

# LA inTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN LAS HUELGAS EN SERVICIOS ESENCIALES DE LA COMUNIDAD

M<sup>a</sup> Nieves Moreno Vida

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Granada

## EXTRACTO

**Palabras clave: Derecho de huelga, servicios mínimos, autoridad competente, conflicto, requisitos**

En el modelo actual de regulación de la huelga en los servicios esenciales de la comunidad, el art. 10.2 RDLRT, aún depurado por la doctrina del Tribunal Constitucional, determina un activo intervencionismo de la autoridad gubernativa, en cuanto que le confiere a ésta tanto la facultad de declarar qué sectores o empresas tienen el carácter de servicios esenciales, como la de establecer unilateralmente los niveles de mantenimiento del servicio durante la huelga. Sigue tratándose de una regulación cuyo centro de gravedad se sitúa en los órganos que ejercen responsabilidades de gobierno, que da lugar a una regulación "político-administrativa" que resulta muy diferente de la que se produce para la huelga entre privados. Lo más significativo de esta concepción administrativa es la enorme extensión que se ha producido por esta vía del concepto de servicios esenciales, destacándose, no obstante, que sobre el concepto de servicio esencial no puede existir discrecionalidad administrativa. La fijación de servicios mínimos constituye una actividad administrativa sometida a un conjunto de garantías o requisitos derivados de la propia Constitución y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la medida en que suponen una limitación de un derecho fundamental. Entre éstos destacan la necesidad de motivación del acto, el cumplimiento de ciertos requisitos que han de presidir la exteriorización del acto administrativo correspondiente y el deber de la autoridad gubernativa de potenciar procedimientos de composición pacífica de los conflictos colectivos, en concordancia con la doctrina del Comité de Libertad Sindical de la OIT.

## ABSTRACT

**Key words: Right to strike, minimum services, competent authority, conflict, requirements**

In the current model of regulation about strikes in the essential services of the community, article 10.2 RDLRT determines an active interventionism of the authority of Government, to confer: which sectors or companies have the character of essential services, such as unilaterally establish the maintenance of service levels during the strike. Continuing to treat a regulation whose center of gravity is located in the organs carrying out responsibilities of Government, giving rise to a "political and administrative" regulation that is very different from which is produced for the strike among private. The fixing of minimum services constitutes an administrative activity subject to a set of guarantees or requirements derived from the Constitution and the jurisprudence of the Constitutional Court insofar as they represent a limitation of a fundamental right. These include a necessary motivation, compliance with certain requirements and the duty try solutions peaceful conflict consistent with ILO's doctrine.

## ÍNDICE

1. Introducción. La regulación de la huelga en servicios esenciales: dialéctica entre autonomía y heteronomía
2. El Modelo "Político-Administrativo" de regulación de la huelga en servicios esenciales: el intervencionismo de la autoridad gubernativa
  - 2.1. La concreción de los servicios esenciales llevada a cabo por la autoridad gubernativa
  - 2.2. Las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales: el establecimiento de servicios mínimos
    - 2.2.1. La atribución de la titularidad del establecimiento de los servicios mínimos en el sistema legal vigente: la autoridad gubernativa
    - 2.2.2. Límites al ejercicio de la potestad administrativa de ?jación de servicios mínimos
    - 2.2.3. Selección de los trabajadores encargados de prestar servicios mínimos
    - 2.2.4. Incumplimiento de los servicios mínimos
3. Huelga en servicios esenciales y arbitraje obligatorio

## 1. INTRODUCCIÓN. LA REGULACIÓN DE LA HUELGA EN SERVICIOS ESENCIALES: DIALÉCTICA ENTRE AUTONOMÍA Y HETERONOMÍA

La composición de los conflictos colectivos laborales se mueve siempre, como se sabe, en la dialéctica entre autonomía-heteronomía, siendo una opción del sistema jurídico en el que se produzca el conflicto la elección de una u otra vía (a favor de un mayor o menor grado de intervencionismo público). Reconocido el derecho de huelga como medida de presión para la defensa de intereses colectivos o generales de los trabajadores, esta misma dialéctica está presente también en la regulación del ejercicio de este derecho. Pero esta dialéctica adquiere una signi?cación propia cuando se plantea en relación a la regulación de la huelga cuando ésta se lleva a cabo en servicios que son esenciales para la comunidad.

En efecto, el problema de la protección de los servicios esenciales ha ocupado un papel singular dentro de esa opción entre autonomía-heteronomía en la regulación del derecho de huelga, o lo que es lo mismo, en la dialéctica entre autorregulación (autogobierno del conflicto por las fuerzas sindicales) y heterorregulación (la pretensión política de someter el derecho de huelga a controles pre?jados por el ordenamiento estatal). Es claro que una regulación jurídica de la huelga no constituye un elemento decisivo para la contención de la conflictividad industrial. Sin embargo, hoy ya no se discute la necesidad de racionalizar el ejercicio del derecho de huelga en los servicios esenciales para la comunidad sino, más bien, sobre el modo en que se ha de producir esa racionalización para conciliar, en forma equilibrada, los diferentes derechos e intereses en conflicto.

A ello hay que añadir, además, las características singulares de las situaciones conflictivas en el sector público y, en general, en los servicios esencia-

les: en el aspecto cualitativo, producción de perjuicios hacia terceros -consumidores o usuarios-; en el aspecto cuantitativo, proliferación y exacerbación de la conflictividad en el sector servicios, es decir, el fenómeno de la “terciarización” del conflicto... Ello ha llevado a una mayor intervención pública en el ejercicio del derecho de huelga y asimismo a más incisivos condicionamientos en el mismo fundados en la tutela de los intereses generales, que corresponde llevar a cabo al legislador<sup>1</sup>.

Basta ver cuál es la experiencia comparada para comprobar que ningún ordenamiento jurídico que se base en el reconocimiento de la huelga como derecho desconoce la intervención heterónoma en la regulación de la huelga en servicios esenciales (heterorregulación), sea por vía de la intervención del legislador, sea por vía de la actuación jurisprudencial. Hasta tal punto es así, que se puede afirmar respecto a los ordenamientos jurídicos de los países de nuestra órbita comunitaria (es el caso, señaladamente, de Francia y de Italia) que el régimen jurídico de la huelga en servicios esenciales puede ser calificado como un Derecho especial “incompleto” situado en interrelación (y, a veces frente) al “Derecho común” de la huelga<sup>2</sup>: en suma, una regulación especial de la huelga. Se debe señalar, no obstante, que esta calificación, como “regulación especial”, con frecuencia ha supuesto la introducción de derogaciones *in peius* de la disciplina “común” del derecho de huelga<sup>3</sup>. El ejercicio de la huelga en servicios esenciales para la comunidad aparece, desde el punto de vista normativo, como un supuesto típico de excepcionalidad que justifica restricciones en su ejercicio<sup>4</sup>. En este sentido, la intervención pública es una realidad exigida por la relevancia del conflicto de intereses suscitado por el particular ámbito en el que tiene lugar y se realiza la huelga.

Partiendo entonces de esta exigencia de intervención pública, el problema seguirá estando todavía en establecer un sistema de equilibrio e integración entre las fuentes estatales y las fuentes profesionales, que debería de situarse en

<sup>1</sup> Vid. Casas Baamonde, M.e.: “Los procedimientos de regulación de los servicios esenciales”, en AA.VV.: “Ley de Huelga”. Instituto Sindical de Estudios. Madrid, 1993, págs. 230-231; VALDÉS DAL-RE, F.: “Servicios esenciales y servicios mínimos en la función pública”, en RL, núm.9 (1986), pág.9.

<sup>2</sup> Vid. Monereo Pérez, J.L.: “La huelga como derecho constitucional: la técnica específica de organización jurídico-constitucional de la huelga”, Temas Laborales, núms. 27 y 28, 1993.

<sup>3</sup> Vid. Baylos Grau, A.: “Derecho de huelga y servicios esenciales”, Tecnos. Madrid, 1988, págs.25 y sigs.; Vida Soria, J.: “La regulación del derecho de huelga en los ordenamientos jurídicos de Francia e Italia”, en Actualidad Laboral, núm.38, 19-25 octubre, 1992.

<sup>4</sup> Cfr. Matia Prim,J. (en Matia Prim-Sala Franco-Valdes Dal-Re y Vida Soria.: “Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos”, Madrid, 1982, pág.137), que señala que la singularidad de las huelgas en servicios esenciales de la comunidad ha recibido una unánime valoración indicadora de la absoluta aceptación de un principio (el de que el derecho de huelga no es un derecho ilimitado que pueda hacer peligrar los fundamentos de la comunidad) y del reconocimiento de que éste es precisamente el supuesto típico de excepcionalidad que permite restricciones en el ejercicio del derecho.

este tema en un sistema de “colaboración internormativa”<sup>5</sup>. De esta forma, la regulación legal del derecho de huelga debiera reducir y cambiar el sentido de la intervención gubernativo-judicial tal y como hasta ahora se ha venido produciendo para permitir en esta materia la entrada de la negociación colectiva.

Como es obvio, en el tratamiento de esta problemática no se puede desatender el contexto, ya conocido, de los cambios producidos en la base económica y en la propia dinámica de las relaciones laborales. Estos cambios subyacen en la raíz de la conflictividad en los servicios esenciales y en el replanteamiento de las relaciones entre las fuentes de regulación y gestión de la misma conflictividad (en el marco más amplio de la gestión del sistema de relaciones laborales en su conjunto), en el sentido de primar la intervención legislativa de cobertura, sin perjuicio de la técnica del reenvío a la autonomía colectiva. Esto se ha producido incluso en países con una fuerte tradición de abstencionismo legislativo en materia de huelga, como es el caso paradigmático de Italia.

Cabe señalar también que frecuentemente, en este tipo de huelgas, los Poderes públicos asumen el triple papel de árbitro, de garante de los derechos de los ciudadanos y de empleador frente a los trabajadores que realizan la huelga y, en esta confusión de posiciones, suelen mantener una posición beligerante, transmitiendo una mala imagen del fenómeno de la huelga, que amplía el descrédito de los huelguistas entre los ciudadanos usuarios.

El desarrollo de la conflictividad social ha puesto de mani?esto las insuficiencias, en la práctica, de los mecanismos de autorregulación unilateral (sindical) y, aunque desde luego en menor medida, bilateral (negociada), lo que ha contribuido a privilegiar los sistemas mixtos de regulación, en virtud de los cuales se opera una relación de complementariedad entre las técnicas públicas y privadas, heterónomas y autónomas, de regulación del conflicto. Es claro que hoy existe una nítida tendencia hacia la definición de modelos mixtos de regulación jurídica del ejercicio del derecho de huelga, particularmente en los considerados servicios esenciales para la comunidad. En este proceso evolutivo se insertó la Ley italiana de 12 de junio de 1990 (posteriormente modificada por la Ley 83/2000, de 11 de abril), sobre el ejercicio del derecho de huelga en los servicios públicos esenciales y, en nuestro país, el Proyecto de Ley Orgánica de Huelga de 1993, que, aunque, como se sabe, no llegó a aprobarse, incidía igualmente de modo singular en esa misma materia.

<sup>5</sup> Cfr. Monereo Pérez, J.I.: “La huelga como derecho constitucional...”, *op.cit.* 1993.

## 2. EL MODELO “POLÍTICO-ADMINISTRATIVO” DE REGULACIÓN DE LA HUELGA EN SERVICIOS ESENCIALES: EL INTERVENCIÓNISMO DE LA “AUTORIDAD GUBERNATIVA”

En nuestro sistema jurídico actual la Constitución consagra el modelo de huelga-derecho, y lo hace otorgándole el máximo rango como derecho fundamental<sup>6</sup>, lo que obliga al legislador a garantizar legalmente la efectividad de este derecho “a través de un comportamiento activo propio de la función promocional o de fomento de la huelga como libertad constitucional y valor fundamental”<sup>7</sup>. Al mismo tiempo, contiene un mandato al legislador para que establezca “las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad” (art. 28.2 CE). El significado de este límite constitucional es claro para el Tribunal Constitucional, como puso de manifiesto en la Sentencia de 8 de abril de 1981 (STC 11/1981): “En la medida en que la destinataria y acreedora de tales servicios es la comunidad entera y los servicios son al mismo tiempo esenciales para ella, la huelga no puede imponer el sacrificio de los intereses de los destinatarios de los servicios esenciales. El derecho de la comunidad a estas prestaciones vitales es prioritario respecto del derecho a la huelga”.

El todavía vigente RDLRT, de 4 de marzo de 1977, dedica a la huelga en servicios esenciales sólo el párrafo segundo del art. 10: “Cuando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurren circunstancias de especial gravedad, la autoridad gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios. El Gobierno, así mismo, podrá adoptar a tales fines las medidas de intervención adecuadas”.

La conocida Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1985, de 8 de abril, declaró la constitucionalidad del art. 10.2 RDLRT, aunque renovado en su contenido por inercia de la propia Constitución. No obstante se mantuvo el protagonismo de la regulación heterónoma, consecuencia directa del principio que presidía todo el ordenamiento jurídico en el que aparece inserto el RDLRT. Sigue, por tanto, existiendo una clara falta de homogeneidad (si no una clara contradicción, pese a la labor depuradora y reinterpretativa del Tribunal

<sup>6</sup> Sobre su configuración jurídica, vid. Monereo Pérez, J.I.: “La huelga como derecho constitucional: la técnica específica de organización jurídico-constitucional de la huelga”, op.cit.; Vida Soria-Gallego Morales: “Derechos sindicales y de huelga”, en Alzaga Villaamil (Dir.): “Comentarios a la Constitución Española de 1978”, op.cit.; Monereo Pérez: “La Huelga. Comentario al art. 28.2 CE”, en Monereo Pérez, Molina Navarrete y Moreno Vida: “Comentarios a la Constitución Socio-Económica de España”, Comares, Granada, 2002; Monereo Pérez (Coord.): “Derecho de huelga y conflictos colectivos. Estudio crítico de la doctrina jurídica”, Comares, Granada, 2002.

<sup>7</sup> Cfr. Monereo Pérez: “La Huelga. Comentario al art. 28.2 CE”, op.cit., pág. 1058.

Constitucional) entre el modelo de regulación que se deriva del RDLRT y la configuración de la huelga que se deriva de su reconocimiento constitucional (ya que uno y otro obedecen a modelos y principios claramente distintos). Por otra parte, no cabe duda de la inadecuación actual de la regulación contenida en esta norma a las nuevas características con las que se presenta el conflicto industrial.

Esta regulación heterónoma va a ser fundamentalmente una regulación de carácter administrativo y judicial, más que legal, ya que el RDLRT se limita prácticamente a autorizar a la autoridad gubernativa para que adopte las medidas necesarias para asegurar el mantenimiento de los servicios mínimos, si bien las posibles extralimitaciones que se hayan producido en el ejercicio de esta facultad estarán sometidas a un control jurisdiccional posterior.

El art. 10.2 RDLRT determina un activo intervencionismo de la autoridad gubernativa, en cuanto que le confiere a ésta tanto la facultad de declarar qué sectores o empresas tienen el carácter de servicios esenciales a efectos de la huelga, como la de establecer unilateralmente los niveles de mantenimiento del servicio durante la huelga, es decir, cuáles serán los servicios mínimos que habrán de mantenerse, mediante la restricción del ejercicio del derecho de huelga para determinados trabajadores. Ello supone, como ha puesto de relieve Baylos<sup>8</sup>, que es el poder público quien administra el conflicto; se trata de una regulación “cuyo centro de gravedad se sitúa en los órganos que ejercen responsabilidades de gobierno y que, en consecuencia, se encuentra fuertemente publicística” produciéndose una “regulación político-administrativa del derecho de huelga en el sector público” muy diferente de la que se produce para la huelga entre privados<sup>9</sup>.

Este precepto no puede entenderse, sin embargo, como una habilitación legal para la regulación reglamentaria en abstracto de servicios mínimos, sin referencia a una huelga concreta y sin la previa base en la Ley a la que se refiere el art. 28.2 CE; por el contrario el precepto claramente se refiere a huelgas ya declaradas, lo que determinaría la naturaleza administrativa de estas disposiciones de la autoridad gubernativa. No obstante, se viene planteando reiteradamente la naturaleza administrativa o reglamentaria de dichas disposiciones (tema no suficientemente aclarado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, vid. STC 233/1997) como consecuencia de la naturaleza diversa que en la práctica vienen teniendo. Cuestión que se acentúa aún más por la existencia de disposiciones de la autoridad gubernativa en las que parecen convivir su carácter concreto para

<sup>8</sup> Cfr. Baylos Grau, A.: “El derecho de huelga a los 25 años de aprobación del DLRT-77”, en AAVV: “Derecho Colectivo”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, pág. 185.

<sup>9</sup> Cfr. Baylos Grau, A.: “La suspensión cautelar de los servicios mínimos impuestos en la huelga del 20 de junio del 2002 (Una recopilación jurisprudencial)”, RDS, núm. 18, 2002, pág. 219.

una huelga ya declarada y su vocación de permanencia para futuras huelgas<sup>10</sup>, y, al mismo tiempo, por la discutible regulación contenida en ciertas normas que imponen de manera permanente unos servicios mínimos obligatorios para determinados sujetos<sup>11</sup>.

En el sistema previsto en el RDLRT no cabe la autonomía, negocial o unilateral, en la ordenación de la huelga en servicios esenciales. En dicho sistema el poder público administra el conflicto y se desresponsabiliza a los sindicatos de la gestión del mismo. Por su parte, el Tribunal Constitucional inicialmente parece rechazar la autorregulación sindical (pura), ya que considera que “sentar como única regla el arbitrio de los huelguistas es tesis insostenible” y que “la decisión sobre la adopción de las garantías de funcionamiento de los servicios no puede ponerse en manos de ninguna de las partes implicadas, sino que debe ser sometida a un tercero imparcial” (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 18). Ello ha supuesto que en nuestro sistema no se haya previsto la participación de los sindicatos en la regulación de las huelgas en servicios esenciales, no ya condicionando la actuación gubernativa, sino ni tan siquiera previéndose un requisito de audiencia de las organizaciones sindicales. Si bien, el propio Tribunal Constitucional considera que la falta de audiencia a los sindicatos convocantes de la huelga puede determinar una vulneración de los principios de neutralidad y de imparcialidad por parte de la autoridad gubernativa (STC 27/1989, de 3 de febrero) y, manteniendo el papel central de la autoridad gubernativa, admite la posibilidad de una participación sindical, al considerar que la autoridad gubernativa “pueda remitir la concreta regulación de los servicios a instituciones derivadas de la autonomía colectiva, si se ofrecen garantías suficientes..., o bien pueda hacer suyas las conclusiones, propuestas u ofertas de las propias partes en conflicto” (STC 51/1986, de 24 de abril, FJ 3).

Pese a todo, en la realidad actual el papel de la autonomía colectiva y de la autorregulación sindical del derecho de huelga ha extendido su campo de actuación a través del sistema de solución extrajudicial de conflictos que se ha ido estableciendo en nuestro país tanto en el ámbito nacional como en el autonómico.

<sup>10</sup> Vid. BAYLOS GRAU, A.: “El derecho de huelga a los 25 años de aprobación del DLRT-77”, en AAVV: “Derecho Colectivo”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, pág. 185; Id.: “La suspensión cautelar de los servicios mínimos impuestos en la huelga del 20 de junio del 2002 (Una recopilación jurisprudencial)”, RDS, núm. 18, 2002, pág. 41.

<sup>11</sup> Así, para el personal al servicio de la Administración de Justicia, el RD 755/1987, de 19 de junio (última modificación por RD 54/2002, 18 enero) regula con dudosa regularidad jurídica la prestación de servicios esenciales (mínimos obligatorios), e igualmente, para el personal de Instituciones Penitenciarias el RD 1642/1983, de 1 de julio, por el que se establecen normas para garantizar la prestación de servicios mínimos en los establecimientos penitenciarios (modificado por RD 1474/1988).

### **2.1. La concreción de los servicios esenciales llevada a cabo por la autoridad gubernativa**

Para la doctrina constitucional, “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, entendiéndose 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. Sólo 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” (STC 8/1992, de 16 de enero).

Partiendo de esta cláusula general abierta establecida por la doctrina del Tribunal Constitucional, se ha ido llevando a cabo una delimitación de sectores esenciales a través de pronunciamientos del propio Tribunal y a través de la concreción llevada a cabo por la autoridad gubernamental. Como ha indicado Baylos<sup>12</sup>, esta técnica “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”.

Se debe recordar, sin embargo, que la autoridad gubernativa no puede entrar en la delimitación del alcance y la interpretación de un concepto jurídicamente indeterminado como es el concepto de servicios esenciales, cometidos que la Constitución atribuye a la Ley y a los Tribunales de Justicia. Es decir, sobre el concepto de servicio esencial no puede existir discrecionalidad administrativa, otra cosa es que ésta ostente competencias en orden a especificar las garantías precisas o necesarias para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. Y ello porque no se trata sólo una actividad jurídica, sino eminentemente política, que admite una elección, fundada en criterios extrajurídicos (de oportunidad, técnico-materiales, etc.), entre distintas alternativas de garantías de las condiciones materiales para el disfrute por los ciudadanos de ciertos derechos constitucionales preeminentes.

En la regulación actual, convalidada, con las matizaciones correspondientes, por el Tribunal Constitucional, es la autoridad gubernativa la que, según el RDLRT, dispone las limitaciones oportunas al ejercicio del derecho de huelga cuando ésta se declara en servicios considerados esenciales. Pero, además, es

<sup>12</sup> Cfr. Baylos Grau, A.: “Sindicalismo y Derecho Sindical”, Bomarzo, Albacete, 2004, pág. 77.



la propia autoridad gubernativa la que viene determinando la esencialidad del servicio. La actuación de la autoridad gubernativa se puede desarrollar en dos fases articuladas o simultáneamente. En el primer caso, la autoridad pública lleva a cabo en primer lugar la declaración del carácter esencial de un determinado sector, servicio o empresa y, en una segunda fase, establece cuáles han de ser los mínimos de actividad que deberán mantenerse en función de las características y circunstancias concretas de una específica convocatoria de huelga<sup>13</sup>. La primera fase (la declaración de esencialidad) suele realizarse a través de un Decreto con vigencia indefinida y la segunda mediante una norma de rango inferior, una Orden Ministerial<sup>14</sup>. En el segundo caso, la autoridad gubernativa procede a dictar un Decreto de Servicios Mínimos en el que, simultáneamente, declara la esencialidad del servicio e impone unos determinados servicios mínimos<sup>15</sup>.

La atribución a la autoridad gubernativa no sólo de la fijación de los mínimos de actividad que deban mantenerse sino también de la declaración de esencialidad del servicio, ha dado lugar, como se ha denunciado reiteradamente, a una extensión injustificada de los ámbitos en los que pueden imponerse restricciones al ejercicio del derecho de huelga<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Vid. Merino Segovia, A.: "El concepto de servicios esenciales y la publicación de las reglas limitativas del ejercicio del derecho de huelga en este sector", en BAYLOS GRAU (Coord.): Estudios sobre la huelga, Bomarzo, Albacete, 2005, que se refiere a "los estándares mínimos de funcionamiento del servicio adecuados a las circunstancias de una específica convocatoria de huelga".

<sup>14</sup> Así, por ejemplo, RD 529/2002, de 14 de junio, por el que se garantiza la prestación del servicio esencial relativo a la red soporte de los servicios de difusión de televisión; y de conformidad con este Decreto las siguientes Órdenes Ministeriales: Orden CTE/1523/2002, de 18 de junio, sobre servicios mínimos en las empresas de cable del Grupo Auna Cable; Orden CTE/1524/2002, de 18 de junio, sobre servicios mínimos en Retecal Sociedad Operadora de Telecomunicaciones de Castilla y León, S.A.; Orden CTE/1525/2002, de 18 de junio, sobre servicios mínimos en las empresas de cable del Grupo R Cable y Telecomunicaciones; Orden CTE/1526/2002, de 18 de junio, sobre servicios mínimos en Zener Norte, S.L.; Orden CTE/1529/2002, de 18 de junio, sobre servicios mínimos en Zener Redes, S.A.

Más recientemente, entre otras, Orden IET/1048/2013, de 10 de junio, por la que se establecen los servicios mínimos del sector de hidrocarburos ante la convocatoria de huelga general del día 12 de junio de 2013 en las comarcas de Ferrol, Eume y Ortegal de la Comunidad Autónoma de Galicia; Orden IET/798/2014, de 13 de mayo, por la que se establecen los servicios mínimos de las instalaciones de la Asociación Nuclear Ascó-Vandellós II, de manera que quede garantizada la continuidad del suministro de energía eléctrica y preservada la estabilidad del sistema eléctrico ante la huelga general convocada en dichas instalaciones determinados días comprendidos entre el 16 de mayo y el 16 de junio de 2014, y entre el 7 de noviembre y el 8 de diciembre de 2014.

<sup>15</sup> Vid., por ejemplo, los Decretos de servicios mínimos dictados con motivo de huelgas convocadas en RTVE: RD 392/2006, de 31 de marzo, y RD 130/2010, de 12 de febrero, por el que se establecen las normas para garantizar el funcionamiento de los servicios mínimos esenciales en la corporación RTVE, S.A., y en las sociedades mercantiles estatales TVE, RNE.

<sup>16</sup> Vid. Baylos Grau, A.: "La huelga en los servicios esenciales en España: sistema vigente y perspectivas de reforma", en Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali, núm. 12, 1992, pág. 233.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional ha ido declarando la esencialidad de diferentes servicios y actividades, especialmente el sector del transporte, el de la energía y la actividad sanitaria, siempre que satisfagan derechos o bienes constitucionalmente protegidos y en la medida y con la intensidad con que los satisfagan: el transporte ferroviario (STC 26/1981, de 17 de julio), el transporte aéreo (STC 51/1986, de 24 de abril), el transporte metropolitano de Madrid (STC 53/1986, de 5 de mayo) y otros transportes urbanos, como la EMT (STC 123/1990, de 2 de julio), el suministro de energía eléctrica (STC 8/1992, de 16 de enero), la asistencia sanitaria (STC 27/1989, de 3 de febrero) y la asistencia social (STC 122/1990, de 2 de julio).

Pero, sin que se pueda hablar propiamente de que exista un “catálogo”<sup>17</sup>, en la actualidad hay un importante número de sectores y servicios declarados esenciales a efectos de imponer servicios mínimos, cuya determinación se ha realizado por decisión de la autoridad gubernativa. Frente a las decisiones al respecto del Tribunal Constitucional, que no han sido muy abundantes, la actividad de la autoridad gubernamental sí ha producido un numeroso elenco de servicios declarados esenciales en un gran número de sectores y actividades. Sin intención de agotarlos, se pueden indicar los siguientes:

- Sanidad: hospitales o centros sanitarios, públicos y privados, y los servicios sanitarios públicos prestados fuera de los hospitales... También se puede incluir aquí el campo de la higiene pública que afecta a la sanidad: recogida de basuras y limpieza pública, servicios funerarios, abastecimiento de productos de primera necesidad y suministro de agua potable.

- Transportes: transporte por carretera, transporte ferroviario, transporte suburbano, transporte aéreo y transporte marítimo. Existen, sin embargo, muchas discrepancias sobre cuando la actividad de transporte es esencial y cuando no (según se trate de transporte regular de pasajeros o transporte no regular o transporte turístico, vid. STSJ de Valencia 29 marzo 2001; STSJ Baleares 25 enero 2000). Por lo que se refiere al transporte de mercancías su carácter esencial es más problemático: sólo puede considerarse esencial el transporte de determinadas mercancías que permitan el mantenimiento de otros servicios esenciales, como ocurre con el transporte de productos sanitarios, energéticos o alimentarios de primera necesidad...

Generalmente se vienen declarando también esenciales las estructuras administrativas y las infraestructuras necesarias para garantizar el transporte, como son los servicios aeroportuarios y de tránsito aéreo, las estaciones de transporte público, los puertos, la Dirección General de Tráfico... En algunos casos, la declaración de esencialidad no está plenamente justificada, como ocurre con las autopistas de peaje.

<sup>17</sup> Vid., al respecto, Vivero Serrano, J.B.: “La huelga en los servicios esenciales”, Lex Nova. Valladolid, 2002, págs. 149 y sigs.

- Comunicaciones: comunicaciones telefónicas, telégrafos, correos, acceso a internet y los medios de comunicación e información audiovisuales (televisiones y radios, públicas y privadas) y escritos.

- Energía: Producción y suministro de electricidad, combustibles derivados del petróleo y combustibles gaseosos. Afecta no sólo a la producción y suministro sino también a la distribución, transporte y venta<sup>18</sup>.

- Educación: universidades, centros docentes no universitarios, centros de educación especial, escuelas infantiles públicas, transporte escolar...

- Seguridad: De forma muy cuestionable, se ha declarado también esencial el sector de la seguridad privada, en base a su "carácter de servicios subordinados y complementarios respecto a los de la seguridad pública"<sup>19</sup>.

- Junto a estos, existen muchos otros ámbitos en los que se ha declarado la esencialidad, como en el sector de las ?anzas públicas, el sector de la protección social (Seguridad Social, asistencia social, servicios sociales, INEM), Administración de Justicia, y progresivamente (y de forma muy cuestionable) la mayor parte de las actividades de la Administración.

Sin embargo, como se viene denunciando en la doctrina<sup>20</sup>, lo más signi?cativo de esta concreción administrativa de los servicios esenciales es la enorme extensión que se ha producido por esta vía del concepto de servicios esenciales. La tendencia que se viene apreciando en los últimos años, muy acusadamente a partir de la huelga general de 20 de junio de 2002<sup>21</sup>, es a considerar que son

<sup>18</sup> Entre otros, Orden IET/1048/2013, de 10 de junio, por la que se establecen los servicios mínimos del sector de hidrocarburos ante la convocatoria de huelga general del día 12 de junio de 2013 en las comarcas de Ferrol, Eume y Ortegal de la Comunidad Autónoma de Galicia; Orden IET/798/2014, de 13 de mayo, por la que se establecen los servicios mínimos de las instalaciones de la Asociación Nuclear Ascó-Vandellós II, de manera que quede garantizada la continuidad del suministro de energía eléctrica y preservada la estabilidad del sistema eléctrico ante la huelga general convocada en dichas instalaciones determinados días comprendidos entre el 16 de mayo y el 16 de junio de 2014, y entre el 7 de noviembre y el 8 de diciembre de 2014.

<sup>19</sup> RD 524/2002, de 14 de junio, por el que se declara el carácter de servicio esencial del sector de la seguridad privada. Declarado válido por STS de 10 de octubre de 2003. Caso distinto es el del RD 508/2002, de 10 de junio, por el que se establecen los servicios mínimos en el ámbito de la prestación de los servicios esenciales en la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima (SASEMAR) en situaciones de huelga.

<sup>20</sup> Vid. Baylos Grau, A.: "La regulación del derecho de huelga en España: panorámica general", Relaciones Laborales y Seguridad Social, núms. 23-24, 1997, pág. 1261; Id.: "Derecho de huelga en los servicios esenciales. Problemas derivados del acto gubernativo de imposición de un servicio mínimo", en AAVV: "Derecho de libertad sindical y huelga", Consejo General del Poder Judicial, Cuademo núm. XII, Madrid, 1992, pág. 203; Id.: "Sindicalismo y derecho sindical", op.cit., págs. 75-78; Vivero Serrano, J.B.: "La huelga en los servicios esenciales", op.cit., págs. 161-162; Merino Segovia, A.: "El concepto de servicios esenciales y la publi?cación de las reglas limitativas...", op.cit., págs. 150 y sigs.; Cabeza Pereiro, J.: "La imposición de servicios mínimos", en Baylos Grau (Coord.): "Estudios sobre la huelga", Bomarzo, Albacete, 2005, págs. 186.

<sup>21</sup> Véase, detalladamente, Merino Segovia, A.: "El concepto de servicios esenciales y la publi?cación de las reglas limitativas...", op.cit., págs. 159 y sigs.

esenciales todos los servicios que presta la Administración<sup>22</sup> (considerando además esenciales todas las prestaciones que integran el servicio) y a identificar los conceptos de servicios públicos y servicios esenciales, con independencia de que en todos estos servicios se satisfagan o no derechos fundamentales; se ha producido, como se ha señalado en la doctrina<sup>23</sup>, una sustitución progresiva del concepto de servicios esenciales por el de servicios públicos. Ello ha ido acompañado, además, de la creación de unos servicios mínimos excesivamente amplios y el resultado es una restricción indiscriminada del ejercicio del derecho de huelga.

En muchos casos la autoridad gubernativa se apoya en una declaración legal que, al regular un determinado servicio público, lo califica como servicio esencial (caso, por ejemplo, de la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal, calificando la radio y televisión de titularidad estatal como “servicio esencial para la comunidad”). No obstante, esta calificación debe interpretarse en el sentido de servicios de interés general, pero no como “servicio esencial” a efectos del ejercicio del derecho de huelga, sobre todo por el hecho de que la doctrina del Tribunal Constitucional, como se vio anteriormente, considera que “a priori ningún tipo de actividad productiva puede ser considerado en sí mismo como esencial”, debiendo considerar para ello la satisfacción de los intereses tutelados constitucionalmente y el grado e intensidad de la huelga sobre los mismos (STC 8/1992, de 16 de enero).

Esta extensión, por supuesto, desborda el concepto establecido por la doctrina del Tribunal Constitucional (aunque éste haya concurrido una cláusula genérica de esencialidad) y, aún más, por la doctrina del Comité de Libertad Sindical de la OIT. Es además contraria a muchos pronunciamientos del Tribunal Constitucional que ha reiterado que servicios esenciales y servicios públicos no son términos idénticos (SSTC 26/1981, de 17 de julio; 53/1986, de 5 de mayo). Pero frente a esta tendencia de la autoridad político-administrativa a declarar la esencialidad de todos los servicios públicos y de toda la actividad de la Administración, los tribunales ordinarios no han reaccionado de manera contundente en todas las ocasiones. Por el contrario, la intervención judicial se ha centrado más en la consideración de los servicios mínimos impuestos por la autoridad gubernativa, calificando de abusivos y desproporcionados muchos

<sup>22</sup> Como señala Vivero Serrano, J.B.: “La huelga en los servicios esenciales”, *op.cit.*, pág. 161, “Se trata, por tanto, de la calificación de esencialidad en bloque de la Administración General del Estado, de las Administraciones de las distintas CCAA y de las Administraciones Locales”. “La autoridad gubernativa ha acogido en la práctica los criterios de continuidad de los servicios públicos y de protección del interés general, como se sabe ajeno a la doctrina del Tribunal Constitucional, sin que los tribunales ordinarios hayan reaccionado con la contundencia necesaria”.

<sup>23</sup> Vid. Baylos Grau, A.: “Derecho de huelga en los servicios esenciales...”, *op.cit.*, págs. 202 y 203.

de ellos, que en limitar el concepto de servicios esenciales, convalidando en muchos casos esta asimilación entre servicios esenciales y servicios públicos<sup>24</sup>.

## **2.2. Las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales: El establecimiento de servicios mínimos**

Las técnicas de garantía de los servicios esenciales se refieren, como se sabe, a las medidas que tienden a componer de forma equilibrada los intereses constitucionales en conflicto: el interés de los trabajadores huelguistas y el interés de los usuarios de los servicios esenciales afectados (limitando, así, las consecuencias desfavorables de los conflictos en terceros extraños). En particular, las técnicas de garantía remiten fundamentalmente a la técnica de servicios mínimos que deben ser prestados en las actividades afectadas por la huelga para garantizar un mínimo mantenimiento de los servicios esenciales.

Existen distintos tipos de medidas de garantía, que con diverso alcance y características se plantean en la experiencia comparada y que en buena parte asumen un carácter preventivo (“medidas de prevención” en sentido amplio). Se trata sobre todo de medidas dirigidas a encontrar solución a los conflictos antes de que estalle una huelga (para prevenir las huelgas en los servicios esenciales) o que la misma continúe; medidas dirigidas a impedir que tales conflictos den lugar a huelgas repentinas y sorpresivas (preaviso, publicidad); y, en fin, medidas que tienen como finalidad paliar sus efectos respecto de terceros al conflicto (mantenimiento de un servicio mínimo). Aunque hoy la medida garantizadora básica y fundamental es el establecimiento de servicios mínimos, realmente en el art. 28.2 CE (tampoco en el art. 10.2 RDLRT) no está presente una única medida o tipo de medidas garantizadoras. De forma que es posible en nuestro ordenamiento el establecimiento (como hace en Italia la Ley de 1990, y más aún después de su reforma por la Ley 83/2000) de una pluralidad de medidas garantizadoras de los servicios esenciales, aunque siguiera teniendo un papel central el establecimiento de las prestaciones indispensables, es decir, los servicios mínimos<sup>25</sup>.

Se puede decir servicio mínimo como el instrumento que impide que la huelga sea total, de modo que se asegure la continuidad aunque mínima del

<sup>24</sup> Así, entre otras, STS de 22 de marzo de 2004, que considera que el servicio público de televisión es un servicio esencial, pero, además, declara que este servicio no pierde su condición de esencial por el hecho de que se preste a través de empresas privadas y mediante el cobro de un precio a los usuarios (y que, por tanto, no son de libre acceso para todos los usuarios); el argumento esgrimido es que también las televisiones privadas, incluso las de pago, “contribuyen a que los ciudadanos puedan recibir libremente la información veraz que deseen, según sus preferencias legítimas”.

<sup>25</sup> Vid. Baylos Grau, A.: “Derecho de huelga y servicios esenciales”, op.cit., págs. 168-169; Torrente Gari, S.: “El ejercicio del Derecho de Huelga y los servicios esenciales”, op.cit., págs. 225 y sigs.

servicio; es decir, la “prestación de los trabajos necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que el propio servicio satisface, pero sin alcanzar el nivel de rendimiento habitual” (STC 53/1986, de 5 de mayo). De esta manera, la adopción de los servicios mínimos ha de estar adaptada a cada huelga en concreto, es decir, debe estar “en relación directa con el interés de la comunidad, que debe ser perturbado por la huelga sólo hasta los extremos razonables” (STC 51/1986 de 24 de abril y 53/1986, de 5 de mayo).

Como técnica de garantía para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales, los servicios mínimos suponen una restricción al ejercicio del derecho de huelga<sup>26</sup> en la medida en que, por un lado, desde la perspectiva individual, priva de su derecho de huelga a los trabajadores designados para prestar estos servicios esenciales y, por otro lado, desde la perspectiva colectiva, debilita el desarrollo colectivo de la huelga, tanto por la presión que ésta pueda ejercer como por el número de trabajadores que puedan adherirse a la misma.

Estos servicios mínimos pueden articularse de diversas formas. La ley de huelga italiana de 1990 (reformada en 2000) se refiere de manera expresa a dos modos de articular las llamadas prestaciones indispensables, que en la práctica de nuestro sistema también se vienen utilizando: la primera, que suele ser la forma más habitual (es la que aparece en la mayoría de las disposiciones de la autoridad gubernativa en nuestro país), consiste en mantener una prestación mínima de los servicios esenciales garantizando la continuidad de determinadas actividades durante toda la duración de la huelga que serán llevadas a cabo por un determinado número de trabajadores que quedan, en consecuencia, privados del ejercicio de su derecho de huelga; el segundo modo (menos utilizado) consiste en mantener el funcionamiento normal de las actividades esenciales con todos los trabajadores que están asignados a ellas durante una o varias franjas horarias, quedando el resto del tiempo, durante la duración de la huelga, paralizado íntegramente el servicio (sistema que a veces se utiliza en huelgas llevadas a cabo en el sector del transporte, o a veces también en servicios de recogida de basuras y limpieza de vías públicas)<sup>27</sup>.

En relación con las técnicas de regulación de las medidas de garantía para el mantenimiento de los servicios esenciales, se debe recordar la influencia que pueda tener en ello la posición de los destinatarios de los servicios: su posición es

<sup>26</sup> Véase, en este sentido, Baylos Grau, A.: “Derecho de huelga y servicios esenciales”, op.cit., pág.167; Gárate Castro, J.: “Derecho de huelga y servicios esenciales”, REDT, nº 75, 1996, pág. 20; Torrente Gari, S.: “El ejercicio del derecho de huelga y los servicios esenciales”, Cedecs. Barcelona, 1996, págs. 226-227; Vivero Serrano, J.B.: “La huelga en los servicios esenciales”, op.cit., págs. 209 y sigs.

<sup>27</sup> Sobre estos dos sistemas, entre otros, Vivero Serrano: “La huelga en los servicios esenciales”, op.cit., págs. 212-213; en Italia, C. la Macchia: “L’organizzazione ed i compiti della Commissione di garanzia”, en P. Pascucci (a cura di): “La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali. Legge n.146/1990 (modificata dalla legge n.83/2000)”, Ipsoa, 2000, pág. 228.

“difusa”, lo que le hace difícilmente delimitable jurídicamente. De ello derivan dos dificultades:

Por una parte, la dificultad de valorar el conflicto, ya que una de las posiciones del conflicto es perfectamente vulnerable (la que corresponde a los trabajadores huelguistas). El exceso en el nivel de mantenimiento es controlable por los Tribunales; por el contrario, la falta de cobertura (no atribuible a incumplimiento de los huelguistas) no es protegible jurisdiccionalmente, sino que sólo es una responsabilidad de carácter fundamentalmente político. La entrada en escena de “lo político” es innegable. Pero sus componentes jurídicos son igualmente innegables, ya que lo contrario supondría devaluar el ejercicio del derecho de huelga que cedería ante la garantía de meras condiciones materiales para el ejercicio de otros derechos. Pero es que además esas condiciones materiales para el ejercicio de otros derechos forman parte de las garantías de efectividad de éstos e inciden en la misma efectividad del derecho de huelga. De modo que lo que existe es un conflicto entre diversos derechos que se tratan de conciliar. Ello hace aconsejable la utilización combinada de mecanismos jurídicos y políticos de aseguramiento de los mínimos de actividad (servicios mínimos) como técnica de garantía de los servicios esenciales.

Por otra parte, se plantea el problema de la adecuada representación del interés “difuso” de la Comunidad, de aquellos individuos y grupos que son terceros al conflicto subyacente a la huelga, pero que quedan afectados por el mismo (asumen, pues, la condición material de sujetos pasivos no destinatarios de la huelga). El problema reside no sólo en su diversificación en colectividades diversas (en atención a quienes potencialmente detentan la cualidad de consumidores o usuarios de prestaciones), sino también -y no sin evidente conexión con ese carácter “difuso” de los intereses a tutelar- en la “personificación” de su defensa; es decir en quién o sobre quién recae la representación de los intereses “difusos” de la comunidad diversificada en posiciones concretas.

En el modelo legal vigente, convalidado por el Tribunal Constitucional, la adopción de las medidas necesarias para asegurar ese mantenimiento se atribuye a la autoridad gubernativa (art.10.2 RDLRT), entendiéndose por tal los “órganos del Estado que ejercen, directamente o por delegación, las potestades de gobierno” (SSTC11/1981, fj.18; 26/1981, fj.8; 27/1989, fj.3). No obstante, dicha autoridad puede -según el Tribunal Constitucional (STC51/1986,fj.3º), para el que, como se ha dicho ya, la participación sindical no es condición de validez de la decisión administrativa- garantizar la participación previa de los huelguistas (vía procedimiento de consulta o negociación) y se puede abrir paso a una negociación de las medidas de garantía precisas de cobertura de los servicios esenciales. Esta sería, en puridad, la técnica más adecuada conforme a la doctrina mejor fundada del Comité de Libertad Sindical cuya recepción se opera en virtud de los convenios de la OIT núms.87 y 98 ratificados por España y en atención a la cláusula interpretativa ex art.10.2 CE. Pero, en cualquier caso, para el Tribunal Constitucional la decisión no puede dejarse a

ninguna de las partes implicadas, debe ser atribuida a un “tercero imparcial” (STC11/1981, fj. 18).

Esta posición no se compagina bien con el establecimiento de sistemas de autorregulación sindical del derecho de huelga, aunque sí admite -y es compatible con- las varias fórmulas conocidas de autorregulación mixta, o regulación efectuada mediante las técnicas de “combinación” entre fuentes autónomas y heterónomas.

Como señaló la STC 53/1986 (fj.3), la delimitación concreta de las medidas de garantía precisas que deben ser adoptadas en el sentido del art.28.2 CE dependerá de las circunstancias concurrentes en la huelga y de la naturaleza de los intereses esenciales en juego. Las técnicas de “garantías precisas” que pueden ser adoptadas constituyen un complejo variado de técnicas de regulación que van desde un arco formado por las medidas ordinarias (singularmente, el mantenimiento de servicios mínimos) a la técnicas de intervención excepcionales (como señaladamente el arbitraje obligatorio y la militarización de los trabajadores huelguistas, y la fórmula más polémica de contratación de trabajadores en paro o contratación mercantil de empresas por parte de la propia Administración o de la empresa afectada, según los casos)<sup>28</sup>.

Lo importante en cualquier caso es señalar que es doctrina consolidada del Tribunal Constitucional que las medidas de garantía adoptadas deben ser proporcionales al fin perseguido en una efectiva ponderación de los intereses en juego: el interés de la comunidad y el derecho fundamental de huelga (SSTC 51/1986, 53/1986). El Alto Tribunal diferencia, a estos efectos, entre “presión suficiente” y “presión adicional” ejercida por el derecho de huelga en servicios esenciales, de forma que la acción huelguística debe poder “mantener una capacidad de presión suficiente como para lograr sus objetivos frente a la empresa, en principio destinataria de la medida de conflicto, pero no debe serle añadida la presión adicional del daño innecesario que sufre la propia comunidad” (STC 51/1986, fj.5). Pero, por otra parte, el Tribunal Constitucional exige como condición de validez que las medidas de garantía sean motivadas indicando los criterios seguidos para justificarlas<sup>29</sup>. Tales criterios deberán ser tenidos en

<sup>28</sup> Cfr. Baylos Grau, “Derecho de huelga y servicios esenciales”, cit., págs. 167 y sigs.; Palomeque Lopez, “Derecho sindical Español”, Tecnos, Madrid, 1994, op.cit., págs. 286 y sigs.; Vivero Serrano, J.B.: “La huelga en los servicios esenciales”, op.cit., págs. 181 y sigs.

<sup>29</sup> Cfr. SSTC53/1986, fj.7; 27/1989, fj.4. Un dato de gran trascendencia práctica respecto al modelo legal de imposición de servicios mínimos de garantía ha venido siendo el siguiente: teniendo en cuenta que el ejercicio irregular de la potestad gubernativa de establecimiento de tales servicios genera la ineficacia del acto administrativo que formaliza la decisión gubernamental, el problema se ha planteado por la ausencia de un mecanismo específico de resarcimiento de los perjuicios producidos a los huelguistas por la privación ilegítima de la facultad de ejercitar la huelga. La doctrina, acertadamente, ha venido sosteniendo que en tal caso los trabajadores y sus representantes lesionados pueden exigir una indemnización de daños y perjuicios efectivamente producidos. Cfr. en este sentido, Baylos Grau, “Derecho de huelga y servicios esenciales”, cit., págs.200 y sigs.; Palomeque Lopez, “Derecho sindical Español”, cit., pág.290. Vid. STS de Cataluña, núm. 5514/2012 de 19 julio (AS2012\1981).



cuenta en cualquier regulación (autónoma, heterónoma o mixta) de las técnicas de garantía de mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.

El Tribunal Constitucional ha insistido en que la responsabilidad última de la adopción de las garantías precisas en el sentido del art.28.2 CE debe incumbir a una “instancia pública imparcial”, mostrando así un cierto recelo –explicitado en diversos pronunciamientos- respecto a los sistemas de autorregulación o autodisciplina sindical del ejercicio del derecho de huelga en servicios esenciales. Esta decisión es una actividad jurídica y política, y, en cuanto responsabilidad eminentemente política, debe ser realizada por aquella autoridad que ejerza responsabilidades de gobierno. Es por ello que el Alto Tribunal entiende, conforme al texto constitucional, que el sistema del art.10 RDLRT atribuye a la autoridad gubernativa la facultad (“podrá acordar”) unilateral de acordar las medidas necesarias para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, singularmente la medida ordinaria de imposición de servicios mínimos.

Es cierto que el Tribunal Constitucional también ha hecho particular insistencia en la conveniencia y necesidad de una ordenación legislativa de la materia ante la ineffectividad e insu?ciencias del sistema vigente (expresadas en términos de elevada con?actividad), y que el legislador puede optar al hacerlo entre distintas elecciones de política jurídica respecto a la regulación autónoma o heterónoma de las garantías. Pero también es objetable que no haya reconocido mecanismos más incisivos de participación de los representantes de los trabajadores en la ?jación de los servicios mínimos, sobre todo considerando que podía haberlo hecho en base a la doctrina sentada por el Comité de Libertad Sindical de la OIT, aplicable, a través del art. 10.2 CE, como criterio interpretativo en nuestro ordenamiento jurídico respecto al derecho fundamental de huelga<sup>30</sup>. El Comité de Libertad Sindical de la OIT, en coherencia con su doctrina clásica, se ha pronunciado en relación a este sistema de imposición de un mínimo de actividad, entendiendo que los representantes de los trabajadores y de los empresarios deben estar facultados para participar en

<sup>30</sup> Un crítica del sistema vigente de imposición de servicios mínimos en Baylos, “Derecho de huelga y servicios esenciales”, cit., págs. 177 y sigs. También, Vivero Serrano, J.B.: “La huelga en los servicios esenciales”, op.cit., págs. 181 y sigs.; TORRENTE GARI, S.: “El ejercicio del Derecho de Huelga y los servicios esenciales”, op.cit., págs. 217 y sigs.; Cabeza Pereiro, J.: “La imposición de servicios mínimos”, op.cit., págs. 171 y sigs.

la determinación de los servicios mínimos<sup>31</sup>. Sin embargo, la STC51/1986, 24 abril 1986, entiende que la consulta previa con las organizaciones sindicales no es un requisito indispensable para la validez de la decisión administrativa<sup>32</sup>.

### *2.2.1. La atribución de la titularidad del establecimiento de los servicios mínimos en el sistema legal vigente: La autoridad gubernativa*

En el modelo legal vigente, que el Tribunal Constitucional convalidó en su momento, se establece que la adopción de las medidas necesarias para asegurar ese mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad corresponde a la autoridad gubernativa, definida, según el Tribunal Constitucional, como “los órganos del Estado que ejercen directamente o por delegación, las potestades de gobierno” (STC 26/1981, de 17 de julio). De esta manera, el Tribunal Constitucional ha reconocido la constitucionalidad del párrafo segundo del art. 10 RDLRT “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 que el ejercicio de esta potestad está sometida a la jurisdicción de los Tribunales de Justicia y al recurso de amparo de este Tribunal (SSTC 11/1981, de 8 de abril, f.º 2; 8/1992, de 16 de enero, f.º 2).

La ?jación de estos servicios mínimos por la autoridad gubernativa constituye una actividad administrativa<sup>33</sup> sometida a un conjunto de garantías o de requisitos derivados de la propia Constitución y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la medida en que suponen una limitación de un derecho fundamental (la autoridad gubernativa no puede, como ya se ha dicho, entrar en la delimitación del alcance y la interpretación del concepto de servicios esenciales, función atribuida por la Constitución a la ley y a los Tribunales de Justicia, aunque en la práctica es quien viene declarando la esencialidad de un servicio).

<sup>31</sup> Cfr. 244 Informe, caso n.1342 (España), párrafo 154. El Comité de Libertad Sindical de la OIT considera, en cuanto a la determinación de los servicios mínimos y del número de trabajadores que los garanticen, que deberían poder participar no sólo las autoridades públicas, sino también las organizaciones de trabajadores y de empleadores interesadas. Ello tendría, en su opinión, dos consecuencias importantes y necesarias: un intercambio ponderado y adecuado de puntos de vista sobre lo que en una situación concreta puede considerarse como servicios mínimos limitados a lo estrictamente indispensable, y, por otro lado, una garantía para las organizaciones sindicales de que la huelga no será inoperante o se verá frustrada.

<sup>32</sup> Sobre el requisito de la previa audiencia a los huelguistas, véase, por todos, Baylos GraU, “Derecho de huelga...”, op.cit., págs.192 y sigs. El Comité de Libertad Sindical de la OIT considera como requisito indispensable la participación en la determinación de lo que constituye el servicio mínimo: 221º, informe, caso 1097, párr.841; 214º, informe, caso 952, párrs. 162 y 164; 233º informe, caso 1203, párrs.95 y 96; 234º informe, caso 1244, párrs.154 y 155; 239º, informe, caso 1292, párr.42.

<sup>33</sup> Vid., al respecto, sobre la calificación de acto administrativo de las disposiciones de ?jación de servicios mínimos, Torrente Garí, S.: “El ejercicio del derecho de huelga y los servicios esenciales”, op.cit., pág. 257 y Vivero Serrano, J.B.: “La huelga en los servicios esenciales”, op.cit., pág. 224.

Ya desde la primera Sentencia de 8 de abril de 1981 (fj 18), el Tribunal Constitucional se pronunció atribuyendo la decisión sobre la adopción de servicios mínimos cuando la huelga se ejercita en servicios esenciales para la comunidad a un tercero imparcial, considerando que esta decisión no puede ponerse en manos de ninguna de las partes en conflicto, aunque éstas puedan intervenir en la decisión correspondiente mediante propuestas o negociaciones. Según el Tribunal Constitucional, “atribuir a la autoridad gubernativa la potestad para establecer las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios mínimos no es inconstitucional, en la medida en que ello entra de lleno dentro de las previsiones del art. 28.2 de la Constitución, y, además, es la manera más lógica de cumplir con el precepto constitucional”. De este modo, la autoridad gubernativa es la que tiene facultades de control y de decisión unilateral sobre la adecuación de los servicios y la imposición unilateral de servicios mínimos.

El Tribunal Constitucional exige, en primer lugar, que la titularidad de esta potestad recaiga en una instancia pública imparcial. Esto significa que la competencia debe ostentarla una autoridad política: ha de recaer en la autoridad gubernativa que es la que tiene, en principio, la potestad y también el deber de determinar las actividades destinadas a preservar los servicios esenciales, sin que pueda delegarse este cometido a las decisiones unilaterales de las empresas o administraciones directamente responsables de los servicios, sin perjuicio de que se pueda remitir la concreta ejecución o puesta en práctica de los servicios a instituciones derivadas de la autonomía colectiva o hacer suyas las propuestas de las partes en conflicto (SSTC 26/1981, 53/1986, 27/1989, 8/1992).

De esta forma, la potestad para dictar las medidas que garanticen el funcionamiento de los servicios esenciales no está atribuida genéricamente a la Administración Pública, sino a aquellos “órganos del Estado que ejercen directamente o por delegación las potestades de gobierno” (STC 11/1981, de 8 de abril). La jurisprudencia, tanto constitucional como ordinaria, ya ha dejado claramente sentado la relevancia constitucional que tiene la condición de la autoridad gubernativa que impone los servicios mínimos, en el sentido de que, dentro de la limitación del ejercicio del derecho fundamental de huelga que éstos suponen, una garantía formal es la responsabilidad política y jurídica de la autoridad gubernativa<sup>34</sup>. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que “privar a un conjunto de ciudadanos en un caso concreto de un derecho constitucional como es el reconocido en el art. 28 de la Constitución es algo que sólo puede ser llevado a cabo por quien tiene responsabilidades y potestad de gobierno” (STC 26/1981, de 8 de abril), de forma que puedan imponerse

<sup>34</sup> Vid. García Murcia, J.: “Huelga en servicios esenciales (Comentario a la STC 27/1989, de 3 de febrero, BOE de 28 de febrero)”, REDT, núm.39, 1989, pág. 491.

estas limitaciones únicamente “en atención a los intereses de la comunidad, de una manera imparcial y de acuerdo con las características y necesidades del servicio afectado por la huelga” (STC. 27/1989, de 3 de febrero).

Debido a la compleja distribución de competencias configurada constitucional y legalmente entre el Estado y las Comunidades Autónomas, se planteó pronto el correspondiente conflicto, al estimar que en este punto esa facultad no corresponde en exclusiva al Estado y como consecuencia a sus órganos. La STC 33/1981 vino a extender esta competencia “a los órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas integrantes del Estado y dotadas de potestades de Gobierno” (según la distribución de competencias en la materia), e incluso municipales (en el caso de competencias municipales y metropolitanas); es decir, “cuando se trate de servicios que considerados conjuntamente, se comprenden en el área de las competencias autonómicas..., sin perjuicio de las competencias municipales y metropolitanas, el velar por su regular funcionamiento, corresponde a la titularidad y a la responsabilidad de las autoridades autonómicas”. No obstante, el Tribunal Supremo ha admitido como no opuesta a la legalidad vigente ni a la doctrina del Tribunal Constitucional la posibilidad de que la autoridad gubernativa competente se limite a aceptar la propuesta realizada por un órgano “inferior” carente de esta potestad (STS 27 de septiembre de 1990, Ar. 6967). En esa misma línea, se puede admitir que la autoridad competente acepte la propuesta presentada por las partes (en el supuesto de que hubiese existido una negociación previa) (SSTS 14 marzo, 24 junio y 16 julio de 1994, Ar. 2074, 5192, 5956).

La autoridad gubernativa que acuerda las medidas necesarias para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales no es intrascendente ni irrelevante para el derecho de huelga ya que tal medida debe ser adoptada por el Gobierno o por órgano que ejerza la potestad de Gobierno, sea del Estado o de las CCAA con competencias en los servicios afectados, por lo que, como ha señalado el Tribunal Supremo<sup>35</sup>, “el incumplimiento de esta exigencia no puede calificarse como mera irregularidad formal o como mero defecto administrativo, sino como lesión del derecho fundamental que así se ve restringido, pues sólo de aquella forma puede asegurarse que las limitaciones sean impuestas en atención a los intereses de la comunidad, de una manera imparcial y de un acuerdo con las características y necesidades de la huelga”.

Han sido, desde luego, numerosas las ocasiones que se han planteado ante el Tribunal Constitucional conflictos positivos de competencia entre dos órganos de Gobierno que pueden ser competentes para adoptar las medidas de garantía respecto a los servicios esenciales. En este sentido, es especialmente

<sup>35</sup> SSTS 4 mayo 1998 (Ar. 4718); 5 junio 1998 (Ar. 5521); 16 de octubre de 2001 (Ar. 8605); 18 de octubre de 2002 (Ar. 10152).

interesante la STC 233/1997, de 18 de diciembre<sup>36</sup>, que viene a resolver quién es la autoridad gubernativa competente para fijar qué servicios esenciales se tienen que mantener durante la situación de huelga en los supuestos en que pueden intervenir autoridades gubernativas de diferentes ámbitos (en el caso concreto al que se refiere esta Sentencia, la autoridad gubernativa estatal pretende hacer valer su título competencial por encima del de la Comunidad Autónoma Vasca)<sup>37</sup>. El Tribunal Constitucional reitera su línea constante en la que declara que la autoridad gubernativa a la que corresponde determinar en lo esencial el mínimo de mantenimiento del servicio es la autoridad estatal o autonómica que tiene la competencia y por consiguiente la responsabilidad política del servicio en cuestión<sup>38</sup>. Sin embargo, como puso de relieve la doctrina, la autoridad que fija los servicios mínimos debe ser política y neutral, ofreciendo garantías de imparcialidad, lo que no parece que exista cuando en la autoridad gubernamental coincide su interés público con el deseo de mantener la perfecta eficacia del servicio cuya competencia le corresponde<sup>39</sup>. Existen, en cualquier caso, numerosos ejemplos de atribución de la competencia para establecer los servicios mínimos a autoridades dudosamente neutrales<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> Sobre la misma, Torrente Gari, S.: "La competencia del Estado y de las comunidades Autónomas en el establecimiento de los servicios mínimos", *Revista de Derecho Social*, núm.1, 1998; Cabeza Pereiro, J.: "Sobre la autoridad gubernativa competente para dictar Decretos de servicios mínimos", *REDT*, nº 90, 1998; García Ninet, J.L. y Ballester Pastor, I.: "El sujeto legitimado para la designación de los servicios mínimos en las huelgas declaradas en servicios esenciales: El título competencial aducido y la deseable imparcialidad de la autoridad gubernativa (Comentario a la STCo. 233/1997, de 18 de diciembre)", *Aranzadi Social*, nº 21, 1998.

<sup>37</sup> En el caso concreto de esta Sentencia, las partes están de acuerdo en que las actividades de estiba y desestiba de buques tienen carácter esencial, pero discrepan acerca de qué autoridad gubernativa asume la titularidad de la competencia para elaborar las medidas de garantía de los servicios que se prestan en el Puerto Autónomo de Bilbao durante el transcurso de la huelga.

<sup>38</sup> En otros supuestos en los que también se había planteado un conflicto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en los que el Tribunal Constitucional declaró la competencia de la Comunidad Autónoma, coincidía en ésta no sólo la potestad de ejecución de la legislación laboral, sino también la condición de autoridad gubernativa con competencias sobre el servicio en cuestión (así, SSTC 33/1981, 5 noviembre y 122/1990, 2 julio).

<sup>39</sup> Vid. Cabeza Pereiro, J.: "Sobre la autoridad gubernativa competente...", op.cit., pág. 677; Vivero Serrano, J.B.: "La huelga en los servicios esenciales", op.cit., págs. 259-260; Torrente Gari, S.: "La competencia del Estado y de las comunidades Autónomas en el establecimiento de servicios mínimos", op.cit., pág. 146. También, Cabeza Pereiro, J.: "La imposición de servicios mínimos", op.cit., págs. 188-189; Merino Segovia, A.: "EL concepto de servicios esenciales y la publicación de las reglas limitativas...", op.cit., págs. 154-157.

<sup>40</sup> Así, para el servicio de transportes, unas veces los servicios mínimos se han fijado por el Ministerio de Transportes y otras veces por el Presidente del Consorcio Regional de Transportes de una Comunidad Autónoma. Para los servicios de los Hospitales los fijan la Consejera de Sanidad de una Comunidad o bien el Presidente de una Comunidad Autónoma o, en otras ocasiones, la Dirección General de Trabajo. Para los servicios de Radio y Televisión los fijan las Consejerías de Trabajo y Asuntos Sociales de cada Comunidad.

En cualquier caso, la adopción de las medidas de aseguramiento no corresponde genéricamente a la Administración Pública, sino única y exclusivamente a aquellos órganos del Estado y de las Comunidades Autónomas que ejercen potestades de gobierno<sup>41</sup>. Se trata de una potestad en principio indelegable, aunque esto debe ser matizado en el sentido de que cabe una delegación de esta competencia cuando se cumplan una serie de requisitos mínimos que garanticen que no sea el propio empresario el que determine el alcance de una huelga. De esta forma, cabe delegación de competencia fuera del ámbito específico del Gobierno o de sus Ministros, siempre y cuando el órgano en quien se delegue siga teniendo la condición de autoridad gubernativa<sup>42</sup> y que en ningún caso ésta se pueda predicar de “los órganos de gestión y administración” del servicio o empresa en la que se desarrolle la huelga<sup>43</sup> (de forma que la delegación de estas funciones no se puede hacer en los responsables del servicio o gestores de la empresa, ya que, como se ha dicho, lo que se pretende es que no sea el propio empresario el que determine el alcance de la huelga). No cabe en principio la delegación sucesiva, “en cascada” (STC 26/1981, de 17 de julio) de la facultad de imposición de los servicios mínimos, aunque, en algún momento, hubo Sentencias del Tribunal Supremo que se mostraron favorables a esta posibilidad.

<sup>41</sup> Por ejemplo, se ha reconocido la condición de autoridad gubernativa a efectos de establecer las garantías de funcionamiento de los servicios esenciales, entre otros, al Consejo de Ministros; los Ministros (en sí mismos considerados, aunque normalmente actúan por delegación del Consejo de Ministros); los Secretarios de Estado; los Delegados de Gobierno de las Comunidades Autónomas; los Presidentes de las Comunidades Autónomas y los distintos Consejeros de las mismas; los Alcaldes (en el caso de servicios de titularidad municipal ya sean gestionados directamente o mediante concesión administrativa); Presidentes de las Diputaciones y de los Cabildos Insulares. Por el contrario, no se ha admitido esta calificación para el Director General de RENFE, el Director Provincial del INSALUD, o los Rectores de las Universidades (STS de 16 de octubre de 2001, Ar. 8605).

<sup>42</sup> Vid. Baylos Grau, A.: “Derecho de huelga y servicios esenciales”, op.cit., págs. 183-184; Torrente Gari, S.: “El ejercicio del derecho de huelga y los servicios esenciales”, op.cit., pág. 258; Vivero Serrano, J.B.: “La huelga en los servicios esenciales”, op.cit., págs. 263-264. Cruz Villalón (“La intervención de la autoridad gubernativa (laboral) en la prestación de los servicios mínimos”, Relaciones Laborales, núm. 10, 1988, pág. 420) considera que “la delegación en sí misma puede admitirse en el ejercicio de esta facultad, siempre y cuando el órgano que recibe la atribución de prestar los servicios por su propia naturaleza siga conservando el carácter de órgano político con responsabilidades de Gobierno, no bastando con que sea una simple instancia administrativa”.

<sup>43</sup> Vid. SSTC 296/2006, de 11 de octubre y 310/2006, de 23 de octubre. La STC 296/2006 declaró inconstitucional y nulo el apartado l) del art. 15.2 de la Ley Asturiana 1/1992, de 2 de julio, del Servicio de Salud del Principado de Asturias (SESPA), modificado por la Ley 14/2001, de 28 de diciembre, de medidas presupuestarias, administrativas y fiscales, al atribuir al Director Gerente del SESPA la “facultad de prestar los servicios mínimos en los casos de huelga del personal, previa consulta con las organizaciones sindicales más representativas”. El Tribunal Constitucional considera “que no se trata de un órgano político, esto es, políticamente responsable ante los ciudadanos de modo directo o indirecto, sino que le conviene la calificación de órgano de gestión y que, precisamente por ello, no reúne las condiciones de neutralidad e independencia necesarias para que la atribución de la competencia para prestar los servicios mínimos en caso de huelga pueda considerarse como respetuosa con el contenido del derecho de huelga reconocido en el art. 28.2 CE”.

Pero no cabe confundir esta delegación sucesiva, que no se admite, con la delegación de la ejecución de los servicios, es decir, la determinación del personal y las condiciones técnicas para la cobertura de los servicios mínimos<sup>44</sup>. Quién sea la entidad encargada de este “complemento técnico y personal” (concepto mantenido por la STC 53/1986) es una cuestión problemática, ya que por esta vía podría afectarse a la intensidad o extensión de los servicios mínimos. La Audiencia Nacional había hecho referencia inicialmente a la dirección de la empresa como entidad a la que incumbiría, una vez que estén concretados los servicios mínimos por la autoridad competente, la ejecución de los mismos; posteriormente el Tribunal Constitucional (STC 53/1986, fj 5) se refirió también a la negociación colectiva y a la disciplina sindical, pero señalando que no puede excluirse la legítima posibilidad de deferir a la dirección del servicio esa puesta en práctica, correspondiendo a la autoridad gubernativa decidir a favor de uno u otro sistema en atención, entre otros factores, a la complejidad técnica de la labor de desarrollar las medidas acordadas y a la oferta de colaboración en la preservación de los servicios mínimos efectuada por los convocantes de la huelga y las organizaciones sindicales”.

La intervención unilateral de la dirección de la empresa para llevar a cabo la concreción técnica, la ejecución, de los servicios mínimos acordados por la autoridad competente plantea numerosas dudas en la medida en que, como reiteradamente ha puesto de manifiesto esta doctrina<sup>45</sup>, puede burlar las garantías establecidas por el Tribunal Constitucional respecto a la intervención en la huelga de la autoridad administrativa para la prestación de los servicios mínimos y respecto a las restricciones establecidas por este Tribunal para la delegación de esta potestad. De forma que, en tanto no se garantice una remisión a la negociación colectiva de la ejecución de los servicios mínimos afectados, debe hacerse una interpretación restrictiva del contenido de esta ejecución de los

<sup>44</sup> STS de 2 de abril de 2004, que considera, desafortunadamente, que puede delegarse a la empresa la determinación del personal mínimo necesario para garantizar los servicios mínimos correspondientes, ya que esta función no se entra dentro de la definición de los servicios esenciales ni supone dictar las medidas necesarias para su mantenimiento. En esta Sentencia, el Tribunal Supremo mantiene la confusión entre delegación de competencias de la autoridad gubernamental en su función de establecer las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios especiales y el llamado “complemento técnico” que corresponde llevar a cabo a la empresa (entre otras cosas para designar los concretos trabajadores que habrán de garantizar los servicios mínimos).

<sup>45</sup> Vid. Baylos Grau, A.: “Derecho de huelga y servicios esenciales”, Tecnos, Madrid, 1988, págs. 184 y sigs.; Valdés Dal-Re, F.: “Servicios esenciales y servicios mínimos en la función pública”, RL 1986/II, págs. 145 y sigs.; Cruz Villalón, J.: “La intervención de la autoridad gubernativa (laboral) en la prestación de los servicios mínimos”, RL, nº 10, 1988, págs. 415 y sigs.; Merino Segovia, A.: “Servicios mínimos en RTVE”, Revista de Derecho Social, nº 2, 1998; Vivero Serrano, J.B.: “La huelga en los servicios esenciales”, Lex Nova, Valladolid, 2002, págs. 234 y sigs.

servicios mínimos de manera que no pueda suponer una vía para incrementar la intensidad y la extensión de los mismos<sup>46</sup>.

#### 2.2.2. Límites al ejercicio de la potestad administrativa de ¿jación de servicios *mínimos*

El Tribunal Constitucional ha venido señalando una serie de límites referidos al ejercicio de la potestad gubernativa para el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad. Entre éstos destacan la necesidad de motivación del acto, el cumplimiento de ciertos requisitos que han de presidir la exteriorización del acto administrativo correspondiente y el deber de la autoridad gubernativa de potenciar procedimientos de composición pacífica de los conflictos colectivos, en concordancia con la doctrina del Comité de Libertad Sindical de la OIT. No se exige, sin embargo, que la consulta-negociación previa constituya una condición de validez del acto administrativo de imposición de los servicios mínimos, aunque puede ser deseable.

##### a.- La exigencia de motivación en la ¿jación de los servicios mínimos

El Tribunal Constitucional impone que el acto por el cual se determina el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad esté adecuadamente motivado (STC 8/1992, de 16 de enero) y exige que, cuando se produce una restricción de derechos fundamentales constitucionalmente garantizados, la autoridad que realiza el acto debe estar en todo momento en condiciones de ofrecer justificación (STC 26/1981 de 17 de julio, fj 16). Estas exigencias sirven al doble fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrifica y los intereses a los que se sacrifica (STC 26/1981, de 17 de julio, fj 14) y, en segundo lugar, que puedan los interesados defenderse ante los órganos judiciales (STC 27/1989, de 3 de febrero, fj 4, que señala que la falta de motivación impide precisamente la justa valoración y el control material o de fondo de la medida). Además la exigencia de motivación impide que pudiera ser calificado como servicio esencial cualquier servicio público.

En base a la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, la exigencia de motivación implica que el acto administrativo en el que se establecen los servicios mínimos indique los motivos sobre la esencialidad del servicio, las características de la huelga convocada, los intereses que pueden quedar afectados y los trabajos que no pueden sufrir interrupción o cuya prestación debe mantenerse en algún grado. Por ello resulta muy discutible la regulación contenida en ciertas normas que imponen con carácter de permanencia y en abstracto unos servicios mínimos obligatorios para determinados sujetos, como es el caso de Secretarios judiciales, Forenses y otros funcionarios judiciales o personal de instituciones penitenciarias. Así, el RD 755/1987, de 19 de

<sup>46</sup> Vid. <sup>º</sup>, J.B.: "La huelga en los servicios esenciales", op.cit., pág. 235.



junio (última modificación por RD 54/2002, 18 enero), donde se regula, con dudosa legalidad, la prestación de servicios mínimos en caso de huelga respecto al personal de la Administración de Justicia e igualmente RD 1642/1983, de 1 de julio, por el que se establecen normas para garantizar la prestación de servicios mínimos en los establecimientos penitenciarios (modificado por RD 1474/1988). Como reiteradamente ha establecido la doctrina del Tribunal Constitucional, es necesario ponderar las circunstancias concurrentes en cada huelga, por lo que no es posible establecer criterios prefijados con carácter general para cualquier huelga que se pudiera producir en el ámbito concreto al que hace referencia la norma.

Este criterio jurisprudencial se ha mantenido también mayoritariamente (aunque haya pronunciamientos jurisprudenciales distintos) para considerar que la exigencia de motivación no se cumple con la remisión a criterios fijados con ocasión de una huelga anterior, de forma que la autoridad gubernativa se limite a reproducir las motivaciones establecidas en un anterior Decreto.

A partir de aquí, el Tribunal Supremo ha ido concretando cuando se considera que la motivación es insuficiente<sup>47</sup> y ha determinado que la motivación suficiente debe afectar a tres niveles<sup>48</sup>: los servicios esenciales, los servicios mínimos fijados y los efectivos personales precisos para el desempeño de los mismos, es decir justificar el número determinado de trabajadores que van a llevar a cabo estos servicios mínimos (aunque no los trabajadores concretos que van a realizarlos, ya que esto no se determina por la autoridad gubernativa).

En primer lugar, el Tribunal Supremo exige que exista, por parte de la autoridad gubernativa, motivación suficiente y concreta acerca del carácter de esencial del servicio de que se trate. Sin embargo, éste sigue siendo un ámbito en el que apenas existen pronunciamientos jurisprudenciales. Más que enjuiciar si el servicio declarado esencial por la autoridad gubernativa lo es o no realmente, lo que se analiza es si todas las actividades del servicio en cuestión tienen dicho carácter de esencialidad o no. En este ámbito, además, parece que los Tribunales Superiores de Justicia mantienen en general un criterio más restrictivo que el Tribunal Supremo.

<sup>47</sup> Se consideran insuficientes las indicaciones genéricas, vagas e incorrectas (SSTS 12 diciembre 1990, Ar. 10153; 27 mayo 1991, Ar. 4208; 22 junio 1993, Ar. 4644; 14 marzo 1994, Ar. 2074) que no justifican los motivos por los cuales se fija un servicio mínimo concreto (SSTS 22 septiembre 1986, Ar. 4640; 11 mayo 1987, Ar. 4190; 24 junio 1994, Ar. 5192). Se considera que un Decreto gubernativo es excesivamente genérico cuando lo único que se hace es comparar su contenido con otro anterior (STS 7 noviembre 1997, Ar. 9498) o cuando sólo haga referencia a las conversaciones previas mantenidas con las fuerzas sociales en conflicto (STS 25 julio 2000, Ar. 7455). Vid. STSJ del País Vasco, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) Sentencia núm. 402/2012 de 15 junio (JUR\2014\141153).

<sup>48</sup> SSTS 11 febrero 2000 (Ar. 2641); 29 mayo 2001 (Ar.5706); 28 de septiembre de 2001 (Ar. 8598).

En segundo lugar, la motivación su?ciente debe afectar a los servicios m?nimos ?jados, debiendo justi?car su necesidad respecto de cada una de las actividades que se realizan en el servicio o la empresa y su car?cter proporcional. Es, obviamente, un tema que plantea una gran con?ictividad y que, por tanto, es objeto de una gran casu?stica. Lo que interesa resaltar aqu? es la importancia de esta motivaci?n su?ciente que permita la posibilidad de defensa de los trabajadores huelguistas, debiendo poseer ?stos todos los datos necesarios para decidir si impugnan o no la decisi?n de la autoridad gubernativa.

Por ?ltimo, la exigencia de motivaci?n se refiere tambi?n al n?mero de trabajadores necesarios para garantizar la prestaci?n de los servicios m?nimos, cuesti?n que tambi?n est? vinculada al requisito de proporcionalidad que debe ser respetado por la autoridad gubernativa. La jurisprudencia ha establecido en este caso que la motivaci?n su?ciente implica tambi?n cuantitativamente los servicios m?nimos que se hayan establecido, sin que esta exigencia se cumpla adecuadamente expresando tan s?lo el n?mero de trabajadores que deben trabajar<sup>49</sup>.

Se debe destacar que, pese a muchos titubeos, progresivamente, los Tribunales han venido aplicando un mayor rigor en el respeto al requisito de motivaci?n su?ciente, adecuada y concreta, posiblemente bajo la influencia de la doctrina reiteradamente establecida por el Tribunal Constitucional<sup>50</sup>, que ha ido dirigida a convertirlo en una garant?a sustancial del derecho de huelga<sup>51</sup>. Sin embargo, hasta el momento su cumplimiento por la autoridad gubernativa sigue estando lejos de ser correcto, lo que ha dado lugar a abundantes decisiones jurisprudenciales declarando la nulidad de las disposiciones reguladoras de los servicios m?nimos.

La exigencia de motivaci?n se configura, en definitiva, como un requisito esencial (que alcanza relevancia constitucional), de modo que la ausencia de una justificaci?n su?ciente implica claramente una vulneraci?n del derecho fundamental de huelga del art. 28.2 CE, ya que afecta a su n?cleo esencial. La motivaci?n es un elemento de la fase previa del establecimiento de los servicios m?nimos y la exigencia respecto a ella depender? de la complejidad y el alcance de cada huelga en concreto. Pero adem?s, en el momento de su control judicial posterior implica para la Administraci?n una determinada carga de la prueba de las razones que han llevado a su decisi?n.

<sup>49</sup> STSJ de Castilla y Le?n (Valladolid) de 25 de marzo de 2003; STSJ de Cantabria de 5 de mayo de 2003.

<sup>50</sup> Vid. Al respecto, expresando esta idea y haciendo un recorrido de la evoluci?n jurisprudencial, Vivero Serrano, J.B.: "La huelga en los servicios esenciales", op.cit., p?gs. 302 y sigs.

<sup>51</sup> Vid. Rodr?guez-Pi?ero, M.: "?rgano competente y motivaci?n en la determinaci?n de los servicios esenciales en caso de huelga", Relaciones Laborales, 1990/II, p?g. 26.

De cualquier modo conviene recordar, críticamente, que en conceptos jurídicos indeterminados no puede existir actividad discrecional de la Administración, porque la Administración, al precisar su contenido de realidad, lo que en rigor hace es aplicar rectamente lo preordenado en la Ley, y lo hace subsumiendo en la categorización legal abstracta las circunstancias específicas del supuesto planteado en la realidad. Ahora bien, en esta labor de especificación o concreción no debe existir discrecionalidad, entendida como libertad de elección entre alternativas igualmente justas o entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamente en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos...). De manera que se puede concluir invariablemente que la Administración carece de libertad para valorar o categorizar los conceptos jurídicos indeterminados, puesto que han de ser interpretados con arreglo a la Ley que los establece o -en todo caso- de acuerdo con los principios que informan el ordenamiento jurídico y a los solos fines específicamente previstos en la actuación administrativa, y que en definitiva son los que la justifican<sup>52</sup>.

b.- La exigencia de proporcionalidad en la prestación de los servicios mínimos

La doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 66/1995, 55/1996, 297/1996 y 37/1998, de 17 de febrero) ha establecido que cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad en los sacrificios impuestos a los huelguistas y la restricción al derecho del huelga, y los perjuicios causados a los usuarios.

Se debe recordar que el principio de proporcionalidad, como principal técnica de control de las limitaciones de los derechos fundamentales se compone de tres elementos básicos que son la idoneidad o adecuación de la medida restrictiva o limitadora, la necesidad de la misma (carácter indispensable) y la proporcionalidad en sentido estricto (proporcionalidad de sacrificios)<sup>53</sup>. La correcta aplicación de este principio a la prestación de servicios mínimos implica que, con arreglo al mismo, se determine la idoneidad de la declaración de esencialidad de un determinado servicio o actividad, la adecuación de la imposición de servicios mínimos como técnica de garantía de funcionamiento del servicio frente a otra posible y, por último, la proporcionalidad de sacrificios impuesta con la prestación de servicios mínimos que se establezca. Sin embargo,

<sup>52</sup> Vid. Monereo Perez, J.L.: "La intervención de la Administración Laboral en la tramitación y el control de legalidad de los convenios colectivos *erga omnes*", en REDT, núm.32 (1987), págs.552-553., y bibliografía allí citada.

<sup>53</sup> Vid. sobre este principio Terradillos Omaechea, E.: "El principio de proporcionalidad en la Constitución y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: especial atención a su proyección sobre el Derecho del Trabajo". Tirant lo Blanch. Valencia, 2004.

como la doctrina ha puesto de mani? esto<sup>54</sup>, los Tribunales –tanto el Tribunal Constitucional como los Tribunales ordinarios- no han proyectado este principio de proporcionalidad en toda su extensión, sino que el control que llevan a cabo normalmente se centra en determinar la proporcionalidad de la intensidad de los servicios mínimos establecidos (es decir, que se limitan tan sólo al último de los elementos que integran el principio de proporcionalidad)<sup>55</sup>. Esto se ha traducido en un control mucho menor de la limitación del derecho fundamental de huelga a través de la imposición de servicios mínimos.

Es un principio cuya observancia debe valorarse en atención a las circunstancias concretas que rodean cada huelga que se lleve a cabo en servicios esenciales para la comunidad. Difícilmente puede establecerse una regla general respecto a este principio de proporcionalidad, ya que en singulares supuestos los servicios mínimos pueden determinar la presencia inexcusable de un alto porcentaje de trabajadores, en tanto que en otras, por sus características y circunstancias concurrentes, puede ser menor el índice porcentual de trabajadores designados para prestar los servicios mínimos correspondientes, pese a la existencia de similitudes en las distintas situaciones de huelga. Son, en consecuencia, muy numerosas las resoluciones judiciales que han ido pronunciándose sobre esta cuestión. Este control judicial se lleva a cabo a través del procedimiento sumario para la protección de los derechos fundamentales de la persona regulado en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, y del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Los criterios utilizados por la jurisprudencia no son siempre los mismos<sup>56</sup>. En numerosas ocasiones ha utilizado parámetros cuantitativos, y no cualitativos, para ponderar la incidencia del derecho de huelga sobre otros intereses constitucionalmente protegidos, hablándose incluso de proporcionalidad cuantitativa (STS 12 marzo 1999, Ar. 2895). Sin embargo, en otras sentencias se utilizan parámetros cualitativos para ponderar el derecho de huelga con otros derechos como pueden ser el derecho a la salud o a la vida o a la información.

En cualquier caso, esta ponderación se tendrá que realizar caso por caso, en la medida en que los servicios esenciales no quedan lesionados o puestos

<sup>54</sup> Vid. al respecto Vivero Serrano, J.B.: “La huelga en los servicios esenciales”, op.cit., págs. 313-314; Terradillos Ormaechea, E.: “Limites externos al ejercicio del Derecho de Huelga y las huelgas ‘ilícitas’”, op.cit., págs. 52-53.

<sup>55</sup> Vid. STSJ de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª) núm. 659/2013 de 18 septiembre (JUR\2013\366670); STSJ de Murcia, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) núm. 261/2014 de 28 marzo (JUR\2014\109290).

<sup>56</sup> Vid. sobre estos criterios Gárate Castro, J.: “Derecho de huelga y servicios esenciales”, REDT, núm.75, 1996, pág. 29; Vivero Serrano, J.B.: “La huelga en los servicios esenciales”, op.cit., págs. 314 y sigs.; Cabeza Pereiro, J.: “La imposición de servicios mínimos”, op.cit., págs. 182 y sigs.

en peligro en cualquier situación de huelga, siendo necesario examinar en cada caso una serie de criterios, como el ámbito de la huelga (la extensión territorial y personal que la huelga alcanza, destacando aquí la especial consideración que alcanza la huelga general, al considerar que los efectos de la huelga, que afectarán tanto a servicios esenciales como no esenciales, se multiplican), su ámbito temporal (su mayor o menor duración), su forma de realización, e incluso las fechas previstas para su realización (en la medida en que pueden agravar la repercusión de la huelga).

c.- Otras garantías formales: obligación de notificación y publicidad por la Administración

Dada la escuetísima redacción del art. 10.2 RDLRT 17/1977, la regulación legal no establece expresamente cuáles son todas las garantías necesarias para hacer posible o asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales.

Ha debido ser, nuevamente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la que en esta materia ha ido aclarando cuáles son los requisitos que se exigen a las medidas de garantía adoptadas. En la Sentencia 26/1986 de 19 de febrero, el Tribunal Constitucional afirma que son necesarias la notificación a las partes de la Orden de Servicios Mínimos y la publicidad de ésta en el Boletín Oficial correspondiente. Esta notificación es necesaria por razones de interés público para favorecer el conocimiento de los huelguistas y de los posibles usuarios del servicio. Es un requisito adicional y no sustitutorio de la notificación efectuada. Por otra parte, la STC 51/1986 de 24 de abril expresa que la falta de comunicación de la Orden a los representantes de los trabajadores tiene como consecuencia la nulidad de ésta.

De esta forma, el Tribunal Constitucional es partidario de exigir unos requisitos formales para que se lleven con normalidad la prestación de los servicios mínimos en el momento en que entran en juego una pluralidad de sujetos y, por tanto, para que se vean satisfechos los intereses de la comunidad. Aunque en la STC 51/1986 de 24 de abril se matiza que sólo en el caso de la inexistencia total de la garantía formal de la notificación a los interesados se produciría la nulidad, no siendo, por tanto, nula la Orden cuando se hubiera notificado ésta pero con alguna irregularidad.

El problema, no obstante, es que estos requisitos no se llevan a cabo en la práctica. En muchas ocasiones estas disposiciones no son publicadas oficialmente en el Boletín Oficial correspondiente, sino que simplemente se notifican a las partes (trabajadores y empresarios) y, en otras ocasiones, ni tan siquiera se produce la notificación a los interesados, por lo que éstos no podrán conocer realmente cuáles son las razones que justifican los servicios esenciales (STS 25 de julio de 2000, Ar. 7455).

Estas garantías formales son siempre imprescindibles para que la huelga sea conocida por todos los usuarios del servicio y los ciudadanos potencial-

mente afectados, de tal forma que incluso en el caso de que se regulara una ley de huelga que estableciera un cambio en la titularidad del establecimiento de servicios mínimos para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales en el sentido de dar prioridad a las fuentes autónomas frente a la intervención pública unilateral, sería necesario también mantener estas garantías formales.

### *2.2.3. Selección de los trabajadores encargados de prestar los servicios mínimos*

La selección de los trabajadores que deben prestar los servicios mínimos entra dentro de lo que se denomina “complemento técnico y funcional” de los servicios mínimos, concepto, como ya se ha dicho, consolidado en la STC 53/1986: su “?nalidad es atribuir al órgano de gestión de la empresa los medios necesarios para poder complementar técnica y funcionalmente las propias normas de mantenimiento adoptadas por un órgano (...) al que no cabe negar la condición de ‘autoridad gubernativa’”.

Esta selección de trabajadores está subordinada necesariamente a la previa determinación de los servicios mínimos llevada a cabo por la autoridad competente. Dos son los principales problemas que se plantean en relación con esta cuestión: quién debe designar a estos trabajadores y, previamente, los puestos de trabajo necesarios para que la actividad pueda mantenerse en la medida necesaria para garantizar una mínima prestación de los servicios esenciales para la comunidad y con qué criterios se debe proceder a la designación de los trabajadores encargados de prestar estos servicios mínimos.

Debe quedar claro que, como ya se ha dicho, en cualquier caso, esta selección de trabajadores (y de los puestos de trabajo afectados) no puede incidir en la intensidad y extensión de los servicios mínimos ?jados por la autoridad gubernamental.

En el sistema legal-judicial actual, que parte de que la facultad de imposición de los servicios mínimos le corresponde a la autoridad gubernativa, la selección de los trabajadores concretos puede ser asignada, como ha señalado el Tribunal Constitucional, a los órganos de dirección y gestión de la empresa afectada (SSTC 53/1986, de 5 de mayo; 27/1989, de 3 de febrero), aunque también puede ser la administración responsable la que adopte esta decisión. En ocasiones la propia disposición gubernativa que ?je los servicios mínimos establecerá la relación de puestos de trabajo afectados<sup>57</sup>, pero en otros casos

<sup>57</sup> Véase el RD 755/1987, de 19 de junio (modi?cado por el RD 1474/1988, de 9 de diciembre y por RD 1349/1991), donde se regula, con dudosa legalidad, la prestación de servicios mínimos en caso de huelga respecto al personal de la Administración de Justicia e igualmente RD 1642/1983, de 1 de julio, por el que se establecen normas para garantizar la prestación de servicios mínimos en los establecimientos penitenciarios (modi?cado también parcialmente por el citado RD 1474/1988). En ellos se precisa cuáles serán los puestos de trabajo que habrán de mantenerse en funcionamiento en caso de huelga.

la disposición gubernativa no los determina, aunque debería incluir, para ser correcta, determinados parámetros que permitan deducir la intensidad y extensión de los servicios mínimos, y deja la concreción de estos puestos de trabajo y la selección de los trabajadores asignados a ellos en manos de los órganos de gestión de la empresa.

Cuestión que se ha venido planteando es si esta concreción empresarial de este complemento técnico y funcional de los servicios mínimos entra dentro del ejercicio ordinario de los poderes de dirección empresarial o si se trata de un poder-deber que tiene su fundamento en la disposición correspondiente de la autoridad gubernativa, siendo esta última posición la que se ha aceptado mayoritariamente. No obstante, se habrá de distinguir entre el momento de seleccionar los trabajadores y ordenarles la continuación del trabajo, dentro de los servicios mínimos establecidos, y el momento posterior de ejecución del trabajo. Si respecto del primer momento se considera que la actuación empresarial deriva de la disposición de la autoridad gubernativa, el segundo entra dentro del ejercicio normal del poder de dirección<sup>58</sup>.

Frente a la posición señalada se puede estimar más idóneo que fuesen los representantes de los trabajadores y la parte empresarial los que determinen quiénes son los trabajadores que tienen que atender las actividades correspondientes, y lo harán en función de las circunstancias que la huelga en cada momento requiera.

En el caso de que existiera realmente desacuerdo en la determinación de los servicios mínimos, esto no exime a los trabajadores encargados de los mismos de la obligación de prestarlos, pudiendo ser en otro caso sancionados por la empresa<sup>59</sup>.

En la selección de los trabajadores encargados de prestar los servicios mínimos la jurisprudencia ha admitido, en hipótesis, que en determinadas circunstancias se pueda dar preferencia para la realización de estos servicios a los trabajadores no huelguistas -los trabajadores que decidan libremente no sumarse a la huelga-, aunque esto no quiere decir que se pueda exigir a la empresa en cualquier caso (SSTC 123/1990, de 2 de julio; 304/1997, de 17 de septiembre). Sólo en el caso de que realmente exista desacuerdo y no se llegue a ninguna solución sería posible sustituir a los huelguistas por trabajadores no vinculados a la empresa, actuación que encuentra apoyo legal en el art. 10.2 RDLRT, pero siempre

<sup>58</sup> Sobre esta cuestión, véase Vivero Serrano: "La huelga en los servicios esenciales", *op.cit.*, pág. 236. La misma posición es mantenida por Baylos, "Sobre los despidos por huelga", en Aparicio Tovar y Baylos Grau: "El régimen del despido tras la reforma laboral", *Ibidem*, Madrid, 1995, págs. 250 y sigs.

<sup>59</sup> Sobre este tema, véase ampliamente Pérez Rey, J.: "El incumplimiento de los servicios mínimos y su revisión judicial en las huelgas que afectan a los servicios esenciales de la comunidad", en Baylos Grau (Coord.): "Estudios sobre la huelga", Bomarzo. Albacete, 2005.

como medida absolutamente excepcional ya que están en juego los intereses de la comunidad que tienen que ser satisfechos.

#### 2.2.4. Incumplimiento de los servicios mínimos

El incumplimiento de los servicios mínimos remite a una situación de “patología” de la huelga en el ámbito de los servicios esenciales de la comunidad, y por tanto a una situación de irregularidad jurídica. Los efectos de esta situación de irregularidad jurídica se proyectarán, por las propias características de este tipo de huelgas, sobre los trabajadores huelguistas y las organizaciones sindicales convocantes de la huelga (es decir, sobre el propio ejercicio del derecho de huelga), pero también sobre el empresario y sobre los usuarios de los servicios esenciales<sup>60</sup>.

Se ha señalado, no obstante, la particularidad de que en la mayor parte de las ocasiones las consecuencias derivadas de estos incumplimientos escapan al ámbito judicial especialmente a través de la limitación o eliminación de las responsabilidades a través de los pactos de ?n de huelga<sup>61</sup>.

No obstante, en principio, se establecen un conjunto de responsabilidades que podrán afectar a los sujetos colectivos de representación de los trabajadores que hayan convocado la huelga y a los propios trabajadores participantes en la misma (disciplinaria, civil, penal y administrativa). Es oportuno poner de mani? esto aquí la clara tendencia –u ofensiva- penalizadora que se viene produciendo en estos últimos años a través de la apertura por parte del Ministerio Fiscal de procesos penales –y procedimientos administrativos- para los trabajadores participantes en piquetes en el marco de la convocatoria y organización

<sup>60</sup> Vid. sobre este tema, Pérez Rey, J.: “El incumplimiento de los servicios mínimos y su revisión judicial en las huelgas que afectan a los servicios esenciales de la comunidad”, op.cit.

<sup>61</sup> Vid. Rentero Jover, J.: “ReAexiones sobre los pactos de ?n de huelga”, *Aranzadi Social*, núm.2, 1992, pág. 1617. Se puede recordar, en este sentido, que una de las características de las normas en materia sindical es que su efectividad es muy baja y que es frecuente su inaplicación, dada la tendencia del fenómeno sindical a desarrollarse por cauces extrajurídicos (extranormativos).



de huelgas generales, planteando la aplicación del art. 315.3 Código Penal<sup>62</sup>.

En relación con la responsabilidad de los sindicatos convocantes de la huelga<sup>63</sup>, el régimen aplicable es el previsto en la LOLS. Una de las materias más polémicas de la práctica jurídica de la huelga es la reparación de los daños causados con motivo de una huelga ilícita, o simplemente por actos ilícitos realizados en el curso de una huelga regular. El ejercicio de acciones de responsabilidad civil contra los sindicatos convocantes de una huelga, interpuestas por el empresario o terceros, constituyen un tipo de prácticas jurídicas que tienen un efecto disuasorio sobre el movimiento huelguístico y, por consiguiente, sobre la actividad reivindicativa de los sindicatos. Hasta el punto de que se ha hablado, con razón, de una nueva técnica de sujeción de la acción huelguística.

Como se sabe, en el Derecho vigente se prevé, por una parte, que los sindicatos responderán por los actos o acuerdos adoptados por sus órganos estatutarios en la esfera de sus respectivas competencias (art. 5.1 LOLS), por un lado, y por otro, se indica que el sindicato no responde por actos individuales de sus afiliados, salvo (y es ésta una excepción, importante, pero una excepción a la regla general de irresponsabilidad sindical por actos individuales de sus afiliados) que

<sup>62</sup> Es muy interesante, en este sentido, la argumentación planteada en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra núm. 363/2012 de 4 diciembre (ARP\2013\349), con apoyo de jurisprudencia constitucional, que cuestiona asimismo la aplicación de los tipos penales en aquellos supuestos en los que, pese a que puedan apreciarse excesos en el ejercicio del derecho fundamental, éstos no alcanzan a desnaturalizarlo o desvirtuarlo. Señala la Sentencia que "sin perjuicio de otras consecuencias que el exceso en que se incurrió pudiera eventualmente comportar, la gravedad que representa la sanción penal supondría una vulneración del derecho, al implicar un sacrificio desproporcionado e innecesario de los derechos fundamentales en juego que podría tener un efecto disuasorio o desalentador de su ejercicio". Además, "Dado que el art. 315.3 CP impone una pena mayor por la vulneración de un derecho que no es fundamental -el derecho a la libertad en el trabajo del artículo 35 CE, en la vertiente del derecho a no hacer huelga- a la de aquellos tipos que sancionan la vulneración de derechos fundamentales, -así el propio párrafo 1º del mismo precepto que castiga la vulneración del derecho fundamental a la huelga, o incluso el tipo básico de las coacciones, artículo 172 CP- debe interpretarse el término "coaccionar" desde la gravedad precisa para conformar, fuera de este ámbito específico, del delito de coacciones, de manera que no puede constituir este delito cualquier conducta coactiva aunque tendente a persuadir al trabajador no huelguista para que se adhiera a la huelga, sino solo la coacción grave y ello, atendiendo también a la severidad de la sanción, a los principios que rigen el derecho penal y a los derechos en colisión, pues como dice la STC nº 123/92 (RTC 1992, 123) la huelga es "un instrumento de presión respecto de la empresa para equilibrar en situaciones límite las fuerzas en oposición, cuya desigualdad real es notoria. La finalidad última de tal arma que se pone en manos de la clase trabajadora, es el mejoramiento de la defensa de sus intereses".

<sup>63</sup> Sobre el frecuente desplazamiento de las responsabilidades hacia los organizadores del conflicto, vid. Rivero Lamas, J.: "Infracciones y sanciones laborales y regulación del derecho de huelga: criterios jurisprudenciales y proyectos de reforma", Actualidad Laboral 1993/I, pág. 22. También Baylos Grau, A.: "La regulación del derecho de huelga en los servicios esenciales en España. Algunos puntos críticos", Revista de Treball, núm.12, 1990, pág. 20. Una perspectiva comparada en Arufe Varela, A.: "La problemática exigencia de responsabilidades laborales a los sindicatos por actividades huelguísticas de sus afiliados. Un análisis comparado de los ordenamientos español y norteamericano", Relaciones Laborales, nº 9, 2006, págs. 11 y sigs.

aquellos se produzcan en el ejercicio regular de las funciones representativas o se pruebe que dichos afiliados actuaban por cuenta del sindicato (art. 5.2 LOLS).

Este tema tiene una relevante conexión con la configuración del derecho de huelga como derecho de titularidad individual, porque se ha venido planteando que no cabe la imputación de responsabilidad a los sindicatos convocantes de la huelga en la medida en que la participación en la misma es una decisión subjetiva individual. Pese a ello, aplicando las técnicas de responsabilidad de Derecho común, se han admitido las acciones judiciales contra el sindicato de reparación de los perjuicios ocasionados por una huelga ilegal o irregular en su ejercicio, en cuanto sujeto convocante y dirigente de la huelga devenida en ilegal (STC 13/1986, de 30 de enero).

No obstante, el principio de responsabilidad civil por daño excesivo o ilegítimo debe tener un carácter excepcional en el ejercicio del derecho de huelga, porque no se debe desconocer la función jurídico-política del derecho de huelga y su relativa substracción parcial de los esquemas estrictamente civiles de regulación de las relaciones intersubjetivas privadas. No se trata de afirmar la inmunidad absoluta o la plena irresponsabilidad del sindicato, lo cual sería imposible de mantener en un sistema jurídico; de lo que se trata es de moderar y de limitar estrictamente esa responsabilidad en atención a la función que el propio Ordenamiento asigna a las instituciones sindicales.

### **3. HUELGA En SERVICIOS ESENCIALES Y ARBITRAJE OBLIGATORIO**

Merece también una breve referencia la figura excepcional del arbitraje obligatorio<sup>64</sup> previsto en el art. 10.1 RDLRT dada la utilización que en los últimos años se ha venido haciendo de este instrumento<sup>65</sup>. Como se sabe, la institución del arbitraje obligatorio constituye una limitación que deriva de la atemperación y conjugación del derecho de huelga con las exigencias de tutela y de protección de otros bienes y derechos que se consideran también dignos de tutela. Es una de las vías tradicionales de intervencionismo estatal en las relaciones colectivas de trabajo (junto v. gr. a la movilización y sustitución de los huelguistas por efectivos militares o policiales y la determinación de los servicios mínimos en los casos de huelga en servicios esenciales).

<sup>64</sup> Véase Monereo Pérez, J.L., Fernández Avilés, J.a. y Serrano Falcón, C.: "Arbitraje en caso de huelga y sistema democrático de relaciones laborales", en *Rev. Relaciones Laborales*, núm. 14, 2001, págs. 13 a 52.

<sup>65</sup> Vid. reivindicando la utilidad del arbitraje obligatorio en relación con las huelgas en servicios esenciales, Durán López, F.: "Una visión liberal de las relaciones laborales", op.cit., págs. 259-260.

Tras los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, la única fórmula de arbitraje obligatorio que rige actualmente en nuestro país es el “extraordinario o de emergencia” contemplado en el art. 10.1 RDLRT, que se prevé para circunstancias excepcionales y perjuicio especialmente grave para la economía nacional (mantenido por el Tribunal Constitucional con ese carácter excepcional, STC 11/1981). Tras la consolidación de los principios de autonomía y autotutela colectiva propios de un modelo democrático de relaciones laborales y la configuración excepcional de esta institución declarada por el Tribunal Constitucional, el Gobierno vino manifestando bastante prudencia en su utilización. Sin embargo la situación ha cambiado en los últimos años ya que sorprendentemente se está utilizando el arbitraje obligatorio como un medio “común u ordinario” para poner fin a huelgas declaradas en servicios esenciales de la comunidad, destacando las huelgas en el transporte aéreo, en el transporte por carretera y en las empresas de servicios de limpieza<sup>66</sup>. Se viene planteando una utilización de este instrumento excepcional que tiende hacia su “normalización” en el ámbito de las relaciones laborales y, especialmente, en el caso de conflictos, exteriorizados mediante el recurso a la huelga, en servicios esenciales para la comunidad.

Frente a esta utilización se debe destacar la necesidad de interpretar siempre este mecanismo de forma restrictiva y para casos “extraordinarios” dada la excepción que supone al principio de autotutela colectiva en el marco de un sistema democrático de relaciones laborales. En consecuencia, no debe perderse de vista la gravedad que reviste la supresión definitiva del ejercicio del derecho de huelga, lo que la convierte en una técnica no sólo de utilización realmente excepcional, sino “desaconsejable en un determinado modelo de desarrollo constitucional” como han destacado tanto el Tribunal Constitucional, en nuestro país, como el Comité de Libertad Sindical de la OIT.

<sup>66</sup> Los conflictos mencionados han dado lugar a una serie de laudos arbitrales, principalmente a partir del año 2001 (antes de esa fecha, desde la STC 11/1981, 11 de abril, se había utilizado esta figura es escasas ocasiones), entre ellos: Laudo arbitral dictado en el conflicto planteado entre la empresa “Iberia LAE, Sociedad Anónima” y la Sección Sindical del SEPLA en la misma, con motivo de la negociación del VII Convenio Colectivo entre la empresa y sus tripulantes Pilotos [Resolución DGT de 1 de agosto de 2001 (BOE nº.191, 10 de agosto de 2001)]; Laudo arbitral dictado en el conflicto planteado en el Convenio Colectivo del Sector de Viajeros [Resolución DGT 19 abril 2002 (BOCM nº.98, de 26 de abril)]; Laudo arbitral dictado en arbitraje obligatorio como vía de solución en la huelga en la empresa de Transportes de Barcelona, S.A. [Resolución TRE/1748/2002, de 5 de junio (DOGC nº.3661, de 20 de junio)]; Laudos arbitrales dictados en el conflicto entre Iberia, LAE, SAU, y el sindicato de pilotos SEPLA con motivo de la cesión de actividad en la compañía Iberia Express y otras cuestiones relacionadas con la negociación del VIII convenio colectivo para los tripulantes pilotos de 24 de mayo de 2012 y de 21 de diciembre de 2012.

Aunque la posibilidad de aplicación de esta figura no necesariamente se reduce a este supuesto<sup>67</sup>, en la práctica la mayor parte de los casos en que se ha impuesto un arbitraje obligatorio ha sido en huelgas en los servicios esenciales, pues es en éstas donde se producen conflictos entre derechos y bienes protegidos constitucionalmente al más alto nivel. Por otra parte, que la empresa sea o no de titularidad pública no obvia la posible necesidad de intervención de la autoridad gubernativa para establecer un arbitraje obligatorio, pues el requisito que se tiene en cuenta para la imposición de un arbitraje obligatorio es el “grave perjuicio para la economía nacional”, sin que tenga relevancia el carácter público o privado de la institución o empresa en conflicto.

Pero, además, es característico que los conflictos que, en los últimos años, han analizado mediante la imposición de un arbitraje obligatorio por parte del ejecutivo, se hayan producido en el ámbito de empresas de servicios, que es donde el conflicto se hace más visible y el impacto social es mayor ya que tienen un mayor contacto con el público. Pero además en estos conflictos se puede también comprobar que los colectivos implicados en el conflicto disponen de una posibilidad de “agresividad” social en sus reivindicaciones bastante considerables (son grupos reducidos de trabajadores, dotados de alta cualificación que pueden paralizar muchas más actividades productivas de las que se encuentran sometidas inmediatamente a su control).

<sup>67</sup> En este sentido, Vivero Serrano, J.B.: “La huelga en los servicios esenciales”, op.cit., págs. 196-197; Torrente Gari: “El ejercicio del derecho de huelga y los servicios esenciales”, op.cit., pág. 329. Vid. STS de 29 de enero de 2001 (Ar. 2453) que admite el arbitraje obligatorio impuesto por el Gobierno de Galicia en el sector de la pesca de arrastre, que no tiene la condición de servicio esencial para la comunidad.