las que exigían un marco de libertades políticas y la amnistía laboral.

Este hecho ha tenido especial relevancia respecto de la reformulación constitucional de uno de los tipos de huelga declarados ilegales en razón de sus objetivos, lo que se viene a denominar límites externos al derecho de huelga. El art. 11 a) DLRT preceptúa que la huelga es ilegal “cuando se inicie o sostenga por motivos políticos o con cualquier otra finalidad ajena al interés profesional de los trabajadores”, y es en esta “ajenidad” al interés de los trabajadores en lo que el TC se ha basado para considerar plenamente ajustadas

⁵⁶ “Los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga”.

al modelo constitucional las huelgas dirigidas contra decisiones de los poderes públicos que afectan al interés de los trabajadores, como son, por ejemplo, medidas de regulación del mercado de trabajo, o de reordenación del sistema de seguridad social o sistema sanitario, pero que se pueden extender a otros muchos ejemplos de acciones del poder político y de la Administración que inciden sobre la esfera de intereses de los trabajadores, sean estos activos, inactivos, o retirados del mercado de trabajo, y en general sobre todas aquellas medidas que delimiten situaciones de ciudadanía social. En este sentido la STC 36/1993, de 8 de febrero, analizando la huelga general del 14 de diciembre de 1988, concluye que las reivindicaciones por las que se convocó dicha huelga muy difícilmente pueden considerarse ajenas a los intereses de los trabajadores, elemento en consecuencia clave para considerar legales este tipo de huelgas.

Es decir, que a través de la noción de huelga política –tal como viene incluida en la fórmula constitucional por el TC– se descubre la politicidad directa de la acción colectiva que quiere actuar sobre el terreno de los intereses generales y en donde por consiguiente sucede que la capacidad conformadora de la realidad que se anuda al hecho de la huelga en relación con el compromiso constitucional de ir gradualmente eliminando la desigualdad material económica, social y cultural, tiene una directa repercusión sobre los llamados servicios esenciales no desde la perspectiva con la que normalmente se enfocan estos, como límite a la acción huelguística, sino justamente al contrario, como forma de favorecer y ampliar el goce de los derechos ciudadanos que se persigue a través de la huelga definida correctamente como política a lo que se añadiría democrática. Esta línea de abordaje es importante resaltarla en esta materia, aunque se pone fundamentalmente de manifiesto cuando el sindicalismo confederal decide, a la vista de las circunstancias históricas determinadas, convocar una huelga general de protesta que lleva consigo una propuesta alternativa y un programa de temas a negociar sobre la base de mejorar –y no sólo resistir– las condiciones generales de existencia de la ciudadanía y de las clases subalternas. Esta acción plenamente constitucional afecta y trastorna la existencia social y demuestra la interconexión de nuestros trabajos y de nuestra prosperidad, basada en el trabajo, que altera

la cotidianeidad de las necesidades sociales satisfechas a partir de un cúmulo de prestaciones técnicas organizadas en una estructura de poder que es subvertida por la huelga. La función política de la huelga, entendida por tanto en un sentido profundo, que pone de manifiesto la convocatoria no debe ser subvalorada en orden al juicio de composición que posteriormente veremos que rige el “equilibrio” de los diferentes “sacrificios” que se producen en el análisis de estas cuestiones.

LOS SERVICIOS ESENCIALES DE LA COMUNIDAD COMO LÍMITE EXTERNO FUNDAMENTAL DEL DERECHO DE HUELGA

La Constitución impone a la futura ley de desarrollo la necesidad de “establecer las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”. A su vez, el art. 10.2 DLRT, que en rigor establecía una fórmula de requisa de trabajadores para preservar el funcionamiento de “cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad”, es utilizado por el TC como la base normativa del sistema de límites al ejercicio de huelga que anuncia el art. 28.2 CE, reconduciendo sus términos a los que prescribe la Constitución, de manera que la STC 11/1981 afirmará que “no es inconstitucional el párrafo 2º del art. 10 DLRT que atribuye a la autoridad gubernativa la potestad de dictar las medidas necesarias para determinar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, en cuanto el ejercicio de esa potestad está sometido a la jurisdicción de los tribunales de justicia y al recurso de amparo ante este Tribunal”.

1. LA TRANSFORMACIÓN DE LA NOCIÓN LEGAL EN LA CLÁUSULA DE LA ESENCIALIDAD DEFINIDA POR LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

De esta forma el TC convalidaba en tanto que técnica de garantía del mantenimiento de los servicios esenciales una opción política heredada de la transición política española consistente en la atribución a la autoridad gubernativa, al ejecutivo en cuanto autoridad política de gobierno, de las facultades de determinación de qué sectores debían reputarse servicios esenciales y de la imposición en ellos de un mínimo de actividad en caso de huelga. De forma sintética, por tanto, se podría describir el régimen vigente del derecho de huelga en los servicios esenciales como una regulación cuyo cen-

tro de gravedad se sitúa en los órganos que ejercen responsabilidades de gobierno y que, en consecuencia, se encuentra fuertemente publicada. El poder público, a través de la cláusula de atribución de competencias que le proporciona el art. 10.2 DLRT, administra el conflicto en los servicios esenciales, y se atribuye la potestad para imponer mandatos restrictivos del ejercicio del derecho de huelga tanto de trabajadores como de funcionarios y de sus organizaciones representativas. El desarrollo de instrumentos reguladores del ejercicio del derecho de huelga en el marco de la autonomía colectiva es algo ignorado por la norma española, exclusivamente centrada en la intervención de la autoridad pública, sin responsabilización de los sindicatos en la autorregulación del ejercicio de su derecho de huelga en este sector.

Es cierto sin embargo que dicha potestad de gobierno se encuentra sometida al control de los tribunales, y que esta labor jurisprudencial de revisión y valoración de la corrección constitucional de los actos de la autoridad pública debe resaltarse puesto que significa el reconocimiento del papel creativo y conformador de los tribunales en el diseño del marco general y preceptivo de los límites a los que se sujetarán las intervenciones gubernativas, de manera que la doctrina jurisprudencial, especialmente la del TC a través de su recurso de amparo, será quien precise la disciplina del derecho de huelga en los servicios esenciales. Pero contemplando en su conjunto este tema, siempre sin la existencia de una ley de desarrollo del art. 28.2 CE que se inspire directamente en los valores constitucionales, lo que más llama la atención del cuadro resultante es el activo intervencionismo de los poderes públicos en la restricción del derecho de huelga, sin consentir ni fomentar la participación sindical en la autorregulación del conflicto, frente a lo cual un control jurisdiccional a posteriori resulta inoperante para preservar el derecho de huelga injustamente sacrificado a otros derechos en juego.

La doctrina científica que comentó este precepto constitucional vino a definirlo como la prescripción de un límite externo al ejercicio del derecho de huelga, derivado de la preservación de otros bienes, que se concretaban en “la cobertura de los restantes derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos”⁵⁷. La

⁵⁷ M^a. E. CASAS BAAMONDE, “Prólogo” a A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y servicios esenciales*, Tecnos, Madrid, 1988 (2^a ed.), p. 18.

influencia de la construcción italiana al respecto era muy evidente⁵⁸, y seguramente las orientaciones doctrinales españolas que recogieron esta forma de interpretar la cláusula de la esencialidad del servicio, fueron determinantes en la argumentación recogida por la primera sentencia del TC sobre el particular, la STC 26/1981, de 17 de julio, que acuñó la definición repetida luego una y mil veces por la jurisprudencia constitucional y la ordinaria: “Para que el servicio sea esencial deben ser esenciales los bienes e intereses satisfechos. Como bienes e intereses esenciales hay que considerar los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionales protegidos”, que había sido precedida por algunos fallos de la Audiencia Nacional o del propio Tribunal Supremo en 1980⁵⁹.

La construcción del Tribunal Constitucional, sin embargo, mantenía incólume el mecanismo de determinación de qué actividades debían ser definidas como servicios esenciales y, consiguientemente, cuál era el nivel de mantenimiento de actividad que se debía preservar durante la huelga en dicho sector, mecanismo que reposaba en la autoridad gubernativa. Lo que implicó, como elegantemente lo expresaba la profesora CASAS BAAMONDE en 1992, la incidencia cada vez mayor de la intervención pública “de la que ha resultado un conglomerado, paulatinamente densificado, de regulación y de ejecución”, puesto que la imposición gubernativa del servicio mínimo “se ha legitimado constitucionalmente como garantía única de características hegemónicas, para su mantenimiento”⁶⁰.

⁵⁸ A partir de la conocida Sentencia de la Corte Constitucional italiana n° 222 de 1976, sobre la idea de mantener prestaciones indispensables en relación con la esencialidad del servicio, para asegurar los valores y los derechos constitucionalmente tutelados. No obstante, esta construcción estaba directamente relacionada con la emanación por los sujetos colectivos y sindicales de códigos de autorregulación del conflicto, lo que sin embargo no fue incorporado en la importación doctrinal española como sustancial a la técnica de la esencialidad del servicio. En general, cfr: G. GHEZZI, U. ROMAGNOLI, *Il Diritto Sindacale*, 3ª ed., Zanichelli, Bolonia, 1992, pp. 254-255.

⁵⁹ J. MATIA, T. SALA, F. VALDÉS, J. VIDA, *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*, Civitas, Madrid, 1982, pp. 278-279, quienes incluyen el escrito de alegaciones complementarias al recurso de inconstitucionalidad contra el DLRT en el que expresan la “aplicación judicial vigente del art. 28.2 CE” según la cual son servicios esenciales los que “posibiliten a sus miembros el ejercicio de los derechos y libertades básicas” o “el ejercicio por los demás de otros derechos fundamentales reconocidos por el texto constitucional”.

⁶⁰ M^a. E. CASAS BAAMONDE, “Prólogo” a *Legislación de huelga...cit.*, p. 17.

Convalidado por la jurisprudencia constitucional, la cláusula de la esencialidad del servicio se revelaba como un concepto casi en blanco, susceptible de determinación por el poder público que progresivamente lo iba extendiendo a una amplísima serie de actividades productivas y de servicios, frente a la cual sólo cabía un control jurisdiccional *a posteriori*, bifurcado y administrativizado, que planteaba problemas importantes de coexistencia y de eficacia, reduciendo en todo caso el alcance y la función que el derecho de huelga tenía en el diseño constitucional.

La interpretación constitucional de qué se debe entender por servicio esencial a efectos de huelga, realizada especialmente en la STC 26/1981, de 17 de julio, condujo en efecto a una noción amplia, más allá de los servicios “de reconocida e inaplazable necesidad”, y que remitía a aquellas actividades que procuraban la satisfacción de derechos fundamentales, libertades públicas y bienes constitucionalmente protegidos, determinables ante cada caso concreto. Se construía así una cláusula general de la esencialidad del servicio como límite al ejercicio del derecho de huelga, que impedía la definición *a priori* de las actividades en que se concretaba, de forma que su indeterminación misma permitía múltiples precisiones en lo concreto. Buscaba el TC una aplicación flexible de la noción de servicio esencial a efectos de huelga, que se adaptara en función de los parámetros que se precisarán a continuación, a las circunstancias concretas de los posibles casos en presencia. En estos servicios reputados esenciales la autoridad gubernativa podía ordenar el mantenimiento de un mínimo de actividad, lo que se llama servicio mínimo. La extensión e intensidad de este mínimo de actividad a mantener debe estar en directa relación con el conflicto base de la regulación de esta figura, la que opone el ejercicio del derecho fundamental de huelga a otros derechos fundamentales también reconocidos en la Constitución a los ciudadanos, de manera que el servicio mínimo debe expresar la solución de este conflicto mediante la adecuada composición entre los mismos, o una compensada limitación de los derechos fundamentales en liza.

Para ello la doctrina constitucional maneja dos elementos de importancia indudable en el acto de imponer un servicio mínimo: la influencia decisiva en la determinación de la esencialidad del servicio del resultado que pretende la actividad de éste y, simultáneamente,

el grado de incidencia de la huelga sobre los derechos fundamentales y libertades públicas afectados, para lo que se requiere atender a las circunstancias que rodean la huelga como elementos definitorios de los anteriores criterios. Esta doctrina se ha ido manteniendo inalterada a lo largo de una serie de sentencias. La STC 8/1992, de 16 de enero, que viene a resumir la evolución de la jurisprudencia del TC al respecto, explica que “antes que a determinadas actividades industriales y mercantiles de las que se derivarían prestaciones vitales y necesarias para la vida de la comunidad, la noción de servicio esencial de la comunidad hace referencia a la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se endereza, entendiendo por tales los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos, con la consecuencia de que a priori ningún tipo de actividad productiva puede ser considerado en sí mismo como esencial. Solo lo será en aquellos casos en que la satisfacción de los mencionados intereses afectados exija el mantenimiento del servicio, y en la medida y con la intensidad en que efectivamente lo exija, puesto que los servicios esenciales no son dañados o puestos en peligro por cualquier situación de huelga, siendo necesario en cada caso examinar las circunstancias concurrentes en la misma”.

No es lo mismo ni repercute de la misma manera en los derechos fundamentales que la huelga pone en entredicho una huelga de unas horas que una huelga indefinida (duración de la huelga) o una huelga de una parte de trabajadores del servicio o de toda la plantilla del mismo (extensión personal de la huelga) o que se realice en un ámbito territorial más extenso o reducido (extensión territorial de la huelga), como tampoco es irrelevante a estos efectos el hecho de que una misma actividad esencial sea satisfecha por varios servicios concurrentes o que por el contrario sólo pueda realizarse el ejercicio del derecho fundamental afectado por el servicio que está en huelga (sustituibilidad entre sí de los distintos servicios), ni el grado de incidencia o de lesividad que la huelga tiene sobre otros derechos y la afectación más o menos directa sobre el goce de determinados derechos ciudadanos (incisividad de la huelga sobre los derechos afectados). Estos criterios son los que deben manejarse en la composición del conflicto entre derechos fundamentales que supone la noción de servicio esencial y su “mantenimiento” a través de un mínimo de actividad determinado gubernativamente.

2. LA CONCRECIÓN DE LA ESENCIALIDAD DEL SERVICIO POR LAS DISPOSICIONES DEL GOBIERNO

Esta técnica de determinación de la cláusula general de la esencialidad del servicio ha funcionado en la práctica permitiendo una acumulación progresiva de sectores reputados esenciales a efectos de limitar en los mismos el ejercicio del derecho de huelga. Las decisiones del TC se han centrado en una primera etapa en el sector del transporte y, residualmente, de la asistencia sanitaria y de la energía⁶¹, y en la última serie en el sector de la radiotelevisión, además de la sanidad⁶². De manera extemporánea una ley en el 2014 coloca a la seguridad privada en esta lista, aunque, como se verá, de manera dudosamente compatible con la Constitución. Algunas leyes han definido como tales ciertos servicios a efectos de huelga, pero el corpus más numeroso viene dado por la determinación mediante la decisión de la autoridad de gobierno que, simultáneamente, declara un sector o servicio como esencial e impone servicios mínimos a mantener en casos de huelga. A nivel estatal simplemente –porque como se verá las autoridades competentes en la materia no son sólo las de ámbito estatal– hay 37 disposiciones estatales que declaraban servicios esenciales en los siguientes sectores⁶³:

- Sanidad y Seguridad Social.
- Transportes.
- Comunicaciones (Correos, Teléfonos, Acceso a Internet).
- Energía.
- Medios de comunicación públicos (BOE, RTVE) y televisiones y radios privadas.

⁶¹ Transporte ferroviario en STC 26/1981, de 17 de julio; transporte aéreo en las STC 51/1986, de 24 de abril; STC 43/1990, de 15 de marzo; transportes urbanos, como el Metropolitano de Madrid o la EMT, en las SsTC 53/1986, de 5 de mayo, y 123/1990, de 2 de julio; estiba y desestiba en puertos, en la STC 237/1997, de 18 de diciembre; asistencia sanitaria en la STC 27/1989, de 3 de febrero y asistencia social en STC 122/1990, de 2 de julio; energía eléctrica en STC 8/1992, de 16 de enero.

⁶² Las SsTC 183/2006, 184/2006, 191/2006 y 193/2006, todas ellas de 19 de junio, sobre el servicio público de radiotelevisión público “RTVE” y privado. La STC 296/2006, de 11 de octubre, seguida de la STC 310/2006, de 23 de octubre y STC 36/2007, de 12 de febrero, sobre sanidad y asistencia primaria.

⁶³ Se sigue la sistematización empleada en M^a E. CASAS, A. BAYLOS y J. APARICIO, *Legislación de huelga*, Tecnos, Madrid, 1992.

- Administración y asistencia social.
- Administración de justicia.
- Administración penitenciaria.
- Enseñanza pública no universitaria.
- Finanzas públicas (Banco de España, FNMT, Aduanas).
- Obras públicas y tráfico.
- Administración del Estado y Organismos autónomos, Administración de la Seguridad Social y Universidades.

La declaración de un servicio como esencial suele estar articulado en dos fases: en la primera, mediante una norma reglamentaria de carácter general, la autoridad de gobierno declara la esencialidad de un servicio con carácter general y de vigencia permanente, para en un segundo momento, una norma de rango inferior, normalmente una orden ministerial, determina los servicios mínimos ante cada huelga declarada en esa misma actividad. En otros casos, sin embargo, se produce la unificación en una sola secuencia de la declaración de esencialidad y la imposición de servicios mínimos⁶⁴. Esta vocación de permanencia que en definitiva implica carácter normativo directo se ha cuestionado doctrinalmente, aunque la jurisprudencia constitucional define este tipo de normas como disposiciones aplicativas o ejecutivas de la legislación sobre huelga, que se aplica a un supuesto concreto o, incluso, se concibe como disposiciones que no tienen efecto coercitivo directo sino que requieren su actualización a través de un nuevo acto administrativo ante la convocatoria de una huelga en concreto⁶⁵. En cualquier caso se trata de técnicas de concreción de la cláusula de la esencialidad que se compadecen mal con la doctrina última del Tribunal constitucional, como se verá más adelante.

Como se puede observar, es claro que se ha ido produciendo una extensión indiscriminada de la cláusula de la esencialidad del ser-

⁶⁴ Cfr. A. MERINO SEGOVIA, “El concepto de servicios esenciales y la publicación de las reglas limitativas...”, cit., pp. 151-152, en donde traza las posibles tipologías de esta combinatoria.

⁶⁵ Cfr. J. CABEZA PEREIRO, “La imposición de servicios mínimos...”, cit., pp. 186-188; A. MERINO SEGOVIA, “El concepto de servicios esenciales y la publicación de las reglas limitativas...”, cit., p. 152.

vicio, de manera que los servicios afectados, considerando solamente las normas de emanación estatal, son cada vez más numerosos y afectan a un número cada vez mayor de trabajadores y funcionarios públicos que ven restringido el ejercicio del derecho de huelga del que son titulares, en un exceso de celo restrictivo que va sustituyendo, en la práctica gubernativa, el concepto de servicio esencial por la noción de servicio público sin más. Tras un período más complaciente con las exigencias del poder público –la jurisprudencia de los años 80– tuvo una importante corrección en los años 90⁶⁶, con un interesante desarrollo en las sentencias de 2006 sobre el concepto de servicio esencial y la extensión de los servicios mínimos, en especial en las huelgas en los medios audiovisuales, la consideración de la continuidad de las emisiones en programas pregrabados como lesivas del derecho de huelga, y en general sobre la restricción de las facultades empresariales que pretenden vacar de contenido el derecho de huelga mediante la ampliación de los servicios mínimos o el mantenimiento del servicio en gran parte de sus componentes para evitar la visibilidad del conflicto⁶⁷.

El Tribunal ha señalado que “a priori, ningún tipo de actividad productiva puede ser considerada en sí misma como servicio esencial”, y la calificación de unos servicios como esenciales “desde una óptica diferente a la del derecho de huelga” –como sucede con el de radiotelevisión pública– no puede sustituir la calificación que, conforme a los parámetros constitucionales, permiten hablar de una actividad o servicio como esencial “a efectos de huelga”. “No basta así –dirá la STC 193/2006, de 19 de junio– con la calificación del servicio para justificar las medidas limitativas sino que éstas, en su caso, han de ajustarse a las circunstancias que deben ser, no sólo graves, sino de especial gravedad”.

⁶⁶ STC 8/1992, fundamentalmente, que supone un paso adelante sobre la jurisprudencia de la década anterior. En materia de tutela cautelar del derecho de huelga, es muy importante la STC 148/1993, que corrigió una jurisprudencia de los tribunales ordinarios que excluía del control cautelar previo a los actos de gobierno que imponían servicios mínimos en casos de huelga.

⁶⁷ J.B. VIVERO SERRANO, *La huelga en los servicios esenciales...cit.*, pp. 148 ss, desarrolla un catálogo de servicios esenciales mediante el análisis exhaustivo de normas estatales y autonómicas y decisiones judiciales muy completo al año de publicación de la monografía (2002).

Esta forma pragmática de enfocar el límite constitucionalmente establecido asignaba una gran libertad al poder público en lo que la propia jurisprudencia constitucional denominaba responsabilidad política en la restricción adecuada del ejercicio del derecho en los servicios esenciales para la comunidad, a la vez que consolidaba el papel predominante de los jueces, en última instancia de los magistrados del Tribunal Constitucional, en el control y redireccionamiento de la actuación del gobierno, central o autonómico, en el que reposaba la doble potestad de definir el ámbito de restricción del ejercicio de la huelga y el alcance concreto en la limitación de su ejercicio mediante la imposición de un servicio mínimo. Sobre estos dos pilares se construía el dispositivo de regulación y de control del derecho de huelga, excluyendo expresamente toda referencia, por exigua que fuera, a las facultades de autorregulación no ya unilateral sino negociada del ejercicio del derecho por parte de los sujetos sindicales.

Esta es la obra de la jurisprudencia de los años 80, que resaltaba junto a esa concepción abierta y “finalista” del concepto de servicio esencial, una serie de requisitos formales de la intervención gubernativa como condición de validez de la misma, en especial la doble exigencia de motivación de la restricción contenida en la medida concreta de limitación de la huelga, lo que sin duda tenía una incidencia más efectiva en la valoración de la extensión e intensidad del servicio mínimo impuesto. Pero asimismo reivindicaba la exclusiva responsabilidad de las autoridades de gobierno en la regulación concreta de la huelga en función de la esencialidad del servicio y del alcance del mínimo de actividad previsto.

La apertura de un periodo de negociación o de consultas con las organizaciones sindicales convocantes de la huelga, para examinar su propuesta de autorregulación de la medida de acción colectiva propuesta, fue expresamente declarado irrelevante a efectos de considerar la validez del acto de la administración, contra lo que sostenía la doctrina del Comité de Libertad Sindical de la OIT y habían afirmado algunas sentencias del Tribunal Supremo. La frase de la STC 51/1986, de 24 de abril, fue replicada luego por toda la jurisprudencia de lo contencioso en la materia, sentando un principio indiscutible: “La previa negociación (de la propuesta sindical de preservación de servicios) no está excluida, e incluso puede ser

deseable, pero no es un requisito indispensable para la validez de la decisión administrativa desde el plano constitucional”. Posiblemente con ello lo que está realizando el Tribunal constitucional es un cambio de plano, rebajando este requisito de la intervención de los sindicatos convocantes –o del comité de huelga– del nivel constitucional al de la legalidad ordinaria, puesto que al ser la fijación de servicios mínimos un procedimiento administrativo, la audiencia a los interesados constituye un requisito esencial del mismo⁶⁸. En cualquier caso, la exclusión de la participación de las organizaciones convocantes en el proceso de determinación de los servicios mínimos incide de manera directa en la pérdida de neutralidad que caracteriza la posición de la autoridad de gobierno y por consiguiente puede, por esta vía, invalidar su decisión.

3. EL INTENTO DE DELIMITACIÓN LEGAL DE UNA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE HUELGA EN LOS SERVICIOS ESENCIALES

La recomposición de la unidad de acción sindical y el éxito de la huelga general del 14 de diciembre de 1988 –realmente una huelga nacional, no sólo de trabajadores– inauguró un (pequeño) período de impulso sindical que se extendió por varios campos regulativos, entre ellos y de forma muy relevante, la negociación de un proyecto de ley de desarrollo del art. 28.2 CE con el grupo parlamentario del partido del gobierno, que sin embargo no pudo ser promulgado por decaer ante la convocatoria de elecciones en 1993 cuando solo faltaba su votación final en el Congreso. El proyecto de ley de huelga contaba con la animadversión del área económica del gobierno y de su propio presidente, y la caducidad del texto legal que éstos propiciaron fijando la fecha de la convocatoria electoral, supuso en la práctica impedir de manera permanente el establecimiento de un marco democrático al ejercicio del derecho de huelga.

Sin embargo, el proyecto de ley significaba un cambio importante en la posición sindical y permitía un progreso evidente en la legitimación democrática de la regulación del derecho de huelga. La posición sindical se había centrado en la Iniciativa Sindical de Progreso de 1991 en la exigencia de una ley que procediera “al re-

⁶⁸ J. CABEZA PEREIRO, “La imposición de servicios mínimos”...cit., p. 194.

conocimiento expreso del derecho de autorregulación sindical” en materia de huelga y que, bajo el influjo de la ley italiana de 1990⁶⁹, propuso un sistema de regulación apoyado en la autorregulación negociada de los servicios esenciales mediante una definición conjunta de éstos y de las partes del servicio que se debería mantener en caso de huelga para, posteriormente, también de forma negociada, precisar el concreto nivel del mínimo de actividad requerido⁷⁰. Ofrecía por tanto una nueva manera de abordar y describir el límite constitucional externo al ejercicio del derecho de huelga y combinaba de manera prudente la autotutela sindical con la capacidad del poder público de preservar los derechos y libertades intensamente afectados durante la huelga. Daba en fin solución a muchos problemas planteados por la deficiente regulación vigente que el propio Tribunal constitucional, en su STC 123/1990, de 2 de julio, había denunciado como “conflictividad innecesaria” en relación con “la fijación de los servicios esenciales”⁷¹.

El desfallecimiento de la norma inauguró una nueva etapa en las relaciones de poder en el área del trabajo subordinado, marcada por la

⁶⁹ Un comentario a la Ley n.º 146 de 12 de junio de 1990, M. RUSCIANO, y SANG. TORO PASSARELLI, *Lo sciopero nei servizi essenziali*, Giuffrè, Milán, 1991, y, sobre el sentido profundo de la reforma, U. ROMAGNOLI, *La legge su sciopero tra autorità e consenso*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, a. XLVI, n. 4 (1992), pp. 1087-1122. La norma italiana ofrecía a los sindicatos españoles “un imaginativo ensayo de combinación de las distintas fuentes reguladoras que se reparten la tarea de dotar de reglas al fenómeno huelguístico en los servicios esenciales y evitar sus efectos antisociales, en las que la ley no ahoga la mecánica de la negociación colectiva ni de la tan deseada (...) autorregulación sindical”. Cfr. M.ª E. CASAS BAAMONDE, “Prólogo” a *Legislación de huelga...*cit., p. 16.

⁷⁰ Vid. M.ª E. CASAS BAAMONDE, “Los procedimientos de fijación de los servicios esenciales y de las garantías de su mantenimiento en caso de huelga. Reflexiones sobre la regulación legal de la huelga a la luz del proceso de su reforma”, en AA.VV., *Ley de Huelga*, Instituto Sindical de Estudios, Madrid, 1993, pp. 230-233. El texto del proyecto de ley orgánica de huelga se puede consultar, con sus antecedentes proposición gubernamental y propuesta sindical, en G. GARCÍA BECEDAS, “Esencialidad de los servicios y derecho de huelga: una reconstrucción conceptual”, en AA.VV., *El nuevo régimen jurídico de la huelga y del cierre patronal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1993, pp. 170 ss.

⁷¹ Se trataba de un supuesto litigioso derivado de la dualidad jurisdiccional del control del acto de imposición de un servicio mínimo y de la sanción ante el incumplimiento de la orden empresarial de desempeñar el servicio. La STC 123/1990 lamenta expresamente “las consecuencias que produce en nuestro ordenamiento la falta de desarrollo adecuado del mandato que al legislador impone el art. 28.2 CE”. Sobre este tema se reflexionará más adelante.

reforma laboral que se promulgó en 1994, y la posibilidad de un nuevo marco de regulación del derecho de huelga volvió a perderse en un tiempo remoto e impreciso. Sin embargo, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se puede encontrar una actitud más proactiva en esta materia, principalmente en dos sentencias importantes, la STC 8/1992, de 16 de enero, que ofrece una variación importante en la forma de precisar la esencialidad del servicio, insistiendo en que no se puede “a priori” afirmar que una actividad productiva pueda ser calificada como esencial a efectos de huelga, aunque sea evidente la importancia del “servicio público de suministro de energía eléctrica” a los efectos de los “intereses generales” de los ciudadanos. La segunda es la STC 148/1993, de 29 de abril que arbitra el uso de medidas cautelares ante los actos de gobierno de imposición de servicios mínimos en servicios esenciales, lo que posibilitaba un resquicio para el control judicial de urgencia previo a la realización de la huelga y a depurar las lesiones más evidentes a la misma. Ambas sentencias se dictan en medio del proceso de cambio legislativo y sin duda responden a una idea de pacificación del sistema de transición del viejo marco regulativo al proyectado. Éste finalmente no se produjo, pero ambos fallos abrieron mejores perspectivas a la evolución de la jurisprudencia constitucional en la materia.

El retorno a la situación anterior, es decir, a la permanencia en la regulación pre-constitucional del derecho de huelga “depurada” e interpretada por la jurisprudencia fundamentalmente constitucional, generó en la doctrina científica una impresión negativa que se manifestó en una consideración mayoritariamente crítica del dispositivo regulador, especialmente en servicios esenciales. En efecto, la celebración en el 2003 del vigésimo quinto aniversario de la Constitución permitió una reflexión global sobre el tratamiento del derecho de huelga en general y del límite a su ejercicio en los servicios esenciales de la comunidad que cuestionó seriamente tanto el método de regulación como sus consecuencias en términos democráticos⁷². En el mismo sentido se pronunciaron los estudios sobre el derecho de huelga en los servicios esenciales que se podrían

⁷² Fundamentalmente en las siguientes obras de referencia, A. SEMPERE NAVARRO (Dir) y R. MARTÍN JIMÉNEZ (Coord), *El modelo social en la constitución española...cit.*, J.L. MONEREO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE y M^a N. MORENO VIDA (Dirs), *Comentario a la constitución económica de España*, Comares, Granada, 2002.

encuadrar en una tercera fase de los mismos⁷³, para los cuales el desarrollo del control jurisdiccional no satisface los estándares requeridos de preservación actual del derecho de huelga⁷⁴.

Desde la perspectiva doctrinal, hubo asimismo alguna propuesta interpretativa original que intentaba ofrecer un punto de vista diferente sobre la interpretación de la jurisprudencia constitucional. El tema se sintetiza en proponer como línea de lectura que de la noción acuñada por el TC de servicios esenciales no puede deducirse un conflicto entre derechos constitucionales con una resolución típica en torno a la “compensación” entre ambos derechos, sino que del planteamiento de la doctrina constitucional se infiere un principio de limitación mínima del derecho de huelga “según el cual la limitación del derecho de huelga, como el de cualquier otro derecho fundamental, debe hacerse procurando respetar el mayor contenido posible del derecho y consiguientemente, restringiendo al mínimo estrictamente necesario los límites que se le impongan”⁷⁵. Aunque el TC ha sido incoherente con esta conclusión, la posición doctrinal de ALARCÓN CARACUEL coloca la cuestión en el terreno de la relación entre el derecho y sus posibles límites, lo que tiene consecuencias importantes tanto en la delimitación del servicio reconocido como esencial como fundamentalmente a la hora de determinar los servicios mínimos.

⁷³ Escritos de la tercera fase en la medida en que hay un primer grupo de comentarios en torno a la regulación constitucional y la posterior STC 11/1981, un segundo intervalo en función del proyecto frustrado de ley de huelga en 1993, y, en fin, el tercer tramo que se produce tras la huelga general del 2002 y sus consecuencias judiciales.

⁷⁴ Con diferentes matices y alcance crítico, cfr. VIVERO SERRANO, J., *La huelga en los servicios esenciales*, Lex Nova, Valladolid, 2002; MERINO SEGOVIA, A., “El concepto de servicios esenciales y la publicación de las reglas limitativas del ejercicio de huelga en este sector”; J. CABEZA PEREIRO, “La imposición de servicios mínimos” y J. PÉREZ REY, “El incumplimiento de los servicios mínimos y su revisión judicial en las huelgas que afectan a los servicios esenciales de la comunidad”, los tres textos en A. BAYLOS (Coord.), *Estudios sobre la huelga*, Bomarzo, Albacete, 2005, pp. 145-228. También de esa etapa, aunque posterior en la publicación, M^a N. MORENO VIDA, *La huelga en servicios esenciales*, Thomson / Aranzadi, Cizur Menor, 2007, quien además efectúa una completa propuesta de regulación alternativa del derecho de huelga en los servicios esenciales en las pp. 185 ss de la obra.

⁷⁵ M. R. ALARCÓN CARACUEL, “Huelga en servicios esenciales de la comunidad”, en VV.AA. “La regulación de la huelga en España”, número monográfico de la Revista del Instituto de Estudios Económicos n^o 2-3 (2010), 248.

4. LA REGULACIÓN FUERA DEL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA SEGURIDAD PRIVADA COMO SERVICIO ESENCIAL PARA LA COMUNIDAD

La Ley 5/2014, de 4 de abril, de seguridad privada, que en su art. 8.6, declara la esencialidad del servicio de seguridad privada por conexión con el soporte material de actividad a la que coopera o auxilia el servicio de seguridad. Aunque el texto es farragoso y no se entiende bien, la ley parece decir que el servicio de seguridad privada es esencial a efectos de huelga si es esencial la actividad a la que éstos auxilian o cooperan en materia de seguridad. Establece una presunción legal que permite restringir el ejercicio del derecho de huelga del personal de seguridad privada en el momento en que el servicio por ellos desempeñado se desarrolle en un “servicio esencial” de entidades públicas o privadas.

La norma no es compatible con el sistema legal de delimitación de la cláusula general de esencialidad a efectos de huelga, que no se realiza en abstracto sobre los servicios que desempeñan las organizaciones o las empresas, sino sobre las circunstancias concretas de la huelga en relación con la lesión potencial activa que ésta puede generar sobre otros derechos fundamentales y libertades públicas en función de un juicio de composición basado en la proporcionalidad y la funcionalidad de los derechos en conflicto. Por tanto, la premisa de la que parte no se corresponde con la regulación constitucional del derecho. El enfoque correcto es el contrario, si declarada una huelga por los sujetos representativos del personal de seguridad, el cese de su actividad implica vulneración de derechos fundamentales de forma tal que se pueda declarar el servicio esencial a efectos de huelga en atención a las circunstancias concretas de ésta y no, por tanto, en función de la consideración “permanente” de esencialidad del servicio en el que se integra la actividad de seguridad. Es por tanto un precepto legal que ignora la regulación constitucional del derecho de huelga, no se acomoda a las garantías formales requeridas para el desarrollo legislativo de ese derecho, y se desvía claramente del estado de la cuestión sobre las restricciones que la huelga puede sufrir desde el juicio de proporcionalidad y los sacrificios mutuos de derechos fundamentales afectados.

A su vez esta conclusión de ignorancia del régimen constitucional del derecho de huelga en el texto de la Ley 5/2014 se refuerza con

la prescripción de las sanciones por el incumplimiento de este precepto. En su art. 58, al establecer las infracciones del personal que desempeñe funciones de seguridad privada –“así como los ingenieros, técnicos, operadores de seguridad y profesores acreditados”– la norma establece como infracción grave “el ejercicio del derecho a la huelga al margen de lo dispuesto al respecto para los servicios que resulten o se declaren esenciales por la autoridad pública competente, o en los que el servicio de seguridad se haya impuesto obligatoriamente, en los supuestos a que se refiere el artículo 8.6.”, y establece como sanción a esta infracción grave dos posibilidades: a) Multa de 1.001 a 6.000 euros, o b) Suspensión temporal de la habilitación por un plazo de entre seis meses y un año. Estas sanciones pueden aplicarse de forma alternativa o cumulativa (art. 65.1 de la Ley) por el Director General de la Policía, que es quien ostenta la competencia sancionatoria (art. 66.1.c) de la Ley). Las sanciones son inmediatamente ejecutivas y respecto de las multas, cabe establecerse el fraccionamiento del pago.

La Ley establece por tanto una sanción administrativa grave por participación de los trabajadores en huelga que es independiente de las posibles sanciones disciplinarias derivadas de la actuación de los huelguistas y que valora de forma autónoma la autoridad gubernativa. La participación en huelga ilegal nunca había dado origen en nuestro ordenamiento democrático a una sanción administrativa. Es extremadamente dudosa que una ley pueda imponer este tipo de ilícitos administrativos que implican una fuerte multa o/y la imposibilidad de trabajar entre seis meses y un año. La imposición de un ilícito administrativo que habilita a la administración pública a imponer una sanción a los trabajadores por el ejercicio irregular del derecho fundamental de huelga exigiría ley orgánica, y el tipo de sanción es claramente desproporcionada. El procedimiento que señala la norma abre espacios muy amplios a la arbitrariedad y a la retorsión por el ejercicio del derecho de huelga, dificultando además procesalmente la garantía judicial del derecho. Bastará con que la empresa señale un servicio de seguridad obligatorio, o se comunique a la autoridad que la actividad de seguridad está conectada con un servicio esencial, para que, al margen de los procedimientos disciplinarios, la Dirección General de Policía abra expediente sancionatorio a los participantes en la huelga para imponer multas a

los mismos y suspenda la habilitación para trabajar con un mínimo de seis meses, previsiblemente a los dirigentes de la huelga.

En definitiva, se trata de una regulación que choca frontalmente contra la Constitución. Y que por su propio rango normativo, no admite impugnación directa, al situarse en el espacio de la voluntad legislativa popular y la responsabilidad política de las mayorías parlamentarias. La “responsabilidad política” que el Tribunal Constitucional exige a la “autoridad de gobierno” en las operaciones de restricción del derecho de huelga en los servicios esenciales, demuestra también en estos supuestos de regulación política que sólo puede ser contrarrestada por otra voluntad política más respetuosa con la constitución, sus límites fundamentales y su carácter retórico. Ni impide que el derecho de huelga sea regulado de forma incompatible con su contenido y función, ni posibilita que los trabajadores y sus organizaciones representativas, como titulares del derecho, puedan reaccionar en el tiempo debido frente a esta agresión a su derecho fundamental. La ley comentada persigue, simultáneamente, la privatización de la seguridad ciudadana y la expulsión del conflicto laboral que está en la base del “legítimo interés que persiguen las empresas privadas de seguridad”, y constituye un indicio evidente de la deficiencia democrática de las reglas que disciplinan el derecho de huelga en los servicios esenciales sobre la base de una fuerte intervención pública que no deja espacios a la autorregulación sindical pura o negociada. Lo que implica la degradación del derecho de libertad sindical y del derecho de huelga, elementos básicos del sistema democrático de relaciones laborales tal como se diseña en la Constitución.

GARANTÍAS FORMALES Y MATERIALES QUE RODEAN EL ACTO DE IMPOSICIÓN DE UN SERVICIO MÍNIMO.

Como se ha dicho, definido un servicio como esencial, es el poder público quien debe imponer un servicio mínimo de actividad a mantener durante la huelga. La jurisprudencia constitucional ha elaborado una serie de límites que este acto de imposición gubernativo debe reunir para ser respetuoso con el recto ejercicio del derecho de huelga en este ámbito. Son de dos órdenes, materiales y formales.

1. GARANTÍAS MATERIALES

En efecto, y como se ha dicho, la calificación de un servicio como esencial no prefigura de manera general cuál pueda ser el alcance del servicio mínimo impuesto, sino que éste depende de la valoración en concreto de las circunstancias que rodean la huelga convocada. En palabras de la STS (3^a) 20 de febrero de 1998 (Ar. 2341), la configuración de un servicio como esencial “implica tan sólo una base lógica de partida para el posible establecimiento de servicios mínimos; pero esa condición necesaria no es, ni mucho menos, suficiente, pues no se puede prescindir de las circunstancias de la concreta huelga. La conclusión ineludible es la de que la causalización de los servicios mínimos debe realizarse sobre la base de las concretas circunstancias de la huelga”.

Para su delimitación habrá que ponderar en consecuencia:

- La duración de la huelga convocada.
- La extensión personal de la huelga.

- El ámbito territorial sobre el que se proyecta la huelga.
- La sustituibilidad del servicio esencial en el que la huelga se convoca respecto de otros servicios que no resultan alterados en su funcionamiento.
- La incisividad de la huelga sobre los derechos fundamentales afectados, teniendo en cuenta “el momento de ejercicio de los derechos”. Este es un elemento muy determinante, puesto que si el derecho o libertad en colisión con el derecho de huelga puede ejercitarse en un momento no coincidente con el que despliega su eficacia el derecho de huelga, “no hay razón para limitar en ese momento el derecho de huelga” puesto que la conciliación entre los derechos confrontados “puede hacerse desplazando el momento temporal del ejercicio del derecho que eventualmente pudiera colisionar con el de huelga” (SsTC 183/2006 y 193/2006, ambas de 19 de junio).

Y en su valoración final sirven como criterios interpretativos dos principios básicos (STC 26/1981, de 17 de julio):

- El principio de proporcionalidad, que se debe concretar ante cada caso y situación de huelga, sin que quepa establecerlo de forma genérica para todas las situaciones de huelga.
- El principio de restricción menor posible del derecho de huelga, complementario éste del anterior en los supuestos de un cierto equilibrio en el grado de composición del conflicto entre los derechos fundamentales afectados.

De entre estos dos últimos, el principio de proporcionalidad es decisivo a la hora de establecer el nivel concreto de preservación de servicios durante la huelga. La proporcionalidad no se establece como una relación de adecuación o de ponderación del daño que la huelga pueda realizar a los intereses de la empresa, sino que se desplaza al campo de la limitación o restricción de los derechos fundamentales de los usuarios del servicio que la huelga produce⁷⁶. Es importante resaltar que la aplicación del principio de proporcionalidad solo puede efectuarse una vez que se haya considerado la esencialidad del servicio a efectos de la limitación del derecho de

⁷⁶ J. CABEZA PEREIRO, “La imposición de servicios mínimos...”, cit., p. 182.

huelga⁷⁷, y por tanto las consideraciones que se han efectuado en el apartado anterior provenientes de la jurisprudencia constitucional más reciente constituyen un razonamiento previo al mecanismo de imposición de servicios mínimos. En función por tanto de las circunstancias concretas de la huelga se debe en primer lugar considerar si el servicio es esencial a efectos de huelga –con independencia por tanto de su carácter de servicio público esencial o de importancia para la acción de la Administración– y solo si la respuesta es positiva se procede a la determinación de las prestaciones mínimas indispensables en donde de nuevo se ponderan las circunstancias específicas de la acción colectiva en un juicio de adecuación y contrapesos entre la función y eficacia del derecho de huelga y el mantenimiento de los derechos fundamentales ciudadanos afectados por éste.

El elemento clave en este punto es por tanto la verificación mediante el control judicial de si la fijación de servicios mínimos por la autoridad gubernativa es o no proporcionada, atendiendo a los criterios materiales que se han enumerado y que también se emplean en la delimitación previa del servicio reputado esencial a efectos de huelga. Sin embargo, la materialización práctica de este principio ha resultado ser muy deficiente, de forma que los tribunales tienden a considerar las decisiones de la autoridad gubernativa proporcionadas o a emplear criterios de delimitación de la proporcionalidad extremadamente reductivos.

En este sentido, se ha llamado la atención críticamente⁷⁸ sobre la utilización prioritaria por parte de los tribunales ordinarios de la llamada proporcionalidad “cuantitativa”, es decir, la comparación entre el número total de trabajadores en huelga y el de quienes han sido designados para la prestación de servicios mínimos, de manera que con ello se llega a justificar “porcentajes relativamente altos de los servicios a mantener”. Este enfoque es claramente reductivo

⁷⁷ “La idea de proporcionalidad es posterior a la propia consideración del servicio como esencial”, J. CABEZA PEREIRO, “La imposición de servicios mínimos...”, cit., p. 182.

⁷⁸ C. PALOMEQUE LÓPEZ, “El ejercicio del derecho de huelga en los servicios esenciales de la comunidad”, en J. CABEZA PEREIRO y J. MARTÍNEZ GIRÓN (Coords.), *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al profesor Gonzalo Diéguez*, Laborum / Universidad de Vigo, Murcia, 2008, p. 474.

y no se corresponde con la noción constitucional del principio de proporcionalidad tal como ha sido establecido por la jurisprudencia constitucional, pero ha permitido convalidar decisiones de la autoridad gubernativa en las que se establecía el 100% de mantenimiento del servicio en algunas actividades, o porcentajes del 70 y el 80% sobre la base de que estas tareas no las desempeñaba la mayoría de la plantilla o del sector en huelga, sin discurrir por tanto sobre el efecto inmediato de estas disposiciones de prohibir y excluir radicalmente del ejercicio del derecho de huelga a una serie de trabajadores sin considerar otro tipo de elementos funcionales o relativos a la incisividad de la huelga sobre los derechos fundamentales afectados. No es lo mismo en efecto, que una huelga se convoque en la sanidad que en la educación, que su duración sea de un día o indefinida, que existan medios alternativos para satisfacer el derecho fundamental protegido, que se trate de una huelga general o una huelga de empresa, o que se produzca en un determinado período de tiempo en el que el derecho ciudadano afectado recibe un mayor impulso⁷⁹. En las ocasiones en las que la jurisprudencia ha entendido inapropiado el criterio de la “proporcionalidad numérica”, lo ha sido cuando se considera “indivisible” la actividad total del servicio en huelga y por consiguiente para fijar, en este caso, estándares de funcionamiento extremadamente copiosos⁸⁰.

⁷⁹ Es clásico el ejemplo que suministra la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto de una huelga intermitente en el transporte aéreo de varios días de duración que se hace coincidir con el período de vacaciones de Semana Santa, lo que justifica, como señala la STC 43/1990, de 15 de marzo, que la autoridad gubernativa señale un servicio mínimo muy extenso, puesto que en esas fechas se producen desplazamientos masivos de personas que no pueden realizarse sino en este tiempo, “al ser reducidos los días disponibles para el descanso y la visita turística, familiar o de entidad similar y estar muchas veces conectadas a reservas de plazas hoteleras difíciles de sustituir por las mismas razones”. De esta manera, “los sacrificios que soportan los usuarios de los servicios de transporte en huelgas convocadas en dichas fechas son cualitativa y cuantitativamente muy superiores a los que aquellos padecen con las medidas de conflicto practicadas en fechas distintas en las que, entre otros factores, ni existe un número de usuarios ni de desplazamientos tan enorme, ni existe la necesidad de reservar las plazas con tanta antelación ni, en fin, resulta impracticable la utilización de servicios alternativos”.

⁸⁰ C. PALOMEQUE LÓPEZ, “El ejercicio del derecho de huelga en los servicios esenciales de la comunidad...”, cit., pp. 475-476.

2. GARANTÍAS FORMALES

Junto a las llamadas garantías materiales del acto de imposición de un servicio mínimo, que deberán ser manejadas por la autoridad gubernativa y, como veremos, motivadas en la causalización concreta de dicho acto para que éste se considere conforme a la Constitución, en donde la importancia de las circunstancias concretas de la huelga y de la afectación de derechos por ésta es el eje de los criterios que deben regir el principio de proporcionalidad, la jurisprudencia constitucional ha enumerado a su vez, desde la STC 26/1981, una serie de garantías formales relativas a la necesidad de motivación del acto que deberían servir como fórmula de encuadramiento de la potestad gubernativa y que han sido especialmente atendidas por el control judicial de estas medidas de imposición de servicios mínimos.

La motivación supone simplemente que el acto de imposición del servicio mínimo sea motivado adecuadamente y justificado, para que los interesados sepan a qué criterios se sacrificó su derecho y por qué motivos, y se descompone en una doble secuencia. Una motivación *ex ante* de la realización de la huelga, es decir, en el momento en el que se emana el acto que impone los servicios mínimos y otro *ex post*, cuando éste es impugnado ante la jurisdicción competente y se dilucida en el proceso la corrección constitucional de la medida.

La jurisprudencia ordinaria, principalmente la sala de lo contencioso-administrativo, ha hecho mucho hincapié en estos requisitos formales, al asignarles a los mismos un rango constitucional, es decir, al entender que la inexistencia o la insuficiencia de la motivación constituye por sí misma una vulneración del derecho de huelga⁸¹. Los motivos deben atender tanto a la esencialidad del servicio a efectos de huelga, a la justificación de los servicios mínimos impuestos como, en fin, a la designación de los trabajadores que han de desempeñar estos servicios, y por este orden. La motivación tiene que acompañar y justificar la disposición que impone el mínimo de actividad en el servicio afectado por la huelga, y ya en ese momento debe contener los elementos precisos –aunque sea “sintéticamente”, señala la jurisprudencia– para cumplir su función, la

⁸¹ J. CABEZA PEREIRO, “La imposición de servicios mínimos...”, cit. P. 172.

de hacer conocer a los huelguistas los intereses a los que su derecho se sacrificó. De no hacerlo así, una eventual justificación posterior, en el marco del proceso de impugnación de esta medida, no convalida aquella omisión y por tanto el acto gubernativo ha vulnerado el derecho de huelga y debe ser declarado nulo⁸².

Respecto a la motivación del acto, la jurisprudencia constitucional insiste en que se trata de una justificación de la imposición del servicio mínimo en la que se explicitan los motivos por los que, ante la convocatoria de huelga en concreto, se ordena el mantenimiento de un nivel de actividad que implica un sacrificio proporcional de los derechos en conflicto. Se trata por tanto de expresar los criterios de fondo a que antes se ha hecho referencia, las denominadas garantías materiales del acto de restricción del ejercicio del derecho de huelga para que los trabajadores conozcan las razones por las cuales se sacrificó su derecho y ante los intereses que éste se sacrificó. La especial causalización del acto debe realizarse en el mismo momento en el que se emana la disposición que establece servicios mínimos durante la huelga en un servicio reputado esencial, y no basta por tanto que ésta, aunque correcta, sólo se produzca en la fase de control judicial de la medida. La autoridad gubernativa ha de estar en todo momento en condiciones de ofrecer la justificación, porque es la autoridad gubernativa a quien compete la carga de probar su actuación limitativa del derecho de huelga (STC 26/1981, de 17 de julio). La eventual justificación *ex post* no enerva la vulneración realizada al no haberse justificado suficientemente la restricción del derecho de huelga en la disposición que fija los servicios mínimos⁸³.

⁸² “Aquellas resoluciones que fijen los servicios mínimos y carezcan de motivación u ofrezcan una de carácter genérico, válida para cualquier convocatoria de huelga o, en general, las que no consideren las circunstancias específicas de aquella a las que se refieren habrán de ser consideradas nulas por desconocer las exigencias que en este punto derivan de la protección constitucional del derecho de huelga” (STS 9-7-2012 (ROJ 4998/2012), que se refiere a una larga serie de sentencias de la misma sala).

⁸³ “Los convocantes de la huelga tienen derecho a conocer las razones concretas por las que la Administración, previo análisis de las necesidades del servicio y de aquello a lo que justificadamente no quepa desatender, ha tomado la concreta decisión sobre servicios mínimos, sin que sea aceptable ni compatible con el derecho fundamental a la huelga que deban esperar a la contestación a la demanda del proceso por ellos mismos entablado para conocerlas, por cierto no sólo tardíamen-

3. LA INSTANCIA PÚBLICA IMPARCIAL

Se exige además que la emanación de la medida provenga de autoridad con responsabilidad de gobierno y que sea una instancia pública imparcial. Por una parte, el acto de imposición de un servicio mínimo supone una responsabilidad política “que debe ser residenciada por cauces políticos y que debe producir los necesarios efectos políticos” (STC 26/1981, de 17 de julio)., y esta cuestión plantea una serie de interrogantes de fondo sobre la responsabilidad política que serán examinados más adelante. Pero lo determinante es que se trata de una autoridad de gobierno, y por tanto la competencia para su emanación debe hacerse corresponder con los órganos del Estado que ejerzan directamente o por delegación potestades de gobierno. Esta cualidad corresponde al Gobierno de la Nación (art. 97 CE), y a los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas (STC 27/1989, de 3 de febrero) pero también a los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas (STC 33/1981, de 5 de noviembre), aunque sea conflictivo la atribución de competencias en éste ámbito, que la STC 233/1997, de 18 de diciembre, parece dejar zanjado al elegir como criterio la competencia –estatal o autonómica– sobre el servicio público en cuestión⁸⁴. La delimitación de los órganos que detentan estas “potestades de gobierno” se ha querido ligar directamente al reconocimiento constitucional de una cierta autonomía política, como la que tienen los municipios, de manera que el alcalde sea conceptuado como autoridad política susceptible de declarar la esencialidad de un servicio municipal a efectos de huelga e imponer servicios mínimos en este ámbito⁸⁵. No ha sucedido lo mismo, sin embargo, con la autonomía universitaria, de forma que el Rector no es considerado, a estos efectos, como

te en relación con el ejercicio del derecho de huelga, sino incluso tardíamente en cuanto a la posibilidad de cuestionarlas en el propio proceso, dado que las conocen una vez formulada la demanda” (STSJ Castilla-La Mancha 186/2016, de 23 de marzo de 2016, sala de lo contencioso-administrativo).

⁸⁴ A. MERINO SEGOVIA, “El concepto de servicios esenciales y la publicación de las reglas...”, cit., p. 154, califica este giro en la jurisprudencia del Tc como una reestatalización de la competencia para la imposición de servicios mínimos.

⁸⁵ La jurisprudencia ordinaria ha identificado en efecto como titular de esta potestad en las corporaciones locales, al alcalde (STS 1 de octubre 2003, Ar. 8224), pese a que la neutralidad e imparcialidad del mismo no parece muy segura en conflictos derivados de la relación de servicios del personal de la corporación.

autoridad de gobierno⁸⁶. En el supuesto de la corporación municipal, en el que corresponde al titular de la alcaldía la posibilidad de determinar los mínimos en los servicios que presta el ayuntamiento, tanto directamente como en régimen de concesión, dificulta la consideración de la imparcialidad que va ligada a esta técnica de restricción del derecho, puesto que la cercanía al conflicto por parte del municipio abre la posibilidad de emplear incorrectamente la potestad configurada legalmente para una autoridad de gobierno imparcial⁸⁷.

Este problema, la consideración de una autoridad de gobierno como instancia pública imparcial, es lo que permite mirar con cierta prevención la utilización de la delegación de competencias de forma tal que los órganos habilitados como competentes pierdan la condición política que habilita constitucionalmente a la restricción del derecho de huelga. Sin embargo, es una doctrina estable en la jurisprudencia que la delegación de esta competencia es posible, pero siempre que no se realice “en cascada” a través de la jerarquía administrativa o “subdelegación”, o, en definitiva, que ésta no recaiga en la autoridad de quien dependa de modo directo la gestión del conflicto⁸⁸. El problema se agrava por la tendencia a considerar autoridad gubernativa a quien ostenta la titularidad del servicio esencial –lo que se ha manifestado asimismo en relación con la atribución estatal o autonómica de esta– de manera que esta consideración “orgánica” unida a la técnica de la delegación, puede permitir en la práctica que en la determinación de la esencialidad de un servicio y de los mínimos a mantener jueguen de forma de-

⁸⁶ la STS 16 de octubre de 2001 (Ar. 8605), niega esta cualidad al rector de la Universidad respecto de su comunidad universitaria.

⁸⁷ Pueden encontrarse ejemplos muy llamativos de esta extralimitación del ayuntamiento que emplea la técnica de servicios mínimos para impedir o limitar una huelga del personal a su servicio, como la declaración de una piscina municipal como servicio esencial, sobre la base de tutelar el ocio como bien constitucionalmente protegido. Una posición crítica respecto de la consideración del ayuntamiento como autoridad de gobierno en J. CABEZA PEREIRO, “La imposición de servicios mínimos...”, cit., pp. 189-190.

⁸⁸ Como sucede con la delegación en el Director gerente del Servicio de Salud del Principado de Asturias (SESPA), que tiene funciones de director del personal sanitario del servicio de salud autonómico, lo que hace que carezca de una “posición externa” al ámbito del ejercicio del derecho de huelga y la nota de la imparcialidad requerida. STC 296/2006, de 11 de octubre, seguida por las SsTC 310/2006, de 23 de octubre y 36/2007, de 12 de febrero, a las que se referirá más adelante.

cisiva las consideraciones del propio servicio o actividad antes que las repercusiones del mismo en las necesidades ciudadanas materializadas en la satisfacción de derechos y libertades proporcionalmente restringidas por el derecho de huelga.

Lo que queda excluido radicalmente es que la competencia para imponer servicios mínimos pueda recaer sobre “los órganos de gestión y administración del servicio donde se desarrolla la huelga” (STC 53/1986, de 5 de mayo, STC 296/2006, de 11 de octubre, STC 58/2013, 11 de marzo), puesto que ésta decisión no puede responder a la preservación de intereses empresariales, ni la empresa puede realizar dicha tarea (STC 233/1997, de 18 de diciembre, STC 193/2006, de 19 de junio). Esta actuación debe estar regida por un principio de imparcialidad y neutralidad, que debe reflejarse no sólo en el tipo de autoridad que se encarga dicha función, sino en la actuación concreta de la misma, impidiendo, por ejemplo, la convalidación por parte de la autoridad gubernativa del plan de servicios mínimos y la relación de puestos de trabajo propuesto por la empresa ante una huelga, puesto que ello implica en la práctica abandonar la determinación de los servicios mínimos “en manos de la entidad empleadora” (STC 27/1989, de 3 de febrero). La imparcialidad exige por tanto que la decisión mantenga una cierta distancia de los protagonistas de la relación de conflicto, lo que implica no sólo atender el plan de servicios mínimos que prevé la empresa, sino conocer asimismo la oferta de preservación de servicios que efectúen los convocantes de la huelga, por donde el requisito que señala la OIT de audiencia a los huelguistas debería ser atendido como parte integrante de esta “imparcialidad” de la autoridad de gobierno.

La empresa, sin embargo, puede llevar a cabo medidas que supongan un “complemento técnico y funcional” del acto gubernativo, pero se trata de una actividad que debe en todo caso proponerse como complemento de una decisión que en la determinación de los servicios mínimo esté completa y que por consiguiente no tenga que ser desarrollada en lo fundamental por la empresa o administración que preste el servicio o actividad. Tradicionalmente este “complemento técnico o funcional” se refiere a la delimitación de funciones correspondientes a los puestos de trabajo designados como indispensables en el acto de la autoridad de gobierno, y se

confunde normalmente con la designación de trabajadores que deben cumplir los servicios mínimos, acto sometido al control de la jurisdicción social en aquellos supuestos en los que se produce en él una vulneración del derecho de huelga⁸⁹.

⁸⁹ Cfr. STSJ Castilla-La Mancha 374/2015, de 7 de abril de 2015, sala de lo social, ante un supuesto en el que la empresa de ambulancias designa para cumplir los servicios mínimos a dos miembros del comité de huelga.

UNA RECAPITULACIÓN SOBRE LAS DETERMINACIONES DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE LA ESENCIALIDAD DEL SERVICIO Y EL SERVICIO MÍNIMO Y SU INCIDENCIA EN LA JURISPRUDENCIA ORDINARIA

La convocatoria de la huelga general del 2002 por UGT y CCOO contra la reforma del desempleo y del despido llevada a cabo por el gobierno Aznar en el RDL 5/2002 de medidas urgentes para la protección del desempleo y mejora de la ocupabilidad generó un significativo número de decisiones del Tribunal Constitucional en torno a ese hecho⁹⁰. Otros fallos también sobre el derecho de huelga en los servicios esenciales no tenían como origen la huelga general, pero también coincidieron en el tiempo. Hay no obstante una diferencia entre las sentencias que provienen de la huelga general y el resto, de forma que las primeras resultan más estimulantes por presentar “una línea más garantista del derecho de huelga”⁹¹ mientras que la otra serie es continuista de una línea ya aposentada en la doctrina constitucional e insiste en sus elementos más cuestionables.

La convocatoria de una huelga general, como se ha visto, origina la respuesta también general de las diferentes autoridades de gobierno que precisan los servicios y actividades que se reputan esenciales y en donde se prescriben servicios mínimos. Una gran parte de estos servicios son determinados sobre la base de decisiones an-

⁹⁰ Hay que tener en cuenta que la STC 68/2007, de 28 de marzo, respondiendo a un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el grupo socialista, el federal de IU y el grupo mixto, declaró la inconstitucionalidad de esta norma, que había sido cuestionada –y modificada en el trámite de su convalidación como proyecto de ley– por la movilización sindical, estableciendo una doctrina importante en materia de límites a la normación de urgente necesidad a través del decreto-ley que sin embargo ha sido abandonada –y contrariada– por el Tribunal Constitucional actual –“renovado” entre el 2010 y el 2102– mediante el Auto 43/2014, de 12 de febrero, que contiene sin embargo votos particulares muy convincentes.

⁹¹ M^a N. MORENO VIDA, *La huelga en los servicios esenciales...cit.*, p. 155.

teriores, que han ido sedimentándose a lo largo de un proceso de acumulación que permite ampliar progresivamente las actividades públicas o privadas en las que se restringe el derecho de huelga⁹². Funciona como un mecanismo de apropiación de actividades y de servicios para asegurar su continuidad como un espacio inmune a la plena expresión del conflicto en las mismas, cada vez más sobre la base de su relación con la titularidad pública del mismo, actual o pasada, dado el proceso de privatización acelerado de los servicios públicos obra de la “modernización” del país en los gobiernos PSOE a partir de 1985⁹³.

Basta comprobar la lista de servicios considerados esenciales por la autoridad administrativa, en una suerte de “catálogo” de los mismos⁹⁴, para verificar esta deriva expansiva que se acentúa ante cada huelga general con nuevos sectores de relevancia, como los derivados de las tecnologías de la información y de la comunicación en la huelga del 2002. La cláusula de la esencialidad es por tanto un elemento clave en la instrumentación autoritaria de la facultad que se otorga a los gobiernos, “una responsabilidad política que debe ser residenciada por cauces políticos y ha de producir efectos políticos”, como señala la STC 26/1981 y sobre cuyo significado ambivalente se dirá algo más adelante. Y esta cuestión ha sido puesta de manifiesto más allá de los ambientes sindicales o de los estudios doctrinales de derecho sindical, como un dato irrefutable que plantea muchos problemas⁹⁵.

⁹² Es lo que se ha denominado “la inercia a utilizar el criterio del servicio público y la actividad desarrollada por todo el personal funcionario y laboral de la Administración como justificación de la imposición de severas restricciones al ejercicio del derecho de huelga”, o, lo que es lo mismo, la sustitución en la práctica de la noción de servicio esencial por la de servicio público. Cfr. A. MERINO SEGOVIA, “El concepto de servicios esenciales...”, cit., p. 160.

⁹³ A. MERINO SEGOVIA, “El concepto de servicios esenciales...”, cit., p. 161-162.

⁹⁴ M^a N. MORENO VIDA, *La huelga en los servicios esenciales...*cit., pp. 150-153.

⁹⁵ E. LÓPEZ ARANGUREN, “Huelgas, servicios esenciales y servicios mínimos”, *Sin Permiso*, 07/08/2011, <http://www.sinpermiso.info/textos/index.php?id=4356>, “Como escribiera María Emilia Casas, una de las dificultades más notables del sistema español y de la jurisprudencia constitucional sobre la huelga es la “imprecisa y amplia fórmula delimitadora de la esencialidad de los servicios”. Está pendiente pues, una definición operativa de “servicio esencial” que sea generalmente aceptada. Ello da origen a la queja sindical de que en la práctica es la autoridad gubernativa quien decide qué es un servicio esencial.”

Sin embargo, la serie de sentencias que enjuicia el Tribunal Constitucional como consecuencia de la impugnación de los decretos de servicios mínimos promulgados por el gobierno en el sector de las tecnologías de la comunicación e información, se efectúan consideraciones importantes en torno al concepto de servicio esencial que deben ser resaltadas.

En efecto, las Sentencias 183, 184, 191 y 193/2006, de 19 de junio, que resuelven amparos interpuestos por separado por CCOO y UGT contra el RD 531/2002, de 14 de junio, por el que se establecen normas para fijar el funcionamiento de los servicios públicos esenciales de radiodifusión sonora y de televisión, y contra el RD 7/2002, de 14 de junio, por el que se establecen normas para fijar el funcionamiento de los servicios mínimos esenciales del ente público RTVE y las sociedades estatales RNE y RTVE, a las que ya se ha hecho cumplida referencia en los dos apartados anteriores de este trabajo⁹⁶. En dichas sentencias, la cláusula abierta de esencialidad” se concentra en el campo propio del derecho de huelga, sin contaminarse de otras definiciones de esencialidad del servicio provenientes de otros enfoques jurídicamente impecables, pero no extrapolables a la definición “a efectos de huelga”. Para el TC, la calificación de unos servicios públicos como esenciales “desde una óptica diferente a la propia del derecho de huelga”, no puede sustituir la calificación que, conforme a los parámetros constitucionales, permite hablar de actividad o servicio “esencial a efectos de huelga”, es decir, haciéndolos depender de las circunstancias concretas que se expresan en cada acción huelguística en concreto, su extensión territorial, funcional, personal y temporal. Lo más determinante de esta doctrina, sin embargo, es la precisión ulterior que realiza, recuperando “los elementos de rigor...no siempre debidamente atendidos” presentes en el art. 10.2 DLRT como norma habilitante para la adopción de las medidas restrictivas en estas actividades esenciales para la comunidad. La “inaplazable necesidad” satisfecha por éstas y, muy importante modalización, “cuando concurren circunstancias de especial gravedad”. De manera que “no basta con la calificación del

⁹⁶ Un comentario a las mismas, A. BAYLOS GRAU, *Nuevas determinaciones en materia de huelga y servicios esenciales*, RDS n° 36 (2006), pp. 153 ss; J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, *Derecho de huelga y servicios esenciales de la comunidad en el ámbito de las telecomunicaciones*, TL n° 87 (2006), pp.

servicio para justificar las medidas limitativas, sino que éstas, en su caso, han de ajustarse a las circunstancias que deben ser no graves, sino de especial gravedad”.

Se ha señalado que con ello “esta jurisprudencia última vuelve a la inicial, a la STC 11/1981”⁹⁷, y con ello posiblemente lo que se quiere decir es que recupera una perspectiva reticente frente a las restricciones del derecho de huelga que sólo están justificadas políticamente si la lesión a los derechos fundamentales afectados por la paralización del servicio es intensa y concurren circunstancias especialmente graves. Naturalmente que esta consideración se proyecta sobre la fijación de garantías o los mínimos de actividad, de forma que para “la prestación de los trabajos necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades y bienes que el propio servicio satisface”, un criterio interpretativo válido es el de atender al momento de ejercicio de los derechos, de manera que si el derecho o libertad que se alega como límite al derecho de huelga puede ejercitarse en un momento no coincidente con aquél en que despliega su ejercicio el derecho de huelga “sin afectar sensiblemente a su funcionalidad”, no hay razón para limitar en ese momento el derecho de huelga, puesto que la técnica de conciliación entre ambos derechos “puede hacerse desplazando el momento temporal del ejercicio del derecho que técnicamente pudiera colisionar con el de huelga”, lo que desde luego tiene mucho interés en el caso de huelgas en medios de comunicación y el juego con el cambio de horario y la parrilla de contenidos.

Por eso, y ya en la determinación concreta del contenido del servicio mínimo, no es aceptable que éste consista en “la emisión, dentro de los horarios habituales de difusión, de una programación previamente grabada”. La doctrina constitucional se pronuncia de forma taxativa contra esta disposición. “La oportunidad del ejercicio a comunicar y recibir información durante una jornada de huelga respecto de una programación previamente grabada de posible contenido o interés informativo supone una restricción del derecho de huelga que, por la propia característica de la información que se quiere emitir, no encuentra justificación en la preservación del de-

⁹⁷ M^a E. CASAS BAAMONDE, *25 años de jurisprudencia constitucional social: huelga en servicios esenciales y responsabilidad política*. RL n^o 23/24 (2010), p. 349.

recho a comunicar y recibir información”. La desvinculación de los contenidos informativos genéricos respecto de la lesión a la libertad de información de los ciudadanos en casos de huelga, es mucho más rotunda respecto de la programación televisiva de “puro entretenimiento”, que no tiene relación alguna con el derecho constitucional que protege la comunicación y la recepción de información. “La plural actividad televisiva previamente grabada desprovista de todo contenido e interés informativo, aun cuando se encuentre respaldada por la existencia de un evidente interés legítimo tanto del comunicador como de sus receptores, en nada concierne al derecho a comunicar y recibir información *ex art. 20.1.d) CE*”.

En cuanto a la calificación como servicio mínimo de “la producción y emisión de la normal programación informativa”, la doctrina constitucional es también muy significativa: “la obvia pluralidad, heterogeneidad y diversidad de contenidos que puede revestir y de hecho reviste la denominada en el Real Decreto impugnado, sin más concreciones, ‘normal programación informativa’, aun entendida esta expresión en el sentido indicado por el Tribunal Supremo como referida a ‘los informativos o programas de noticias emitidos de forma regular’ no tiene por qué merecer en razón de su distinto valor desde la perspectiva del derecho a comunicar y recibir libremente información veraz un igual nivel de protección, de manera que sin una mayor precisión de lo que constituye la ‘normal programación informativa’, cuya ausencia no corresponde a este Tribunal subsanar, no puede considerarse justificada ni desproporcionada la restricción que en este caso, atendiendo a la extensión y duración de la huelga convocada, se ha impuesto al derecho de huelga”. Mantener un servicio implica, como ya se ha dicho, establecer una cobertura mínima de los derechos que el servicio esencial satisface, por lo que mantener la normalidad de la programación de informativos no se corresponde con este estándar de medida. La necesaria reformulación de los programas informativos y del formato de los mismos es una consecuencia ineludible del ejercicio del derecho de huelga en los medios de comunicación.

Por lo demás, la medida considerada inconstitucional perseguía impedir la visibilidad de la huelga mediante la continuidad de las emisiones televisivas, aunque fuera en pre-grabado. También a este aspecto se refiere la jurisprudencia constitucional en la se-

rie de sentencias citadas. “La efectividad del derecho de huelga no demanda del empresario una conducta específicamente dirigida a propiciar la divulgación de la situación de huelga, pero demanda, no ya del empresario, sino de la autoridad gubernativa facultada para el establecimiento de los servicios mínimos, que aquellos que se impongan no restrinjan de forma injustificada o desproporcionada el ejercicio del derecho, incluida la faceta del mismo dirigida a lograr su proyección exterior”. Aunque no se trata de una inflexión de la doctrina constitucional hacia una versión más funcional del derecho de huelga en la que la interrupción de la actividad productiva de bienes y de servicios y la alteración de las condiciones normales de prestación de un servicio resulta una condición necesaria para que la huelga cumpla con su función de medida de presión para satisfacer los intereses de los trabajadores⁹⁸, si está claro que la imposición de un servicio mínimo que logre implantar un principio de no interrupción del servicio y su continuidad, anulando su proyección exterior o visibilidad social, implica una restricción injustificada y desproporcionada del mismo.

La doctrina que se ha resumido es por tanto interesante porque avanza en la precisión de los conceptos indeterminados que el TC había ido desgranando como claves para su interpretación del límite central del precepto constitucional, los servicios esenciales de la comunidad. Ha sido sin embargo poco utilizada con posterioridad por los operadores jurídicos, que se mueven fundamentalmente en torno a la extensión del servicio mínimo, dando normalmente por descontado que la selección del servicio o actividad como esencial por la autoridad gubernativa no puede cuestionarse con posibilidades de éxito ante los tribunales ordinarios de lo contencioso-administrativo. Las manifestaciones más recientes de las huelgas generales de 2010 y 2012 se han centrado en la negociación de los servicios mínimos⁹⁹, sin que haya generado una litigiosidad abierta

⁹⁸ Como se mantenía en A. BAYLOS, “Continuidad de la producción o del servicio y facultades empresariales en casos de huelga”, en *Estudios sobre la huelga...cit.*, pp. 89 ss.

⁹⁹ Algunas referencias de estos acuerdos sobre servicios mínimos en M.L. BIRGILLITO, “Una mirada comparada sobre el derecho de huelga en los servicios esenciales y sus sujetos reguladores: Italia y España”, *Revista de Derecho Social* n° 73 (2016), pp. 211.212.

como la impulsada diez años antes¹⁰⁰. Además el cierre de los poderes públicos a la renegociación de las medidas legislativas contestadas por la huelga, ha sido más determinante que la reflexión sobre el incremento del autoritarismo del gobierno en el señalamiento de mínimos de actividad. Por otra parte, son constatables ciertas prácticas sindicales que aceptan de buena o mala gana la imposición externa de servicios mínimos o convalidan tácitamente actuaciones de entes y organismos públicos que infringen claramente el derecho de huelga, y en algunas ocasiones la imposición de servicios mínimos ha funcionado como excusa ante la escasa participación de los empleados y trabajadores del sector convocados por el sindicato¹⁰¹.

Sin embargo, donde estas nuevas determinaciones constitucionales han sido más influyentes es en la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, que era muy reticente a configurar la visibilidad y la eficacia de la huelga como elementos propios de su función como derecho fundamental. En efecto, la STS 5-12-2012 (rec. 110/2011) discurre sobre la improcedencia de utilizar medios tecnológicos para evitar la eficacia del derecho de huelga más allá de los límites al mismo establecidos mediante el nivel correcto de imposición de servicios mínimos por la autoridad gubernativa, y contraria una doctrina anterior, precisada en STS 5579/2012, de 11 de junio, que establecía el derecho “de resistencia o de no colaboración por parte del empresario ante el ejercicio del derecho de huelga¹⁰². Por el

¹⁰⁰ La litigiosidad que ha surgido de las huelgas generales del 2010 y 2012 es la relativa a la incriminación penal de los participantes en los piquetes de huelga durante la misma, que han generado más de 300 procesados por el art. 315.3 CP, lo que ha generado una importante movilización sindical en contra y un debate sobre la subsistencia de dicha norma. Sobre el tema, J. TERRADILLOS BASOCO, “De la huelga como derecho al piquete como delito. A propósito de la sentencia sobre el caso ‘los 8 de Airbus’”, *Revista de Derecho Social* n° 73 (2016), pp. 217 ss.

¹⁰¹ En esos casos, por tanto, el sindicato da por bueno la determinación del servicio como esencial, la competencia del órgano administrativo para imponer la medida de restricción del derecho de huelga, el alcance excesivo de los mínimos a cubrir. Se trata de malas prácticas sindicales que repercuten en una erosión del derecho de huelga y construyen una cultura de acción muy incorrecta desde el punto de vista constitucional.

¹⁰² STS 11-6-2012, con varios votos particulares discordantes que en la siguiente sentencia de diciembre del mismo año en Sala General conseguirán modificar esta doctrina. Puede verse el comentario crítico a esta primera sentencia de PÉREZ REY, J. *Tertulias, reportajes de actualidad y esquirolaje tecnológico en la huelga general (a propósito de la STS de 11 de junio de 2012)*, RDS, n° 59, (2012), pp. 195 ss.

contrario, el Tribunal Supremo ante supuestos en los que el empresario utiliza procedimientos tecnológicos que no requieren sostén de mano de obra para evitar la eficacia de la huelga y lograr la continuidad de la actividad empresarial, ha manifestado que se trata de conductas lesivas del derecho de huelga, al sustraer virtualidad a la huelga como instrumento de presión, “pues el derecho de huelga puede ser irreconocible si se le vacía de su contenido esencial como medio de presión constitucionalmente garantizado”, por lo que la posibilidad de limitar los efectos prácticos del ejercicio del derecho de huelga debe ser interpretada restrictivamente, haciendo prevalecer el criterio de la máxima efectividad del derecho fundamental en juego”¹⁰³.

Es una doctrina reiterada en otras sentencias de la misma sala: “Como ha señalado la doctrina el contenido esencial del derecho de huelga incorpora, además del derecho de los trabajadores a incumplir transitoriamente el contrato de trabajo, el derecho a limitar la libertad del empresario ..., de manera que no cabe el uso de las prerrogativas empresariales, aún amparadas en la libertad de empresa, para impedir la eficacia del derecho de huelga, y ello por la propia naturaleza de este derecho y también del de libertad de empresa que no incorpora a su contenido facultades de reacción frente al paro” (STS 18-07-2014, rec. 11/2013). Lo que también sugiere algunas observaciones sobre el alcance del acto de imposición de gobierno no solo sobre el derecho de huelga, sino sobre los poderes del empresario, puesto que se plantea la cuestión de si este acto de restricción de derechos no afecta asimismo a la libertad de empresa, fijando su posición en el supuesto de la huelga en asumir y garantizar el nivel del servicio mínimo establecido, pero sin que pueda ampliarse la actividad productiva o de servicios sobre la base de los no huelguistas o con medios técnicos.

¹⁰³ La sentencia cambia por tanto la doctrina anterior sobre el llamado esquirolaje tecnológico, y tiene a su vez votos particulares que reiteran la doctrina modificada. Un comentario a la misma en J. PÉREZ REY, *El esquirolaje tecnológico: un importante cambio de rumbo de la doctrina del Tribunal Supremo (STS de 5 de diciembre de 2012)*, RDS n° 61, (2013), pp. 163 ss.

AUTORIDAD GUBERNATIVA Y RESPONSABILIDAD POLÍTICA EN LA HUELGA EN SERVICIOS ESENCIALES

La problemática de la autoridad de gobierno que es competente para imponer medidas de restricción del derecho de huelga se ha analizado antes al examinarlo en relación con el requisito de imparcialidad que acompaña a este mecanismo. Pero a su vez esta determinación constitucional sobre la “autoridad de gobierno” plantea un problema de fondo sobre la responsabilidad política que le acompaña y los mecanismos posibles para hacerla eficaz. De ello también se ha ocupado el Tribunal Constitucional, aunque no sea éste un tema sobre el que se haya pronunciado la jurisprudencia ordinaria ni ocupe una parte importante de las preocupaciones de la doctrina.

Entre las otras sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en esta materia, destaca sobremanera la STC 296/2006, de 11 de octubre, cuya doctrina se proyecta en las posteriores SsTC 310/2006, de 23 de octubre y 36/2007, de 12 de febrero. Se trata de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el juzgado contencioso-administrativo nº 4 de Oviedo sobre la atribución por la Ley del Servicio de Salud asturiana al Director Gerente del Servicio de Salud del Principado de Asturias (SESPA) la función de “fijar los servicios mínimos en los casos de huelga de personal, previa consulta a las centrales sindicales más representativas”. En una huelga convocada por CEMSATSE, el juez contencioso entendió que la resolución del procedimiento de protección de derechos fundamentales que se estaba sustanciando ante él, dependía de la validez de la disposición de la Ley Autonómica que podría ser contraria a la Constitución.

El problema por tanto que se plantea formalmente es el de la especificación de los sujetos que están habilitados para restringir

el derecho de huelga en el ámbito de los servicios esenciales, y la STS 296/2006 se sitúa como punto de partida en la doctrina constitucional según la cual es necesario que el acto de restricción del derecho de huelga, al tratarse de un acto eminentemente político, se residencie en la autoridad de gobierno. El eje de la atribución constitucional es la responsabilidad política, que se relaciona con la posición imparcial *super partes* de ésta, lo que plantea la necesidad de distinguir entre órganos políticos y administrativos como sujetos competentes en la imposición de servicios mínimos¹⁰⁴. La noción de autoridad de gobierno se comparte “en la realidad del Estado autonómico español” y por tanto se declina en plural, a partir del Estado y de la Comunidad Autónoma¹⁰⁵, pero la pretensión de trasladar una parte de la función de fijación de servicios mínimos a órganos de gestión o administrativos no cumple con el canon de constitucionalidad, puesto que este acto de imposición de límites al

¹⁰⁴ En la concepción de M.R. ALARCÓN, esta posición política viene urgida por la función que desempeña la autoridad de gobierno como sujeto que representa a los usuarios afectados por la paralización del servicio. La autoridad gubernativa no es un “tercero imparcial”, como obstinadamente reiteran las sentencias del TC, sino el “representante de los derechos e intereses de unos terceros –los destinatarios de los servicios afectados por la huelga– que, sin ser parte en la controversia laboral que está en la base de dicha huelga –cuyos sujetos son los trabajadores y los empresarios– sí son afectados directísimamente por ella y por tanto son parte material del conflicto huelguístico, aunque no lo sean formalmente”. Ello implica que no se puede hablar de “imparcialidad”, porque la autoridad de gobierno es “parte” en cuanto representante de ese tercer sujeto. Aunque es “imparcial” respecto del conflicto material entre empresarios y trabajadores, es sin embargo “parcial” en cuanto que está interesada en mantener el mayor nivel posible de prestación de los servicios esenciales tanto porque es lo que conviene a los usuarios como porque ella está siempre interesada en minimizar las consecuencias de los conflictos sociales, lo que tendrá consecuencias en la propuesta final de regulación del ejercicio del derecho, pero suministra elementos de reflexión interesantes sobre la regulación actual con vistas a su enjuiciamiento jurisdiccional. Cfr. M. R. ALARCÓN CARACUEL, “Huelga y servicios esenciales...”. cit., p. 257.

¹⁰⁵ Aunque fuera de este discurso, en la jurisprudencia constitucional reciente se produce un cambio de orientación en su doctrina que evoluciona desde la primera 33/1981 en donde el criterio central de atribución atiende al ámbito territorial de ejecución de la huelga, a la STC 233/1997 en donde el centro de gravedad se desplaza a la autoridad competente sobre el servicio prestado, criterio reafirmado por la mucho más reciente STC 124/2013 de 19 de diciembre. Son decisiones que favorecen la delimitación “estatal” de la autoridad de gobierno separada de la autonomía territorial donde se desarrolla la huelga. Una explicación de esta línea evolutiva, enmarcada en el problema de la responsabilidad política sobre el servicio esencial afectado por la huelga, en M^a E. CASAS BAAMONDE, *25 años de jurisprudencia constitucional social...cit.*, pp. 356-357.

ejercicio del derecho de huelga está “reservado” a las autoridades políticas, sin perjuicio de que aquellos “puedan realizar funciones de apoyo que no impliquen la toma de acuerdos decisivos para el ejercicio del derecho fundamental de huelga”. Las sucesivas STC 310/2006 y 36/2007, soslayan el tema de fondo sobre la extensión del servicio mínimo impuesto en una huelga en los servicios de atención primaria en Avilés, para afirmar, coherentemente con la STC 296/2006 que la autoridad sanitaria que fijó los servicios mínimos no era autoridad política de gobierno, por lo que se vulneró el derecho de huelga de los trabajadores en conflicto.

Pero lo importante en la STC 296/2006 es el énfasis con que se enuncia la conformación política de esta atribución de poder y su imputación a las “autoridades de gobierno” como el único modo en que se garantiza el enunciado constitucional. Sólo esos órganos que responden políticamente pueden asumir la responsabilidad de limitar el derecho fundamental de huelga, por lo que es una facultad “reservada” por la Constitución a este tipo de entes. El TC no se limita a desarrollar una doctrina ya antigua sobre la definición de qué órganos pueden ser considerados autoridad de gobierno, sino que desarrolla de forma directa un modelo regulacionista que va más allá de la adaptación de una norma preconstitucional al nuevo orden de valores democrático, configurando un esquema de intervención propio con previsibles pretensiones de vinculación del futuro legislador¹⁰⁶. Ese “cierre del modelo” implica la definición de un campo de sujetos a los que en exclusiva se encomienda la función de composición y contrapeso de derechos fundamentales de huelguistas “y el resto de ciudadanos”, como “tercero imparcial” y “neutral” en el que el rasgo definitorio crucial será que es capaz de responder políticamente ante los electores del ejercicio de su potestad excepcional de limitar el derecho de huelga de los ciudadanos¹⁰⁷.

Pero la responsabilidad política sólo puede residenciarse por los cauces políticos, que se traducen en el control parlamentario y en

¹⁰⁶ Es un modelo que está propiciado por la inactividad del legislador, pero puede dificultar “cualquier alteración legal posterior”. Cfr. M^o E. CASAS BAAMONDE, *25 años de jurisprudencia constitucional...cit.*, pp. 351-352.

¹⁰⁷ M^o E. CASAS BAAMONDE, *25 años de jurisprudencia constitucional...cit.*, p. 352.

la aprobación o desaprobación de la gestión gubernamental en el proceso electoral. Lo más llamativo es que ésta se conforma como legitimación democrática del mecanismo de imposición de servicios mínimos y en consecuencia de desarrollo correcto de los límites al ejercicio del derecho de huelga previstos en el art. 28.2 CE¹⁰⁸. Se trata sin embargo de una referencia redundante, porque en un sistema democrático, la autoridad política está mediada por el principio de participación política de los ciudadanos y la representación electoral de los mismos, de manera que cualquier órgano de gobierno debe ser directa o indirectamente elegido democráticamente o responder democráticamente de sus acciones. Por lo tanto el énfasis de la jurisprudencia constitucional en la capacidad de gobierno no viene a significar sino un reclamo genérico a la justificación democrática y representativa del gobierno en un Estado de derecho, no una característica que singularice el poder de restringir un derecho fundamental de carácter colectivo en el que están implicados aspectos de la libertad sindical y de otros derechos laborales que quieren hacerse realidad mediante la presión realizada por la huelga.

La responsabilidad política así entendida es una forma de enajenación de la posición constitucional que tienen los sujetos titulares del derecho de huelga y por tanto un elemento que quebranta la finalidad y la función de ese derecho fundamental. No son los huelguistas en cuanto trabajadores los que pueden exigir esa responsabilidad política ante la vulneración de su derecho de huelga, ni tampoco los sindicatos en cuanto representantes de los mismos, puesto que sus medios de acción, que pueden infiltrar el espacio público y la reivindicación política, son incapaces sin embargo de actuar en el terreno propio de la responsabilidad política. Y el control judicial, que normalmente se realiza a posteriori, dificulta la evitación de la lesión al derecho de huelga –pese a la previsión de medidas cautelares, dificultadas por la dualidad jurisdiccional que

¹⁰⁸ En el artículo tantas veces citado de M^o E. CASAS BAAMONDE, *25 años de jurisprudencia constitucional...* cit., pp. 359 ss. se contiene una exposición exhaustiva sobre el contenido y el alcance de la responsabilidad política de las autoridades de gobierno como eje de cierre del modelo regulativo planteado por el Tribunal Constitucional. El texto constituye un elemento central en la explicación de la conformación política de esta responsabilidad gubernativa como forma de legitimación democrática, funcional y orgánicamente determinada.

se mantiene incorrectamente en la regulación de la LRJS– y sobre todo implica el desplazamiento de la autotutela colectiva hacia la garantía judicial, reduciendo de forma muy amplia el espacio que la autonomía colectiva debe jugar en el desarrollo y promoción del hecho huelguístico.

¿Hay margen para esta solución en el modelo cerrado de la doctrina del Tribunal Constitucional? Las experiencias de la negociación informal de los mínimos de actividad entre sindicatos convocantes y autoridades “políticas” parece confirmarlo, pero se trata de prácticas extendidas en las convocatorias de huelgas generales más que en las huelgas de empresa o de sector reputado esencial a efectos de huelga¹⁰⁹. Lo que interesa es plantearse si “la forma más lógica” de cumplir el precepto constitucional respecto de las garantías en el mantenimiento de los servicios esenciales, es la fijación de servicios mínimos por la autoridad gubernativa, no lo es igualmente que “un sindicalismo en plena madurez” –como sostenía la STC 11/1981– pueda razonablemente fijar de modo autorregulado un proyecto de preservación de servicios mínimos que satisfaga las exigencias de contrapeso y proporcionalidad de los límites de los derechos fundamentales en juego, y que esta solución pueda ser perfectamente aplicable como propuesta convergente entre la regulación del derecho de huelga en ese campo y las prácticas de los sindicatos en la convocatoria de huelgas en el mismo.

Recuperando algunas afirmaciones de la primera jurisprudencia constitucional, es evidente que “la negociación entre los sindicatos y quienes convocan la huelga y la autoridad gubernativa, a quien la Constitución impone el deber de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios protegiendo ‘mediante procedimientos eficaces’ su seguridad, salud y legítimos intereses económicos (art. 51.1 CE) debe funcionar como ‘garantía’ efectiva del derecho de huelga y ‘garantía adicional’ del efectivo cumplimiento de las restricciones impuestas a su ejercicio en beneficio de los derechos de los ciudadanos”, y esa negociación es “deseable” y no está excluida del

¹⁰⁹ Un análisis de estas tendencias del ordenamiento español, comparándolas con la evolución de la regulación italiana a partir de la ley de 1990, en M^a.L. BIRGILLITO, *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali in una prospettiva comparata: Italia e Spagna*, tesis doctoral inédita, Dottorato di ricerca in Diritto del Lavoro Europeo, XXIV ciclo, Catania, 2012, pp. 221 ss.

esquema de regulación previsto, como tampoco “la facilitación de soluciones rápidas conciliatorias o de mediación y de arbitraje, asegurada la imparcialidad de los árbitros, cuando aquella fracase”¹¹⁰. Es un tema a desarrollar, donde desde luego tiene más importancia la actuación colectiva extra normativa del sindicato y la construcción de unas prácticas sólidamente arraigadas en el conflicto que la capacidad del sistema de regulación del derecho de huelga de aceptar o de cuestionar las mismas.

El caso es que la huelga en los servicios esenciales depende de una combinatoria entre el reforzamiento del poder contractual o la interlocución política de los sindicatos que es el resultado querido como salida de la huelga, las prácticas del conflicto en los sectores y empresas concernidos, lo que determina la participación de los trabajadores, los medios de extensión de la huelga y la eficacia de esta medida, y, en fin, la visibilidad social de la huelga, que tiene que ver mucho con su carácter ofensivo o por el contrario de resistencia, defensivo, y la percepción social de las huelgas “justas” o “injustas”, de consolidación de un privilegio de casta o de grupo profesional relevante, como sucede normalmente con las huelgas de pilotos de controladores, percibidas por una parte de la opinión pública como huelgas “corporativas” o “insolidarias”¹¹¹.

En esa combinatoria por tanto, la expropiación real que la perspectiva regulacionista-estatal efectúa de la huelga respecto de sus titulares individuales y colectivos, tiene que compensarse con una aproximación sindical que considere estratégico el fortalecimiento de la autonomía colectiva en este punto. Es decir, la extensión de la negociación sindical tanto de los servicios que se deben considerar esenciales como de la preservación de servicios durante la huelga en los mismos y la determinación también negociada de los servicios mínimos.

¹¹⁰ M^a E. CASAS BAAMONDE, *25 años de jurisprudencia constitucional...cit.*, pp. 367-368.

¹¹¹ Se deja de lado, por motivos obvios, la vicisitud de la huelga de controladores aéreos, que se apartó de los moldes regulativos ordinarios e incurrió en la militarización de los huelguistas y la declaración del estado de alarma, un precedente muy inquietante al que se aludirá en la última parte de este trabajo Un análisis jurídico del conflicto en M^a T. IGARTUA MIRÓ e I. MARÍN ALONSO “El conflicto laboral de los controladores aéreos: regulación heterónoma de condiciones de trabajo versus autonomía colectiva”, *Revista de Derecho Social* n^o 55, (2011), pp. 209-234.

No se trata de un enfoque puramente teórico. Han existido experiencias muy interesantes en este sentido, aunque ninguna de ellas ha tenido recepción normativa o realización práctica alguna. Además del precedente regulativo de lo que pudo ser el muy bien valorado proyecto de la ley de huelga de 1992-1993¹¹², en el País Vasco se publicó un acuerdo sobre regulación de servicios mínimos en las actividades o servicios esenciales en caso de huelga en 1994¹¹³, y ha habido intentos de sistematizar estas orientaciones mucho más recientes, como en Cataluña, donde en los últimos tiempos del gobierno tripartito, se estuvo a punto de concluir un Acuerdo Marco en este sentido que no pudo cerrarse ante la retirada del mismo de la patronal.

Estos modelos regulativos acentúan el aspecto bilateral o negociado de la regulación, aunque en una dirección no convergente, puesto que es factible diagnosticar una línea en la que la autorregulación negociada es la regla y la intervención pública se configura como una potestad arbitral encomendada a agencias públicas no gubernamentales, siguiendo el ejemplo italiano, y otra dirección que acepta en principio el principio heterónimo de la autoridad de gobierno, pero abriéndose a un procedimiento formalizado de negociación de los servicios mínimos. Esta última vía, de hecho, es la que se puede apreciar como un hábito sindical arraigado en algunos sectores que incorporan un procedimiento informal de negociación de los servicios mínimos. No obstante estar bastante

¹¹² Sobre los procedimientos de fijación de los servicios mínimos en este proyecto de ley, fundamentalmente basado en procedimientos de negociación de los mismos en dos niveles, fuertemente influenciados por la ley italiana de 1990, cfr. A. BAYLOS, "Procedimientos de fijación de los servicios esenciales", en AA.VV., *El nuevo régimen jurídico de la huelga y el cierre patronal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pp. 79-112, y el análisis crítico del esquema regulativo que imponía la necesidad de un cambio legislativo, en M^a E. CASAS BAAMONDE, "Los procedimientos de fijación de los servicios esenciales y de las garantías de su mantenimiento en caso de huelga. Reflexiones sobre la regulación legal de la huelga a la luz del proceso de su reforma", en AAVV. *Ley de Huelga*, Instituto Sindical de Estudios, Madrid, 1993, pp. 219-239.

¹¹³ Es un acuerdo que sin embargo no ha tenido aplicación práctica, aunque doctrinalmente se valora la modulación de la potestad gubernativa que contienen, al incrementar la faceta negociada de la determinación de los servicios mínimos. Sobre el tema, cfr. M. URRUTIKOETXEA BARRUTIA, "Lecciones actuales para la regulación de la huelga en los servicios esenciales de una norma sin sombra", *Revista de Derecho Social* n^o 48, (2009) pp. 219-239.

extendidas tales prácticas de negociación de las prestaciones indispensables en caso de huelga, lo cierto es que su activación es plenamente informal y depende de la aceptación de la autoridad de gobierno de que se trate¹¹⁴.

Es conveniente asimismo reparar en la existencia de ciertas prácticas sindicales que aceptan de buena o mala gana la imposición externa de servicios mínimos o convalidan tácitamente actuaciones de entes y organismos públicos que infringen claramente el derecho de huelga. Naturalmente que en esos casos se trata de malos hábitos que erosionan la realización eficaz del derecho de huelga. Se sabe por otra parte que en algunas ocasiones la imposición de servicios mínimos ha funcionado como excusa ante la escasa participación de los empleados y trabajadores del sector convocados por el sindicato. En esos casos, por tanto, el sindicato da por bueno la determinación del servicio como esencial, la competencia del órgano administrativo para imponer la medida de restricción del derecho de huelga, el alcance excesivo de los mínimos a cubrir.

La intersección de estos actos por el derecho conduce a la activación solvente de mecanismos de impugnación de los actos contrarios al derecho de huelga. Este esfuerzo reconstructivo para que no desfallezca el derecho de huelga no sólo es imprescindible en una perspectiva defensiva, sino también debe ponerse en marcha como forma de proteger un diseño de acción colectiva eficaz y funcional a las reivindicaciones mantenidas por la huelga. Es importante a este respecto hacer un esfuerzo por extraer de la jurisprudencia constitucional las indicaciones que permitan que la huelga convocada sea eficaz y que en ella participen la gran parte de los trabajadores del sector o de la empresa, y no remitirse a pautas de conducta que restringen y vacían de efectividad el ejercicio del derecho. Haciendo así, además, la utilización de la huelga se desvaloriza y aparece como un medio insuficiente que no expresa la capacidad de resistencia y de autodefensa del grupo de trabajadores afectado.

¹¹⁴ Un análisis de estas tendencias del ordenamiento español, comparándolas con la evolución de la regulación italiana a partir de la ley de 1990, en M.L. BIRGILLITO, "Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali in una prospettiva comparata: Italia e Spagna", tesis doctoral inédita, Dottorato di ricerca in Diritto del Lavoro Europeo, XXIV ciclo, Catania, 2012, pp. 221 ss.

Además, sería conveniente reconsiderar la autodisciplina sindical pura –en unidad de acción– como fórmula que rescate para la autonomía sindical la virtualidad del derecho de huelga en los supuestos, más frecuentes cada vez, en que fracase o no se intente la negociación de los servicios mínimos y se imponga un nivel claramente abusivo de preservación del servicio mínimo. La reacción muy extendida a la imposición de servicios mínimos abusivos por el poder público, y la reiteración torpe de los mismos, incluso en los mismos términos en los que fueron declarados ilegítimos por los tribunales, suele consistir en realizar la huelga prescindiendo de la prestación de un mínimo de actividad. En esos casos, como hizo la STSJ de Madrid de 20-2-2012 respecto de la huelga del Metro del 2010, se declara la huelga ilegal por carecer de servicios mínimos¹¹⁵. Si por el contrario en esos supuestos los sindicatos convocantes garantizan una oferta específica de prestaciones indispensables a mantener durante la huelga determinada unilateralmente por ellos, la conclusión de la jurisprudencia no sería posiblemente tan neta.

¹¹⁵ Cfr, asimismo el auto de inadmisión del TS de 9-1-2013. La huelga se declara ilegal tras la negativa de la asamblea de trabajadores a designar servicios mínimos como respuesta a la abusiva imposición de los mismos por el gobierno de la Comunidad de Madrid.

LA PROBLEMÁTICA DEL CONTROL JURISDICCIONAL

El control jurisdiccional de la actuación “política” de la autoridad de gobierno es una garantía central del derecho de huelga en los servicios esenciales. Pero éste control se ejercita en dos momentos separados y en órdenes jurisdiccionales diferentes. Las “disposiciones que establecen las garantías tendentes a asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad en casos de huelga y, en su caso, de los servicios o dependencias y los porcentajes mínimos de personal necesarios a tal fin” se encomiendan al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, mientras que “las impugnaciones exclusivamente referidas a los actos de designación concreta del personal laboral incluido en dichos mínimos”, los actos del empresario que disciplinan la negativa a dichas decisiones de designación para el cumplimiento de los servicios mínimos y “los restantes actos dictados por la autoridad laboral en situaciones de conflicto laboral”, pertenecen al orden jurisdiccional social (art. 3 d) LRJS). Esta dualidad jurisdiccional es disfuncional cara a la eficacia de la garantía del derecho, como ha reconocido el propio Tribunal constitucional en la STC 123/1990, de 2 de julio, tanto por la diferencia de ritmos y velocidad de respuesta a las pretensiones planteadas en ambas jurisdicciones como por la evidente relación entre la respuesta jurídica a la corrección o no de la imposición gubernativa de los servicios mínimos y los actos del empleador que los plasman en concreto, restringiendo de esta forma el derecho de huelga de los trabajadores designados.

La garantía jurisdiccional del ejercicio del derecho de huelga en los servicios esenciales se realiza, por obra de la propia indicación

constitucional, ante cada supuesto de huelga en concreto y siempre con posterioridad a la emanación de un acto de gobierno que impone un mínimo de actividad, que es lo que controla el magistrado. Pero este mecanismo no impide, por tanto, que la autoridad gubernativa, ante nuevas convocatorias de huelga, proceda a reiterar un acto de imposición de servicios mínimos incorrecto con vulneración del derecho fundamental, sin que el nuevo control y posterior declaración de nulidad del mismo evite que la huelga en concreto convocada haya sido vaciada de contenido o impedida. Este tipo de círculo vicioso que permite la reproducción de prácticas autoritarias que se extralimitan en la fijación de servicios mínimos se ha pretendido abordar desde un doble prisma, el de las medidas cautelares y el de la vía resarcitoria.

La primera vía la habilita la STC 148/1993, de 29 de abril, que recupera para el derecho de huelga la posibilidad de obtener la suspensión, con carácter previo, del acto gubernativo de imposición de servicios mínimos, sin que se entienda que en estos casos concurría la fórmula de “perjuicio grave para el interés general” que hasta el momento lo excepcionaba¹¹⁶. Del propio derecho a la tutela judicial efectiva deriva la potestad jurisdiccional de adoptar medidas cautelares, pues “la efectividad que se predica de la tutela judicial respecto de cualesquiera derechos o intereses legítimos reclama la posibilidad de acordar las adecuadas medidas cautelares que aseguren la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso”. El tema es importante, por la transcendencia que reviste el incidente cautelar y la posición activa del órgano judicial de control previo de la medida, ciertamente en una posición más débil que la que ejercerá posteriormente durante el proceso. El órgano judicial, en este incidente, debe llevar a efecto un juicio de composición que le permite ponderar los intereses en conflicto ante las circunstancias concretas en que se desenvuelve la convocatoria de huelga, para en atención a esta valoración, proceder a depurar la disposición gubernativa de los elementos más claramente inconstitucionales por constituir una manifiesta extralimitación en la fijación de los

¹¹⁶ Una exposición amplia de los problemas que plantea la tutela cautelar, sobre la base de la experiencia que suministra la jurisprudencia emanada en torno a la huelga del 2002, en J. CABEZA PEREIRO, “La imposición de servicios mínimos” ...cit., pp. 195 ss.

servicios mínimos, teniendo en cuenta por tanto que la suspensión de la medida no tiene por qué ser total, sino parcial, y concretarse en la sustitución de una actividad inconstitucional de restricción notoriamente indebida del ejercicio del derecho de huelga por otra que parezca compatible con la doctrina constitucional de fijación de límites al mismo, reconduciendo por tanto el acto de autoridad a sus cauces correctos¹¹⁷.

La LRJS incorpora al proceso especial de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas una “medida cautelar” específica respecto de los actos (empresariales) de determinación del personal laboral “adscrito a los mínimos necesarios para garantizar los servicios esenciales de la comunidad”, posibilidad que se extiende asimismo a la determinación de los servicios de mantenimiento del art. 6.7 DLRT. El art. 180.3 LRJS establece que el órgano jurisdiccional puede mantener, modificar o, en fin, revocar la designación del personal adscrito a estos servicios, en atención a las propuestas “que formulen las partes”, y, principalmente los sindicatos impugnantes de esta decisión empresarial. Se trata de una manifestación más de la problemática dualidad jurisdiccional en esta materia y que conduce a situaciones de hecho como las que dieron pie a la STC 123/1990, de 2 de julio.

¹¹⁷ Un mecanismo que pone en juego dos exigencias, la existencia de un peligro o daño jurídico para el derecho de huelga si se retrasa el fallo de la sentencia (*periculum in mora*) y la apariencia de ilegalidad en la actuación administrativa (*fumus boni iuris*), de forma que el auto corrija las decisiones que impiden de modo irreversible el ejercicio del derecho de huelga. Cfr. en J. CABEZA PEREIRO, “La imposición de servicios mínimos”...cit., p. 196.

LOS EFECTOS DE LA HUELGA DE SERVICIOS ESENCIALES SOBRE LA RELACIÓN INDIVIDUAL

No hay especialidades muy decisivas al hablar de los efectos de la huelga en el sector de servicios esenciales sobre la relación individual de trabajo y la de seguridad social. Como se sabe, el ejercicio del derecho de huelga puede ser calificado de legal o ilegal, es decir, huelga ejercitada fuera de los cauces fijados en la norma reguladora. Los efectos de la huelga –legal– sobre la relación de trabajo individual se resumen en tres puntos: la huelga no puede dar lugar a sanción alguna por parte del empleador como represalia por su ejercicio, debiendo ser calificados estos actos sancionatorios, incluido el despido, como nulos por violación de un derecho fundamental, como ya se ha analizado; el ejercicio del derecho de huelga suspende el contrato de trabajo y en consecuencia las obligaciones recíprocas de trabajar y de remunerar el trabajo; la huelga coloca al trabajador en una situación especial respecto del sistema de seguridad social, de manera que no puede percibir las prestaciones sociales, en especial las de desempleo, mientras esté en situación de huelga. Como se puede comprobar el ejercicio del este derecho lleva consigo unos importantes sacrificios para los trabajadores que sólo se contienen en el área de las repercusiones sobre el empleo, mientras que son extensos en materia salarial y en los derechos de seguridad social.

1. EFECTOS DE LA HUELGA LEGAL

El trabajador no tendrá derecho al salario mientras su contrato se encuentre suspendido por razón del ejercicio del derecho de huelga (art. 6.2 DLRT), lo que ha planteado el problema de los descuentos

salariales por este motivo, a los que la jurisprudencia ha aplicado un principio de proporcionalidad como eje. La retribución que debe ser descontada al trabajador por cada día de huelga comprende no sólo el salario de ese día no trabajado, sino la parte proporcional correspondiente a las jornadas en huelga de las retribuciones que se generan durante períodos de trabajo previo, señaladamente, descansos semanales, gratificaciones extraordinarias y pagas de participación en beneficios. El art. 38 ET impide sin embargo que se proceda al descuento proporcional sobre la retribución de las vacaciones anuales. La proporcionalidad en el descuento salarial impide que sean practicables las denominadas “primas antihuelga”, es decir la pérdida de un complemento salarial en su conjunto por la participación en huelga, aunque la STC 189/1993, de 14 de junio, admitió la pactación en convenio colectivo de primas contra el absentismo en las que para calcular el porcentaje de las ausencias al trabajo que impedían su devengo, se incluían las debidas al ejercicio de huelga legal, siempre que no graven “especialmente” este motivo de falta de asistencia al trabajo ni estén fundamentalmente dirigidas a disuadir a los trabajadores de participar en acciones huelguísticas¹¹⁸. El art. 30.2 EBEP establece la misma regla del descuento retributivo para los empleados públicos en huelga, “sin que la deducción de haberes tenga carácter de sanción, ni afecte al régimen respectivo de prestaciones sociales”.

El empresario realizará el descuento con arreglo a tales parámetros, pero le corresponde la obligación de verificar previamente la efectiva participación en la misma de los trabajadores que la hayan secundado, sin que pueda sustituirlo por otros indicios, como la afiliación al sindicato convocante. Por el contrario, la utilización de los datos sobre la afiliación sindical que el empresario dispone para el descuento de la cuota sindical en nómina (art. 11.2 LOLS) para la deducción salarial correspondiente a la participación en una huelga convocada por tal sindicato, constituye un acto lesivo del derecho de huelga y del derecho a la privacidad y a la protección de dato,

¹¹⁸ Sin embargo esta Sentencia entiende que es inconstitucional incluir entre las faltas de asistencia al trabajo que habilitaban a no pagar la prima de disuasión del absentismo, las debidas al ejercicio del derecho de sufragio electoral, sobre la base de que se penalizaba de manera indirecta el ejercicio de un derecho fundamental ajeno o independiente de las relaciones laborales.

puesto que los datos sindicales se encuentran especialmente protegidos mediante el juego reforzado de los arts. 28.1 y 18.4 CE¹¹⁹.

En cuanto a los efectos de la huelga en materia de Seguridad Social, el art. 6.3 DLRT establece que el trabajador en huelga se encuentra en situación de alta especial, con suspensión de la obligación de cotizar, sin que tenga derecho a la prestación por desempleo ni la económica por incapacidad temporal. Este precepto se justifica por la afirmación de un principio de neutralidad del Estado que la STC 13/1984 configuró de una manera excesivamente formalista llegando a convalidar la pérdida de la prestación por desempleo por falta de un solo día de cotización debida a la participación en huelga legal, lo que tuvo que ser corregido por el art. 3.3 del RD 625/1985, de 2 de abril (RPD), al asimilar a cotizaciones efectivamente realizadas el tiempo de huelga legal a efectos de determinar el período mínimo de cotización para el acceso a dicha prestación. Sin embargo, la STC 48/1991, de 28 de febrero, corrige esta visión e interpone entre el principio de neutralidad y las prestaciones que asigna el sistema, el principio de interpretación más favorable al ejercicio de derechos fundamentales. Esta perspectiva es más correcta, entre otras cosas porque difícilmente puede configurarse la neutralidad del Estado respecto de las relaciones entre privados cuando lo que está en juego es el ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente. El Estado en estos casos está comprometido activamente en la promoción y desarrollo de los mismos, y gravita sobre él la obligación de eliminar aquellos obstáculos que impidan su pleno goce por los ciudadanos.

2. EFECTOS DE LA HUELGA ILEGAL

Respecto de los efectos sobre la relación individual de trabajo de la huelga ilegal, hay que señalar que con independencia de esta calificación, a los trabajadores participantes en la misma les son de aplicación las mismas situaciones que se han analizado respecto del descuento salarial y la suspensión de la obligación de cotizar. Lo que singulariza el supuesto de huelga ilegal en el plano indi-

¹¹⁹ STC 11/1998, de 13 de enero, y una larga serie de decisiones hasta la STC 45/1999, de 22 de marzo.

vidual es que se entiende que el trabajador ya no está protegido frente al ejercicio de los poderes empresariales, de manera que nos movemos en el terreno del incumplimiento empresarial que puede dar lugar al disciplinamiento por parte del empresario, incluido el despido del trabajador que ha participado en huelga ilegal. El DLRT incluía una causa propia de despido en el art. 33 de dicho texto legal, al que remite el aún vigente art. 16 del mismo. Esta tipificación específica debe reputarse derogada ya desde 1980, lo que no impide que la conducta deba insertarse en la fórmula genérica del art. 54.1 ET, de manera que deberá constatarse el carácter grave y culpable del incumplimiento del trabajador. Es decir que no todos los huelguistas pueden ser sancionados con el despido, sino sólo aquellos que han incurrido, con su participación, en un incumplimiento grave y culpable de la buena fe contractual, lo que se sigue llamando aún, con la vieja fórmula, “participación activa” en huelga ilegal.

La participación “activa”, requiere una conducta especialmente transgresora y consciente de la legalidad y un propósito de daño a los intereses empresariales más allá de lo que requiere la proporcionalidad de los sacrificios exigibles. La pertenencia al comité de huelga, cuando la huelga es ilegal, no implica necesariamente que se haya incumplido grave y culpablemente el contrato de trabajo, sino que habrá que probarse la responsabilidad de los integrantes de este organismo de manera individualizada (STS 20 junio 1990, Ar. 5945, y 26 noviembre 1990, Ar. 8981). Si el empresario no logra probar esa especial culpabilidad y gravedad de la conducta del huelguista irregular, el despido suele ser declarado improcedente por los tribunales¹²⁰, salvo que éste denote una actuación arbitraria por parte del empresario o, mediante este hecho, se esté realizando una cierta selección entre los huelguistas en función de su afiliación sindical, en cuyo caso será calificado como nulo, como señalan algunos casos contemplados por la jurisprudencia, en especial la de suplicación.

¹²⁰ Con las diferentes repercusiones si el despido es representante de los trabajadores en relación con el derecho de opción entre readmisión y la indemnización. A los miembros del comité de huelga que no sean representantes, unitarios o sindicales, en la empresa, se les debe aplicar el régimen de garantías de los mismos, también en este aspecto.

3. EL INCUMPLIMIENTO DE LOS SERVICIOS MÍNIMOS

Un supuesto especial se plantea respecto del incumplimiento de los servicios mínimos, es decir la resistencia o la desobediencia a la orden empresarial de realizar el servicio o la actividad que ha prescrito la autoridad gubernativa durante la huelga. Tradicionalmente esta conducta se entendía que era constitutiva de una falta muy grave y así lo establece el art. 95.2 m) EBEP para los empleados públicos como “incumplimiento de la obligación de atender los servicios esenciales en caso de huelga”. En el ámbito laboral, una buena parte de la doctrina científica ha entendido que el trabajador que desatiende los servicios mínimos incurre en falta muy grave por incumplir el deber de obediencia a las órdenes del empresario, pero esta afirmación no es segura. Ante todo porque conviene acudir a las consecuencias concretas que en este particular fijan los decretos de servicios mínimos, que son las disposiciones que rigen en este particular, pero fundamentalmente hay que reparar en que el despido del trabajador solo puede efectuarse sobre la base de un incumplimiento grave y culpable que puede deducirse ciertamente de la intencionalidad y de la conciencia propia de que se está ejercitando de manera ilegítima el derecho de huelga, sino que esta gravedad y culpabilidad no puede referirse al daño que provoca el incumplimiento en la empresa, sino en los perjuicios que sufren los usuarios del servicio esencial, la lesión que ha producido en los derechos fundamentales que colisionan con la huelga sobre los ciudadanos afectados por el incumplimiento de los mínimos¹²¹. No hay por tanto que valorar como eje de la discusión la transgresión del deber de obediencia al empresario porque éste es una consecuencia traslativa del elemento central, la decisión de incumplir las prestaciones mínimas y la repercusión negativa de este hecho sobre los derechos en concreto de los ciudadanos afectados.

En efecto, el problema es más complejo si se pone en relación con el mecanismo legal de determinación de servicios mínimos. El empresario o la administración prestataria del servicio no pueden obligar a los trabajadores a su servicio a no secundar la huelga, ni puede sancionar a éstos por haber ejercitado su derecho de huel-

¹²¹ Plantea así correctamente el problema J. PÉREZ REY, “El incumplimiento de los servicios mínimos y su revisión judicial...”, cit., p. 218

ga¹²². Si exceptuando esta regla básica puede designar a algunos trabajadores para que acudan a trabajar y mantengan un mínimo de actividad de la empresa es sólo porque está autorizado a ello mediante un acto de gobierno que expropia a esos trabajadores de su legítimo ejercicio del derecho fundamental de huelga en función del ya aludido equilibrio o compensación de derechos. Pero puede suceder que ese título habilitante haya sido impugnado por los trabajadores por estimarlo abusivo y contrario a las reglas constitucionales, de forma que éstos están ejercitando una suerte de *ius resistentiae*¹²³, o que la selección de trabajadores se haya efectuado de manera tal que se obtuviera un resultado que implique un trato discriminatorio entre sindicatos o que suponga una fuerte arbitrariedad y que por tanto obligue a los trabajadores designados a rechazar la imposición de la empresa y por tanto “no atender” el servicio mínimo.

La STC 123/1990 que examinó un caso complicado al respecto –en el que los convocantes de la huelga y delegados sindicales del sindicato fueron designados para desempeñar los servicios mínimos en una huelga en Renfe– en el que la decisión sobre la legalidad del servicio mínimo impuesto estaba todavía pendiente de resolución en el orden jurisdiccional social y la empresa había sancionado a los delegados sindicales del sindicato convocante por incumplir su nominación para llevar a cabo servicios mínimos. El tribunal constitucional negó que un trabajador tuviera el derecho a valorar la legalidad de la medida y a actuar en consecuencia, por lo que incurría en desobediencia y podía ser sancionado, pero la revisión de esta decisión empresarial por el juez de lo social no podía hacerse solo a la luz de la legalidad ordinaria, sino que debería valorar, en el caso concreto –y con independencia de lo que decidiera el tribunal contencioso-administrativo sobre la validez constitucional de la medida– el conjunto de elementos que inciden en el caso, mediante “una ponderación adecuada de los valores y derechos constitucio-

¹²² Los servicios mínimos no se imponen para obtener un “espacio de inmunidad frente a la huelga” del empresario o de la Administración gestora del servicio. J. PÉREZ REY, “El incumplimiento de los servicios mínimos y su revisión judicial...”, cit., p. 218.

¹²³ J. PÉREZ REY, “El incumplimiento de los servicios mínimos y su revisión judicial...”, cit., pp. 219-220.

nales en juego” y por tanto, si “dadas las circunstancias del caso, el ejercicio del derecho de huelga podría haber justificado razonablemente la negativa a no cumplir unos servicios mínimos si estos manifiestamente vulneraban el derecho fundamental”.

En la actual regulación procesal, esta problemática está recogida. Como ya se ha señalado, en estos casos procede impugnar la decisión del empleador ante el orden jurisdiccional social solicitando la adopción de medidas cautelares que revoquen o modifiquen la designación del personal adscrito a los mínimos necesarios para garantizar los servicios esenciales para la comunidad, de manera que las designaciones arbitrarias o vulneradoras del derecho de libertad sindical y del derecho de huelga puedan ser inmediatamente reparadas y por tanto tutelado convenientemente el ejercicio del derecho de tales derechos fundamentales. Lamentablemente, la LRJS excluye de este control judicial las “disposiciones que establecen las garantías tendentes a asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad en caso de huelga y los servicios o dependencias y los porcentajes mínimos de personal necesarios a tal fin” (art. 3 d) LRJS) y sólo se permite la intervención respecto de las impugnaciones de las designaciones concretas del personal laboral incluido en esos servicios mínimos, por lo que empleados públicos y asimilados deben acudir a la jurisdicción contenciosa para la impugnación de estos actos, y solicitar en su caso las medidas cautelares de los arts. 129 ss de la Ley 29/1998 LRJCA.

LAS MEDIDAS SUBSIDIARIAS, RESIDUALES O EXCEPCIONALES

1. CARÁCTER RESIDUAL DE OTRAS TÉCNICAS: EL ARBITRAJE OBLIGATORIO QUE PONE FIN A LA HUELGA

Aunque planteado con carácter general, no limitado a las huelgas en los servicios esenciales, el art. 10.1 DLRT establece que el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo, “teniendo en cuenta la duración o las consecuencias de la huelga, las posiciones de las partes y el perjuicio grave de la economía nacional”, podrá acordar un arbitraje obligatorio. Es una medida estrictamente política, que no sólo se predica del gobierno del Estado sino también de los de las Comunidades Autónomas que tienen transferidas las competencias de “ejecución de la legislación laboral”, y que se ha venido empleando en conflictos de cierta duración y alcance en los sectores del transporte y de la limpieza, principalmente, y que por tanto ha funcionado como un recurso adicional al “generalizado” de la imposición de los servicios mínimos en la última etapa del gobierno Aznar, entre el 2001 y el 2003¹²⁴. A partir de entonces el recurso a esta medida ha remitido y es prácticamente residual. La decisión gubernativa de someter a arbitraje obligatorio la solución del conflicto abierto por la huelga en los servicios esenciales debe necesariamente que tener una motivación acorde con la que especifica el art. 10.1 DLRT, señalar los términos concretos que se someten al arbitraje y garantizar la imparcialidad de los árbitros designados. Éstas son las condiciones de validez de la medida¹²⁵.

¹²⁴ M^a N. MORENO VIDA, *La huelga en servicios esenciales...* cit., p. 224, enumera hasta seis supuestos entre 2001 y 2002, aunque sin duda el más significativo fue el Laudo Arbitral que puso fin a la huelga convocada por SEPLA en la empresa IBERIA en el 2001.

¹²⁵ El tema del arbitraje obligatorio se puede consultar en detalle en J. VEGA LÓPEZ, “El arbitraje obligatorio que pone fin a la huelga”, *Temas Laborales* n^o 70

El acuerdo gubernativo de imposición de un arbitraje obligatorio puede ser impugnado judicialmente por carecer de alguno de estos requisitos o de todos ellos. El laudo arbitral puede, asimismo, ser objeto de impugnación en razón de las causas típicas que la LRJS establece para la impugnación de los arbitrajes en el art. 65.4, es decir, exceso en el arbitraje, haber resuelto aspectos no sometidos a él o que no pudieran ser objeto del mismo, vicio esencial del procedimiento o infracción de normas imperativas. A partir de su publicación, tanto empresarios como trabajadores deben aceptar el arbitraje, y la autoridad laboral puede imponer sanciones por el incumplimiento de éste. En cuanto a la huelga debe cesar, considerándose huelga ilegal para los supuestos en que ésta continúe.

2. LA SOLUCIÓN DE EXCEPCIÓN AL CONFLICTO: LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA

La Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, prevé la declaración del estado de alarma “cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes”, entre las cuales se mencionan las “catástrofes, calamidades o desgracias públicas” y la “paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos 28.2 y 37.2 de la Constitución”, y concurra alguna de las situaciones extraordinarias citadas. El estado de alarma (art. 11 LO 4/1981), permite al gobierno “imponer prestaciones personales obligatorias” e “intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza”. En los casos en que el Gobierno acuerde la intervención de empresas o servicios, puede decretar “la movilización de su personal, con el fin de asegurar su funcionamiento”.

Esta solución excepcional, que impone la militarización de los trabajadores, ha sido empleada en el conflicto de los controladores aéreos, como respuesta legal a una “acción concertada” de abandono de puestos de trabajo –sin declaración de huelga ni reconocimiento

(2003), pp. 63 y ss.y en J. VIVERO SRRANO, *La terminación de la huelga*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

de una medida colectiva de presión– mediante el RD 1673/2010 de 4 de diciembre por el que se declara el estado de alarma “para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo”, que considera “personal militar” a los controladores de tránsito aéreo al servicio de AENA bajo la organización y supervivencia del Ejército del Aire durante el tiempo de duración de esta situación de excepción, que se cifró en quince días, que se prorrogaron por un mes hasta el 15 de enero del 2011 por obra del RD 1717/2010, de 17 de diciembre. El hecho que generó esta militarización de los trabajadores en huelga fue la convocatoria de una acción concertada sin aviso previo por parte de los controladores que forzó el cierre del espacio aéreo español generando “una gravísima lesión de los derechos de los ciudadanos y de la seguridad y continuidad del tráfico aéreo”. La generalidad de la medida que impuso la militarización de todos los trabajadores, implicó por tanto la supresión del derecho de huelga de estos, lo que realmente se aparta de las reglas constitucionales al respecto sobre el mantenimiento del servicio.

Además, es muy dudoso que sea posible la militarización de los trabajadores en huelga como consecuencia del estado de alarma. Como se ha mantenido doctrinalmente¹²⁶, la militarización implica la sujeción de los trabajadores huelguistas a la jurisdicción militar, lo que choca frontalmente con la prescripción del art. 117.5 CE que señala que “la ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos del estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución”, de forma que el art. 12.2 de la LO 4/1981 hay que reinterpretarlo en este sentido, sustituyendo la posibilidad de la militarización, prohibida por el mencionado art. 117.5 CE, por la imposición de una requisa o prestación personal obligatoria –a los trabajadores indispensables para el mantenimiento del servicio– que podrían acomodarse a la normativa sobre protección civil en su desarrollo concreto¹²⁷.

3. LA SUSTITUCIÓN DE HUELGUISTAS COMO MEDIDA SUBSIDIARIA

La posibilidad de sustituir a los huelguistas por personal externo a la empresa o empresas consideradas servicio esencial, se viene plan-

¹²⁶ J.B. VIVERO SERRANO, *La huelga en los servicios esenciales...cit.*, pp. 203-205.

¹²⁷ J.B. VIVERO SERRANO, *La huelga en los servicios esenciales...cit.*, pp. 204.

teando doctrinalmente como una medida aplicable en los supuestos en los que se ha producido el incumplimiento de los servicios mínimos impuestos por la autoridad gubernativa¹²⁸. El fundamento jurídico de esta posibilidad se residencia en el art. 10.2 DLRT, directamente ligado por tanto al “mantenimiento” de los servicios esenciales. No se conciben por tanto como una técnica alternativa a la del establecimiento de prestaciones mínimas para los trabajadores en huelga, sino como un remedio frente a la desatención de los servicios mínimos por parte de los trabajadores expresamente designados para ello. La razón de esta precisión es obvia, puesto que la sustitución de huelguistas para anular, restringir o vaciar de contenido el derecho de huelga de los trabajadores es una conducta vedada por la norma en el art. 6.5 DLRT cuya lesividad ilegítima del derecho de huelga ha sido además reafirmada por la jurisprudencia ordinaria y constitucional. Tampoco por consiguiente puede ser utilizada como complemento de los servicios mínimos impuestos, puesto que también perseguiría el mismo objetivo vulnerador del derecho de huelga de reducir el alcance y la eficacia de la huelga como medida de presión.

Por tanto, su único campo de acción es el que se abre al incumplir los servicios mínimos los trabajadores designados para ello. La medida puede articularse bien mediante el recurso a efectivos del Estado como militares, fuerzas y cuerpos de seguridad u otros cuerpos de funcionarios, bien mediante el empleo de personal de otras empresas que asumen la prestación mínima indispensable fijada por la autoridad gubernativa ante el rechazo de la misma o su desatención por los huelguistas.

Respecto de la sustitución por efectivos públicos, la decisión sobre este particular debe ser adoptada por el mismo órgano o autoridad gubernativa que fijó los servicios mínimos ahora incumplidos, y debe limitarse a utilizar al personal de que se trate en el cumplimiento del servicio, no en la reanudación de la actividad suspendida por la huelga, puesto que en ese momento se trataría de una injerencia pública que vulneraría el derecho de huelga. La constatación de que el servicio mínimo se ha incumplido forma parte del deber de motivación que gravita sobre la autoridad gubernativa,

¹²⁸ J.B. VIVERO SERRANO, *La huelga en los servicios esenciales...cit.*, pp. 198 ss.

que además deberá justificar el alcance y los efectos de esta sustitución por efectivos públicos, que normalmente se tratará de efectivos militares, más que fuerzas de seguridad o, eventualmente, cuerpos especializados de la Administración pública. Además de ello, la doctrina laboralista que se ha ocupado de esta figura ¹²⁹ entiende que como requisitos adicionales deberían darse la gratuidad en la prestación de los servicios y la suficiencia técnica de los sustitutos para no comprometer otros valores fundamentales relativos a la seguridad de las personas y de las cosas, así como el mantenimiento de la calidad mínima de las prestaciones del servicio.

La sustitución por efectivos privados o la subcontratación de los servicios mínimos en empresas que tienen una relación de competencia con la empresa en huelga tiene muchos problemas. En principio, está plenamente excluida la posibilidad de contratar a personal en paro para la realización de estos servicios mínimos, puesto que se trata de una contratación plenamente incurso en la prohibición expresa del art. 6.5 ET del esquirolaje externo¹³⁰, y a la misma conclusión cabe llegar si es la propia empresa afectada por la huelga la que contrata mercantilmente con otra la sustitución de los huelguistas o utiliza los servicios de una Empresa de Trabajo Temporal. En cualquiera de estos casos, la empresa no puede sustituir a la autoridad gubernativa ni es la responsable de la determinación de los servicios mínimos, sin que por tanto el “complemento técnico” a la decisión de imposición de un servicio mínimo que se le permite vaya más allá de la designación de los trabajadores para el cumplimiento del servicio mínimo, por lo que se vulnera el derecho de huelga de los trabajadores. Además de ello, específicamente en lo que se refiere a la utilización de una ETT, esta actuación está expresamente prohibida por el art. 8 a) LETT.

¹²⁹ J.B. VIVERO SERRANO, *La huelga en los servicios esenciales...cit.*, pp. 200-201.

¹³⁰ Hubo algún supuesto de contratación en las oficinas de empleo de sustitución de servicios mínimos ante una huelga de trabajadores portuarios en el RD 1432/1980, de 11 de julio, pero se trata a mi juicio de una medida contraria al derecho de huelga. Por otra parte, J.B. VIVERO SERRANO, *La huelga en los servicios esenciales...cit.*, p. 200 señala los problemas que esta técnica puede derivar en orden a la determinación de la relación laboral de los contratados como medida de garantía del funcionamiento del servicio en el marco de la relación especial de trabajo portuario.

Sin embargo, esta técnica ha sido empleada en algunas ocasiones, especialmente cuando se trata de huelgas que afectan a una administración autonómica o municipal de prestación de servicios ciudadanos –limpieza, asistencia social– que se encuentran externalizados o privatizados. La huelga de los trabajadores de esas empresas contratistas se limita en su ejercicio por la imposición de un servicio mínimo pero si éste no se cumple –o, lo que es más frecuente, si la prolongación de la huelga hace que la normalidad de la prestación del servicio no se efectúe en un plazo corto– puede suceder que la propia Administración concesionaria del servicio decida suplir esas prestaciones mínimas o “completar” los servicios mínimos mantenidos por las organizaciones convocantes de la huelga mediante la intervención de empresas públicas o la subcontratación de otras empresas con carácter provisional. Se trata de actos que se adoptan al margen del procedimiento para la fijación del servicio mínimo y que además tienen como objetivo anular o vaciar de contenido la eficacia y la función del derecho de huelga¹³¹.

Hay que tener en cuenta además que el supuesto base sobre el que se adoptan estas decisiones de sustitución de los huelguistas suele ser el de la conflictividad sobre el contenido y alcance del servicio mínimo, que es considerado “copioso” o abusivo por parte de los huelguistas, por lo que el incumplimiento de estas decisiones gubernativas viene acompañado de impugnaciones de las mismas en sede judicial y su consideración por tanto en la práctica colectiva como decisiones que vulneran el derecho de los trabajadores. Esta conflictividad que fundamenta la confrontación sobre el mínimo a mantener durante la huelga obliga a extremar las garantías que

¹³¹ El caso más emblemático al respecto lo ofrece la huelga de las empresas de limpieza del Ayuntamiento de Madrid en el otoño del 2013. El Ayuntamiento de Madrid es quien determina los servicios mínimos, pero ante el mantenimiento de la huelga con la basura amontonándose en las calles, propone que TRAGSA, una empresa municipalizada, reemplazará a los huelguistas y limpiará las calles. Ante la negativa de los trabajadores de esta empresa, recurrirá a una ETT, Ranstad, para que efectúe las labores de limpieza, lo que es impugnado por los sindicatos como una conducta que viola el derecho de huelga. Ambas decisiones de sustitución de los huelguistas se adoptaron fuera del procedimiento de imposición de servicios mínimos, y con el objetivo de impedir los efectos de la huelga y no de preservar unos servicios mínimos, aunque como se sabe, sin que obtuvieran su resultado, puesto que la huelga detuvo el ERE de las empresas contratistas e impidió los despidos previstos por éstas.

deben rodear cualquier técnica que, como la sustitución de trabajadores en huelga, refuerza la restricción del derecho fundamental de los trabajadores y que en la práctica suele confundir el mantenimiento de los servicios mínimos con el funcionamiento normal del servicio afectado por la huelga¹³².

La fijación de estas prestaciones indispensables por la vía de la autonomía colectiva y la normalización de instrumentos de mediación y arbitraje para los servicios mínimos en caso de que fallara la pactación de los servicios mínimos, en la línea de las recomendaciones enunciadas por la OIT, reduciría considerablemente los aspectos problemáticos de este tipo de técnicas y permitiría cumplir de manera mucho más adecuada el mandato constitucional del art. 28.2.

¹³² J.B. VIVERO SERRANO, *La huelga en los servicios esenciales...cit.*, p. 200, da cuenta de una decisión del TSJ de Galicia de 23 de julio del 2001 (As 1933) en la que no se permite la sustitución de huelguistas que habían incumplido los servicios mínimos, puesto que éstos habían sido impugnados por abusivos ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Se trataba de un supuesto en el que la autoridad pública autorizaba a la empresa afectada por la huelga bien a subcontratar con otras empresas los servicios mínimos, o bien que fuera la Administración pública quien los contratara directamente de forma provisional.

ANEXO. LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE HUELGA EN LOS SERVICIOS ESENCIALES EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA-LA MANCHA. CONSIDERACIONES GENERALES

La regulación de la huelga en los servicios esenciales en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha viene a incidir en una buena parte de las características comunes que se han señalado en el estudio sobre este tema en general, y por consiguiente no reúne características especiales. Sin embargo, se ha estimado interesante efectuar un examen de las disposiciones del gobierno que en esta materia de han dictado en los últimos cuatro años, desde mayo del 2012 a abril del 2016. Se trata de 45 disposiciones, que pueden sintetizarse en dos supuestos típicos: huelgas de empresa concesionaria de un servicio público reputado esencial cuya titularidad pertenece a la Comunidad Autónoma –transporte de viajeros, ambulancias, limpiezas en hospitales– o bien huelgas del personal de la administración autonómica o de algunos de sus entes públicos asociados. Son más abundantes las disposiciones que imponen servicios mínimos en empresas que las que lo aplican en sectores determinados, y en muchas ocasiones la prolongación del conflicto de empresa se traduce en la reiteración de los actos de imposición de servicios mínimos, como sucede de manera emblemática con las empresas concesionarias del transporte de enfermos por ambulancia¹³³. En general puede decirse que la mayoría de la conflictividad en servicios esenciales en esta Comunidad Autónoma proviene de las consecuencias de la privatización y externalización de servicios de interés general a través de empresas concesionarias privadas en donde se desencadena un proceso reivindicativo que suele afectar no solo a contenidos salariales sino también al mantenimiento del empleo en la sucesión de contratos.

¹³³ Cfr. Las sucesivas resoluciones que establecen los servicios mínimos para las huelgas convocadas por el personal de la empresa Atento Teleservicios España S.A., concesionaria de la gerencia de urgencias, emergencias y transporte sanitario del servicio de salud de Castilla-La Mancha de marzo de 2014 (dos resoluciones), julio de 2014 (dos resoluciones), marzo del 2015 y julio de 2015 (dos resoluciones). O las anteriores de la empresa Ambuibérica, concesionaria del transporte sanitario y urgente en la provincia de ciudad Real de marzo, septiembre (dos resoluciones) y octubre del 2013.

En cuanto a huelgas sectoriales, la enseñanza y la limpieza son los dos sectores clave en este panorama cuatrienal. La enseñanza, en el marco de una contrarreforma educativa que protagonizó la Ley Wert, y que además coincide con importantes recortes en la retribución de los empleados públicos, así como el incremento de su carga docente. En el caso de Castilla-La Mancha, en el período de tiempo analizado, se sitúan dos huelgas generales. La consideración de la administración castellano-manchega como la directa destinataria del conflicto hace que las disposiciones que afrontan la huelga consideren esencial todo el sistema educativo, público y concertado, sin perjuicio de extremar las prescripciones sobre las prestaciones indispensables en algunas actividades como el transporte escolar, y ello con independencia de la duración de la huelga (1 día) en relación con la lesión que este hecho puede producir en el derecho a la educación de los estudiantes de la región. En el caso del sector de la limpieza, la huelga se convoca en el marco de un proceso de negociación de un convenio colectivo provincial, y las disposiciones de servicios mínimos se prevén para centros hospitalarios, pero también para los centros docentes sostenidos con financiación pública, con altos niveles de preservación del servicio, o dependencias de la Consejería de Bienestar social. Aunque se trata de un convenio sectorial, detrás de estos conflictos se encuentra asimismo el fenómeno de la externalización de los servicios de limpieza y la contratación de los mismos en régimen de concesión por las autoridades públicas.

El grado de disenso que estas disposiciones ofrecen se puede medir fácilmente en razón de las impugnaciones que han recibido por parte de los convocantes. Posiblemente sean las resoluciones de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales hasta las elecciones autonómicas del 2015, Consejería de Sanidad a partir de éstas – las que han sido más recurridas ante los tribunales¹³⁴. Son varias las sentencias del TSJ de la comunidad que han abordado alguno de estos conflictos desde el punto de vista de la vulneración por la empresa del derecho de huelga¹³⁵. En lo que se refiere a centros u órganos

¹³⁴ SsTSJ CLM 750/2012, de 11 de octubre de 2102, 291/2013, de 18 de abril de 2013 (sala de lo contencioso-administrativo).

¹³⁵ Se trata de las huelgas producidas en la empresa Ambuibérica, S.L., sobre las que hay dos sentencias del TSJ CLM (sala de lo social), una señalando la actuación

de la administración autonómica, probablemente sea la Televisión autonómica la que haya centrado más la atención de la potestad gubernativa de imponer servicios mínimos, aunque el control jurisdiccional posterior haya anulado estas decisiones por entender que carecían de motivación suficiente, como ha sucedido respecto de la Resolución de 24 de abril del 2015 de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas de la JCCM que imponía servicios mínimos ante la huelga convocada por los sindicatos del Ente el 26 y 27 de abril de ese mismo año¹³⁶. También la enseñanza no universitaria ha sido un terreno muy propicio al conflicto, en donde la impugnación por los sindicatos de la Resolución de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes de la JCCM de 23 de febrero del 2012, concluyó con la anulación de la disposición impugnada que establecía los mínimos de actividad que resultaron a juicio del tribunal motivados y desproporcionados¹³⁷. En otros sectores de la Administración las órdenes de imposición de servicios mínimos han sido cuestionados, como ha sucedido con las empresas concesionarias de las residencias y centros de mayores en algunas provincias de la región¹³⁸. En general, como puede comprobarse, el grado de litigiosidad es limitado, apenas un 11% del número de disposiciones emanadas, aunque éstas a su vez se reiteren en ocasión de un conflicto largo, como sucede con alguna de las empresas concesionarias.

En la muestra estudiada hay también una serie de disposiciones que fijan servicios mínimos ante la huelga general del 14 de noviembre

antisindical de la empresa que, en la sucesión de contratas, procede a despedir precisamente a los trabajadores afiliados a CCOO (STSJ 36/2015, de 15 de enero de 2015), y otra declarando nula la decisión de la empresa de designar para el cumplimiento de los servicios mínimos a dos miembros del comité de huelga (STSJ 374/2015, de 7 de abril de 2015).

¹³⁶ STSJ CLM 186/2016, de 22 de marzo de 2016 (sala de lo contencioso).

¹³⁷ STSJ CLM 780/2012, de 2 de noviembre de 2012 (sala de lo contencioso).

¹³⁸ En dos sentencias, la STSJ CLM 750/2012, de 11 de octubre de 2012, que anula la resolución de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales de 22 de febrero del 2012 imponiendo servicios mínimos en la huelga convocada por los trabajadores de la Empresa Gedeco-Aser concesionaria de la Residencia para Mayores Alabega de Albacete, y la STSJ CLM 291/2013, de 18 de abril de 2013, que anula la resolución de 27 de junio de 2012 en relación con la huelga convocada por CCOO en la empresa Limpiezas Ecológicas del Mediterráneo que gestiona determinados centros de mayores de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

del 2012, y que por tanto se pueden considerar relativamente atípicos respecto de la práctica común de la regulación de la huelga en los servicios esenciales que lleva a cabo el gobierno autonómico. En estas normas la consideración de la esencialidad del servicio a efectos de huelga afecta a la totalidad de la administración autonómica, pero se descompone en una batería de disposiciones que afectan, en primer lugar, indiferenciadamente “a determinados sectores de actividad prestados por la Administración”, para luego precisar en las correspondientes normas los servicios en medioambiente, prevención y extinción de incendios forestales, salud pública y asistencia sanitaria y, en fin, centros docentes de enseñanza no universitaria sostenidos con fondos públicos. Todo ello junto con las prescripciones obligatorias en la huelga de Televisión de Castilla-La Mancha y los mínimos a mantener por las empresas de transporte público regular de viajeros¹³⁹. El alcance de los servicios mínimos es muy amplio, y la justificación de los mismos vaga y genérica en los casos de la Administración y de la enseñanza. Existe un interés a la preservación de la continuidad de la totalidad de los servicios públicos cuya titularidad compete a la administración autonómica que se articula implícitamente como un límite muy incisivo al ejercicio del derecho fundamental de huelga.

Esta apreciación resulta especialmente clara en relación con la enseñanza no universitaria, tanto pública como concertada, equiparada en la disposición normativa por estar ambas sostenidas con fondos públicos”. Las huelgas generales en este sector de 9 de mayo y 24 de octubre de 2013, evidencian una clara intención de que éstas acciones colectivas no perturben la continuidad del servicio público y que permitan por tanto que todos los centros estén abiertos y que en ellos se pueda no sólo recibir a los alumnos, sino entretener su estancia y obligar a dar algunas clases. La justificación de la restricción del derecho de huelga viene dada porque esta ausencia “podría generar graves perjuicios al derecho a la educación del alumnado”, y el establecimiento de los servicios mínimos se justifi-

¹³⁹ Se trata de cinco resoluciones de las consejerías de Presidencia y Administraciones Públicas, Agricultura, Sanidad y Asuntos sociales y Educación, Cultura y Deportes, todas ellas fechadas el 8 de noviembre de 2011 y publicadas en el BOCM del 12, junto a una orden de la Consejería de fomento del 9 de noviembre que se publicó un día antes de la huelga, el 13 de noviembre del 2012.

ca por cuatro motivos, “el derecho a la educación del alumnado, el derecho de los padres del alumnado menor de edad al ejercicio de su actividad laboral, al coincidir la jornada con un día laborable, al derecho al trabajo del personal de los centros docentes que no secunde la huelga y a la necesidad de garantizar el cumplimiento de las normas de convivencia”. Como se puede sencillamente deducir de este precepto, las dos últimas justificaciones no tienen ningún sentido en el marco de la técnica de limitación del derecho de huelga tal como la ha construido la doctrina del Tribunal constitucional, y en las dos primeras, sería necesario relacionar el tipo de huelga y su duración con la lesión producida al derecho a la educación, y considerar qué medidas alternativas existen a la dificultad de cuidados de los menores de edad que no asisten a la escuela. La consideración de público o privado “concertado”, tampoco altera por consiguiente la consideración de la acción gubernativa, aunque realmente en el cuerpo de las resoluciones, el objetivo evidente es la enseñanza y centros públicos.

Nada señalan las disposiciones sobre servicios mínimos de la posible oferta de servicios mínimos llevada a cabo o presentada por los convocantes de la huelga. Se ignora por tanto si éstos han hecho una propuesta concreta y en qué medida la resolución gubernativa se hace eco de ella. La potestad gubernativa está delegada en los titulares de las respectivas Consejerías, que sin embargo, correctamente, no la delegan en otros entes. La designación de los trabajadores para el desempeño de los servicios mínimos impuestos se encomienda a las empresas concesionarias en los numerosos supuestos de huelga en servicios privatizados, mientras que en el caso de conflicto en servicios públicos gestionados directamente, es el órgano de gestión del mismo o, en el caso de la enseñanza, la dirección de los centros. No se detectan por otra parte otras medidas alternativas, salvo las que en alguna resolución se desprende del intento de mediación llevado sin efecto entre los huelguistas y la empresa concesionaria ante la Junta Arbitral de Castilla-La Mancha.

En síntesis, y como insiste la jurisprudencia que ha enjuiciado estas resoluciones, la autoridad gubernativa debe necesariamente esforzarse por incorporar a su argumentario una justificación completa de su actuación que respete los criterios fundamentales que la jurisprudencia del Tribunal constitucional ha ido produciendo, y

en concreto, la relación entre la esencialidad del servicio y las circunstancias concretas de la huelga, la permanencia de éstas en relación con el juicio de proporcionalidad entre la función que debe cumplir el derecho de huelga y la incisividad de éste en los derechos fundamentales, libertades públicas o bienes constitucionalmente protegidos sobre los que se proyecta, y en fin, la depuración de elementos manifiestamente inoportunos para motivar una restricción del derecho de huelga incluso contradictorios como sucede con la alegación de la “libertad de trabajo” de los no huelguistas, que en puridad es sencillamente el respeto a la faceta negativa del derecho de huelga y que en todo caso podría jugar como técnica organizativa que supliera la posibilidad de incluir a los trabajadores que si quisieran secundarla en una prestación obligatoria que les impide ejercitar su derecho.

El conflicto, por otra parte, nunca se puede desprender del contexto económico, social y político en el que se produce. Y en concreto el tiempo histórico en el que se han producido las disposiciones que regulan la huelga en los servicios esenciales en la Comunidad autónoma de Castilla-La Mancha ha sido especialmente complicado en general para el empleo público y para la gestión externalizada de servicios que ha llevado a cabo la Administración autonómica. En esas condiciones, la conflictividad en la región ha resultado bastante más contenida que lo que podría preverse, posiblemente retenida por la amenaza del paro y la práctica desaparición del diálogo social. En el plano de las relaciones laborales, el incremento de la unilateralidad empresarial propiciada por la reforma de la normativa laboral, ha generado asimismo comportamientos autoritarios que reprimen y castigan el disenso y fundamentalmente el conflicto. De alguno de ellos da cuenta la jurisprudencia del TSJ de Castilla-La Mancha, en su sala de lo social: despidos discriminatorios por participación en una huelga de sector y afiliación al sindicato convocante¹⁴⁰, despido por cese de obra o actividad a tiempo parcial declarado nulo al tratarse de una represalia por participar en la huelga general del 2012¹⁴¹, no abono del plus de asistencia por haber secundado la huelga en la empresa¹⁴², designación por

¹⁴⁰ STSJ 1104/2014, de 13 de octubre del 2014.

¹⁴¹ STSJ 256/2013, de 25 de febrero de 2013.

¹⁴² STSJ 1499/2013, de 17 de diciembre de 2013.

la empresa para el cumplimiento de los servicios mínimos a dos miembros del comité de huelga¹⁴³. Otros supuestos de injerencia empresarial en la convocatoria de huelga no fueron considerados suficientes¹⁴⁴, pero dan una idea del clima de tensión que en muchas ocasiones el conflicto produce en los lugares de trabajo, dando pie a actuaciones ilegítimas de respuesta al ejercicio del derecho fundamental de huelga. En algunos otros supuestos enjuiciados por la jurisprudencia de suplicación, el juzgador se hace eco de las dificultades –las anomalías– de la regulación española sobre la huelga, que requiere un esfuerzo de interpretación y de articulación no siempre logrado¹⁴⁵.

¹⁴³ STSJ 374/2015, de 7 de abril del 2015.

¹⁴⁴ Se trataba de la presentación por la empresa de una demanda por huelga ilegal y abusiva que no había sido precedida de ninguna nota pública de ésta advirtiendo de la ilegalidad de la huelga ni advirtiendo de posibles consecuencias negativas derivadas de la participación en la misma. STSJ 7/2016, de 5 de enero de 2016.

¹⁴⁵ La STSJ 674/2013, de 21 de mayo de 2013, examina la eficacia del acuerdo fin de huelga para asignarla alternativamente eficacia normativa o contractual en función de la legitimación negocial de quienes fueron parte en el mismo, acogiendo así una línea interpretativa del Tribunal Supremo derivada de la incompatibilidad de la prescripción del DLRT con el sistema de negociación colectiva estatutario. Sin embargo, la STSJ 33/2015, de 5 de junio de 2015, aplica directamente las prescripciones del DLRT en materia de preaviso y de composición del comité de huelga sin atender ni a la doctrina constitucional ni a la necesaria corrección de la misma sobre la base del respeto a la libertad y autonomía sindical en el ejercicio del derecho de huelga, y declara una huelga ilegal por un preaviso de 9 días y porque en la composición del comité de huelga del centro de trabajo estaban presentes sindicalistas de las centrales convocantes que no pertenecían al mismo.

ANEXO II. DISPOSICIONES SOBRE SERVICIOS MÍNIMOS EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA-LA MANCHA DURANTE EL PERIODO COMPRENDIDO ENTRE 1 DE JUNIO DE 2012 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2016

Sumario	Fecha de publicación
Resolución de 27/04/2016, de la Consejería de Sanidad, por la que se establecen los servicios mínimos con ocasión de la huelga que afectará a todos los trabajadores de la empresa Limpiezas del Noroeste (Linorsa) que prestan servicios en centros y dependencias del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha en la provincia de Guadalajara.	03/05/2016
Resolución de 29/03/2016, de la Consejería de Sanidad, por la que se establecen los servicios mínimos con ocasión de la huelga que afectará a todos los trabajadores de la empresa Limpiezas del Noroeste (Linorsa) que prestan servicios en centros y dependencias del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha en la provincia de Guadalajara.	01/04/2016
Orden de 30/11/2015, de la Consejería de Fomento, por la que se establecen servicios mínimos en el servicio público que prestan los trabajadores de las empresas que realizan el servicio de limpieza de la estación de autobuses del municipio de Toledo durante la huelga convocada para los días 3, 4, 9, 10, 14, y 15 de diciembre de 2015.	02/12/2015

Resolución de 01/12/2015, de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, por la que se establecen los servicios mínimos durante la huelga convocada para los días 3, 4, 9, 10, 14 y 15 de diciembre de 2015, que afectará a todos los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo del sector de limpieza de edificios y locales de la provincia de Toledo que prestan servicios en centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

02/12/2015

Resolución de 27/11/2015, de la Consejería de Bienestar Social, por la que se establecen los servicios mínimos en los centros de titularidad de la consejería en la provincia de Toledo durante la huelga convocada, desde las 00:00 horas de los días 3, 4, 9, 10, 14 y 15 de diciembre de 2015 hasta las 24:00 horas de los mismos, por los trabajadores que se encuentren dentro del ámbito de aplicación del Convenio Colectivo del sector de limpieza de edificios y locales de la provincia de Toledo.

01/12/2015

Resolución de 26/11/2015, de la Consejería de Sanidad, por la que se establecen los servicios mínimos durante la huelga convocada para los días 3, 4, 9, 10, 14 y 15 de diciembre de 2015 con ocasión de la huelga que afectará a todos los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo del sector de limpieza de edificios y locales de la provincia de Toledo que prestan servicios en centros sanitarios del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha.

01/12/2015

- Resolución de 26/11/2015, de la Consejería de Sanidad, por la que se establecen los servicios mínimos durante la huelga convocada, desde las 00:00 horas de los días 3, 4, 9, 10, 14 y 15 de diciembre de 2015 hasta las 24:00 horas de los mismos, por los trabajadores que se encuentren dentro del ámbito de aplicación del Convenio Colectivo del sector de limpieza de edificios y locales de la provincia de Toledo. 01/12/2015
- Resolución de 14/07/2015, de la Consejería de Sanidad, por la que se establecen los servicios mínimos durante la huelga convocada para el periodo comprendido entre el 22/07/2015 y el 15/08/2015, ambos inclusive, que afectará al personal de la empresa Atento Teleservicios España, SA, que presta servicios a la Gerencia de Urgencias, Emergencias y Transporte Sanitario del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha. 20/07/2015
- Resolución de 10/07/2015, de la Consejería de Sanidad, por la que se establecen los servicios mínimos durante la huelga convocada para los días del 13 al 21 de julio de 2015, ambos inclusive, que afectará al personal de la empresa Atento Teleservicios España, SA, que presta servicios a la Gerencia de Urgencias, Emergencias y Transporte Sanitario del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha. 13/07/2015
- Resolución de 24/04/2015, de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, por el que se establecen los servicios mínimos en el Ente Público de Radio Televisión de Castilla-La Mancha durante la huelga convocada para los días 26 y 27 de abril de 2015. 25/04/2015

- Resolución de 20/03/2015, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, por la que se establecen los servicios mínimos durante la huelga convocada para los días 25 de marzo, 8 y 22 de abril y 5 y 10 de mayo, que afectará al personal de la empresa Atento Teleservicios España, SA, que presta servicios a la Gerencia de Urgencias, Emergencias y Transporte Sanitario del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha. 25/03/2015
- Orden de 16/03/2015, de la Consejería de Fomento, por la que se establecen servicios mínimos en el transporte público regular de viajeros de uso especial que realiza la empresa Auto-Res SL, durante la huelga de sus trabajadores convocada para el día 19/03/2015. 18/03/2015
- Orden de 17/12/2014, de la Consejería de Fomento, por la que se establecen servicios mínimos en el transporte público regular de viajeros de uso especial, que realiza la empresa Auto-Res, SL, durante la huelga de sus trabajadores convocada para el día 19/12/2014. 18/12/2014
- Orden de 05/11/2014, de la Consejería de Fomento, por la que se establecen servicios mínimos en el transporte público regular de viajeros de uso especial, que realiza la empresa Auto-Res, SL, durante la huelga de sus trabajadores convocada para los días 7 de noviembre y 5 de diciembre de 2014. 07/11/2014
- Resolución de 07/10/2014, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, por la que se establecen los servicios mínimos durante la huelga convocada, desde las 00:00 horas de los días 13, 14 y hasta las 23:59 horas del 15 de octubre de manera ininterrumpida y, nuevamente, de manera ininterrumpida, 10/10/2014

desde las 00:00 horas del 20 de octubre hasta las 23:59 horas del día 22 de octubre de 2014, por los trabajadores de la empresa Servicios de Limpieza y Mantenimiento Raspeig, SL, que prestan el servicio de limpieza en la Residencia de Mayores Paseo de la Cuba de Albacete.

Resolución de 18/07/2014, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, por la que se establecen los servicios mínimos durante la huelga convocada para los días 24, 29 y 31 de julio de 2014, que afectará al personal de la empresa Atento Teleservicios España, SA, que presta servicios a la Gerencia de Urgencias, Emergencias y Transporte Sanitario del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha. 22/07/2014

Resolución de 09/07/2014, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, por la que se establecen los servicios mínimos durante la huelga convocada para el día 15/07/2014, que afectará al personal de la empresa Atento Teleservicios España, SA, que presta servicios a la Gerencia de Urgencias, Emergencias y Transporte Sanitario del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha. 11/07/2014

Resolución de 17/06/2014, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, por la que se establecen los servicios mínimos durante la huelga a tiempo parcial convocada para el día 23/06/2014 y dirigida al personal del Complejo Hospitalario de Toledo y del Hospital Nacional de Paraplégicos del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha. 23/06/2014

Corrección de errores de la Resolución de 05/03/2014, por la que se establecen los servicios mínimos durante la huelga parcial convocada para 07/03/2014

el día 07/03/2014, que afectará al personal de la empresa Atento Teleservicios España, SA, que presta al Servicio de Salud de Castilla-La Mancha el servicio de transporte sanitario urgente y programado en la provincia de Ciudad Real.

Resolución de 05/03/2014, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, por la que se establecen los servicios mínimos durante la huelga parcial convocada para el día 07/03/2014, que afectará al personal de la empresa Atento Teleservicios España, SA, que presta al Servicio de Salud de Castilla-La Mancha el servicio de transporte sanitario urgente y programado en la provincia de Ciudad Real.

06/03/2014

Resolución de 09/12/2013, de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, por la que se establecen los servicios mínimos en el sector de actividad de seguridad en obras públicas ante la huelga de 1 hora de duración convocada en los días 13, 16, 20, 23, 27 y 30 de diciembre de 2013 para todo el Personal Laboral de los Servicios Periféricos de la Consejería de Fomento de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en la provincia de Guadalajara.

12/12/2013

Resolución de 31/10/2013, de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, por la que se establecen los servicios mínimos en el sector de actividad de seguridad en obras públicas ante la huelga de 2 horas de duración convocada en los días 7, 14 y 21 de noviembre de 2013 para todo el personal laboral de la Consejería de Fomento de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

06/11/2013

Resolución de 30/10/2013, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, por la que se establecen los servicios mínimos durante la huelga convocada para el día 11/11/2013, que afectará a los trabajadores de la empresa Ambuibérica, S.L., que presta al Servicio de Salud de Castilla-La Mancha el servicio de transporte sanitario urgente y programado en la provincia de Ciudad Real. 05/11/2013

Resolución de 16/10/2013, de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, por la que se establecen los servicios mínimos en centros de enseñanza no universitaria sostenidos con fondos públicos en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha durante la huelga convocada para el día 24/10/2013. 22/10/2013

Orden de 02/10/2013, de la Consejería de Fomento, por la que se establecen servicios mínimos en el transporte público regular de viajeros de uso general y de uso especial, que realicen las empresas cuya sede se ubique en la provincia de Toledo, aun cuando desarrollen sus tareas dentro o fuera de esta provincia, durante la huelga de sus trabajadores, convocada con carácter indefinido los lunes y viernes, y el jueves 31/10/2013, a partir del día 07/10/2013. 04/10/2013

Resolución de 23/09/2013, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, por la que se establecen los servicios mínimos durante la huelga convocada para los días 2 y 9 de octubre de 2013, que afectará a los trabajadores de la empresa Ambuibérica, S.L., que presta al Servicio de Salud de Castilla-La Mancha el servicio de transporte sanitario urgente y programado en la provincia de Ciudad Real. 27/09/2013

Resolución de 10/09/2013, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, por la que se establecen los servicios mínimos durante la huelga indefinida convocada a partir del día 15/09/2013, que afectará a los trabajadores de la empresa Ambuibérica, S.L. que presta al Servicio de Salud de Castilla-La Mancha el servicio de transporte sanitario urgente y programado en la provincia de Guadalajara. 13/09/2013

Resolución de 02/05/2013, de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, por la que se establecen los servicios mínimos en centros de enseñanza no universitaria sostenidos con fondos públicos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha durante la huelga convocada para el día 09/05/2013. 06/05/2013

Orden de 04/04/2013, de la Consejería de Fomento, por la que se establecen servicios mínimos en el transporte público regular de viajeros de uso general y de uso especial, que realiza la empresa Puerto Bus, S.L., durante la huelga de sus trabajadores convocada con carácter indefinido a partir del 08/04/2013. 05/04/2013

Resolución de 25/03/2013, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, por la que se establecen los servicios mínimos durante la huelga convocada para los días 3, 10, 17 y 24 de abril de 2013, que afectará a los trabajadores de la empresa Ambuibérica, S.L. que presta al Servicio de Salud de Castilla-La Mancha el servicio de transporte sanitario urgente y programado en la provincia de Ciudad Real. 01/04/2013

Orden de 07/03/2013, de la Consejería de Fomento, por la que se establecen servicios mínimos en el transporte público regular de viajeros de uso general y de uso especial, que realiza la empresa Puerto Bus, S.L., durante la huelga de sus trabajadores convocada con carácter indefinido todos los miércoles a partir del día 13/03/2013. 12/03/2013

Orden de 09/11/2012, de la Consejería de Fomento, por la que se establecen servicios mínimos en el transporte público regular de viajeros, que realicen las empresas cuya sede se ubique dentro del ámbito de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, aun cuando desarrollen sus tareas dentro o fuera de esta Comunidad, para el día de convocatoria de la huelga. 13/11/2012

Resolución de 08/11/2012, de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, por la que se establecen los servicios mínimos en el Ente Público de Radio Televisión de Castilla-La Mancha durante la huelga general convocada para el día 14/11/2012. 12/11/2012

Resolución de 08/11/2012, de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, por la que se establecen los servicios mínimos en determinados sectores de actividad prestados por la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha durante la huelga general convocada para el día 14/11/2012. 12/11/2012

Resolución de 08/11/2012, de la Consejería de Agricultura, por la que se establecen los servicios mínimos en medioambiente, prevención y extinción de incendios forestales, en determinados sectores de actividad prestados por la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha durante la huelga general convocada para el día 14/11/2012. 12/11/2012

Resolución de 08/11/2012, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, por la que se establecen los servicios mínimos de salud pública y atención sanitaria prestados por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha durante la huelga general convocada para el día 14/11/ 2012. 12/11/2012

Resolución de 08/11/2012, de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, por la que se establecen los servicios mínimos en centros docentes de enseñanza no universitaria sostenidos con fondos públicos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha durante la huelga convocada para el día 14/11/2012. 12/11/2012

Resolución de 06/09/2012, de la Consejería de Agricultura, por el que se establecen los servicios mínimos en la prevención y extinción de incendios forestales que realiza la Empresa Pública Geacam (Gestión Ambiental de Castilla-La Mancha, S.A.) durante la huelga de sus trabajadores convocada para los días 10 y 11 de septiembre de 2012. 07/09/2012

Orden de 30/08/2012, de la Consejería de Fomento, por la que se establecen servicios mínimos en el transporte público regular de viajeros de uso general y de uso especial, que realiza la empresa Autotransporte Interurbanos, S.A, durante la huelga de sus trabajadores convocada para los días 3 y 7 de septiembre de 2012 y con carácter indefinido a partir del día 10 de septiembre de 2012. 03/09/2012

Resolución de 19/07/2012, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, por la que se establecen los servicios mínimos durante la huelga convocada para el día 24/07/2012 que afectará a los trabajadores de la empresa Ambulancias Transalozano, S. L. que presta el servicio de transporte urgente sanitario al Servicio de Salud de Castilla-La Mancha. 23/07/2012

Resolución de 27/06/2012, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, por la que se establecen los servicios mínimos durante la huelga convocada en los servicios de limpieza, durante los días 3, 4, 5 y 6 de julio de 2012, de centros de mayores y el Cadig Albatros de la provincia de Albacete. 29/06/2012

- Resolución de 21/06/2012, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, por la que se establecen los servicios mínimos con ocasión de la huelga convocada durante los días 27, 28 y 29 de junio de 2012, que afectará a los trabajadores de la empresa Klüh Linaer España, S.L. que prestan el servicio de limpieza del Hospital General Universitario de Ciudad Real. 25/06/2012
- Resolución de 12/06/2012, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, por la que se establecen los servicios mínimos durante la huelga convocada con carácter indefinido a partir del 22/06/2012 en residencias de la tercera edad en la provincia de Toledo. 19/06/2012
- Resolución de 29/05/2012, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, por la que se establecen los servicios mínimos con ocasión de la huelga convocada para los días 4, 5, 6, 11, 12, 13, 14 y 15 de junio de 2012 por los trabajadores de la empresa Transportes Fernando Mañes y Hermanos, S. L. que prestan el servicio de transporte de muestras de sangre y documentación a la Gerencia de Atención Primaria de Albacete. 01/06/2012

ANEXO III. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, EN MATERIA DE SERVICIOS MÍNIMOS, DICTADAS DURANTE LOS AÑOS 2012-2016

T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.2

ALBACETE

SENTENCIA: 00291/2013

Recurso núm. 385 de 2012

Albacete

SENTENCIA N° 291

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN 2ª.
Iltmos. Sres.:

Presidenta:

Dª Raquel Iranzo Prades

Magistrados:

D. Jaime Lozano Ibáñez

D. Miguel Ángel Pérez Yuste

D. Miguel Ángel Narváez Bermejo

D. Ricardo Estévez Goytre

En Albacete, a dieciocho de abril de dos mil trece.

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, los presentes autos número 385/12 el recurso contencioso administrativo tramitado por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona seguido a instancia de UNIÓN PROVINCIAL DE COMISIONES OBRERAS EN ALBACETE, representada por el Procurador Sr. López Ruiz y dirigida por el Letrado D. Agustín Zamora Pocoví, contra la CONSEJERÍA DE SANIDAD Y ASUNTOS

SOCIALES DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA, que ha estado representada y dirigida por el Sr. Letrado de la Junta, y con la intervención del MINISTERIO FISCAL, sobre SERVICIOS MÍNIMOS; siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Jaime Lozano Ibáñez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-UNIÓN PROVINCIAL DE COMISIONES OBRERAS EN ALBACETE interpuso, el día 16 de julio de 2012, recurso contencioso-administrativo por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, contra la resolución de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha de 27 de junio de 2012 (DOCM de 29 de junio) por la que se establecieron los servicios mínimos durante la huelga convocada por el citado Sindicato desde las 00:00 horas del 3 de julio hasta las 23:59 horas del 6 de julio de 2012 en relación con los trabajadores de Limpiezas Ecológicas del Mediterráneo que prestan sus servicios en Centros de Mayores de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y en el CADIG Albatros.

SEGUNDO. - Recibido el expediente administrativo, se dio traslado del mismo al demandante, quien formuló su demanda, en la cual, tras exponer los hechos y fundamentos que entendió procedentes, terminó solicitando la estimación del recurso contencioso-administrativo planteado.

TERCERO.- La Administración contestó a la demanda, y en ella, tras exponer a su vez los hechos y fundamentos jurídicos que entendió aplicables, solicitó una sentencia desestimatoria del recurso.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal informó solicitando la desestimación del recurso contencioso-administrativo, pero a salvo el resultado de la prueba a practicar.

QUINTO.- Acordado el recibimiento del pleito a prueba y practicadas las declaradas pertinentes, se señaló para votación y fallo para el día 12 de marzo de 2013.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Sindicato Comisiones Obreras denuncia la vulneración del derecho constitucional de huelga del art. 28.2 de la CE

debido a la fijación, por parte de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, de unos servicios mínimos excesivos e inmotivados en relación con la huelga convocada por el citado Sindicato desde las 00:00 horas del 3 de julio hasta las 23:59 horas del 6 de julio de 2012, dirigida a los trabajadores de la empresa “Limpiezas Ecológicas del Mediterráneo” que prestan sus servicios en Centros de Mayores de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y en el Centro de Atención Integral para Personas con Discapacidad Intelectual (CADIG) Albatros. La convocatoria de huelga respondía al hecho de que, según la convocatoria, los trabajadores llevaban varios meses trabajando sin cobrar los salarios correspondientes.

Los recurrentes manifiestan que aceptan los servicios mínimos en cuanto se refieren al mencionado Centro de Atención Integral para Personas con Discapacidad Intelectual, pero no en cuanto a los Centros de Mayores.

Ha quedado debidamente demostrado que mientras que el CADIG Albatros presta atención a personas con discapacidad intelectual severa y en régimen de internamiento permanente, los Centros de mayores son establecimientos de apertura únicamente diurna en los que las personas de la denominada “tercera edad” pueden desarrollar diversas actividades de convivencia, lúdicas y de ocio. Siendo así, la utilización de una misma motivación y la aplicación de los mismos parámetros y nivel de servicios mínimos para uno y otros centros revela por sí sola el completo desinterés de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha por adecuar los servicios mínimos establecidos a cada caso. La propia Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha dice, al contestar, que la proporcionalidad de los servicios mínimos “no se puede establecer de una forma genérica e invariable para todas las situaciones de huelga, pues dependerá en cada caso de la naturaleza de los derechos de los ciudadanos que se tratan de proteger mediante la fijación de los servicios mínimos...Por tanto, el juicio sobre la ponderación de la proporcionalidad de los servicios mínimos es una cuestión casuística que habrá de deslindar cada supuesto que se presente”. Tal cosa es justamente lo que la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales no ha hecho en el caso de autos. Es obvio que nada tiene que ver el caso de unos centros con el otro, ni en cuanto a su régimen ni en cuanto a las características de las personas que acuden a los mismos, y la falta de

diferenciación es prueba sobrada de la falta de interés de la Administración en establecer unos servicios mínimos que garanticen el ejercicio derecho de huelga limitándose a evitar las consecuencias más graves o inaceptables para “servicios esenciales de la comunidad” (art. 28.2 CE). No hay motivo alguno para que en un Centro de Mayores, de apertura únicamente diurna, sin internamiento y que cumple una finalidad de mero esparcimiento, y tratándose de una huelga de tres días, se establezcan servicios mínimos semejantes a los de un centro de atención a discapacitados psíquicos, y no la hay ni desde el punto de vista de las características de las personas que acuden al centro, ni desde el punto de vista de su régimen de estancia, ni desde el punto de vista del carácter “esencial” del servicio. La falta de motivación deriva del carácter genérico e indiscriminado de la misma, y la ilegalidad de los servicios mínimos, del mismo carácter indiscriminado de los mismos.

SEGUNDO.- El Sindicato recurrente reclama una indemnización de 3000 €, o de 2000 € con las costas, en concepto de daño moral. Hay que aclarar ante todo que deben deslindarse totalmente las cuestiones de las costas y la de la posible indemnización, que se rigen por normativa distinta y que no cabe confundir. Las costas procederán o no de acuerdo con lo establecido en el art. 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa; mientras que la indemnización procederá en caso de que así se considere oportuno de acuerdo con las reglas sustantivas, no procesales, que quepa aplicar.

Pues bien, se solicita efectivamente una indemnización por el daño moral sufrido. Se dice que los servicios mínimos establecidos ha hecho irrelevante la huelga, al seguir funcionado los servicios en régimen de normalidad; que se han quedado sin efecto los esfuerzos personales y materiales llevados a cabo para la convocatoria de huelga; que hay daño a la actividad sindical, que ha resultado inoperante en la práctica, con el efecto disuasorio que ello tiene para futuras convocatorias.

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2012 establece lo siguiente: “La doctrina de esta Sala tiene declarado, a título de ejemplo, en Sentencia de 12 de marzo de 2007 (casación 358/03), que: “El resarcimiento de los perjuicios morales sufridos como consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental es una po-

sibilidad contemplada por el ordenamiento jurídico. Entre otros preceptos, en particular, por el citado artículo 15 de la Ley Orgánica 11/1985 que se refiere a la reparación de las consecuencias ilícitas de la lesión del derecho a la libertad sindical en la interpretación que ha recibido por parte de la jurisprudencia. De ello son muestra la Sentencia invocada de la Sala Cuarta y, también, recientemente, entre otras, la Sentencia del Tribunal Constitucional 247/2006, de 24 de julio.

Es verdad que, en este caso, nos hallamos ante un derecho fundamental diferente y que no hay una norma legal que prevea compensaciones a propósito del derecho a la huelga en los términos en que lo hace el artículo 15 de la Ley Orgánica 11/1985. No obstante, estos no son obstáculos que impidan seguir el mismo criterio siempre que estemos ante consecuencias ilícitas de la vulneración de un derecho fundamental que, no hay que olvidarlo, no ha sido objeto de desarrollo legislativo y que guarda una estrecha relación con la libertad sindical. Por tanto, en principio, una pretensión de resarcimiento por perjuicios morales por infracción del derecho a la huelga es algo que cabe considerar ajustado al ordenamiento jurídico. Y puede merecer la calificación de consecuencia ilícita de la misma el menoscabo de la capacidad de presión de la huelga sobre el empresario que deriva de unos servicios mínimos declarados nulos”.

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala Social) de 12 de diciembre de 2007 señala: “El recurrente solicita una indemnización, que fija en 3000 euros, por los daños morales que le ha originado la vulneración de los derechos de huelga y libertad sindical, cometida por la demandada. La lesión de un derecho fundamental determina normalmente la producción de un daño en la medida en que esa lesión se proyecta lógicamente sobre un bien ajeno. De ahí que el artículo 180 de la Ley de Procedimiento Laboral, al regular el contenido en la sentencia estimatoria de la demanda de tutela de un derecho fundamental, establezca que, previa declaración de nulidad radical de la conducta lesiva, se ordenará el cese inmediato de comportamiento antisindical, la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión y “la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera”. En el caso concreto de la lesión del derecho a la libertad sindical, como consecuencia de una lesión más directa al derecho de huelga en la

vertiente que afecta al sindicato convocante, los daños pueden ser tanto económicos, como morales. Puede haber un daño económico en la medida que la lesión ha podido actuar determinando el fracaso de la huelga o provocando una dificultad añadida a ésta con las consecuencias que de ello podrían derivarse para la esfera patrimonial del sindicato. Pero la parte no pide la reparación de daños patrimoniales, sino que, como se ha dicho, se limita a solicitar una indemnización de los morales. Daño moral es aquel que está representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden desencadenar ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa a bienes materiales, como al acervo extrapatrimonial de la personalidad (STS, Sala I, 25-6-1984); daño moral es así el infringido a la dignidad, a la estima moral y cabe en las personas jurídicas (STS, Sala I, 20-2-2002), habiéndose referido ya a las lesiones al prestigio mercantil de una persona jurídica la sentencia de dicha Sala de 31 de marzo de 1930”.

La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Madrid de 2 de marzo de 2011 dice: “En el presente caso, la parte demandante ha expuesto la vulneración frente a la que se ha alzado, el comportamiento de la recurrente y la reiteración de su conducta; a falta de parámetros legales de cuantificación del daño moral sufrido, se fija discrecionalmente por los juzgados de instancia, no siendo revisable en vía de recurso la cuantía de la indemnización, salvo en supuestos de error o desproporción manifiesta, como expone la STC 247/2006, y en el presente caso partiendo de los hechos acreditados, la juzgadora de instancia considera que la recurrente era conocedora de la jurisprudencia sobre la calificación de los servicios mínimos y su configuración como servicio esencial de la actividad, y que los hechos acreditados son descripción de daños, derivados de la conducta vulneradora de la libertad sindical y del ejercicio del derecho de huelga, siendo suficientes para estimar que la indemnización solicitada es ajustada a derecho. La parte demandante cuantifica la indemnización sobre hechos suficientes que expone en la demanda para asentar la condena al importe que indica, por lo que el motivo desestima”.

Y la de la misma Sala de 18 de julio de 2007 indica: “Doctrina conforme a la cual y a la que cita del Tribunal Supremo, el reconoci-

miento de la vulneración de un derecho fundamental ha de conllevar el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por el que lo ha padecido, de manera que no basta con la declaración de nulidad de la conducta vulneradora, sino que la sentencia que efectúe tal declaración ha de condenar igualmente a dicho resarcimiento, habiendo reconocido también el Tribunal Supremo, en su sentencia de 12 de diciembre de 2005, el derecho de un Sindicato a percibir una indemnización en un supuesto similar de vulneración del derecho de huelga, considerando justificada la misma por haberse ocasionado “al sindicato demandante un grave perjuicio, al imponer unos servicios mínimos que frustraron de manera total la huelga convocada por el demandante, al imponer unos servicios del 100 por 100, para continuar con la producción habitual”, sin exigir ninguna prueba respecto de daño material alguno, porque basta con la existencia del daño moral evidenciado por la actuación vulneradora del derecho de huelga, pero es que además, no podemos compartir el criterio del Juzgador a quo respecto de la posibilidad de cuantificar daños materiales por parte de los trabajadores, porque evidentemente no puede acreditarse cual pudiera haber sido el resultado de la negociación de haberse respetado la huelga, porque no puede compararse el resultado de lo que ha sido con el devenir de lo que no ha ocurrido, como tampoco puede exigirse, como hace, prueba respecto de los daños que la huelga hubiera causado al empresario, porque evidentemente no puede conocerse lo que hubiera durado, ni, por consiguiente, la realidad de tales daños para considerar su inexistencia como un enriquecimiento injusto; en corolario, basta con que los trabajadores hayan acreditado la vulneración de su derecho de huelga para, de conformidad con las citadas doctrinas del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, apreciar la existencia de unos daños morales incuestionables al haberse impedido, tanto al Sindicato como a los trabajadores, el pleno ejercicio de su derecho de huelga y, consecuentemente, haberles situado en una posición de desventaja a la hora de la negociación colectiva, minando la fuerza negociadora del Sindicato, su prestigio ante los trabajadores y su imagen, daños morales evidentes que han de ser resarcidos tal y como se reclaman, aún cuando, a meros efectos dialécticos se admitiera la afirmación de la empresa que, en su escrito de impugnación considera que no ha habido daño alguno ya que la finalidad de la huelga era “alcanzar un acuerdo en la negociación

del convenio colectivo” y ha sido plenamente lograda, porque la obtención de tal fin no evita ni neutraliza el indicado daño moral, por lo que el recurso se estima”.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 21 de febrero de 2011 señala: “Y por lo que atañe a la indemnización solicitada, hay que tener presente que no se está reclamando de forma individualizada por los concretos trabajadores que vieron vulnerado su derecho de huelga, los daños y perjuicios sufridos al verse compelidos a cumplir unos servicios mínimos que se anulan por injustificados, en cuyo caso, sí que procedería, conforme señala la STS 25/julio/2007 (Rec. Casac. 3856/03), una justificación pormenorizada de tales daños y perjuicios derivados que se imputan al proceder antijurídico de la Administración; por el contrario, se reclama por el Sindicato convocante una indemnización que compense el daño moral ocasionado por verse privado de ejercitar su actividad sindical, en su vertiente de convocatoria de una huelga, en todos sus términos, al ver limitada la participación en la misma a consecuencia de las restricciones injustificadas impuestas por la Administración, por lo que se estima que la suma reclamada por el Sindicato actor es razonable y ponderada, debiendo accederse a la misma”.

Es cierto que tanto en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2012 (Sala 3^a), como en la de 12 de diciembre de 2007 (Sala Social), antes citadas, se establece, en pasajes posteriores a los que se han transcrito, que los daños no son reconocibles automáticamente, reprochándose en la primera de ellas que la demanda “no contiene indicación alguna al respecto, no describe ni enuncia siquiera los conceptos o partidas cuya reparación se pretende a través de la genérica indemnización que solicita, lo que impide el debate contradictorio sobre la existencia y entidad de perjuicios y sobre la cuantificación de la indemnización adecuada para su reparación...no es posible en este caso dar lugar a la pretensión indemnizatoria que se postula por la recurrente, por no haber quedado debidamente especificados los concretos perjuicios sufridos, ni los criterios seguidos para la valoración de la cantidad que se reclama”. Ahora bien, ello será cuestión de examen caso por caso y en ningún supuesto de denegación automática, como deriva de la sentencia del Tribunal Constitucional 247/2006, que exige el debido análisis

y motivación de la denegación, en su caso, de este concepto. De la misma manera, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2008 señala que “Ateniéndonos al motivo de casación formulado por el recurrente, que es el objeto de nuestro pronunciamiento, debemos decir que no contiene una verdadera argumentación dirigida a rebatir la fundamentación de la Sentencia en este punto. Es decir, no ofrece razones concretas válidas por las que deba rechazarse. Así, al margen ya de la cuestión de la antijuridicidad, nada dice para rechazar la existencia de daño, ni sobre lo alegado por ASES, ni sobre la trascendencia moral de la lesión del derecho a la huelga, ni sobre el vaciamiento de la tutela judicial efectiva en caso de no resarcir que apunta la Sentencia”.

Es cierto que en nuestra sentencia de 11 de octubre de 2012 (recurso 99/2012), analizando un caso parecido al de autos, denegamos la indemnización haciendo aplicación de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2012; sin embargo, entendemos que es procedente que la Sala avance un paso más, determinando si la frustración del derecho constitucional de huelga supone para el sindicato un derecho de indemnización; es sabido que los órganos judiciales pueden revisar sus propios criterios sin afectación al principio de igualdad si explican debidamente los fundamentos de la nueva perspectiva adoptada (sentencias del Tribunal Constitucional 8/2004, 229/2003 y otras). Se trataba la de autos de una huelga convocada nada menos que para exigir el cobro de los salarios; es difícil imaginar una motivación más legítima para el ejercicio del derecho; la respuesta de la Administración es una resolución que se abstiene por completo de analizar con el mínimo detalle la naturaleza y contenido de los servicios afectados; además, provoca una ablación del derecho irreparable, porque cuando la presente sentencia llega, los días de huelga ya han pasado (el vaciamiento de la tutela judicial efectiva en caso de no resarcir a que alude la sentencia del Tribunal Supremo últimamente citada), siendo una huelga de corta duración; se invoca por el Sindicato el efecto que tiene sobre su actividad, y el perjuicio sobre su imagen ante los trabajadores, el hecho de movilizar a éstos para un resultado como este, siendo también objeto esta cuestión de la prueba testifical practicada; por otro lado no se trata sólo de falta de motivación de los servicios mínimos, sino que los establecidos, para los centros

de mayores, son claramente excesivos y vaciadores del derecho de huelga; por otro lado, estamos ante un caso en el que la reparación del derecho “in natura” resulta imposible, de modo que según las reglas ordinarias procede su sustitución dineraria (art. 105.2 Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa: “Si concurriesen causas de imposibilidad material ...de ejecutar una sentencia...el Juez o Tribunal aprecie la concurrencia o no de dichas causas y adopte las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, fijando en su caso la indemnización que proceda por la parte en que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno”; art. 710.2 LEC: “Si...tampoco fuera posible deshacer lo mal hecho, la ejecución procederá para resarcir al ejecutante por los daños y perjuicios que se le hayan causado”).

Siendo todo ello así, procede fijar prudencialmente una indemnización de 1.000 € a favor del sindicato demandante en concepto de reparación del daño moral.

TERCERO.- En cuanto a las costas, el art. 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa establece: “En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho”. El establecimiento de una indemnización de 1.000 € en lugar de la de 2000 € que se menciona en al demanda no supone una estimación parcial, pues el demandante solicitó la que el Juzgador considerase oportuna, sin perjuicio de indicar también la cantidad que entendía él procedente. En cualquier caso, el supuesto de autos es tan evidente en cuanto a lo ilícito del actuar administrativo, que la oposición al recurso puede también considerarse temeraria y las costas procederían en cualquier caso por la vía del párrafo siguiente: “En los supuestos de estimación o desestimación parcial de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, las imponga a una de ellas por haber sostenido su acción o interpuesto el recurso con mala fe o temeridad”.

CUARTO.- En cuanto a las costas de esta instancia, y por aplicación del artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-adminis-

trativa, no procede su imposición a ninguna de las partes, por no darse circunstancias de temeridad o mala fe.

Vistos los preceptos citados y demás de pertinente aplicación,

FALLAMOS

- 1.- Estimamos el recurso contencioso-administrativo planteado.
- 2.- Declaramos la nulidad de pleno derecho de la resolución de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha de 27 de junio de 2012 (DOCM de 29 de junio) por la que se establecieron los servicios mínimos durante la huelga convocada por el citado Sindicato desde las 00:00 horas del 3 de julio hasta las 23:59 horas del 6 de julio de 2012 en relación con los trabajadores de Limpiezas Ecológicas del Mediterráneo que prestan sus servicios en Centros de Mayores de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.
- 3.- Condenamos a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha a abonar al sindicato UNIÓN PROVINCIAL DE COMISIONES OBRERAS EN ALBACETE la cantidad de 1.000 €.
- 4.- Imponemos las costas a la parte demandada.

Notifíquese, con indicación de que contra la presente sentencia cabe recurso de casación para ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo, que habrá de prepararse por medio de escrito presentado ante esta Sala en el plazo de diez días, contados desde el siguiente al de su notificación, previa consignación de 50 € en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sala.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado D. Jaime Loza no Ibáñez, estando celebrando audiencia en el día de su fecha la Sala de lo Contencioso Administrativo que la firma, y de lo que como Secretario, certifico en Albacete, a dieciocho de abril de dos mil trece.

NOTA: esta sentencia ha sido anulada por la del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2014, rec. 410/2013, que se inserta a continuación.

T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.2

ALBACETE

SENTENCIA: 00908/2012

Recurso núm. 276/2012

SENTENCIA Nº 908

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN 2ª.
Iltmos. Sres.:

Presidente:

D. Jaime Lozano Ibáñez

Magistrados:

D. Miguel Ángel Pérez Yuste

D. Miguel Ángel Narváez Bermejo

D. Ricardo Estévez Goytre

En Albacete, a cuatro de diciembre de dos mil doce.

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, los presentes autos número 276/12 el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, seguido a instancia de UNION PROVINCIAL DE COMISIONES OBRERAS EN TOLEDO, representada por el Procurador S. López Ruiz y dirigida por la Letrada Dª. Elena Aguado Díaz, contra la CONSEJERIA DE FOMENTO DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA, que ha estado representada y dirigida por el Sr. Letrado de la Junta, con intervención del MINISTERIO FISCAL, sobre SERVICIOS MÍNIMOS; siendo Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado D. Ricardo Estévez Goytre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto recurso contencioso-administrativo y seguidos los trámites previstos en el Capítulo I del Título V de la Ley

Jurisdiccional, previo examen de la Jurisdicción y competencia de esta Sala y no habiéndose solicitado por la Administración demandada la inadmisión del recurso y celebración de comparecencia a que se refieren los artículos 116.3 y 117.2 de la Ley, se emplazó a la parte demandante al objeto de que formalizara su escrito de demanda, lo que verificó en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de Derecho que consideró de aplicación y solicitando se dictara sentencia por la que se declare no ajustada a derecho la “resolución” impugnada, por ser nula de pleno derecho al conculcar los arts. 28.2, 28.1, 14.1 y 24.1 de la C .E., y en consecuencia y seguido que sea de todos sus trámites, se declare se ha producido la lesión o infracción de los Derechos Fundamentales indicados, con todas las consecuencias inherentes a tal declaración y por tanto con declaración expresa de nulidad o subsidiariamente anulabilidad de la Orden fechada el 3 de enero de 2.012, de la Consejería de Fomento, que obra en autos, con todas las consecuencias inherentes, condenando además y en consecuencia a la demandada, al pago de una indemnización de daños y perjuicios y daños morales ocasionados, que se determinen en trámite de ejecución de sentencia, con expresa condena en costas a la demandada.

SEGUNDO.- Por la parte demandada se contestó a la demanda mediante escrito en el que se solicitó la desestimación del recurso y la confirmación íntegra de las Resoluciones objeto del mismo, por estimarlas ajustadas a Derecho, alegando los hechos y Fundamentos de Derecho de pertinente aplicación.

TERCERO.- El Ministerio fiscal evacuó el trámite conferido, formulando alegaciones en el sentido que consta.

CUARTO.- Habiéndose recibido el pleito a prueba y practicadas las que fueron declaradas pertinentes, se señaló día y hora para votación y fallo el 24 de octubre de 2.012 a las 12.00 horas, en que tuvo lugar.

QUINTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye el objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo la Orden de 3 de enero de 2012, de la Consejería de Fomento de la Junta de Comunidades de Casti-

lla-La Mancha (publicada en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha nº 4, de 5 de enero de 2012), por la que se establecen servicios mínimos en el transporte público regular de uso general y de uso especial que realizan las mercantiles Rubicar Tours, S.A., y Autobuses Urbanos Talavera, S.L., durante la huelga de sus trabajadores convocada para los días 9, 10, 11, 12, 13, 16, 17, 18, 19, 20, 23, 24, 25, 26, 27, 30 y 31 de enero de 2012.

SEGUNDO.- Hemos de comenzar el análisis de las alegaciones de las partes por la causa de inadmisibilidad del recurso planteada por el Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, pues, de entenderse concurrente la misma, devendría innecesario entrar a conocer las cuestiones de fondo planteadas en la demanda.

Se alega por el mencionado Letrado que se ejercita la acción, en defensa del derecho fundamental de Libertad Sindical en su vertiente de convocatoria de huelga, por la Unión Provincial del Sindicato Comisiones Obreras de Toledo, que actúa por medio de su Secretario Provincial, sin que le conste que se haya aportado el documento acreditativo del acuerdo de ejercicio de acciones para entablar este proceso, en los términos exigidos en el art. 45.2 d) de la LJCA, como tampoco le consta que por la recurrente se haya aportado copia de los estatutos del Sindicato a efectos de determinar la competencia del órgano sindical que pudiera adoptar ese acuerdo para ejercitar esta acción, ni tampoco el acto del nombramiento de quien se dice ostentar la representación para entablar este proceso.

En definitiva, pretende la Administración demandada que se declare la inadmisibilidad del recurso por falta de legitimación ad processum. Dispone el artículo 69.b) de la Ley Jurisdiccional que: “La sentencia declarará la inadmisibilidad del recurso o de alguna de las pretensiones en los casos siguientes:... b) Que se hubiera interpuesto por persona incapaz, no debidamente representada o no legitimada”. Precepto que ha de ponerse en relación con el artículo 45.2.d), que exige acompañar al escrito de interposición del recurso el documento o documentos que acrediten los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación.

El artículo 45.3 de la Ley de la Jurisdicción, por su parte, impone al Juzgado o Sala el deber de examinar de oficio la validez de la

comparecencia tan pronto como se haya presentado el escrito de interposición. Y le impone, como lógica consecuencia, que requiera la subsanación del requisito de validez que estime no cumplimentado y que ordene el archivo de las actuaciones si la subsanación no se lleva a efecto.

En punto a la obligación de acreditar la existencia de acuerdo para interponer recursos las personas jurídicas, ha de ponerse de relieve que la jurisprudencia viene interpretando que en el recurso contencioso-administrativo la justicia es rogada, siendo por tanto preciso aclarar si la persona jurídica que interpuso el recurso adoptó la decisión de recurrir, a fin de evitar el peligro de que se origine un litigio no querido por la entidad que figure como recurrente (SSTS de 19 Octubre y 5 de noviembre de 1991, 17 de octubre de 1996 y 27 de febrero de 1998).

En nuestro ordenamiento jurídico es clásico distinguir entre capacidad procesal o legitimación *ad processum* y legitimación *ad causam*. Con la primera expresión se hace referencia a la aptitud necesaria para comparecer en juicio, es decir, para desempeñar activa o pasivamente en el proceso el ejercicio de la acción y, por tanto, realizar válidamente actos procesales. En cambio, la legitimación *ad causam* conecta con el problema de la capacidad para ser parte en un determinado y concreto proceso, esto es, quien puede ser parte activa o pasiva en dicho concreto proceso; de lo que se deduce que no todos los sujetos con capacidad procesal genérica, están legitimados *ad processum*, y entre éstos, la propia ley, se encarga, en cada caso, de establecer reglas de legitimación *ad causam* según el ámbito del litigio.

La STS de 1 de marzo de 1999 nos dice que “En relación con tal cuestión, que se entronca con la necesidad de acreditar la capacidad procesal a los efectos del art. 82, b) de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, y también de los arts. 27 de la misma Ley, y 2 de la LEC, esta Sala tiene reiteradamente declarado en sentencias como las de 26 de enero de 1988, 8 y 11 de junio de 1992, 18 de enero de 1993, 2 de noviembre de 1994, 12 y 17 de febrero, 11 de marzo, 1 de julio, 7 y 17 y 26 de octubre de 1996, 20 y 24 de enero, y 13 de mayo de 1997, 2 de febrero, 31 de marzo y 30 de abril de 1998, entre otras, que para el ejercicio de acciones en nombre de

un ente colectivo es preciso acreditar, en caso de que se negara de contrario, que aquél ente goza de personalidad jurídica por haberse cumplido los requisitos establecidos legalmente para su válida constitución, y, además, si, como aquí, se niega por las otras partes, que se aporte la correspondiente prueba acreditativa de que existe acuerdo para el ejercicio de las correspondientes acciones, y de que tal acuerdo de impugnación ha sido adoptado por el órgano al que estatutariamente viene encomendada tal competencia y la de autorizar a las personas que han de actuar en nombre y representación del ente colectivo, pues sólo así quienes estén facultados podrán ostentar la capacidad procesal exigida por los mencionados preceptos para comparecer en juicio y para apoderar a Letrado o Procurador que haya de representarle en el proceso, por lo que, al no haberse aportado los Estatutos de la recurrente, y al no aparecer transcritos los Estatutos, en el particular requerido, en la escritura de poder para pleitos que se aportó en autos, no resultan acreditados tales extremos. ...Cierto es que tales defectos son subsanables conforme al art. 129,1 de la Ley de la Jurisdicción dentro de los diez días siguientes a aquél en que se hizo entrega a la parte demandante de los escritos de contestación a la demanda en los que se denunciaban dichos defectos, y, conforme al art. 69,3 de la misma Ley, en cualquier momento posterior para desvirtuar las alegaciones de los demandados o coadyuvantes, e, incluso, al formular sus conclusiones, mas ninguna de dichas oportunidades procesales fue aprovechada por la parte demandante para subsanar tales deficiencias u omisiones, pese a la facilidad de hacerlo acreditando adecuadamente la concurrencia de los requisitos que se echan en falta, razón por la cual obligado resulta acoger la causa de inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo interpuesto, oportunamente invocada por demandados y coadyuvantes, al omitirse la indispensable acreditación para tener por acreditada la capacidad procesal, sin poder entrar, por ello, en el enjuiciamiento de las cuestiones de fondo planteadas”.

Por su parte, la STS de 5 de noviembre de 2008 nos recuerda que: “(...) tras la Ley de 1998, cualquiera que sea la entidad demandante, ésta debe aportar, bien el documento independiente acreditativo de haberse adoptado el acuerdo de interponer el recurso por el órgano a quien en cada caso compete, o bien el documento que, además

de ser acreditativo de la representación con que actúa el compareciente, incorpore o inserte en lo pertinente la justificación de aquel acuerdo “, a lo que añade que “Una cosa es, en efecto, el poder de representación, que sólo acredita y pone de relieve que el representante está facultado para actuar válida y eficazmente en nombre y por cuenta del representado; y otra distinta la decisión de litigar, de ejercitar la acción, que habrá de ser tomada por el órgano de la persona jurídica a quien las normas reguladoras de ésta atribuyan tal facultad. Obvia es la máxima trascendencia que la acreditación de esto último tiene para la válida constitución de la relación jurídico-procesal, pues siendo rogada la justicia en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, lo primero que ha de constatarse es que la persona jurídica interesada ha solicitado realmente la tutela judicial, lo que a su vez precisa que tome el correspondiente acuerdo dirigido a tal fin, y que lo tome no cualquiera, no cualquier órgano de la misma, sino aquél al que la persona jurídica ha atribuido tal decisión, ya que en otro caso se abre la posibilidad, el riesgo, de iniciación de un litigio no querido, o que jurídicamente no quepa afirmar como querido, por la entidad que figure como recurrente”.

En el caso de autos, el recurso se interpone por la representación procesal de D. Paulino, que dice actuar en su calidad de Secretario Provincial de la Unión Provincial del Sindicato CC.OO de Toledo, quien, aportando poder para pleitos junto al escrito de interposición del recurso, fue requerido por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Toledo, donde se presentó el recurso, para que en el plazo de 5 días subsanase el defecto advertido, consistente en la no presentación de los documentos referidos en el art. 45.2 d) de la LJCA. En cumplimiento a dicho requerimiento, la Letrado interviniente alegó que el expresamente competente para decidir la interposición del presente proceso es precisamente el Secretario General del Sindicato recurrente, sin que sea necesario “acuerdo” o trámite previo alguno, como es de ver y consta textualmente en el art. 23 en relación con el Anexo de los estatutos, cuya copia aportó junto a su escrito de alegaciones.

El art. 23 de los estatutos, tras establecer en su letra a) que el Secretario General es el representante legal y público de las CCOO de Castilla-La Mancha y que actúa bajo acuerdo colegiado del Con-

sejo y de la Comisión Ejecutiva, siguiendo los principios de dirección colectiva, y que tiene como misión principal aunar e impulsar las funciones de dichos órganos, tendrá las facultades que la ley le otorgue como representante legal y público, dice, en su letra b), que “Tendrá las facultades que expresamente se recogen en el Anexo de los presentes estatutos. En el Reglamento de funcionamiento de la Ejecutiva Regional se podrá regular la forma de ejercer estas facultades”. Y en el Anexo, consta que, en relación con el art. 23 apartado b) de los estatutos, el Secretario General tendrá, entre otras que asimismo se relacionan, las siguientes facultades “(...) instar, seguir y terminar como actor, demandado, ejecutante, tercerista, ejecutado o cualquier otro concepto, toda clase de expedientes, juicios y procedimientos civiles, penales, administrativos, contenciosos-administrativos, laborales y eclesiásticos, de todos los grados, jurisdicciones instancias, elevando peticiones y ejerciendo acciones legales y excepciones en cualesquiera procedimientos, trámites y recursos, prestar cuanto se requiera para las ratificaciones y absolver posiciones”. En consecuencia, a la vista del art. 23 b) en relación con el Anexo de los estatutos, podemos colegir que el Secretario General es el concreto órgano que tiene atribuida la competencia para decidir interponer un recurso contencioso-administrativo contra un determinado acto o resolución administrativa.

Ahora bien, quien interviene en este pleito en representación del sindicato recurrente no es el Secretario General de las CCOO de Castilla-La Mancha sino que, según se dice en el escrito de interposición del recurso y en el propio poder para pleitos, el Secretario Provincial de la Unión Provincial del Sindicato CCOO de Toledo, siendo así que, a diferencia del Secretario General, que tiene expresamente asumidas las aludidas facultades, los estatutos, si bien otorgan (art. 13) a las Uniones Provinciales la representación institucional en su ámbito de gestión de los servicios comunes, el desarrollo de las políticas generales en lo socio-político, la coordinación y desarrollo de las políticas regionales en la provincia (...), no les atribuye tal facultad. Y, aunque en el art. 23 c) se disponga que el Secretario General “Podrá delegar y revocar las facultades legales que expresamente se le reconocen en los presentes estatutos, en los de la C. S. de CCOO en los miembros y órganos competentes de CCOO de Castilla-La Mancha “, no se había aportado documento

alguno que reflejase la aludida delegación de facultades a favor del Secretario Provincial de Toledo.

Hemos de señalar que la jurisprudencia ha declarado (SSTS de 12 de junio de 1995, 20 y 31 de enero y 13 de mayo de 1997, entre otras muchas) que la falta de acreditación del acuerdo conformador de la voluntad de recurrir y la falta de acreditación de haber sido adoptado por el órgano estatutariamente competente es defecto subsanable, pueda incluso adoptarse el acuerdo después, ratificándose así lo hecho por el recurrente sin mandato. En otras palabras, y como dice el Tribunal Constitucional, el derecho a la tutela judicial efectiva permite desestimar o rechazar por razones formales las pretensiones de las partes cuando la deficiencia fuese insubsanable o no se subsanase (sentencias del Tribunal Constitucional 3/1987, FJ 3º, y 174/1988, FJ 2º). Por otro lado, la jurisprudencia es clara cuando en lo concerniente a que “no hay indefensión porque la parte conocía el defecto denunciado, y pudo, y debió, si disponía de ello, presentar el documento que acreditara la subsanación del defecto denunciado” (STS de 18 de febrero de 2009). Jurisprudencia que es constante, como es de ver, aparte de en las sentencias citadas, en las SSTS de 1 de marzo y 20 de abril de 1999. Más recientemente, el Tribunal Supremo insiste en ello en la ya aludida STS de 5 de noviembre de 2008, donde, con cita de la sentencia 266/1994, del Tribunal Constitucional, declara que “(...) por último, una interpretación conforme con la Constitución de los números 1 y 3 de dicho artículo (24) no impone que el órgano jurisdiccional, habiéndose alegado el defecto en el curso del proceso, requiera en todo caso de subsanación antes de dictar sentencia de inadmisión. Alegado el defecto, sólo será exigible el requerimiento previo del órgano jurisdiccional cuando, sin él, pueda generarse la situación de indefensión proscrita en el artículo 24.1 de la Constitución. Situación que debe ser descartada en un supuesto, como lo es el de autos, en el que la parte demandada invocó con claridad la causa de inadmisibilidad que alegaba y en el que la parte actora tuvo ocasión, por brindarla el curso sucesivo del proceso, de oponer lo que estimara pertinente. Tal es también la conclusión que cabe ver, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Constitucional 266/1994, de 3 de octubre”. Sentencia cuya fundamentación ha sido reiterada por otras muchas posteriores, como la STS de 29 de marzo de 2011), donde, en síntesis, se viene a decir que el art. 138 de la LJCA contempla

dos posibilidades de subsanación de los defectos subsanables, mediante alegaciones de las partes (138.1) y de oficio por el propio Juzgado o Tribunal (138.2), pero no obliga, al órgano jurisdiccional a otorgar a la parte un plazo para la subsanación cuando el defecto haya sido alegado en la contestación a la demanda.

En nuestro caso, el Juzgado ya requirió a la representación procesal del Sindicato recurrente para que la subsanase la falta de presentación de los documentos referidos en el art. 45.2.d, y, tras aportarse los estatutos acordó unirlos a los autos de su razón, sin efectuar pronunciamiento acerca de su contenido, por lo que, entendiendo la Sala que en los supuestos en que la posible causa de inadmisibilidad haya sido observada no por el órgano jurisdiccional sino por la parte demandada, ha de darse a la parte actora la oportunidad de subsanar el defecto antes de dictar sentencia. En ese sentido, la Sala, tras deliberar sobre la causa de inadmisibilidad alegada por el Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, acordó requerir a la recurrente para que en plazo de diez días aporte copia de la escritura de poder autorizada el 3 de abril de 2009 a que hace referencia el poder general para pleito aportado en su día, y, habiéndose aportado la misma, donde consta el otorgamiento, tan amplio y bastante como en Derecho se requiera a favor, entre otros, de D. Paulino, Secretario General de la Unidad Provincial de CCOO de Toledo, de las facultades transcritas en la intervención de dicha escritura, en cuyo apartado j) figura la de “Comparecer ante (...) Juzgados, Tribunales Superiores de Justicia (...), y en ellos instar, seguir y terminar, como actor, como demandado, ejecutante, tercerista, ejecutado o en cualquier otro concepto, toda clase de expedientes, juicios, trámites y procedimientos, recursos y ejecuciones (...)”; facultades sobre las nada se ha alegado de contrario en el plazo concedido al efecto y que esta Sala considera, ahora sí, suficientes a los fines de acordar la interposición del presente recurso contencioso-administrativo.

En consecuencia, debemos desestimar la causa de inadmisibilidad del recurso alegada por el Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

TERCERO.- Desestimada la cuestión de previo pronunciamiento en los términos que acabamos de exponer, y entrando ya a exami-

nar las cuestiones de fondo planteadas por las partes, conviene señalar que el núcleo del debate del presente pleito versa sobre el establecimiento por la Administración demandada de unos servicios públicos del 100% en el servicio de transporte escolar, pudiendo resumirse las posiciones de las partes del siguiente modo:

La parte actora alega que el establecimiento de unos servicios públicos del 100% en la modalidad de transporte de escolares (escolarización obligatoria de hasta 16 años), constituye una clara vulneración del derecho fundamental de huelga (art. 28.2 CE) y ello también en relación con lo establecido en el art. 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por la que se aprueba el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en cuanto que se consideran desproporcionados dichos servicios mínimos establecidos, teniendo en cuenta que las dos empresas afectadas pertenecen al mismo empresario dentro del sector de transporte de viajeros afectado por la huelga. Evidenciándose, según dicha parte, un trato de favor a la empresa, pues la actuación administrativa solo se encuentra orientada a negar la legitimidad de la huelga misma, de tratar de introducir un elemento de presión ilegítimo, como es la fijación de unos servicios mínimos del 100%, que pretende afectar a la voluntad de los empleados afectados por la convocatoria (para generarles una situación de incertidumbre), con el fin de “persuadirles”, ilegítimamente, para que no secunden los paros.

Por el Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha se argumenta que, de acuerdo con el informe emitido desde el Servicio de Prestaciones de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, donde se analizan las distintas alternativas (reducción de expediciones, reagrupación de rutas de transporte escolar llegar de forma anticipada a los centros o supresión de alguna ruta, así como de la conformidad de dichas alternativas con el art. 6.2 de la Orden de la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha de 1 de octubre de 2008, por la que se regula la organización y funcionamiento del transporte escolar) se debía mantener el servicio de transporte escolar con sus dos expediciones de ida y vuelta, única manera de no interferir en el derecho a la educación del alumnado que necesita de este servicio para asistir a su centro educativo. Estando la Orden impugnada explícitamente motivados los servicios mínimos acordados, y siendo

los mismos proporcionados y acordes a las circunstancias concretas de esa específica convocatoria de huelga que afecta a un servicio público sensible como lo es el transporte escolar, claramente vinculado al derecho a la educación de los menores afectados.

El Ministerio fiscal, tras analizar la jurisprudencia de aplicación, y singularmente la sentencia de esta sala de 17 de abril de 2008, dictada en el recurso 466/07, cuyos razonamientos considera plenamente aplicables al supuesto de autos, entiende que el recurso hade ser estimado, habida cuenta que, a título de ejemplo, la omisión de toda referencia al concreto itinerario de cada una de las distintas rutas de transporte escolar, de la distancia de cada una de las mismas y del tiempo para cubrirla, o del número de alumnos de cada ruta, con indicación de las paradas en las que son recogidos, impide tener por acreditadas las afirmaciones contenidas en la resolución impugnada relativas a la imposibilidad de reducir expediciones en alguna ruta, de reagrupar rutas de transporte escolar o de suprimir algunas de ellas, que son los criterios empleados para justificar unos servicios mínimos del 100% en los servicios regulares de viajeros de uso especial (transporte de escolares). Sin que nada impida, en relación con la remisión que en la Orden impugnada se hace a la aludida Orden de la Consejería de Educación y Ciencia de 1 de octubre de 2008, por la que se regula la organización y funcionamiento del transporte escolar, que la propia Orden prevé que las rutas de transporte escolar aprobadas por las Direcciones Provinciales competentes en materia de educación puedan superar, en casos excepcionales, los 45 minutos previstos en el art. 6.2.b). Y, de otra parte, y en relación con las previsiones del art. 6.2.c) de la aludida Orden, que en circunstancias excepcionales (como, sin duda, es el caso de una huelga de las características de la convocada) se amplíen los tiempos de viaje o de espera concedidos al transporte escolar, posibilidades que, sin embargo, la autoridad gubernativa ha preferido ignorar, imponiendo a los trabajadores unos servicios mínimos que, en la medida en que vienen a coincidir con los preexistentes a la huelga, no pueden calificarse sino de desproporcionados, suponiendo, en la práctica, la supresión del derecho de huelga de los trabajadores.

CUARTO.- Antes de entrar a analizar la incidencia que el establecimiento de los servicios mínimos haya podido tener en el ejercicio

del derecho de huelga, procede subrayar los criterios en que la jurisprudencia ha concretado el contenido constitucional del artículo 28.2 de la Constitución. Tales criterios son, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo en sentencias de 20 de mayo y 22 de julio de 2010, los siguientes:

A) De la jurisprudencia constitucional:

a) Los límites del derecho de huelga derivan no sólo de su posible conexión con otros derechos constitucionales, sino también con otros bienes constitucionalmente tutelados (STC 11/1981, fundamentos jurídicos 7.º y 9.º) y el artículo 28.2 C.E., al hacer referencia a las garantías precisas para asegurar en caso de huelga el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad, tiene el significado de expresar que el derecho de los trabajadores de defender y promover sus intereses mediante dicho instrumento de presión cede cuando con ello se ocasiona o se pueda ocasionar un mal más grave que el que los huelguistas sufren. En la medida en que la destinataria y acreedora de aquellos servicios esenciales 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 mismos, pues «el derecho de la comunidad a estas prestaciones vitales es prioritario respecto del derecho de huelga» (STC 11/1981, fundamento jurídico 18).

b) La noción de servicios esenciales hace referencia a la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se endereza, conectándose con los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos, lo que mejor concuerda con los principios que inspira nuestra Constitución (STC 26/1981, fundamento jurídico 10) 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 (SSTC 26/1981, fundamento jurídico 10; 51/1986, fundamento jurídico 2.º).

c) En la adopción de las medidas que garanticen el mantenimiento de los servicios esenciales la autoridad gubernativa ha de ponderar la extensión -territorial y personal-, duración prevista y 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 (SSTC 26/1981, fundamentos jurídicos 10 y 15; 53/1986, fundamento jurídico 3.º).

Quiere ello decir que la motivación de la decisión de la autoridad gubernativa requiere que en la misma figuren los factores o criterios cuya ponderación ha conducido a determinar cuáles son los servicios mínimos, sin que sean suficientes indicaciones genéricas, aplicables a cualquier conflicto, de las que no es posible deducir cuáles son los elementos valorados por aquella autoridad pues en definitiva, han de explicitarse, siquiera sea sucintamente, los criterios seguidos para fijar el nivel de tales servicios, de forma que por los Tribunales, en su caso, y en su momento, se pueda fiscalizar la adecuación de las medidas adoptadas (por todas, STC 53/1986, fundamentos jurídicos 6.º y 7.º; también STC 26/1981, fundamentos jurídicos 14 y 15; STC 51/1986, fundamento jurídico 4.º; STC 27/1989, fundamentos jurídicos 4.º y 5.º).

d) En las huelgas que se produzcan en servicios esenciales de la comunidad debe existir proporción entre los sacrificios que se impongan a los huelguistas y los que padezcan los usuarios de aquéllos (STC 26/1981, fundamento jurídico 15). El mantenimiento de los servicios (STC 33/1981, fundamento jurídico 4.º), no puede significar en principio el funcionamiento normal del servicio (SSTC 51/1986, fundamento jurídico 5.º; 53/1986, fundamento jurídico 3.º) y el interés de la comunidad debe ser perturbado por la huelga sólo hasta extremos razonables (STC 51/1986, fundamento jurídico 5.º).

e) En fin, procede destacar lo señalado por el Tribunal Constitucional en STC 183/2006, de 19 de junio de 2006, que en su fundamento jurídico 6º se expresa en los siguientes términos: “Por otra parte, debe significarse que la norma preconstitucional que todavía en el momento actual sigue utilizándose como base para el establecimiento por la autoridad gubernativa de las limitaciones del concreto ejercicio del derecho de huelga en garantía del mantenimiento de los servicios esenciales, esto es, el artículo 10.2 Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, establece elementos de rigor no siempre debidamente atendidos y, desde luego, no respetados en este caso. En efecto, el supuesto de hecho en que pueden imponerse medidas limitadoras se compone de dos elemen-

tos: uno, la calificación del servicio (“servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad”) y otro, de carácter circunstancial (“y concurren circunstancias de especial gravedad”), que debe concurrir en ambos términos de la alternativa del primer elemento. No basta así con la calificación del servicio para justificar las medidas limitativas, sino que éstas, en su caso, deben ajustarse a las circunstancias, que deben ser no sólo graves sino de especial gravedad (en este sentido el FJ 18 de la STC 11/1981 tempranamente advirtió que, “en algún sentido, el artículo 10 del Real Decreto-ley 17/77 es más estricto que el artículo 28.2 de la Constitución “).

B) De esta Sala (Tribunal Supremo):

a) La esencialidad del servicio sólo será en aquellos casos en que la satisfacción de los intereses afectados exija el mantenimiento del servicio, en la medida y con la intensidad en que efectivamente lo exija, puesto que los servicios esenciales no son dañados o puestos en peligro por cualquier situación de huelga, siendo necesario examinar en cada caso las circunstancias concurrentes en la misma (sentencias de 20 de febrero de 1998 y 28 de octubre de 2003).

b) Es reiterada la jurisprudencia al exigir, respecto de la fijación de los servicios mínimos, la expresión de los criterios objetivos en función de los cuales se procede a su fijación, puesto que la causalización o motivación de los servicios esenciales y de los servicios mínimos en cuanto que éstos implican límites al ejercicio de un derecho fundamental se hace precisa, debiendo referirse la motivación a los niveles conceptuales de servicios esenciales, de servicios mínimos y de efectivos personales precisos para el desempeño de estos últimos, ofreciendo una fundamentación razonada (por todas, las SSTS, 3^a, 7^a de 29 de junio de 2005, 19 de enero, 26 de marzo y 30 de abril de 2007, 21 de enero de 2008 y 28 de septiembre de 2009).

c) Complementando esa exposición, la sentencia de esta Sala de 15 de enero de 2007 (casación 7145/02) perfila el alcance de la exigencia de motivación en las resoluciones que fijan los servicios mínimos señalando que “no basta para satisfacer las exigencias constitucionales con manifestar ante quienes convocan una huelga que servicios considera la Administración que han de ser garantizados y el personal llamado a prestarlos. La concreción que exige la jurisprudencia significa que han de exponerse los criterios en virtud de

los cuales se ha llegado a identificar tales servicios como esenciales y a determinar quiénes han de asegurarlos a la luz de las circunstancias singulares de la convocatoria de que se trate. Son, precisamente, esos los datos relevantes para examinar si se ha observado la necesaria proporción entre el sacrificio que comportan para el derecho de los trabajadores y los bienes o intereses que han de salvaguardar”.

En la sentencia de 20 de mayo de 2010, dictada en relación con el ejercicio del derecho de huelga en el transporte público, donde se analizaba también la incidencia que el establecimiento de unos servicios mínimos del 100% tenía sobre el “transporte regular de uso especial”, comprendiendo el mismo el transporte de disminuidos físicos y psíquicos, el transporte escolar (...), el Tribunal Supremo ha declarado que dichos servicios mínimos tienen incidencia negativa en el contenido del derecho fundamental del artículo 28.2 de la CE, razonándose en las aludidas sentencias que “En efecto, cuando se trata de asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la Comunidad (art. 28.2 C.E .) a través del establecimiento de unos servicios mínimos, éstos han de fijarse con un criterio restrictivo en coherencia con la jurisprudencia constitucional, ya que “la consideración de un servicio como esencial no significa la supresión del derecho de huelga de los trabajadores ocupados en tal servicio, sino la previsión de las “garantías precisas” para su mantenimiento, término éste que sin necesidad de recurrir a otro canon hermenéutico que el que brinda la interpretación lexicológica, excluye aquellas garantías ordenadas al funcionamiento normal. Mantener un servicio implica la prestación de los trabajos necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades ó bienes que el propio servicio satisface, pero sin alcanzar el nivel de rendimiento habitual” (STC 53/86, de 5 de mayo, reiterada en la STC 27/89)”.

Por su parte, este Tribunal también ha tenido ocasión de pronunciarse en un asunto similar al que ahora analizamos. En la sentencia de 17 de abril de 2008 (recurso 466/2007), se decía que no es razón para entender cumplida la motivación exigible el hecho de que “exista” aunque sea escueta, pues, en éste caso de restricciones del derecho fundamental a la huelga no basta la existencia de la motivación sino que ésta además ha de ser suficiente e incluso específica y convincente si excluye absolutamente el derecho de huelga,

y, además, en cuanto suponen los servicios mínimos una restricción del indicado derecho fundamental han de ser impuestos aquéllos con carácter restrictivo. Y, examinando la concreta motivación del acto entonces impugnado, la Sala dijo (F. D. CUARTO) que “Así, no es motivo constitucionalmente suficiente para establecer como servicios mínimos o esenciales en el ámbito del transporte escolar el 100% de los preexistentes a la huelga el hecho de que afecte a un derecho básico o esencial o fundamental como es la educación, pues de éste modo, para garantizar un derecho fundamental se anula completa y absolutamente otro, en éste caso el derecho a la huelga.

La alegación de que los itinerarios son distintos y la supresión de alguno supone discriminación a los alumnos afectados frente a los que no lo serían es insuficiente cuando no se aporta dato ninguno sobre la imposibilidad de compatibilizar alguna o algunas rutas, justificación añadida y más exigible cuando se suprime totalmente la huelga en éste sector. Sobre todo en el periodo de huelga en que solamente afecta a 3 horas no se explica que también en dicho horario (de 13 a 16 horas) deba impedirse la huelga, pues cabe el transporte aún fuera de dicho horario aunque suponga molestias, llegadas anticipadas a los Centros docentes retrasos a los mismos o, tras la salida de dichos Centros hasta el regreso de los alumnos a sus domicilios, lo que no impide la educación diaria y, sin embargo, sí impide el derecho de huelga. Y ello al margen de otras posibles compatibilidades como las indicadas por el Ministerio fiscal sobre adelanto o retrasos de horarios de transporte para permitir que un conductor pueda hacer más de una ruta, por ejemplo. No habría incidencia en la educación ni a la huelga, aunque suponga molestias, siempre inevitables y consustanciales en el ejercicio del derecho de huelga pero que no amparan su supresión como se ha acordado en el caso sin explicarse porqué no se ha barajado dichas posibilidades y, si así ha sido, porqué no se opta por alguna de ellas o en qué medida son más perjudiciales que el ejercicio de huelga o de los intereses de los trabajadores pretendidas por ésta.

Desde luego, los servicios “mínimos” -como su nombre indica- no pueden nunca ser los “máximos”, ó los mismos a los preexistentes a la huelga o los habituales del servicio. Y si afectan tan sustancialmente a determinados derechos como para no establecer aquéllos impidiendo la huelga ha de explicarse específicamente su porqué.

Desde luego, en el ámbito de los transportes la huelga del transporte público no excluye absolutamente el derecho a la educación cuando hay transportes públicos no afectados, sea el ferrocarril u otro, y existe el transporte privado. “Los anteriores razonamientos son plenamente aplicables al caso de autos, si bien, como veremos, las circunstancias concurrentes nos llevarán en este caso a que el sentido del fallo sea distinto. En nuestro caso, pese a los genéricos alegatos de la parte actora en relación con la motivación del acto recurrido, que la motivación de la Orden impugnada está suficientemente motivada es un hecho reconocido incluso por el Ministerio Fiscal -quien, como ya hemos señalado, solicita la estimación del recurso-, pues nos indica que la misma contiene una extensa motivación acerca de los criterios y factores cuya ponderación ha conducido a fijar el nivel de los servicios mínimos en un determinado porcentaje y no en otro distinto, suficiente, dice, para que los Tribunales, en su caso, y en su momento, puedan fiscalizar la adecuación de las medidas adoptadas, pues, tras identificar los intereses afectados por la huelga (derecho a la educación obligatoria como interés contrapuesto de los huelguistas), expone las razones que justifican unos servicios mínimos del 100%.

Efectivamente, en la Orden impugnada se explicita que el derecho de huelga está vinculado en este caso al derecho a la educación obligatoria que establece el art. 27 de la Constitución, en tanto que los servicios mínimos establecidos se refieren las rutas de escolarización obligatoria, y que se trata de una prestación necesaria para hacer efectivo tal derecho, máxime teniendo en cuenta que serán precisamente los escolares con menores posibilidades económicas los que más perjudicados resulten con la falta de prestación del servicio, bloqueando así un elemento básico en el logro de la igualdad de oportunidades, como es la educación. Y se añade que, según se argumenta por la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, no es posible la reducción de expediciones en ninguna ruta, ya que las rutas de transporte escolar únicamente tienen una expedición de ida al centro escolar y otra de regreso a la localidad donde está situado el domicilio de los alumnos, no siendo posible la reagrupación de rutas de transporte escolar en tanto que las localidades de procedencia o de destino no son las mismas ni tampoco existen itinerarios coincidentes, y, aunque existan, la capacidad de los vehículos es in-

suficiente para transportar a todo el alumnado usuario. Además, se dice, los recorridos de cada expedición no pueden superar el límite de 45 minutos que establece el art. 6.2.b) de la Orden de 1 de octubre de 2008, de la Consejería de Educación, por la que se regula la Organización y el Funcionamiento del Transporte Escolar en Castilla-La Mancha, y, en cuanto a la alternativa de llegar de forma anticipada a los centros, tampoco resulta posible, en tanto que tiene un límite de 10 minutos de espera antes de la hora fijada para la entrada o salida del centro de las rutas de transporte escolar, según el art. 6.2.c) de la citada Orden. Tampoco es posible, concluye la Orden impugnada, la supresión de ninguna ruta, cuando existen itinerarios coincidentes, porque eso supondría discriminar a unos alumnos frente a otros, en tanto que todos ellos tienen reconocido de la misma manera el derecho al transporte escolar, ni, en fin, existen en las líneas afectadas otras alternativas de transporte adecuadas a las edades de los alumnos, en tanto que todos ellos son menores de edad.

El Ministerio Fiscal considera, sin embargo, que el hecho de que la decisión de la autoridad gubernativa se encuentre motivada no supone que los servicios mínimos sean, en todo caso, adecuados, cuestionando la proporcionalidad entre de los sacrificios que se imponen a los huelguistas y los que han de padecer los usuarios de los servicios públicos afectados por la huelga, ya que, como ya hemos dicho, en la Orden recurrida se contemplan unos servicios mínimos, respecto del transporte escolar, del 100%.

En ese sentido, dice el Ministerio Fiscal, la omisión de toda referencia al concreto itinerario de cada una de las distintas rutas de transporte escolar, es decir, a las poblaciones de origen y destino y a las paradas intermedias que el servicio realiza, de la distancia de cada una de ellas y del tiempo concedido para cubrirla o del número de alumnos usuarios de cada ruta, con indicación de las paradas en que son recogidos, impide tener por acreditadas las circunstancias a que se alude en la resolución impugnada, como la alusión a la imposibilidad de reducir expediciones en alguna ruta, de reagrupar rutas de transporte escolar o de suprimir alguna de esas rutas, que son los razonamientos que emplea la Administración para justificar la implantación de unos servicios mínimos del 100% en lo concerniente al transporte escolar. Entendiendo, además, que la propia Orden por la que se regula la Organización y el Funcionamiento

del Transporte Escolar en Castilla- La Mancha contempla la posibilidad de autorizar rutas de duración superior a los 45 minutos, por causas justificadas, así como la superación del margen de 10 minutos de espera antes de la hora de entrada o salida del centro.

Aún reconociendo este Tribunal los sólidos argumentos que fundamentan el escrito de alegaciones del Fiscal, existen, sin embargo, determinadas circunstancias en el caso aquí analizado que hacen que nuestra respuesta sea, como ya hemos anticipado, distinta a la de nuestra sentencia de 17 de abril de 2008 .

Así, en primer lugar, conviene destacar que la huelga no se refiere solamente al servicio de transporte escolar, lo que nos permite ponderar, a la hora de valorar la proporcionalidad de la medida adoptada, que los servicios mínimos del 100% no se refieren a la totalidad del servicio del transporte público regular de uso general y de uso especial. La propia Orden recurrida nos explica que, en el transporte general, de las 12 rutas de la mercantil Rubicar Tours, S.A., 3 de ellas tienen expediciones en las que solo se presta el servicio una vez en cada sentido, y en el caso de Autobuses de Talavera, S.L., de las 2 rutas de transporte de uso general, una tiene expediciones en las que solo se presta el servicio una vez al día en cada sentido, de lo que resulta, en conjunto, que los servicios mínimos serán muy alejados del 100%, por más que en algunas rutas concretas se alcance esa cifra, concluyéndose que la apreciación de la magnitud de los servicios mínimos no puede realizarse sino respecto del conjunto de trabajadores de cada empresa, de modo que la imposición de la totalidad de los servicios de una concreta ruta no resulta significativa, “por más que pueda resultar llamativa”. Razonamiento que es extrapolable, como acertadamente lo hace la resolución recurrida, si consideramos conjuntamente los servicios de uso general y de uso especial, pues, aunque el recurso se dirige solamente contra la imposición de unos servicios mínimos del 100% en el transporte escolar, no puede desvincularse dicho servicio especial del conjunto de los que prestan las empresas concernidas, de modo que, se dice en la resolución, por más que en los servicios de uso especial de transporte de escolares se impongan unos servicios mínimos del 100%, en el conjunto de la empresa esa tasa se ve muy rebajada por la prestación de otros servicios en los que la imposición de los servicios es mucho más reducida.

En segundo, no resulta baladí, en relación con la proporcionalidad de la medida, la duración de la huelga, pues, si vemos detenidamente las fechas a que afecta, podemos concluir que la huelga afectaba a la totalidad de los días lectivos del mes de enero de 2012, lo que, de cara al establecimiento de los servicios mínimos, es un dato que consideramos decisivo visto que en los intereses en juego se encuentra el derecho fundamental a la educación. No es lo mismo, entendemos, la fijación de unos servicios mínimos para una huelga de corta duración que para otra que, como la que aquí contemplamos, afectaba, como decimos, a todos los días lectivos de enero, pues la incidencia en el derecho a la educación de los escolares afectados por la huelga (y en la desigualdad en la recepción de ese derecho que se genera con respecto a los alumnos que no tienen que utilizar el servicio de transporte escolar para acudir al centro), será menor o mayor en la misma medida que la duración de la huelga misma.

En tercer lugar, apreciamos aquí otro elemento diferenciador del supuesto contemplado por la sentencia de 17 de abril de 2008: Mientras que aquí la huelga afecta a toda la jornada laboral, es decir, a la totalidad del servicio en los días a que la misma se refiere, en aquél supuesto se circunscribía a 3 horas diarias (de 13 a 16 horas), lo que sin duda permite un mayor margen de maniobra a la hora de aplicar las excepciones que, por causas justificadas, contempla la Orden reguladora de la Organización y el Funcionamiento del Transporte Escolar en Castilla-La Mancha.

A ello debe añadirse que, como también se razona en la resolución impugnada, y no se ha practicado prueba alguna que lo desvirtúe, no existen en las líneas afectadas otras alternativas de transporte adecuadas a las edades de los alumnos, en tanto que todos ellos son menores de edad.

En definitiva, consideramos que, como se concluye en la resolución recurrida, la imposición de los servicios mínimos conjuga razonablemente los intereses en liza.

QUINTO.- No concurren los presupuestos legales habilitantes (art. 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) para efectuar concreto pronunciamiento en cuanto al abono de las costas procesales.

Vistos los artículos citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS:

- 1.- Desestimamos la causa de inadmisibilidad alegada por el Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.
- 2.- Desestimamos el recurso contencioso-administrativo para la protección de los derechos fundamentales que ha sido interpuesto por la **UNIÓN PROVINCIAL DEL SINDICATO CCOO DE TOLEDO** contra la Orden de 3 de enero de 2012, de la Consejería de Fomento, por la que se establecen servicios mínimos en el transporte público regular de uso general y de uso especial que realizan las mercantiles Rubicar Tours, S.A., y Autobuses Urbanos Talavera, S.L., durante la huelga de sus trabajadores convocada para los días 9, 10, 11, 12, 13, 16, 17, 18, 19, 20, 23, 24, 25, 26, 27, 30 y 31 de enero de 2012.
- 3.- No hacer expreso pronunciamiento de condena en costas.

Notifíquese, con indicación de que contra la presente sentencia cabe recurso de casación para ante la Sala 3^a del Tribunal Supremo, que habrá de prepararse por medio de escrito presentado ante esta Sala en el plazo de diez días, contados desde el siguiente al de su notificación.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado D. Ricardo Estévez Goytre, estando celebrando audiencia en el día de su fecha la Sala de lo Contencioso Administrativo que la firma, y de lo que como Secretario, certifico en Albacete, a cuatro de diciembre de dos mil doce.

Roj: STS 2152/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2152

Id Cendoj: 28079130072014100161

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso

Sede: Madrid

Sección: 7

Nº de Recurso: 410/2013

Nº de Resolución:

Procedimiento: RECURSO CASACIÓN

Ponente: NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Abril de dos mil catorce.

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los señores arriba anotados, el recurso de casación que con el número 410/2013 ante la misma pende de resolución, interpuesto por la **UNIÓN PROVINCIAL DEL SINDICATO COMISIONES OBRERAS EN TOLEDO**, representada por la Procuradora doña Isabel Cañedo Vega, contra la sentencia de 4 de diciembre de 2012 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (en el recurso contencioso-administrativo núm. 276/2012).

Siendo parte recurrida la **JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA**, representada por el Procurador don Francisco Velasco Muñoz Cuéllar; y habiendo intervenido también el **MINISTERIO FISCAL**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene una parte dispositiva que copiada literalmente dice:

“FALLAMOS:

1.- Desestimamos la causa de inadmisibilidad alegada por el Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

2.- Desestimamos el recurso contencioso-administrativo para la protección de los derechos fundamentales que ha sido interpuesto por la **UNIÓN PROVINCIAL DEL SINDICATO CCOO DE TOLEDO** contra la Orden de 3 de enero de 2012, de la Consejería de Fomento, por la que se establecen servicios mínimos en el transporte público regular de uso general y de uso especial que realizan las mercantiles Rubicar Tours, S.A., y Autobuses Urbanos Talavera, S.L., durante la huelga de sus trabajadores convocada para los días 9, 10, 11, 12, 13, 16, 17, 18, 19, 20, 23, 24, 25, 26, 27, 30 y 31 de enero de 2012.

3.- No hacer expreso pronunciamiento de condena en costas”.

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, por la representación de **UNIÓN PROVINCIAL DEL SINDICATO COMISIONES OBRERAS EN TOLEDO** se promovió recurso de casación, y la Sala de instancia lo tuvo por preparado y remitió las actuaciones a este Tribunal con emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones, por la representación de la parte recurrente se presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras expresar el motivo en que lo apoyaba, se terminaba con este “suplico” a la Sala:

“(…) dicte Sentencia casando la de instancia y anulándola, declarándola contraria al ordenamiento jurídico y la jurisprudencia y estimando la pretensión solicitada por esta parte en su recurso”.

CUARTO.- La **JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA** se ha opuesto al recurso de casación, pidiendo su desestimación y la confirmación de la sentencia impugnada.

QUINTO.- El **MINISTERIO FISCAL** ha presentado alegaciones en las que interesa que se estime el recurso de casación.

SEXTO.- Conclusas las actuaciones se señaló para votación y fallo del presente recurso la audiencia de 26 de marzo de 2014.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Nicolas Maurandi Guillen, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El proceso de instancia, seguido por los trámites del procedimiento especial para la protección jurisdiccional de los de-

rechos fundamentales de la persona, fue iniciado por la UNIÓN PROVINCIAL DEL SINDICATO COMISIONES OBRERAS EN TOLEDO, mediante un recurso contencioso administrativo interpuesto contra la Orden de 3 de enero de 2012 de la Consejería de Fomento de la JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA; en el que invocó la tutela jurisdiccional para el derecho fundamental de huelga reconocido en el artículo 28.2 de la Constitución (CE).

La Orden impugnada había establecido servicios mínimos en el transporte público regular, de uso general y de uso especial, que realizan las mercantiles Rubicar Tours, S.A. y Autobuses Urbanos de Talavera, S.L., durante la huelga de sus trabajadores convocada para los días 9, 10, 11, 12, 13, 16, 17, 18, 19, 20, 23, 24, 25, 26, 27, 30 y 31 de enero de 2012; y lo había hecho en los siguientes términos contenidos en el artículo 1 de su parte dispositiva:

«En el transporte público regular que realicen las mercantiles Rubicar Tours, S.A. y Autobuses Urbanos de Talavera, S.L., tanto de uso general como de uso especial, se fijan los siguientes servicios mínimos por número de expediciones de ida y vuelta:

1.1 Servicios regulares de transporte de viajeros de uso general:

- De 1 a 6 expediciones completas: Una expedición de ida y otra de vuelta.
- Más de 6 expediciones completas: Dos expediciones de ida y dos de vuelta.
- Más de 10 expediciones completas: Entre las 6 y las 9 horas y 18 y 21 horas, el 40% de las expediciones de ida y vuelta. El resto de la jornada, el 20% de las expediciones.

1.2 Servicios regulares de viajeros de uso especial.

- Modalidad de transporte de escolares (escolarización obligatoria de hasta 16 años): Se establecen unos servicios mínimos del 100%».

La demanda formalizada en dicho proceso jurisdiccional, en su parte expositiva, limitó su impugnación a los servicios mínimos dispuestos en ese apartado 1.2 que acaba de transcribirse; y en la “suplica” final reclamó la nulidad de la resolución administrativa impugnada por considerar que conculcaba los artículos 28 (1 y 2),

14.1 y 24 CE , así como la condena a la Administración demandada “al pago de una indemnización de daños y perjuicios y daños morales ocasionados (s), que se determinen en trámite de ejecución de sentencia”.

La sentencia recurrida, tras rechazar las causas de inadmisibilidad opuestas por la Administración demandada, desestimó el recurso contencioso-administrativo.

El actual recurso de casación lo ha interpuesto también la UNIÓN PROVINCIAL DEL SINDICATO COMISIONES OBRERAS EN TOLEDO.

SEGUNDO.- La debida comprensión de lo suscitado en esta casación aconseja comenzar con una referencia a la motivación que fue incluida en la Orden recurrida para justificar esos servicios mínimos objeto de controversia que fueron establecidos para el transporte escolar.

Dicha motivación está en la primera parte del preámbulo que antecede a su parte dispositiva y también en su parte final, pues el texto intermedio de dicho preámbulo está dedicado a justificar los servicios mínimos acordados para el transporte de viajeros de uso general (no combatidos en el actual litigio).

La primera parte se expresa así:

«La Constitución Española que reconoce, en su artículo 28 , el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses, asegura también aquellos servicios que resultan esenciales para el conjunto de los ciudadanos en la medida que satisface derechos fundamentales, libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos.

En este sentido, los poderes públicos deben promover la adecuada satisfacción de las necesidades de transporte de los ciudadanos, en condiciones idóneas de seguridad, con especial atención a las categorías sociales más desfavorecidas, así como a las zonas y núcleos de población alejadas mediante, entre otros, los servicios públicos colectivos de viajeros, al posibilitar el acceso de los potenciales usuarios a los derechos fundamentales constitucionales.

Se trata, en definitiva, de conciliar ambos intereses, por un lado el derecho a la huelga de los trabajadores y por otro, el derecho a la

libre circulación por el territorio nacional y el derecho a la enseñanza, artículos 19 y 27 de la Constitución , respectivamente.

La huelga convocada por los representantes de los trabajadores de las mercantiles Rubicar Tours, S.A. y Autobuses Urbanos de Talavera, S.L., se iniciará el próximo día 9 de enero de 2012, desarrollándose la misma todos los lunes, martes, miércoles, jueves, y viernes de cada semana de 00:00 a 24:00, terminando el día 31 de enero de 2012, a las 24:00 horas.

Estos paros afectan a servicios públicos regulares de viajeros de uso general y permanente, y de uso especial, de titularidad autonómica de los que son concesionarias las mercantiles Rubicar Tours, S.A. y Autobuses Urbanos de Talavera, S.L.

Respecto al transporte escolar, cabe comenzar sosteniendo la vinculación con el derecho a la educación obligatoria que establece el artículo 27 de la Constitución , en tanto que los servicios mínimos establecidos se refieren a las rutas de escolarización obligatoria, y que se trata de una prestación necesaria para poder hacer efectivo tal derecho. Máxime teniendo en cuenta que serán precisamente los escolares con menores posibilidades económicas los que más perjudicados resulten de la falta de prestación del servicio, bloqueando así un elemento básico en el logro de la igualdad de oportunidades, como es la educación.

Según argumenta la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, no es posible la reducción de expediciones en ninguna ruta, ya que las rutas de transporte escolar únicamente tienen una expedición de ida al centro escolar y otra de regreso a la localidad donde está situado el domicilio de los alumnos. Así, no es posible la reagrupación de rutas de transporte escolar, en tanto que las localidades de procedencia o de destino no son las mismas ni tampoco existen itinerarios coincidentes y aunque existan, la capacidad de los vehículos es insuficiente para transportar a todo el alumnado usuario.

Por otra parte, los recorridos por cada expedición no pueden superar el límite de cuarenta y cinco minutos que establece el artículo 6.2.b) de la Orden de 1 de octubre de 2008, por la que se Regula la Organización y el Funcionamiento del Transporte Escolar en Castilla-La Mancha. En cuanto a la alternativa de llegar de forma anticipada a los centros, tampoco resulta posible, en tanto que tiene

un límite de diez minutos de espera antes de la hora fijada para la entrada o salida del centro de las rutas de transporte escolar, según el artículo 6.2.c) de la citada Orden.

Asimismo, tampoco es posible la supresión de ninguna ruta, cuando existen itinerarios coincidentes, porque eso supondría discriminar a unos alumnos frente a otros, en tanto que todos ellos tienen reconocido de la misma manera el derecho al transporte escolar. Por último, no existen en las líneas afectadas otras alternativas de transporte adecuadas a las edades de los alumnos, en tanto que todos ellos son menores de edad».

Y la parte final tiene este contenido:

«De tales datos resulta que, en conjunto, los servicios mínimos serán muy alejados del 100%, por más que en algunas concretas rutas se alcance esa cifra. En definitiva, la apreciación de la magnitud de los servicios mínimos no puede sino realizarse respecto del conjunto de los trabajadores de cada empresa, de modo que la imposición de la totalidad de los servicios de una concreta ruta no resulta significativa, por más que pueda resultar llamativa.

Esa misma dilución debe ser apreciada al considerar conjuntamente los servicios de uso general y de uso especial. En efecto, por más que en los servicios de uso especial de transporte de escolares se impongan unos servicios mínimos del 100%, en el conjunto de la empresa esa tasa se ve muy rebajada por la prestación de otros servicios en los que la imposición es mucho más reducida.

De modo que, en cualquier caso, el derecho a la eficacia de la falta de prestación de los servicios por los trabajadores no se ve anulado, aunque se vea mitigado para atender otros bienes. Puesto que tales bienes deben ser garantizados en los casos expuestos, en virtud de los argumentos anteriores, se concluye que la imposición de los servicios mínimos conjuga razonablemente los intereses en liza».

TERCERO.- Por lo que hace a la sentencia recurrida, los razonamientos que desarrolla para justificar su pronunciamiento desestimatorio de la vulneración del derecho fundamental de huelga que fue denunciado están contenidos en su fundamento cuarto.

I.- En él se comienza con una invocación de la doctrina de esta Sala Tercera Tribunal Supremo plasmada en las sentencias de 20

de mayo y 22 de julio de 2010 ; y se señala después que la Orden impugnada está suficientemente motivada (con una detallada referencia al preámbulo de la misma que antes se transcribió.

II.- Luego se expone la posición del Ministerio Fiscal en estos términos.

«El Ministerio Fiscal considera, sin embargo, que el hecho de que la decisión de la autoridad gubernativa se encuentre motivada no supone que los servicios mínimos sean, en todo caso, adecuados, cuestionando la proporcionalidad entre de los sacrificios que se imponen a los huelguistas y los que han de padecer los usuarios de los servicios públicos afectados por la huelga, ya que, como ya hemos dicho, en la Orden recurrida se contemplan unos servicios mínimos, respecto del transporte escolar, del 100%.

En ese sentido, dice el Ministerio Fiscal, la omisión de toda referencia al concreto itinerario de cada una de las distintas rutas de transporte escolar, es decir, a las poblaciones de origen y destino y a las paradas intermedias que el servicio realiza, de la distancia de cada una de ellas y del tiempo concedido para cubrirla o del número de alumnos usuarios de cada ruta, con indicación de las paradas en que son recogidos, impide tener por acreditadas las circunstancias a que se alude en la resolución impugnada, como la alusión a la imposibilidad de reducir expediciones en alguna ruta, de reagrupar rutas de transporte escolar o de suprimir alguna de esas rutas, que son los razonamientos que emplea la Administración para justificar la implantación de unos servicios mínimos del 100% en lo concerniente al transporte escolar. Entendiendo, además, que la propia Orden por la que se regula la Organización y el Funcionamiento del Transporte Escolar en Castilla- La Mancha contempla la posibilidad de autorizar rutas de duración superior a los 45 minutos, por causas justificadas, así como la superación del margen de 10 minutos de espera antes de la hora de entrada o salida del centro».

III.- Por último, la Sala de Castilla-La Mancha rechaza la falta de proporcionalidad reprochada por el Ministerio Fiscal con las siguientes declaraciones:

«Aún reconociendo este Tribunal los sólidos argumentos que fundamentan el escrito de alegaciones del Fiscal, existen, sin embargo,

determinadas circunstancias en el caso aquí analizado que hacen que nuestra respuesta sea, como ya hemos anticipado, distinta a la de nuestra sentencia de 17 de abril de 2008.

Así, en primer lugar, conviene destacar que la huelga no se refiere solamente al servicio de transporte escolar; lo que nos permite ponderar, a la hora de valorar la proporcionalidad de la medida adoptada, que los servicios mínimos del 100% no se refieren a la totalidad del servicio del transporte público regular de uso general y de uso especial. La propia Orden recurrida nos explica que, en el transporte general, de las 12 rutas de la mercantil Rubicar Tours, S.A., 3 de ellas tienen expediciones en las que solo se presta el servicio una vez en cada sentido, y en el caso de Autobuses de Talavera, S.L., de las 2 rutas de transporte de uso general, una tiene expediciones en las que solo se presta el servicio una vez al día en cada sentido, de lo que resulta, en conjunto, que los servicios mínimos serán muy alejados del 100%, por más que en algunas rutas concretas se alcance esa cifra, concluyéndose que la apreciación de la magnitud de los servicios mínimos no puede realizarse sino respecto del conjunto de trabajadores de cada empresa, de modo que la imposición de la totalidad de los servicios de una concreta ruta no resulta significativa, “por más que pueda resultar llamativa”. Razonamiento que es extrapolable, como acertadamente lo hace la resolución recurrida, si consideramos conjuntamente los servicios de uso general y de uso especial, pues, aunque el recurso se dirige solamente contra la imposición de unos servicios mínimos del 100% en el transporte escolar, no puede desvincularse dicho servicio especial del conjunto de los que prestan las empresas concernidas, de modo que, se dice en la resolución, por más que en los servicios de uso especial de transporte de escolares se impongan unos servicios mínimos del 100%, en el conjunto de la empresa esa tasa se ve muy rebajada por la prestación de otros servicios en los que la imposición de los servicios es mucho más reducida.

En segundo, no resulta baladí, en relación con la proporcionalidad de la medida, la duración de la huelga, pues, si vemos detenidamente las fechas a que afecta, podemos concluir que la huelga afectaba a la totalidad de los días lectivos del mes de enero de 2012, lo que, de cara al establecimiento de los servicios mínimos, es un dato que consideramos decisivo visto que en los intereses en juego se en-

cuenta el derecho fundamental a la educación. No es lo mismo, entendemos, la fijación de unos servicios mínimos para una huelga de corta duración que para otra que, como la que aquí contemplamos, afectaba, como decimos, a todos los días lectivos de enero, pues la incidencia en el derecho a la educación de los escolares afectados por la huelga (y en la desigualdad en la recepción de ese derecho que se genera con respecto a los alumnos que no tienen que utilizar el servicio de transporte escolar para acudir al centro), será menor o mayor en la misma medida que la duración de la huelga misma.

En tercer lugar, apreciamos aquí otro elemento diferenciador del supuesto contemplado por la sentencia de 17 de abril de 2008 : Mientras que aquí la huelga afecta a toda la jornada laboral, es decir, a la totalidad del servicio en los días a que la misma se refiere, en aquél supuesto se circunscribía a 3 horas diarias (de 13 a 16 horas), lo que sin duda permite un mayor margen de maniobra a la hora de aplicar las excepciones que, por causas justificadas, contempla la Orden reguladora de la Organización y el Funcionamiento del Transporte Escolar en Castilla-La Mancha.

A ello debe añadirse que, como también se razona en la resolución impugnada, y no se ha practicado prueba alguna que lo desvirtúe, no existen en las líneas afectadas otras alternativas de transporte adecuadas a las edades de los alumnos, en tanto que todos ellos son menores de edad.

En definitiva, consideramos que, como se concluye en la resolución recurrida, la imposición de los servicios mínimos conjuga razonablemente los intereses en liza».

CUARTO.- El recurso de casación de la UNIÓN PROVINCIAL DEL SINDICATO COMISIONES OBRERAS EN TOLEDO invoca en su apoyo un único motivo, formalizado por el cauce de la letra d) del artículo 88.1 de la Ley jurisdiccional (LJCA), en el que denuncia la infracción del artículo 28.2 CE y la jurisprudencia relativa al derecho de huelga, desde el inicial reproche de que la solución seguida por la Orden controvertida y la sentencia de instancia “supone la supresión del derecho de huelga de los trabajadores del transporte escolar (...) cuyos servicios mínimos se fijaron en el 100 %”.

Tras ese planteamiento inicial, el recurso hace unas primeras consideraciones en las que, primero, señala que la motivación de la

resolución de servicios mínimos no conlleva la necesaria proporcionalidad de estos, ya que tal motivación a lo que esta dirigida es a exponer los elementos que permitan la fiscalización de la decisión gubernativa; y, seguidamente, defiende que han de ser los tribunales los que a partir de esa motivación han de pronunciarse sobre la proporcionalidad que debe existir entre las restricciones impuestas a los huelguistas y los sacrificios que la huelga ha de comportar para los usuarios afectados por ella.

A continuación, se aduce que los servicios mínimos no pueden ser nunca los máximos, esto es, los preexistentes a la huelga o habituales del servicio; se subraya que, de existir una afectación tan sustancial de determinados derechos que puedan reclamar su atención con unos servicios que impidan totalmente la huelga, será necesaria una explicación muy específica de su porqué; y, al respecto de esta necesaria explicación, se añade que una huelga del transporte público en principio no excluye absolutamente el derecho a la educación cuando hay otros transportes públicos no afectados (como el ferrocarril) y existe transporte privado.

Más adelante, el recurso viene a afirmar que no entiende por qué la Sala de Castilla La Mancha llega en la sentencia recurrida a una solución distinta a la que aplicó en su anterior sentencia de 17 de abril de 2008 (también referida a unos servicios mínimos del cien por cien en el transporte escolar, y en la que la Orden impugnada fue anulada); y rebate las notas diferenciales que la sentencia “a quo” esgrime para intentar explicar la distinta esas dos soluciones de diferente contenido.

La impugnación de estas notas, en esencia, se viene hacer así: (1) se argumenta que la afectación simultánea de la huelga a otros sectores de transportes, en los que se establecen servicios mínimos, descarta la necesidad de mantener el transporte escolar en el cien por cien por existir alternativas; (2) se dice que la proyección de la huelga sobre todos los días lectivos del mes de enero, más que imponer la supresión total de los servicios mínimos, lo que facilita es modularlos con proporcionalidad; y (3) el razonamiento anterior se considera extensible al dato de que la huelga afecte a la totalidad de la jornada de cada día.

QUINTO.- La JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA, en su oposición al recurso de casación, viene a reiterar la motivación contenida en la Orden recurrida para justificar los aquí polémicos servicios mínimos y a asumir los argumentos que fueron desarrollados por la sentencia recurrida para justificar la validez de esa actuación administrativa.

Y especialmente se detiene en las concretas circunstancias de hecho que expresa el preámbulo de la Orden para explicar el criterio sostenido por la Administración de que no era posible la reducción de expediciones en la ruta del transporte escolar.

El MINISTERIO FISCAL, reiterando la posición mantenida en la instancia, sostiene que se ha vulnerado el derecho de huelga, y argumenta para ello que unos servicios del cien por cien hacen ilusorio ese derecho.

SEXTO.- El estudio de lo planteado en el actual recurso de casación aconseja comenzar señalando que los servicios mínimos, en cuanto límite que son del derecho fundamental de huelga, requieren para su validez la observancia de un punto de equilibrio o proporcionalidad entre tal derecho fundamental y aquellos otros intereses o derechos constitucionales a los que se contraponen la huelga y a cuya salvaguardia o protección están dirigidos los servicios mínimos.

Equilibrio o proporcionalidad que se traduce en la necesidad de que ninguno de esos dos derechos que resultan enfrentados resulte lesionado en su contenido esencial, y requiere lo siguiente: (a) ha de mantenerse visible la perturbación que significa toda huelga en la actividad o sector sobre el que se proyecta, para que no quede vacía en la significación o finalidad que le corresponde de ser un eficaz instrumento de presión para la reivindicación o negociación laboral; y (b) las limitaciones que sobre el derecho de huelga pueden producir esos otros intereses esenciales o derechos constitucionales que den soporte a los servicios mínimos solamente serán legítimas cuando resulten imprescindibles para que estos intereses y derechos no queden totalmente frustrados o para evitar resultados irreversibles en las necesidades humanas concernidas por ellos.

Lo segundo que debe subrayarse es que el derecho de huelga, pese a que se practica de manera colectiva, es un derecho individual de

cada uno de los trabajadores que lo ejercita, por lo que sólo resulta debidamente satisfecho si la huelga convocada mantiene su utilidad como instrumento de presión laboral para todos los trabajadores que participan en ella; y lo que de esto se deriva es que, cuando la huelga afecte a distintos sectores o clases de actividad, esa presión laboral que le es inherente habrá de mantener su eficacia y virtualidad en todos esos sectores.

Las dos consideraciones que acaban de hacerse determinan que no pueda considerarse correcta esa ponderación global que hacen tanto la Orden controvertida como la sentencia recurrida para configurar los servicios mínimos. Lo cual, dicho de otro modo, significa que, tratándose de una huelga que afecta a distintas clases de servicios (en este caso el transporte de viajeros de uso general y el transporte escolar), la eficacia que pueda mantener la huelga en unos de esos servicios no es razón válida para anularla o vaciarla de contenido en los otros servicios de diferente clase.

Y llevan a la conclusión final de que es justificada la falta de proporcionalidad que los recurrentes reprochan a los servicios mínimos que fueron establecidos para el transporte escolar, ya que, en lo que al derecho fundamental a la educación se refiere, la Administración no ha demostrado que la perturbación inherente a la huelga aquí litigiosa pudiera frustrar totalmente ese derecho o producir en él resultados irreversibles.

Puede añadirse a lo anterior que la dificultad de reducir diariamente las expediciones y rutas del transporte escolar no hace inevitable mantenerlo en un cien por cien, si se considera que la paralización del derecho a la educación durante un mes resulta inconveniente o especialmente lesiva para ese derecho, pues son posibles otras alternativas que no vacíen totalmente de su contenido al derecho de huelga (a manera de ejemplo se puede señalar el mantener el servicio sólo algunos de los días, y con la posibilidad de turnos alternos de rutas).

SÉPTIMO.- Es, pues, fundada, la infracción del artículo 28.2 de la Constitución que denuncia el recurso de casación, y ello hace que la sentencia recurrida deba ser anulada y, también, que la pretensión anulatoria deducida en la demanda formalizada en el proceso de instancia haya de ser igualmente estimada.

Sin embargo, no procede acoger la pretensión indemnizatoria igualmente deducida en la demanda por lo siguiente: en el plano moral, la actual sentencia estimatoria cumple ya una función reparadora del agravio de esa índole que la actuación administrativa pueda haber causado; no se han alegado ni justificado circunstancias adicionales cuya concurrencia podría haber comportado una singular entidad a dicho agravio y justificar por ello una compensación metálica para su más adecuada reparación; y tampoco se han ofrecido las bases o criterios que, en su caso, deberían presidir la cuantificación de la indemnización.

OCTAVO.- Procede , consiguientemente, declarar haber lugar al recurso de casación, anular la sentencia recurrida y estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo que fue interpuesto en el proceso de instancia en los términos que resultan de lo antes razonado y se concretan en el fallo.

Y en cuanto a las costas, procede imponer a la Administración demandada las causadas en la instancia y cada parte litigante soportará las suyas en las que corresponden a esta casación (por aplicación de lo establecido en el artículo 139, 1 y 2, de la LJCA , según la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre).

FALLAMOS

1.- Haber lugar al recurso de casación interpuesto por la UNIÓN PROVINCIAL DEL SINDICATO COMISIONES OBRERAS EN TOLEDO contra la sentencia de 4 de diciembre de 2012 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (en el recurso contencioso-administrativo núm. 276/2012), y anular esta sentencia a los efectos de lo que se declara a continuación.

2.- Estimar en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto en el proceso de instancia por el mencionado sindicato contra la Orden de 3 de enero de 2012 de la Consejería de Fomento de la JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA [por la que se establecieron servicios mínimos en el transporte público regular, de uso general y de uso especial, realizado por las mercantiles Rubicar Tours, S.A. y Autobuses Urbanos de Talavera, S.L., durante la huelga de sus trabajadores convocada para los días 9, 10, 11, 12,

13, 16, 17, 18, 19, 20, 23, 24, 25, 26, 27, 30 y 31 de enero de 2012]; y anular el apartado 1.2 del artículo 1 de dicha Orden por haber vulnerado el artículo 28 de la Constitución.

3.- Desestimar la pretensión indemnizatoria que también fue deducida en la demanda formalizada en la instancia.

4.- Imponer las costas causadas en la instancia a la Administración demandada y disponer que cada parte abone las suyas en la que corresponden a esta fase de casación.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Voto Particular

VOTO PARTICULAR FECHA:09/04/2014

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva A LA SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 2014, DICTADA EN EL RECURSO 410/2013, AL QUE SE ADHIERE LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. D^a Celsa Pico Lorenzo.

La discrepancia que, con el mayor respeto al parecer de la mayoría, manifiesto en este voto particular se refiere únicamente al fundamento octavo de la sentencia y a la condena a las costas de la instancia que el fallo impone a la parte --en este caso a la Administración-- que ha visto desestimadas sus pretensiones.

En mi opinión, no procede dicha condena.

La sentencia invoca los apartados 1 y 2 del artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción para justificar ese pronunciamiento. Así, por una parte, sigue este último y no hace imposición de las costas del recurso de casación y, por la otra, se sirve del apartado 1 y condena a las de instancia. La interpretación parece ajustarse al tenor literal del citado artículo, tras la modificación de la que fue objeto por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal. No obstante, creo que es otra la que se debe seguir.

La reforma del artículo 139.1 altera dos reglas consolidadas en la Jurisdicción Contencioso Administrativa: la de que en la instancia no se imponen las costas y la de que, a título de excepción, se con-

dena a satisfacerlas si media mala fe o temeridad o, decía la Ley 29/1998, de 13 de julio, si, de no hacerlo, el recurso perdiera su finalidad. Ahora, desde 2011, la primera regla es la del vencimiento para quien vea totalmente desestimadas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. Sólo en el supuesto de que la estimación o la desestimación sea parcial jugará la presencia de mala fe o temeridad para exceptuar la segunda regla --cada parte corre con las suyas-- y justificar la condena a una a satisfacerlas todas.

La exposición de motivos de la Ley 37/2011 explica que las razones que han llevado al legislador a introducir diversas modificaciones en las leyes procesales, entre ellas la del artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, “obedecen al propósito común de suministrar a nuestros tribunales instrumentos procesales óptimos para la gestión procesal. Tales medidas son de distinto signo. Unas están encaminadas a garantizar derechos fundamentales de los ciudadanos, como ocurre en el caso del orden penal, otras a optimizar los procedimientos, a suprimir trámites procesales innecesarios o a sustituirlos por otros más breves, y otras, en cambio, están orientadas a limitar el uso abusivo de instancias judiciales”.

Descartada la garantía de derechos fundamentales, que refiere al orden penal, y no siendo esta cuestión de procedimiento, a falta de otra explicación por parte del autor de la norma, parece que es el propósito de limitar el uso abusivo de instancias judiciales el que está detrás del cambio en materia de costas procesales en la instancia.

El apartado 3 del artículo 95 de la Ley de la Jurisdicción dice que, de haber lugar al recurso de casación, la sentencia deberá resolver sobre las costas de la instancia conforme al artículo 139. No dice, sin embargo, que deba imponérselas a quien, habiendo visto entonces estimadas en todo o en parte sus pretensiones, las vea totalmente rechazadas por la sentencia que estima el recurso de casación, anula la impugnada y resuelve el litigio.

La solución seguida en este caso por la Sala lleva al contrasentido de condenar en costas a quien logró que todos o algunos de sus argumentos y peticiones fueran acogidos por un tribunal, aquí, por una Sala. Volviendo a la exposición de motivos, no parece que

quien --ya sea la Administración o uno o varios ciudadanos-- consiguiera que un colegio de magistrados le dé la razón esté haciendo un uso abusivo de las instancias judiciales.

Además, sucede que el tenor del apartado 1 del artículo 139 conduce a la conclusión que definiendo pues ¿qué mayores dudas de derecho pueden presentarse que las derivadas de la estimación por la sentencia de instancia de las tesis del recurrente a quien, luego, se le quita la razón en casación?

Salvo hipótesis en las que una Sala de lo Contencioso Administrativo dictara sentencias descabelladas y estimara recursos insostenibles, lo que no me parece la pauta de nuestra Jurisdicción ni sucede en este caso, por lo que no puede erigirse en premisa para justificar la interpretación del precepto aquí seguida, la diferencia de parecer entre los juzgadores de instancia y esta Sala pone de manifiesto que el litigio no tenía una solución clara y que, aun debiendo prevalecer la decisión del Tribunal Supremo porque es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, según prescribe el artículo 123.1 de la Constitución, mediaban efectivamente dudas de derecho que debieron llevar a no imponer las costas de la instancia.

Fdo.: D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Fdo.: D^a Celsa Pico Lorenzo

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal, el mismo día de su fecha, lo que certifico.

T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.2

ALBACETE

SENTENCIA: 00780/2012

Recurso núm. 100 de 2012

Toledo

SENTENCIA Nº 780

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN 2ª.

Iltmos. Sres.:

Presidenta:

Dª Raquel Iranzo Prades

Magistrados:

D. Jaime Lozano Ibáñez

D. Miguel Ángel Pérez Yuste

D. Miguel Ángel Narváez Bermejo

D. Ricardo Estévez Goytre

En Albacete, a dos de noviembre de dos mil doce.

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla- La Mancha, los presentes autos número 100/12 el recurso contencioso administrativo tramitado por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona seguido a instancia de COMISIONES OBRERAS DE CASTILLA LA MANCHA, representado por el Procurador Sr. López Ruiz y dirigido por el Letrado D. Rufino Alarcón Sánchez, contra la CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTES DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA LA MANCHA, que ha estado representada y dirigida por el Sr. Letrado de la Junta, y con la intervención del MINISTERIO FISCAL, sobre SERVICIOS MÍNIMOS HUELGA; siendo Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado D. Miguel Ángel Narváez Bermejo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de la actora se interpuso en fecha 28-2-12, recurso contencioso-administrativo contra la

Resolución de 23-2-2012 de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes de la Junta de Comunidades de Castilla la Mancha.

Formalizada demanda, tras exponer los hechos y fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó solicitando se dicte sentencia estimando el recurso de conformidad con lo interesado en el suplico de la misma.

SEGUNDO.- Contestada la demanda por la Administración demandada, tras relatar a su vez los hechos y fundamentos jurídicos que entendió aplicables, solicitó una sentencia desestimatoria del recurso.

TERCERO.- Acordado el recibimiento del pleito a prueba y practicadas las declaradas pertinentes, se reafirmaron las partes en sus escritos de demanda y contestación, por vía de conclusiones, se señaló día y hora para votación y fallo el 1 de octubre de 2012 a las 11,30 horas, en que tuvo lugar.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El sindicato Comisiones Obreras de Castilla La Mancha recurre la resolución de 23-2-2012 de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes de la Junta de Comunidades de Castilla la Mancha (DOCM nº 41 de 24 de febrero de 2012) por la que se establecen los servicios mínimos en centros docentes públicos de titularidad de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha en relación con la huelga convocada para el día 2-2-2012.

El recurso presentado se articula en torno a la siguiente motivación:

1º Falta de motivación de la resolución por la que se decretan los servicios mínimos.

2º El nivel de servicios mínimos que impone la resolución recurrida es desproporcionado de acuerdo con el cuadro comparativo entre los efectivos con servicios mínimos en la huelga general inmediatamente anterior de 8 de junio de 2010 y en la que aquí se recurre de 29 de marzo de 2012 así como con los servicios mínimos implantados en otros acuerdos de otras Comunidades Autónomas como el de 21-3-2012 de la Comunidad Autónoma de Madrid.

El Ministerio Fiscal en el escrito presentado se muestra partidario de la estimación del recurso debido a que la resolución recurrida está huérfana de motivación específica para establecer el cuadro de efectivos que atiendan los servicios mínimos que implanta.

La representación letrada de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha plantea con carácter previo la inadmisibilidad del recurso en cuanto que el sindicato actor no ha aportado el documento, estatutos, que determine la competencia del órgano sindical que pueda ejercitar el acuerdo para ejercitar esta acción ni tampoco el acto del nombramiento de quien expide la certificación del acuerdo de ejercicio de acciones. Defiende la legalidad del acuerdo impugnado por entender que su motivación es suficiente y el volumen de efectivos dispuestos suficiente a las circunstancias del caso. Suplica la desestimación del recurso.

SEGUNDO.- La cuestión de inadmisibilidad planteada ha sido subsanada con los estatutos del sindicato presentados donde se deja constancia que la Comisión Ejecutiva Regional que acuerda la interposición del recurso es el órgano de dirección de las CCOO de Castilla La Mancha que lleva a la práctica las decisiones y directrices adoptadas por el Consejo Regional y el Congreso, donde están integradas las distintas Secretarías que representan al sindicato como el Secretario General. Es lógico suponer que como órgano máximo de dirección del sindicato tenga la capacidad suficiente para acordar la interposición de los recursos necesarios ante los Tribunales en defensa de sus intereses dada la amplitud de competencias que se le atribuyen. Por otra parte también está documentado a través de la certificación del Secretario General Sr. Alfonso de fecha 16-5-2012 que el Sr. Damaso ostenta el cargo de Secretario de Organización y Finanzas de Comisiones Obreras de Castilla La Mancha que le legitima para expedir a su vez la certificación de fecha 28-2-2012 acompañada al escrito de interposición del recurso a requerimiento de la Sala según proveído de fecha 29-2-2012.

TERCERO.- Con carácter general debemos traer a colación la sentencia del T.S. de 12-4-2011 la cual recuerda los criterios que se deben seguir para cubrir satisfactoriamente el canon de constitucionalidad exigible para determinar la validez de los servicios mínimos implantados, a saber: En primer lugar que sean identificados

los intereses afectados por la huelga; y en segundo lugar que se especifiquen también los factores que han sido utilizados para llegar al concreto resultado plasmado en los servicios mínimos que hayan sido fijados; esto es, cuáles son los hechos y estudios concretos que han sido tenidos en cuenta para determinar las actividades empresariales que deben continuar durante la situación de huelga y el preciso número de trabajadores que dichas actividades requirieren para que queden garantizados esos otros intereses o derechos tan relevantes como el derecho de, cuya atención pretende garantizarse a través de los servicios mínimos.

Más concretamente la sentencia del T.S. de 11-3-2009 referida a los servicios mínimos implantados en el sector de la enseñanza con ocasión de una huelga convocada a nivel de la Comunidad Autónoma de Canarias enseña lo siguiente: "...Es cierto que la orden identifica el derecho de educación de los niños que resultan afectados y también el cuidado y tutela de dicho alumnado como intereses contrapuestos al de los huelguistas. Sin embargo no razona ni explica por qué establece los servicios mínimos con el concreto alcance y contenido que dispone.

Por lo que se refiere al interés presente en el derecho de educación, no explica por qué una paralización de tan solo tres días no consecutivos significa una lesión irreparable o superior a la lesión que experimentarían los huelguistas.

Y en cuanto al cuidado del alumnado (en aquellos centros donde se valora este interés), tampoco se precisa el número de personas que se dedicará a dicha atención, ni el criterio o circunstancias que deben ser tenidos en cuenta para hacer esa cuantificación (como podría ser la cifra de alumnos por aula y el número de estas en cada centro; la ratio cuidador/ alumno para que la vigilancia pueda desarrollarse adecuadamente; las funciones de dirección que deben ser mantenidas, etc.).

...Debe subrayarse una vez más que la motivación y el carácter o no abusivo de los servicios mínimos son cuestiones íntimamente ligadas, y esto hace que, faltando esa motivación, sea inviable emitir un juicio favorable a la validez de los servicios mínimos.

Como también debe señalarse que en el caso de la orden aquí litigiosa la falta de motivación consistente en la falta de los datos fácti-

cos que son inexcusables para hacer un juicio de proporcionalidad se advierte respecto de todos los tipos de centros a que estaban referidos los servicios mínimos. Por lo cual es acertada la nulidad que la sentencia de instancia declara para la totalidad de la orden impugnada”.

Descendiendo al caso concreto es cierto que la motivación que se contiene en el preámbulo acuerdo relativa al carácter esencial que tiene el derecho a la educación, el derecho al trabajo de los padres de los alumnos y de los trabajadores que no secunden la huelga, señalando como criterios diferenciadores en los servicios fijados la edad y las características especiales del alumnado, añadiendo la necesidad de garantizar el cumplimiento de las normas mínimas de convivencia, solo sirven de acuerdo con la jurisprudencia que se ha resaltado, como motivación genérica, para justificar la imposición de unos servicios mínimos en un sector concreto que constituye un servicio esencial para la comunidad como es el de la educación, pero no vale como la motivación específica exigible debido a la generalidad y abstracción de los conceptos que emplea para determinar el alcance de unos servicios determinados como los que se han establecido. Tampoco sirven a estos efectos los criterios que se establecen en el anexo como justificación a la concreta dotación de personal que engrosan los servicios mínimos (así la edad de los alumnos, el carácter disperso de las sedes que integran el Centro Rural Agrupado, el tamaño de los centros o el alto nivel de dependencia de los alumnos de los Centros de Educación Especial, entre otros). Si bien con estos factores en pura hipótesis se le podría dar una mayor amplitud a los servicios mínimos que se quisiesen implantar que pudiesen amparar una mayor restricción al derecho de huelga, falta también en los mismos los parámetros necesarios de identificación de esos factores o circunstancias, ya sean numéricos o geográficos, que los hagan creíbles y serios y, en definitiva, atendibles en orden a moderar los efectos nocivos que se puedan derivar para el servicio esencial afectado del ejercicio de un derecho, que además es fundamental, sin que por razón de su constreñimiento se resienta en su núcleo definidor.

Estamos de acuerdo con el Ministerio Fiscal en su acertado escrito de contestación, que en lo sustancial seguimos, en que faltan en el acuerdo recurrido los estudios y datos concretos realizados por la

Administración en el sector concreto de la enseñanza afectada por la huelga convocada, que permitan a la Sala determinar a la vista de los efectivos que se incorporan a los servicios mínimos tanto desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo si ese número de recursos humanos resulta ponderado y proporcionado con el fin de evitar, en un equilibrio de intereses que se deben contrapesar, que la huelga lesione más allá de lo que debe ser su alcance natural el derecho a la educación que es un derecho esencial de la ciudadanía en general. Así, por ejemplo, falta la indicación del número concreto de Centros de Educación Infantil y de Centros de Educación Secundaria, así como el número y edad de los alumnos de cada uno de los mismos en orden a justificar que además del Director y el Jefe de Estudios se incorporen al trabajo un docente por cada tres unidades o fracción en el caso de los Centros de Primaria, y a un docente por cada seis unidades o fracción y a un administrativo u ordenanza en el caso de los de Secundaria. Con relación a las Escuelas Infantiles tampoco se alude al número de ellas y las edades del alumnado lo cual tampoco permite ponderar que además de la Dirección y el Jefe de Estudios sea exigible un técnico especialista en jardín de infancia o educador por cada dieciséis alumnos o fracción menores de un año, por cada veintiséis alumnos o fracción de entre uno y dos años, y por cada cuarenta alumnos o fracción de entre dos y tres alumnos. Finalmente tampoco en el caso de de los Centros Rurales Agrupados se especifica su número, ubicación, número y edad de los alumnos de cada uno de ellos necesarios para justificar que además del directos y Jefe de Estudios se exija, además, un docente por cada sede.

La exigencia de motivación concreta se hace aun más ostensible en este caso a la vista de que en la huelga para el mismo sector de la enseñanza convocada con fecha 8 de junio de 2010 se estableció mediante Decreto 78/2010 un número de efectivos sensiblemente inferior al presente como se puede comprobar según el cuadro comparativo recogido en la páginas 6 u 7 del escrito de demanda del sindicato actor al que con finalidad de evitar inútiles repeticiones nos remitimos sin necesidad de más preámbulos. A pesar de la importancia que dicho cuadro comparativo tiene para hacer valer el derecho ejercitado el Sr. Letrado de la Junta alude de pasada en su contestación a dicho Decreto sosteniendo que los servicios implantados no garantizaban el derecho a la educación y la con-

vocatoria de huelga era a nivel nacional olvidando que la Administración que estableció esos servicios era la misma y que como precedente hubiera sido razonable una mínima explicación de porqué lo que sirvió para una determinada huelga ahora no vale cuando la irradiación de la misma a dichos servicios también se daba, sin que tampoco sirva que estemos en este caso ante una huelga de sector frente a una de carácter nacional cuando el colectivo convocado al acto reivindicativo era el mismo en ambos casos a pesar de los distintos ámbitos territoriales de uno y otro. Si como se explica en el propio escrito de contestación la huelga en discusión tuvo muy escasa incidencia en el sector no se explica muy bien como se establecieron unos servicios mínimos más rigurosos y exigentes que los precedentes.

Ilustra bastante la desproporción de las medidas adoptadas, a juicio de la Sala, el resultado de la prueba practicada a instancia de la actora consistente en la certificación emitida por la Directora de la Escuela Infantil el Olivo en Toledo, dependiente de la Junta de Comunidades de Castilla la Mancha, sobre la dotación de profesorado y personal de dicho Centro. De acuerdo con la misma existen en ella siete técnicos especialistas en jardín de infancia, de los cuales al menos a cinco de ellos se les asignó servicios mínimos según los términos de la resolución impugnada.

Por todo ello y conforme a los razonamientos expuestos el recurso debe ser estimado con anulación del acuerdo recurrido.

CUARTO.- De conformidad con el artículo 139 de la ley Jurisdiccional, no procede efectuar imposición de costas.

Vistos los preceptos citados y demás de pertinente aplicación,

FALLAMOS

- 1.º Estimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto.
- 2.º Anulamos la resolución de 23-2-2012 de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha (DOCM nº 41 de 24-2-2012) recurrida.
- 3.º No procede efectuar imposición de costas.

Notifíquese, con indicación de que contra la presente sentencia cabe recurso de casación para ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo,

que habrá de prepararse por medio de escrito presentado ante esta Sala en el plazo de diez días, contados desde el siguiente al de su notificación, previa consignación de 50 € en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sala.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado D. Miguel

Ángel Narváez Bermejo, estando celebrando audiencia en el día de su fecha la Sala de lo Contencioso Administrativo que la firma, y de lo que como Secretario, certifico en Albacete, a dos de no viembre de dos mil doce.

T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.2

ALBACETE

SENTENCIA: 00750/2012

Recurso núm. 99 de 2012

Albacete

SENTENCIA Nº 750

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN 2ª.

Iltmos. Sres.:

Presidenta:

Dª Raquel Iranzo Prades

Magistrados:

D. Jaime Lozano Ibáñez

D. Miguel Ángel Pérez Yuste

D. Miguel Ángel Narváez Bermejo

D. Ricardo Estévez Goytre

En Albacete, a once de octubre de dos mil doce.

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla- La Mancha, los presentes autos número 99/12 el recurso contencioso administrativo tramitado por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona seguido a instancia de la UNIÓN PROVINCIAL DE COMISIONES OBRERAS DE ALBACETE, representada por el Procurador Sr. López Ruiz y dirigida por el Letrado D. Agustín Zamora Pocoví, contra la CONSEJERÍA DE SALUD DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA, que ha estado representada y dirigida por el Sr. Letrado de la Junta, y con la intervención del MINISTERIO FISCAL, sobre SERVICIOS MÍNIMOS HUELGA; siendo Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado D. Miguel Ángel Pérez Yuste.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de la actora se interpuso en fecha 28-02-12, recurso contencioso-administrativo contra la

Resolución dictada por la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales de 22-2-2012 -DOCM DE 24-2- 2012.

Formalizada demanda, tras exponer los hechos y fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó solicitando se dicte sentencia estimando el recurso de conformidad con lo interesado en el suplico de la misma.

SEGUNDO.- Contestada la demanda por la Administración demandada, tras relatar a su vez los hechos y fundamentos jurídicos que entendió aplicables, solicitó una sentencia desestimatoria del recurso.

TERCERO.- Acordado el recibimiento del pleito a prueba y practicadas las declaradas pertinentes, se señaló día y hora para votación y fallo el 5 de octubre de 2012 a las 10,30 horas, en que tuvo lugar.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Revisamos a instancia de la Unión Provincial de CC.OO de Albacete, en Procedimiento Especial para la protección de Derechos Fundamentales, la resolución de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales de 22-2-2012 -DOCM DE 24-2-2012- por la que se establecen los Servicios Mínimos durante la huelga convocada desde las 00:00 horas del día 27-2-2012 con carácter indefinido, por el comité de empresa de los trabajadores de la empresa Gedeco-Aser que prestan sus servicios en la Residencia para Mayores Alabega de Albacete.

Se denuncia la vulneración del derecho fundamental de huelga protegido por el artículo 28.2 de la CE, en relación con el artículo 2.2-d) de la L.O 11/1985 de Libertad Sindical.

Como primer y esencial motivo de impugnación se alude a la falta de motivación; motivación que el acto recurrido no ha exteriorizado para considerar que los servicios de limpieza de la Residencia tengan la consideración de “esenciales para la comunidad”, ni tampoco en el grado de cobertura o atención y los efectivos personales que se precisan para su desempeño en cada una de la Secciones o Servicios de la Residencia; no puede ser suficiente la motivación de carácter generalista tratándose de la limitación de un Derecho

Fundamental, mencionando o haciendo referencia a los efectivos de un día festivo o al 50 % para el Servicio de Estancias Diurnas, susceptible de aumentarse en un 20% sin motivar el porqué. Cita en apoyo de este argumento las sentencias del TS de 28-9-2001. -Arz. 8598/2001.

En segundo lugar considera que los servicios mínimos fijados son arbitrarios, injustificados y desproporcionados, así como el establecimiento de los servicios esenciales para la comunidad; se le ha asignado a todos y cada uno de los servicios de la Residencia la condición de esenciales, sin realizar una distinción entre aquéllos cuyo mantenimiento debe considerarse indispensable, de aquéllos otros que puedan quedar suspendidos temporalmente, sin guardar la debida proporción entre los sacrificios que se exige a los trabajadores y los padecimientos de los usuarios de los servicios. Y recuerda que la empresa, cuando se dirige a la Administración para la fijación de los Servicios mínimos, ya establece tanto los razonamientos como el porcentaje que posteriormente incorpora la Resolución impugnada (doc. nº 5), equiparando a técnicos y profesionales.

Por último considera que la fecha en la que se establecieron los Servicios mínimos, el 24 de febrero y viernes, cuando la huelga se iniciaba el Lunes 27, supuso impedir cualquier reacción contra los mismos para instar su revisión ante los Tribunales antes del inicio de la huelga, a pesar de conocerse la huelga días antes de su inicio.

Por todo lo anterior se ha privado de eficacia al ejercicio de un Derecho Fundamental; la Conserjería se ha asegurado que los servicios sigan funcionando en condiciones de normalidad, convirtiendo a la huelga en algo perfectamente inútil y que finalmente ha provocado su desconvocatoria, constituyendo un grave precedente para futuros supuestos.

Por todo ello solicita no solo la anulación del acuerdo recurrido sino también una indemnización económica en concepto de daños económicos y morales originados al Sindicato convocante justificados por la necesidad de tener que seguir el proceso por los esfuerzos personales, materiales y económicos llevados a cabo por la convocatoria de la huelga y el daño ocasionado a la actividad sindical y que cuantifica en 2.000 € mas las costas del procedimiento cifrados en 1.500 €.

SEGUNDO.- La JCCM, responde a la demanda alegando en primer lugar la falta del acuerdo para recurrir a que se refiere el artículo 45.2 d) de la Ley Jurisdiccional .

En segundo lugar y en respuesta a la falta de motivación, considera que la misma, a pesar de ser sucinta, explicita bien los motivos de fijación de esos servicios mínimos, y que tiene como base el servicio público tan sensible que se presta en ese Centro de gestión compartida, así como el carácter indefinido de la huelga; a continuación pasa a describir la naturaleza del Centro, sus usuarios y del servicio público que se presta:

120 usuarios personas mayores, 15 plazas de servicios de estancia diurna, su distribución por plantas, el que más de 100 de lo usuarios son grandes dependientes que precisan una necesidad asistencial las 24 horas: aseo personal, comida, deambulación, control sanitario..., superan los 80 años de media, con enfermedades importantes tipo demencias, Alzheimer, parkinson y de tipo degenerativo, gran número de encamados que precisan cambios de pañal, ducha, cambio de ropa de cama, cambios posturales, controles de constantes vitales y sensibles medicaciones; la atención a estas personas es evidente que se trata de un servicio esencial globalmente considerado y que no puede atenderse o garantizarse el servicio público con un número de personal de plantilla inferior al que desempeña funciones en fines de semana.

En definitiva y con relación a la motivación, entiende que por razón del perfil de la Residencia y sus usuarios es notorio y de general conocimiento la necesidad que se trata de servicios públicos esenciales para la comunidad y de la necesidad de establecimiento de unos servicios mínimos sin que sea preciso una motivación más rigurosa y exhaustiva. Cita en apoyo de su postura las Sentencias del TC de 24-4-1986 y 3-2-1989.

Respecto de la proporcionalidad, considera que el juicio o ponderación de los servicios mínimos debe hacerse en cada supuesto, y en este caso entiende que son proporcionados y acordes a las circunstancias concretas.

Por último entiende que no procede la pretensión indemnizatoria porque los servicios mínimos eran necesarios, no se ha acreditado

vulneración de derecho alguno del Sindicato pues no fue necesario la determinación de personal concreto para cubrir dichos mínimos por el escaso seguimiento de la huelga, y por ausencia de acreditación de los daños morales alegados.

EL FISCAL, después de analizar la doctrina del Tribunal Supremo en la Sentencia de 17-11-2008, sentencia de 24-5 2010 que recuerda la doctrina de la sentencia de 15-1-2007, y de este Tribunal en sentencia nº 534/2007 de 28 de diciembre (REC. 552/2007), y aplicando dicha doctrina al caso concreto, entiende que la resolución está debidamente motivada, pues permite conocer a los destinatarios los motivos de la restricción del derecho de huelga y poder defenderse de estas las limitaciones ante los Tribunales, considerando razonable y proporcionado el establecimiento de los mismos servicios que se prestan en fin de semana.

TERCERO.- El obstáculo procesal de ausencia de acuerdo para recurrir a que se refiere el artículo

45.2 d) de la LJ debe rechazarse a la vista de que quien interpone el recurso es el Secretario General de la Unión Provincial de CC.OO de Albacete, y se aporta con el escrito de interposición los Estatutos de CC.OO de Castilla La Mancha; y en dichos Estatutos, entre las funciones que tiene el Secretario General, está la de “instar, seguir y terminar como actor...toda clase de juicios y procedimientos...administrativos.”.

Es patente por ello la voluntad del Sindicato de interponer el recurso.

Entrando en el análisis del motivo básico del recurso, la falta de motivación bastante en la definición de servicio esencial y fijación de los servicios mínimos, partimos de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo mencionada por las partes, en especial por el Fiscal y la más reciente del alto Tribunal.

Así en la Sentencia del TS de 9-7-2012 -ROJ 4998/2012 - se dice en el fundamento jurídico sexto:

“SEXTO.- En el segundo motivo de casación, sostiene la parte recurrente que el Decreto impugnado contiene motivación suficiente a efectos de justificar adecuadamente la esencialidad de los servicios dispuestos, a la vez que se exponen los criterios objetivos conside-

rados para la fijación de los servicios mínimos fijados, cumpliéndose con ello las exigencias derivadas del artículo 28.2 CE.

La reciente Sentencia de este Tribunal, de 18 de abril de 2012 (casación 4476/11), y la que en ella se cita, de 21 de junio de 2011 (casación 6420/09), recuerdan la doctrina de la Sala en relación a la necesaria motivación que debe acompañar a las resoluciones gubernativas que fijan los servicios mínimos aplicables a una convocatoria de huelga, en los siguientes términos: «En relación con lo anterior, esta Sala, en sentencia de 19 de febrero de 2007 (recurso de casación nº 2739/2004), sostiene que“(…) Conviene recordar, a propósito de la motivación de la que venimos hablando, que el Tribunal Constitucional la exige como un requisito esencial para la validez de las resoluciones gubernativas que los señalan y que la entiende como la exposición, aunque sea sucinta, de las concretas razones por las que se imponen unos precisos servicios mínimos en las particulares circunstancias que concurren en la singular huelga a la que se refieran. La limitación al derecho fundamental que comporta el aseguramiento de dichos servicios es lo que atribuye tal importancia a la motivación, que no tiene como objeto solamente que los trabajadores afectados conozcan el por qué de los mismos. Poseen, además, una especial trascendencia a la hora del control judicial de la decisión que los establece porque solamente a través de su examen podrán los Tribunales contrastar su idoneidad y proporcionalidad en relación con el sacrificio que comportan para el derecho fundamental reconocido en el artículo 28.2 de la Constitución.

De esta manera, aquellas resoluciones que fijen los servicios mínimos y carezcan de motivación u ofrezcan una de carácter genérico, válida para cualquier convocatoria de huelga o, en general, las que no consideren las circunstancias específicas de aquélla a la que se refieren habrán de ser consideradas nulas por desconocer las exigencias que en este punto derivan de la protección constitucional del derecho a la huelga, tal como las han perfilado el Tribunal Constitucional [últimamente, en las Sentencias 183, 184, 191 y 193/2006, que citan las anteriores] y este Tribunal Supremo [entre otras muchas y por citar las más recientes, en las Sentencias de 16 y 23 de mayo de 2005 (casación 6940/2001 y 1242/2002, respectivamente), 31 de enero de 2005 (casación 4613/2000), 17 de diciembre de 2004

(casación 1612/2002), 10 de mayo de 2004 (casación 8534/1999)]”»

Y en el mismo sentido las sentencias del TS de 9-7-2012 - ROJ 5002, 4996/2012, 18-4-2012 -ROJ 2775/2012 - Y 23-12-2011 -ROJ 8896/2011 - entre muchas otras.

CUARTO.- Procede ahora ver cuál es la motivación de la resolución impugnada para aplicar la doctrina anterior; se dice en aquélla:

“En la determinación de los servicios mínimos durante la huelga convocada se ha ponderado la especial necesidad de las personas atendidas, su duración, y demás circunstancias concurrentes, así como la naturaleza de los derechos o bienes constitucionalmente protegidos sobre los que aquélla repercute. El criterio utilizado ha sido el de establecer, sobre los efectivos personales que habitualmente prestan los diferentes servicios en la residencia, los mínimos necesarios para atender las prestaciones que resultan esenciales para los usuarios, estableciendo como referencia de carácter general la de los efectivos de un día festivo.

Los servicios mínimos propuestos han sido fijados con un criterio restrictivo acorde con los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la interpretación que debe darse a la limitación del derecho de huelga en relación con el derecho a la salud y a la vida, cumpliendo, en consecuencia, con el principio de razonable proporcionalidad entre los sacrificios que han de padecer los usuarios o destinatarios de dichos servicios esenciales y los que se imponen a los huelguistas, de tal manera que la perturbación del interés de los usuarios por la huelga debe serlo solo hasta extremos razonables”.

Aplicando la doctrina del Tribunal Supremo a esta motivación, entendemos que el recurso ha de prosperar declarando la nulidad de la resolución que estableció los servicios mínimos.

La motivación que se ofrece no es que sea sucinta o breve pero bastante, sino que es casi inexistente y desde luego abstracta o generalista, pudiendo ser igual para otro supuesto de huelga, y no cumple los parámetros de justificación exigidos por la doctrina.

De los dos párrafos traspuestos anteriormente sólo existe una referencia específica al caso concreto y es la “especial necesidad de las personas atendidas”; este párrafo es importante para justificar la adopción de servicios mínimos por entender que en la Residencia

se presta un “servicio público esencial”, pero es insuficiente para justificar no ya que todos los servicios de la Residencia tengan la misma consideración (recepción, limpieza, cocina, lavandería, auxiliares, enfermería, fisioterapeutas, terapeutas, médicos, psicólogo, trabajadora social) y menos aún para establecer la proporción o porcentaje de los que deben cubrir los servicios mínimos en función de las secciones de la Residencia de mayores.

Prueba de que la motivación no es suficiente es la abundancia de datos que proporciona el Letrado de la Junta en la contestación a la demanda sobre las características de la Residencia y que demostrarían la naturaleza de “servicio esencial” de la misma, pero también insuficientes para motivar que todas las secciones lo sean y el porcentaje establecido. En este sentido la resolución debía indicar si todas las secciones eran o debían tener la condición de “esenciales” y decir que número de personas eran las imprescindibles, en cada una de las secciones, para la prestación del servicio en los términos de no afectar gravemente los derechos fundamentales a la vida e integridad física y salud de los residentes.

Y en cuanto a la proporción fijada, no podemos pronunciarnos si era o no la adecuada si desconocemos la motivación, pues ambos elementos aparecen indisolublemente unidos; la Administración no fija el porcentaje en virtud de una justificación previa y bastante, sino copiando literalmente la propuesta efectuada por la empresa (folio 5 del expediente).

Como se desconoce la motivación, el Sindicato no puede conocer las razones de porqué se establecen estos servicios mínimos, y este Tribunal no puede fiscalizar la razonabilidad o no de los mismos.

QUINTO.- En cuanto a la pretensión indemnizatoria la sentencia del TS de 9-7-2012 -ROJ 4999/2012 establece en el Fundamento octavo:

“OCTAVO.- Resta por resolver la cuestión relativa a la indemnización de 6.000 euros solicitada por la recurrente, con fundamento en que el repetido servicio mínimo aminoró en alguna medida los efectos de la huelga y generó desconfianza de los trabajadores en uno de los sindicatos convocantes, con el correspondiente desprestigio.

La doctrina de esta Sala tiene declarado, a título de ejemplo, en Sentencia de 12 de marzo de 2007 (casación 358/03), que: "El resarcimiento de los perjuicios morales sufridos como consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental es una posibilidad contemplada por el ordenamiento jurídico. Entre otros preceptos, en particular, por el citado artículo 15 de la Ley Orgánica 11/1985 que se refiere a la reparación de las consecuencias ilícitas de la lesión del derecho a la libertad sindical en la interpretación que ha recibido por parte de la jurisprudencia. De ello son muestra la Sentencia invocada de la Sala Cuarta y, también, recientemente, entre otras, la Sentencia del Tribunal Constitucional 247/2006, de 24 de julio.

Es verdad que, en este caso, nos hallamos ante un derecho fundamental diferente y que no hay una norma legal que prevea compensaciones a propósito del derecho a la huelga en los términos en que lo hace el artículo 15 de la Ley Orgánica 11/1985. No obstante, estos no son obstáculos que impidan seguir el mismo criterio siempre que estemos ante consecuencias ilícitas de la vulneración de un derecho fundamental que, no hay que olvidarlo, no ha sido objeto de desarrollo legislativo y que guarda una estrecha relación con la libertad sindical. Por tanto, en principio, una pretensión de resarcimiento por perjuicios morales por infracción del derecho a la huelga es algo que cabe considerar ajustado al ordenamiento jurídico. Y puede merecer la calificación de consecuencia ilícita de la misma el menoscabo de la capacidad de presión de la huelga sobre el empresario que deriva de unos servicios mínimos declarados nulos.

Ahora bien, los términos en que CCOO plantea esa pretensión de resarcimiento no nos permiten acogerla. En cuanto se refiere a los trabajadores, porque, por un lado, ellos no han solicitado tal reparación compareciendo en el proceso para reclamarla. Y, por otro, no vemos una razón que permita establecer una diferencia, hablando de perjuicios morales, entre los que pudieron padecer quienes siguieron la huelga y vieron descontada una parte de su salario, y los que, aún deseando hacerla, no pudieron porque tuvieron que cumplir los servicios mínimos. Habría, incluso, motivos para pensar que son estos últimos los más perjudicados desde esa perspectiva de la merma de la virtualidad de la huelga ya que no habrían podido ejercer su derecho. Por tanto, la manera en que el recurrente formula esta petición nos impide acogerla.

Y tampoco podemos reconocer a CCOO el derecho a la indemnización que reclama para sí porque no aporta elementos que justifiquen la valoración que hace de los que dice haber sufrido”. De otro lado, la Sentencia de este Tribunal, de 25 de junio de 2009 (casación 3596/07), añade:”Como hemos declarado ante pretensiones indemnizatorias semejantes, el derecho a ser indemnizado requiere concretar y detallar el resultado lesivo y demostrarlo, y lo que permite el artículo 71.1.d/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción es únicamente posponer la cuantificación de la indemnización correspondiente a los daños que hayan sido previamente alegados y probados en la fase declarativa del proceso jurisdiccional.

Pues bien, la demanda que la parte actora presentó en el proceso de instancia no contiene indicación alguna al respecto, no describe ni enuncia siquiera los conceptos o partidas cuya reparación se pretende a través de esa genérica indemnización que solicita, lo que impide el debate contradictorio sobre la existencia y entidad de perjuicios y sobre la cuantificación de la indemnización adecuada para su reparación. (Sentencia 25-6-09)” A la luz de la doctrina que ha quedado expuesta, tampoco es posible en este caso dar lugar a la pretensión indemnizatoria que se postula por la recurrente, por no haber quedado debidamente especificados los concretos perjuicios sufridos, ni los criterios seguidos para la valoración de la de la cantidad que se reclama.”

Doctrina que es absolutamente pertinente para el caso de autos, pues las premisas y justificación del Sindicato son similares en ambos casos.

Podemos añadir además, que el honor del sindicato queda reparado con el éxito del recurso judicial que anula la resolución impugnada.

SEXTO.- A tenor de lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede hacer expresa condena en las costas.

Vistos los preceptos citados y demás de pertinente aplicación,

FALLAMOS

- 1.º Estimamos parcialmente el recurso contencioso administrativo.
- 2.º Anulamos la resolución de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales de 22-2-2012 -DOCM DE 24-2-2012- por la que se esta-

blecen los Servicios Mínimos durante la huelga convocada desde las 00:00 horas del día 27-2-2012 con carácter indefinido, por el comité de empresa de los trabajadores de la empresa Gedeco-Aser que prestan sus servicios en la Residencia para Mayores Alabega de Albacete.

3º. Desestimamos la pretensión indemnizatoria.

4. No procede efectuar imposición de costas.

Notifíquese, con indicación de que contra la presente sentencia cabe recurso de casación para ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo, que habrá de prepararse por medio de escrito presentado ante esta Sala en el plazo de diez días, contados desde el siguiente al de su notificación, previa consignación de 50 € en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sala.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado D. Miguel Ángel Pérez Yuste, estando celebrando audiencia en el día de su fecha la Sala de lo Contencioso Administrativo que la firma, y de lo que como Secretario, certifico en Albacete, a once de octubre de dos mil doce.

T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.2

ALBACETE

SENTENCIA: 00634/2012

Recurso núm. 848 de 2011

Toledo

SENTENCIA Nº 634

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN 2ª.
Iltmos. Sres.:

Presidenta:

Dª Raquel Iranzo Prades

Magistrados:

D. Jaime Lozano Ibáñez

D. Miguel Ángel Pérez Yuste

D. Miguel Ángel Narváez Bermejo

D. Ricardo Estévez Goytre

En Albacete, a cinco de septiembre de dos mil doce.

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla- La Mancha, los presentes autos número 848/11 el recurso contencioso administrativo tramitado por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona seguido a instancia de la UNIÓN PROVINCIAL DE CCOO EN TOLEDO, representada por el Procurador Sr. López Ruiz y dirigida por el Letrado D. Juan José Muñoz Gómez, contra la SOCIEDAD ESTATAL DE CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A., que ha estado representada y dirigida por el Sr. Abogado del Estado, y con la intervención del MINISTERIO FISCAL, sobre DENEGACIÓN DE DERECHO DE HUELGA; siendo Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado D. Miguel Ángel Pérez Yuste.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de la actora se interpuso en fecha 22-11-11, recurso contencioso-administrativo contra

la Resolución dictada por el Director de Recursos Humanos de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., de 9-5-2011.

Formalizada demanda, tras exponer los hechos y fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó solicitando se dicte sentencia estimando el recurso de conformidad con lo interesado en el suplico de la misma.

SEGUNDO.- Contestada la demanda por la Administración demandada, tras relatar a su vez los hechos y fundamentos jurídicos que entendió aplicables, solicitó una sentencia desestimatoria del recurso.

TERCERO.- Acordado el recibimiento del pleito a prueba y practicadas las declaradas pertinentes, se reafirmaron las partes en sus escritos de demanda y contestación, por vía de conclusiones, se señaló día y hora para votación y fallo el 9 de julio de 2012 a las 10,30 horas, en que tuvo lugar.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por el sindicato CC.OO, se impugna la resolución del Director de Recursos Humanos de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., de 9-5-2011, por la que se declara ilegal la huelga convocada para los días, 9 a 20 de mayo de 2011 convocada por la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO, la Federación de Servicios Públicos de UGT, CGT Correos y Telégrafos y CSIF de Toledo, y a la que estaba convocado por el personal del Centro de Tratamiento Postal de Toledo.

SEGUNDO.- El Sindicato lo que plantea es que la Administración, mediante la declaración de ilegalidad de la huelga, vulnera claramente el derecho fundamental de huelga previsto en el artículo 28.2 de la CE, y ello en relación con el artículo 62 de la ley 30/1992.

Y lo justifica sobre la base de que la declaración de ilegalidad o no de una huelga no le corresponde a la empresa, sino a los Tribunales, después de su terminación; carece pues de competencia para tal pronunciamiento, usurpando flagrante y manifiestamente la función jurisdiccional, pudiendo incurrir incluso en desviación

de poder; con dicha declaración de ilegalidad, se ha introducido un elemento de presión ilegítimo que afecta de forma directa al ejercicio de este derecho fundamental.

Existe una presunción de legalidad de la huelga, y corresponde a la Administración la acreditación de que no lo es, impugnando, ante el Órgano Jurisdiccional competente, la supuesta ilegalidad de la huelga.

TERCERO.- Como bien dice en este caso la Abogacía del Estado, los empleados de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A, tienen la consideración de empleados públicos, y la Disposición Adicional Séptima de la Ley Jurisdiccional establece lo siguiente:

“Los juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo también conocerán de las cuestiones que se promuevan entre Sociedad Estatal Correos y Telegráfos, S.A., y los empleados de ésta que conserven la condición de funcionarios y presten servicios en la misma, en los mismos términos en que conocen las cuestiones que se plantean entre los organismos públicos y su personal funcionario, atendiendo a la naturaleza específica de esta relación”.

El planteamiento que hace el Sindicato recurrente es el aplicable, con carácter general, entre empresarios y trabajadores; es decir, si la empresa considera que una huelga es ilegal, debe acudir a la jurisdicción social a fin de obtener una declaración en este sentido.

Sin embargo en este caso, existen diferencias significativas; estamos ante una empresa pública y sus empleados tienen la condición de funcionarios, de ahí que de los litigios que surjan entre ellos conozca este orden jurisdiccional y no el social.

Al mismo tiempo esta jurisdicción es revisora de los actos administrativos, y por ello no puede la Administración acudir a ella para obtener una declaración que no se base en un previo recurso frente a acto o resolución administrativa.

En este sentido, cuando el Sindicato manifiesta que la Administración debía acudir al Orden Jurisdiccional competente para obtener la declaración de ilegalidad de la huelga, es clarificador: no puede acudir la Administración al Orden Social porque no es de su competencia por la DA 7^a citada; y no puede acudir al Orden Adminis-

trativo porque no existe todavía actuación administrativa revisable en este Orden.

A mayor abundamiento, este es uno de los supuestos en los que es de aplicación el principio de autotutela administrativa; la administración, como ocurre en otros supuestos, como en la fijación de servicios mínimos, establece una declaración de legalidad o no de una huelga y por los motivos que considere oportunos; y es esta resolución administrativa la que los Tribunales de lo Contencioso Administrativo revisamos; no puede entenderse por tanto como mecanismo de presión ilegítimo y así debieron entenderlo los representantes del comité de huelga para trasladarlo a quienes ejercían este Derecho Fundamental.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 29-3-1995 -RJ 1995\2675-, transcrita por la Abogacía del Estado en la contestación a la demanda, viene a reconocer la cuestión aquí controvertida en el sentido indicado de reconocer la capacidad formal de la Administración para la declarar la ilegalidad de la huelga de los funcionarios de un Ayuntamiento, sin perjuicio del análisis concreto de los motivos que justifican esa declaración y que revisa el propio Tribunal.

En el supuesto analizado, CCOO no cuestionó los motivos de la declaración de ilegalidad de la huelga, sino la propia declaración de ilegalidad por falta de competencia, que por las razones dadas sí tenía. Y siendo este el único debate jurídico de la demanda debemos desestimarla.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, no procede imponer las costas.

Vistos los preceptos citados y demás de pertinente aplicación,

FALLAMOS

- 1.º Desestimamos el recurso contencioso administrativo.
- 2.º No hacemos imposición de costas.

Notifíquese, con indicación de que contra la presente sentencia cabe recurso de casación para ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo, que habrá de prepararse por medio de escrito presentado ante esta Sala en el plazo de diez días, contados desde el siguiente al de su

notificación, previa consignación de 50 € en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sala.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado D. Miguel Ángel Pérez Yuste, estando celebrando audiencia en el día de su fecha la Sala de lo Contencioso Administrativo que la firma, y de lo que como Secretario, certifico en Albacete, a cinco de septiembre de dos mil doce.