

LA GESTIÓN PRIVADA EN LOS SERVICIOS ESENCIALES PARA LA COMUNIDAD Y LAS GARANTÍAS PARA SU MANTENIMIENTO

M^a NIEVES MORENO VIDA

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

EXTRACTO

Palabras clave: Servicios esenciales, servicios públicos, servicios de interés general, gestión privada, huelga

La prestación de una parte importante de los servicios básicos o esenciales se ha liberalizado y, en gran medida, privatizado, de forma que han dejado de configurarse como un servicio público reservado a la Administración para abrirse a la colaboración entre el sector público y el sector privado (con la creación de sociedades mercantiles, consorcios, entidades instrumentales, o mediante conciertos, concesiones o contrataciones públicas) y directamente al sector privado, pudiendo ser prestados también por empresas privadas bajo el régimen de libre mercado. La necesidad de establecer límites y garantías, en particular respecto del ejercicio del derecho de huelga, plantea ante todo el problema de delimitar cuáles son realmente los servicios esenciales de la comunidad, cuestión que ha adquirido una nueva perspectiva con la introducción del concepto comunitario de "servicios de interés general".

ABSTRACT

Key words: Services essential, services public, services of interest general, management private, strike

The provision of an important part of basic or essential services has been liberalised and, largely privatized, in such a way that they are no longer configured as a public service reserved to the Administration open to the collaboration between the public sector and the private sector (with the creation of companies, consortia, instrumental entities, or through concerts, concessions and public procurement) and directly to the private sector and can be also provided by companies under the free-market system. The need of set limits and guarantees, in particular with regard to the exercise of the right of strike, raises primarily the problem of delimit what are really them services essential of the community, issue that has acquired a new perspective with the introduction of the concept community of "services of interest general".

ÍNDICE

1. LA LIBERALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS BÁSICOS O ESENCIALES Y LAS LIMITACIONES EXIGIDAS PARA GARANTIZAR SU MANTENIMIENTO
2. LA DELIMITACIÓN DE LOS SERVICIOS ESENCIALES PARA LA COMUNIDAD
 - 2.1. Los conceptos clásicos de servicios públicos y servicios esenciales y el concepto comunitario de servicios de interés general
 - 2.2. La delimitación del concepto de servicios esenciales llevada a cabo por el tribunal constitucional
 - 2.3. La concreción de los servicios esenciales llevada a cabo por el tribunal constitucional y por la autoridad administrativa
3. LAS TÉCNICAS DE GARANTÍAS PARA ASEGURAR EL MANTENIMIENTO DE LOS SERVICIOS ESENCIALES PARA LA COMUNIDAD: LA REALIZACIÓN DE LA HUELGA EN SERVICIOS ESENCIALES
 - 3.1. La técnica de los “servicios mínimos”
 - 3.2. La fijación de los servicios mínimos por la autoridad gubernativa
 - 3.3. La selección de los trabajadores encargados de prestar los servicios mínimos

1. LA LIBERALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS BÁSICOS O ESENCIALES Y LAS LIMITACIONES EXIGIDAS PARA GARANTIZAR SU MANTENIMIENTO

Desde hace ya tiempo, es una realidad que la prestación de una parte importante de los servicios básicos o esenciales se ha liberalizado y, en gran medida, privatizado. La complejidad cada vez mayor de las Administraciones Públicas (que ha determinado la búsqueda de fórmulas más flexibles frente a las consideradas restricciones impuestas por el Derecho Administrativo) y la creciente apertura de mercados a la libre competencia (en gran medida impulsada por la propia Unión Europea) ha tenido como consecuencia que se haya producido una radical evolución de la prestación de dichos servicios básicos o esenciales, que han dejado de configurarse como un servicio público reservado a la Administración para abrirse a la colaboración entre el sector público y el sector privado (en particular, con la creación de entes instrumentales vinculados a las distintas Administraciones Públicas, o mediante conciertos, concesiones o contrataciones públicas) y directamente al sector privado, pudiendo ser prestados también por empresas privadas bajo el régimen de libre mercado¹. La consecuencia es que la Administración ya no es el único sujeto que tiene atribuidas obligaciones de servicio público,

¹ Vid. Monereo Pérez, J.L.: “Las reestructuraciones en el sector público y su incidencia en el empleo público laboral”, en Castillo Blanco y Monereo Pérez (Dirs.): *Reestructuración de las Administraciones Públicas: Aspectos administrativos y laborales*, Edit. Comares, Granada, 2015, pág. 212; Id.: “Aspectos laborales de la interconexión entre Administraciones Públicas y entes instrumentales: Irregularidades en la contratación y legislación de emergencia”, *Revista de Derecho Social*, núm. 67, págs. 13 y sigs.; Sindic de Greuges de Catalunya: *La prestación privada de servicios de interés general y buenas prácticas corporativas*. 1^a ed., 2014

sino que también lo son determinados sectores económicos privados por la actividad que desarrollan.

Dentro de estas actividades o servicios públicos se incluyen los servicios básicos o esenciales para la vida de las personas (servicios sociales, salud, seguridad, educación, transporte, suministro de energía y agua...). También en la prestación de estos servicios esenciales se ha facilitado la introducción de la competencia y la colaboración público-privada, con lo que ello plantea respecto a la necesidad de establecer limitaciones de la regulación de los operadores de servicios esenciales para asegurar los derechos y las libertades de los ciudadanos en diversos aspectos como la calidad del servicio, la garantía de acceso universal, el derecho efectivo a la elección, o el mantenimiento de dichos servicios en supuestos de conflictos laborales y, particularmente, en los que puedan dar lugar a una huelga. Esta exigencia de garantizar en todo caso la prestación de los servicios esenciales a los ciudadanos y la consiguiente introducción de límites y garantías plantea ante todo el problema de delimitar cuáles son realmente los servicios esenciales de la comunidad y, en segundo lugar, que límites o garantías habrán de establecerse para hacerlos realmente efectivos.

El derecho comunitario sobre la libre prestación de servicios puede hacer actualmente más compleja la cuestión de delimitar los servicios esenciales de la comunidad y los límites que pueden y deben introducirse en su gestión pública o privada. La liberalización de los servicios públicos se ha consolidado como consecuencia del derecho comunitario, en la medida en que la constitución económica europea ha ido evolucionando hacia una “convergencia de las libertades de circulación y la libre competencia”². El antiguo artículo 86.2 del Tratado de las Comunidades Europeas (TCE), ahora artículo 106.2 en el Tratado para el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), sometió los servicios económicos de interés general a las normas del tratado: “Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de estas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica que se ha encomendado. El desarrollo de los intercambios no

[<http://www.sindic.cat/site/unitFiles/3606/La%20prestacion%20privada%20de%20servicios%20de%20interes%20general%20def.pdf>]

² Vid. De la Sierra, S.: “El ámbito de aplicación de la Directiva y los servicios excluidos: Una plasmación de las mutaciones de la Constitución Económica Europea”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Nº Extra 12, 2010 (dedicado a: “El impacto de la directiva Bolkestein y la reforma de los servicios en el Derecho Administrativo”), págs. 213 y sigs.

deberá quedar afectado de forma que sea contrario al interés de la Unión”. Su desarrollo (especialmente complejo y controvertido) se llevó a cabo por la Directiva 2006/123, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior (cuya transposición en España se hizo por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio –la conocida como “ley ómnibus”-).

El objetivo de la Unión Europea es potenciar el mercado económico interior europeo eliminando obstáculos a la libre competencia y suprimiendo trabas para facilitar el adecuado ejercicio de las libertades de establecimiento y de prestación de servicios, lo cual es la expresión de la situación actual caracterizada, como ha indicado Parejo Alfonso³, por un progresivo dominio del mercado “como mecanismo preferente de satisfacción de las necesidades sociales en bienes y servicios”, la valoración de la actividad del poder público desde la eficacia y la eficiencia y, combinadamente, la desterritorialización de la economía.

La consecuencia de todo ello es la incidencia cada vez mayor de la prestación de servicios esenciales a través de mecanismos de gestión privada, sea en el sector público (a través de la creación de sociedades mercantiles, consorcios, entidades instrumentales, ex art. 3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por RDLeg. 3/2011, de 14 de noviembre) o en el sector privado (asumiendo éste directamente la prestación de servicios básicos o esenciales o a través de conciertos, concesiones administrativas, contratos, etc.), de forma que el Estado se sitúa básicamente en la función de “estado garante” definido como “aquél que, sin sustituir y simplemente modular el Estado social y democrático de Derecho, se centra en garantizar la ejecución de determinados cometidos (dación de bienes y prestación de servicios) decidida en sede política sin por ello tener que asumir directamente aquella ejecución, la cual puede ser llevada a cabo igualmente por sujetos privados (es decir: el mercado), organizaciones de interés social (tercer sector) o, incluso, los propios ciudadanos”⁴. La nueva dimensión del Estado se resumiría así en

³ Cfr. Parejo Alfonso, L.: “Estado y procesos de cambio. Del Estado prestacional al garante de la prestación”, *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 33, 2015, pág. 75.

⁴ Cfr. Parejo Alfonso, L.: “Estado y procesos de cambio...”, op.cit., pág. 87, quien analiza detenidamente las fórmulas planteadas por la doctrina jurídico-pública alemana para expresar las características fundamentales del tipo de Estado al que parece caminar, su situación actual y sus funciones.

una función de garantía (en régimen, no obstante, “de pluralización y desestatalización -europeización, internacionalización, autorregulación-”), fundamentalmente a través de las regulaciones organizativas y procedimentales⁵.

En este marco se plantea la permanente exigencia de “reforma y modernización” de las Administraciones Públicas y del Sector Público (sector público administrativo y sector público fundacional y empresarial), dirigidas por la finalidad de reducción del gasto público y de reestructuración y racionalización⁶, afectando de manera importante también a los servicios esenciales para la comunidad. Particularmente, la gestión privada de servicios esenciales dentro del ámbito del Sector Público ha estado sometida a una fuerte conflictividad social como consecuencia de la aplicación de las normas excepcionales contenidas en la llamada legislación de emergencia y urgencia dirigida a garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (amparada por la STC de 16 de julio de 2014 que ha convalidado las medidas establecidas al respecto). En las sucesivas leyes de presupuestos generales del Estado de los últimos años y en un importante número de Reales Decretos Leyes, entre los que destaca el RD-Ley 20/2012, de 13 de julio, se han establecido importantes limitaciones a la contratación y a la retribución en el sector público, así como a la negociación colectiva (estableciendo la suspensión o modificación unilateral de la regulación convencional)⁷, que no sólo afectan a los funcionarios públicos sino también a los trabajadores del sector público fundacional y empresarial, a lo que se unen los nuevos mecanismos para facilitar el despido de los trabajadores en el sector público. Los servicios esenciales se ven afectados también por este conjunto de medidas excepcionales en cuanto que muchos de ellos constituyen servicios públicos cuya gestión unas veces es pública y otras veces se realiza mediante la gestión privada a través de sociedades mercantiles, fundaciones, entes instrumentales, etc., que forman parte del sector público.

Así, las Leyes de Presupuestos Generales del Estado de los últimos años (y en el marco de éstas, muchas Leyes de Presupuestos de Comunidades Autónomas) han establecido, respecto de las sociedades mercantiles públicas y entidades públicas empresariales, fundaciones del sector público y consorcios participados

⁵ Th. Vesting: “Zwischen Gewährleistungsstaat und Minimalstaat. Zu den veränderten Bedingungen der Bewältigung Öffentlicher Aufgaben in der Informations-oder Wissensgesellschaft”, accesible en <http://www.jura.uni-frankfurt.de/43748343/Zwischen-Gewahrleistungsstaat-und-Minimalstaat.pdf>, citado por Parejo Alfonso, L.: “Estado y procesos de cambio...”, op.cit., págs. 90-91.

⁶ Cfr. Monereo Pérez: “Las reestructuraciones en el sector público...”, op.cit., pág. 218.

⁷ Vid. Monereo Pérez: “Aspectos laborales de la interconexión entre Administraciones Públicas y entes instrumentales”, op.cit., págs. 37 y sigs.

mayoritariamente por las Administraciones y Organismos que integran el Sector Público, además de la necesidad de informe favorable del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y, en su caso, del accionista mayoritario, fuertes limitaciones y requisitos para proceder a la contratación de nuevo personal. Así, en la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 (Disps. Adics. 15^a, 16^a y 17^a):

-con carácter general, se establece que: solo en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables, podrán llevar a cabo contrataciones temporales; las sociedades mercantiles públicas y las entidades públicas empresariales que hayan tenido beneficios en dos de los últimos tres ejercicios podrán realizar contratos indefinidos con un límite del 100 por ciento de su tasa de reposición; el resto podrán realizar contratos indefinidos con un límite del 60 por ciento de su tasa de reposición; adicionalmente, podrán realizar, exclusivamente para procesos de consolidación de empleo temporal, contratos indefinidos con un límite del 15 por ciento de su tasa de reposición, -no obstante, si se trata de “sociedades mercantiles públicas o entidades públicas empresariales que gestionen servicios públicos esenciales” para cuyo disfrute esté subvencionado el ciudadano y hayan visto disminuida su plantilla de trabajadores fijos en los dos últimos ejercicios, los límites del 60 y 15 por ciento de la tasa de reposición anteriormente referidos se computarán sobre los dos últimos ejercicios presupuestarios.

Esta prohibición relativa de contratación (más allá de la dimensión política de la obligación constitucional de prestar adecuada y suficientemente servicios básicos a los ciudadanos) determina, en efecto, la necesidad de identificar si se gestionan servicios públicos esenciales o no, ya de de ello dependerá como se deban aplicar los límites establecidos respecto a la contratación indefinida y si es posible la realización de contrataciones temporales, puesto que hay que entender que si efectivamente se trata de servicios esenciales las necesidades de contratación siempre son urgentes e inaplazables.

En definitiva, la aplicación de estas medidas puede plantear, por un lado, si la prohibición de contratación o la reducción de plantillas en el sector público son compatibles con la garantía de mantenimiento de los servicios esenciales y, por otro lado, la legalidad de las huelgas que pudieran plantearse por la aplicación de las mismas (una huelga motivada por la reducción salarial impuesta o por la modificación de la regulación establecida en el convenio colectivo, por ejemplo en materia de jornada, debería considerarse legal, por aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional, ante una alteración sobrevenida de las circunstancias). En cualquier caso, el ejercicio del derecho de huelga en los servicios esenciales determina la aplicación del límite constitucional previsto en el art. 28.2 CE que

exige el mantenimiento de dichos servicios, imponiendo limitaciones al ejercicio del derecho fundamental de huelga.

2. LA DELIMITACIÓN DE LOS SERVICIOS ESENCIALES PARA LA COMUNIDAD

2.1. Los conceptos clásicos de servicios públicos y servicios esenciales y el concepto comunitario de servicios de interés general

Los conceptos de servicios esenciales, servicios de interés general o servicios económicos de interés general siguen siendo imprecisos económica y jurídicamente, lo que plantea la necesidad de su previa delimitación.

En nuestro ordenamiento jurídico el concepto de servicios esenciales se prevé a efectos de establecer los límites constitucionales del derecho de huelga y del derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo (arts. 28 y 37 CE), pero la referencia constitucional a los servicios esenciales aparece también en el art. 128.2 CE (“Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general”). Tanto en un caso como en otro, la Constitución admite medidas restrictivas de gran trascendencia por afectar a otros derechos constitucionales: en el caso de la huelga y de los conflictos colectivos, la delimitación de un servicio como esencial determina la existencia de un límite constitucional al derecho fundamental de huelga y al derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo (entre las cuales el Tribunal Constitucional entiende –discutiblemente- comprendido el cierre patronal); en el caso de la reserva al sector público de “servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio”, se introduce una facultad que constituye una medida restrictiva importante frente al derecho constitucional a la libertad de empresa en una economía de mercado (art. 38 CE). El establecimiento de estos límites o facultad de restricción requiere que el legislador justifique la esencialidad del servicio⁸.

El problema es, pues, determinar qué necesidades o qué servicios han de considerarse esenciales, lo que, siendo un concepto jurídicamente indeterminado,

⁸ Vid. Valero Torrijos, V.: “El concepto de servicio público a la luz de la Constitución”, quien señala que “El principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos proclamado a nivel constitucional por el art. 9.3, dado que se trata de adoptar una medida restrictiva de gran trascendencia, impone al legislador la obligación de justificar la esencialidad del servicio en cuestión”. Artículo publicado en <http://www.carm.es/chac/interleg/arti0001.htm>

dependerá de las circunstancias concretas concurrentes en cada momento y, en última instancia, la valoración de los servicios que deban considerarse esenciales corresponderá al Tribunal Constitucional.

Un segundo problema que se ha venido planteando (especialmente en la doctrina administrativista) es si el concepto de “servicios esenciales” al que se refieren los arts. 28.2 y 37.2 CE, para preservar el mantenimiento de los mismos en el ejercicio del derecho de huelga o en la adopción de medidas de conflicto colectivo, es el mismo al que hace referencia el art. 128.2 CE para limitar a dichos servicios esenciales la eventual reserva de unas actividades al sector público. Las posiciones son controvertidas al respecto y, en última instancia, determinan distintas opciones político-ideológicas ya que el concepto más restrictivo o menos que se acepte tendrá como consecuencia que la facultad de reserva al sector público de determinados recursos o servicios tendrá un alcance más extensivo o, por el contrario, más limitado⁹.

Asimismo, se plantea también la distinción entre “servicios esenciales” y “servicios públicos”, aspecto éste sobre el que el Tribunal Constitucional ya manifestó, desde muy pronto, que no cabe identificar servicios esenciales con servicios públicos. Pero si, en relación con el ejercicio del derecho de huelga la no identificación entre esos dos conceptos tiene como consecuencia limitar el ámbito en el que no se podrán imponer restricciones al ejercicio del derecho fundamental de huelga (de forma que no siempre que se trate de un servicio público habrá que garantizar el mantenimiento del servicio, sino sólo cuando el servicio satisfaga necesidades configuradas como derechos fundamentales), en relación con la facultad de reserva por ley al sector público de determinados servicios del art. 128.2 CE ese concepto de esencialidad restrictivo tiene como consecuencia limitar dicha facultad de reserva, ampliando por tanto el ámbito de las actividades económicas que no pueden ser restringidas a la iniciativa privada.

Las tendencias liberalizadoras y privatizadoras que hoy día se imponen van alejándose de un concepto de servicio público como garantía y técnica de realización de los derechos fundamentales y las necesidades de la comunidad en virtud de la obligación de promoción de la libertad y la igualdad entre los ciudadanos que el art. 9.2 CE atribuye a los poderes públicos¹⁰. Frente a esa idea, el

⁹ Sobre las distintas posiciones en la doctrina administrativista sobre el concepto unitario o diverso de “servicios esenciales”, vid. Fernández García, M.Y.: *Estatuto jurídico de los servicios esenciales económicos en red*, INAP/ Editorial Ciudad Argentina, Madrid, 2003, págs. 148 y sigs.

¹⁰ Vid. Chinchilla Marín, C.: *La radiotelevisión como servicio público esencial*, Tecnos, Madrid, 1988, págs. 94 y sigs.

servicio público se tiende a configurar como mera técnica de organización -cuya eficacia, por otra parte, se tiende asimismo a poner en duda frente a las “bondades” de la iniciativa privada- de actividades prestacionales de bienes y servicios de carácter indispensable, vital o básico¹¹, que no es, además, la única posible.

Como indica Parejo Alfonso, “el servicio público puede invocarse bien como idea más propiamente política que jurídica, bien como técnica precisa de organización de una actividad de dación de bienes o prestación de servicios”, y en este segundo sentido la jurisprudencia contencioso-administrativa (entre otras, STS de 24 de octubre de 1989, RJ 1989/8390) define el servicio público como “actividad cuya titularidad ha sido reservada en virtud de una Ley a la Administración para que ésta la reglamente, dirija y gestione, en forma directa o indirecta, y a través de la cual se presta un servicio al público de manera regular y continua”. Se refiere así a un concepto de servicio público objetivo, en el que la reserva no impide el juego de la libre empresa en régimen de competencia, pudiendo concurrir la acción pública y la de los sujetos privados, si bien, como señala este autor, “la concurrencia pueda ser desigual en función del régimen jurídico-público a que queda sujeta la acción pública” (como en el caso de la sanidad o educación, en cuanto se refieren a la satisfacción de necesidades colectivas de interés general)¹². Y el Tribunal Constitucional ha matizado, entrando ya en el ámbito de los servicios esenciales, que “la asunción por los poderes públicos de una actividad como servicio público, para abrir posteriormente su gestión a particulares, no puede tener otra justificación –en la medida en que resultan afectados derechos fundamentales- que la de servir a los intereses generales y asegurar la vigencia de otros bienes y principios o derechos constitucionales” (STC 127/1994, de 5 de mayo).

Muy especialmente en el ámbito comunitario se ha puesto de manifiesto que “los términos «servicio de interés general» y «servicio de interés económico general» no deben confundirse con la expresión «servicio público»¹³. Como indica

¹¹ Fernández García: *Estatuto jurídico de los servicios esenciales económicos en red*, op.cit., págs. 148 y sigs.

¹² Cfr. Parejo Alfonso, L.: “Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros”, en Cienfuegos Salgado, G. y Rodríguez Lozano, L.G. (Coords.): *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamerica*, Edit. Universidad Autónoma de México / Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, págs. 477-478.

¹³ *Libro Verde sobre los servicios de interés general* (Presentado por la Comisión) Bruselas, 21.5.2003 [COM(2003) 270 final]. También *Libro Blanco sobre los servicios de interés general*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones. Bruselas, 12.5.2004. COM(2004) 374 final, pág. 24, que indican que “Los términos «servicios de interés general» y «servicios de interés económico general» no deben confundirse con la expresión «servicio público», un término más ambiguo que puede tener diversos significados y, por tanto, inducir a confusión. Con esta expresión se alude a veces al hecho

Fernández Farreres¹⁴ es significativo el empleo de la nueva expresión “servicios de interés general” como expresión del abandono (implícito) de la calificación formal de servicio público (especialmente en el caso de los servicios prestados en red, como sector eléctrico, hidrocarburos, correos, telecomunicaciones, ferrocarril...). Con esta expresión se refiere a todos “los servicios, sometidos o no a la disciplina de mercado, que las autoridades públicas consideran de interés general y están sometidos a obligaciones específicas de servicio público”¹⁵.

Dentro de los “servicios de interés general” se distingue entre: “servicios no económicos de interés general”, que están excluidos del art. 106 TFUE y por tanto a los que no se aplica directamente el régimen de libre competencia, que llegan hasta las funciones públicas en sentido estricto; y “servicios económicos de interés general”, incluidos en el art. 106.2 TFUE, a los que sí se aplica el régimen de libre competencia y que son, por tanto, los abarcados con carácter general por la Directiva de Servicios.

En el “Libro Verde sobre los servicios de interés general” (y posteriormente en el “Libro Blanco”) se indica que la expresión «servicios de interés económico general» (utilizada en el apartado 2 del artículo 106 del TFUE, anterior art. 86 del TCE, pero que no aparece definida ni en el Tratado ni en el Derecho derivado), en la práctica comunitaria, suele designar a aquellos servicios de naturaleza económica a los que los Estados miembros o la Comunidad imponen “obligaciones específicas de servicio público” en virtud de un criterio de interés general (entre otros, servicios prestados por las grandes industrias de redes, como el transporte, los servicios postales, la energía, las comunicaciones...). Esta categoría puede identificarse con la de servicio público objetivo o funcional¹⁶ (eludiendo inten-

de que un determinado servicio se ofrece al público en general, mientras que otras veces lo que se quiere resaltar es que se ha asignado a un servicio una misión específica de interés público o se hace referencia al régimen de propiedad o al estatuto de la entidad que presta el servicio”.

¹⁴ Cfr. Fernández Farreres, G.: “El concepto de servicio público y su funcionalidad en el derecho administrativo de la nueva economía”, *Justicia Administrativa*, núm. 18, enero de 2003, citado por Parejo Alfonso, L.: “Servicios públicos y servicios de interés general...”, op.cit., pág. 475.

¹⁵ *Libro Blanco sobre los servicios de interés general*, op. cit., pág. 24.

¹⁶ Parejo Alfonso, L.: “Servicios públicos y servicios de interés general...”, op.cit., pág. 483. En sentido similar De la Sierra, S.: “El ámbito de aplicación de la Directiva y los servicios excluidos...”, op. cit. pág. 229, quien señala que “No es aventurado concluir que el conjunto de derechos y obligaciones que derivan de la categoría nacional de «servicio público» se articula en Derecho de la Unión en muchas ocasiones en torno a la institución de los «servicios de interés económico general», institución que presenta unos perfiles un tanto diversos, por cuanto esta última categoría, en principio, sólo tiene en consideración las actividades de contenido económico, mientras que el servicio público admite referencias a otro tipo de actividades”. “Así, los servicios públicos de relevancia económica (en el sentido de la jurisprudencia comunitaria) serían los mentados servicios económicos de interés general”.

cionadamente, como se ha dicho, esta terminología) en la medida en que la presencia de “interés general” autoriza la imposición a los mismos de “obligaciones de servicio público” (de ahí la relevancia que presenta ahora esta figura). Así, los poderes públicos pueden imponer al proveedor del servicio obligaciones específicas, o restricciones, con el fin de garantizar la consecución de ciertos objetivos de interés público (por ejemplo en materia de transporte aéreo, ferroviario y por carretera, o en el sector de la energía). Pero, en cualquier caso, con arreglo al Derecho comunitario, es irrelevante que los proveedores de servicios de interés general sean públicos o privados; todos están sujetos a los mismos derechos y obligaciones¹⁷.

El objetivo prioritario del derecho comunitario es garantizar la libre circulación de personas, bienes y capitales y la libertad de establecimiento, eliminando cualquier tipo de restricciones del mercado y de la competencia (se considera por la Comisión Europea “que la existencia de un mercado interior abierto y competitivo y el desarrollo de servicios de interés general accesibles, asequibles y de calidad representan objetivos compatibles”, que además ha contribuido sensiblemente a una mayor eficiencia y ha ampliado la oferta de servicios). Mantiene una presunción en contra de toda reserva de cualquier actividad económica tanto si lo es por la Administración Pública, como si lo es por una empresa pública o privada. Sólo admite restricciones “en los casos en los que es necesaria, adecuada, proporcionada y no discriminatoria la imposición de restricciones a estas libertades para cumplir misiones específicas de interés público que los tratados reconocen como merecedoras de medidas excepcionales”¹⁸.

Dentro de los “servicios de interés general” la Comisión entiende comprendido el ámbito de los servicios sociales, incluidos los de asistencia sanitaria, los cuidados de larga duración, la seguridad social, los servicios de empleo, y la vivienda social¹⁹. Los califica como servicios basados en el principio

¹⁷ *Libro Blanco sobre los servicios de interés general*, op. cit., pág. 25.

¹⁸ Vid. Borrell, Joan-Ramon: “El elusivo reto de la mejora de la prestación de los servicios esenciales”, en Síndic de Greuges de Catalunya: *La prestación privada de servicios de interés general y buenas prácticas corporativas*. 1ª ed., 2014

[<http://www.sindic.cat/site/unitFiles/3606/La%20prestacion%20privada%20de%20servicios%20de%20interes%20general%20def.pdf>]

¹⁹ Finalmente la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (y, por tanto, también la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio) ha excluido de su ámbito de aplicación, aparte de los servicios no económicos de interés general, numerosos supuestos que sí están en el ámbito de aplicación de la libre competencia –servicios económicos de interés general- por motivos muy diversos. Dentro de estas exclusiones, y por lo que aquí interesa ahora, están los servicios sanitarios (incluidos los servicios farmacéuticos y con

de solidaridad, centrados en la persona y que garantizan a los ciudadanos el disfrute efectivo de sus derechos fundamentales y un elevado nivel de protección social, reforzando la cohesión social y territorial. Considera que, si bien, en principio, corresponde a los Estados miembros definir las funciones y objetivos de los servicios sociales y sanitarios, la normativa comunitaria puede tener alguna incidencia en los instrumentos de prestación y financiación de dichos servicios. Por ello indica que sería necesaria mayor claridad en la distinción entre funciones e instrumentos (con el objetivo, según dice, de permitir su modernización), de forma que los Estados miembros en los que la prestación de servicios sociales y sanitarios se basa en la economía de mercado pudiera anticiparse a los efectos que la normativa comunitaria en materia de competencia pueda tener sobre los mismos. En cualquier caso reconoce que la decisión de recurrir a mecanismos de mercado o de prestar los servicios directamente, a través de organismos públicos financiados con cargo a los impuestos, continuará siendo una opción política de los Estados miembros²⁰.

En efecto, la Comisión europea reconoce que, en principio, es facultad de los Estados miembros decidir la manera de organizar los servicios de interés general, pudiendo así decidir si prestan ellas mismas un servicio de interés general o si confían dicha tarea a otra entidad (pública o privada)²¹. También compete a las autoridades públicas al nivel que corresponda la definición de lo que constituyen obligaciones o misiones de servicio público, regular los mercados y garantizar que los operadores cumplan las misiones de servicio público que les hayan sido confiadas. No obstante, señala que los proveedores de servicios de interés económico general, incluidos los proveedores de servicios internos, son empresas, y están, por tanto, sujetos a las normas de competencia del Tratado. En la práctica, como también constata la Comisión Europea, los Estados miembros recurren cada vez más a fórmulas de asociación público-privada, consistentes en contratos de concepción-construcción-financiación-explotación, concesiones o la creación

independencia del tipo de establecimiento, organización, financiación y de su carácter público o privado); los servicios sociales relativos a la vivienda social, la atención a la infancia y el apoyo a familias y personas temporal o permanentemente necesitadas proporcionados por el Estado, por prestadores encargados por el Estado o por asociaciones de beneficencia reconocidas como tales por el Estado; los servicios y redes de comunicaciones electrónicas; o los servicios en el ámbito del transporte, incluidos los portuarios.

²⁰ *Libro Blanco sobre los servicios de interés general*, op. cit., apartado 4.4.

²¹ El art. 1.3 de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, establece que “La presente Directiva no afecta a la libertad de los Estados miembros de definir, de conformidad con la legislación comunitaria, lo que consideran servicios de interés económico general, cómo deben organizarse y financiarse dichos servicios con arreglo a las normas sobre las ayudas públicas y a qué obligaciones específicas deben supeditarse”.

de empresas de economía mixta, para la ejecución de proyectos de infraestructura o la prestación de servicios de interés general.

En cualquier caso, pese a la nueva terminología que se plantea en el derecho comunitario, las categorías clásicas –como las de servicio público o servicios esenciales– siguen siendo relevantes, aunque no puedan exportarse automáticamente en todos los contextos y teniendo en cuenta además que la terminología propia del Derecho de la Unión Europea se refiere sólo a algunas de las manifestaciones de aquéllas²². La finalidad de liberalización del “mercado” de servicios en el interior de la Unión Europea no hace sino revalorizar el criterio de establecer una nítida definición jurídico-material de “servicio esencial” con independencia de la naturaleza pública o privada de la entidad prestadora del servicio. El concepto de servicios esenciales aparece expresamente recogido en la Constitución Española en relación a la necesidad de establecer los límites necesarios para garantizar el mantenimiento de los mismos y no es sustituible sin más por el concepto de “servicios de interés general” (aunque este concepto implique introducir modulaciones en determinados contextos).

2.2. La delimitación del concepto de servicios esenciales llevada a cabo por el Tribunal Constitucional

No existe jurídicamente un concepto general de servicios esenciales, sin embargo, los servicios esenciales para la comunidad son el ámbito en el que el ejercicio del derecho de huelga (así como el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo) encuentra un límite “externo” expresamente fijado en la norma constitucional (arts. 28.2 y 37.2 CE). Determinan, en consecuencia, una regulación específica de carácter restrictivo, ya que, como ha dicho el Tribunal Constitucional, el derecho de los trabajadores a defender sus intereses mediante la huelga “cede” cuando ocasione o pueda ocasionar un “mal más grave que el que los huelguistas experimentarían si su reivindicación o su pretensión tuvieran

²² Como indica De la Sierra, refiriéndose al concepto de servicio público, “Las categorías clásicas entiendo que mantienen su utilidad, por cuanto conllevan un régimen jurídico labrado durante largo tiempo y que responde a preocupaciones casi idénticas, a saber: (1) qué hacer cuando determinados recursos son limitados; (2) cómo articular la prestación de un servicio para que todas las personas puedan acceder al mismo en igualdad de condiciones, por entender que ello responde a un mandato constitucional derivado, entre otros, de principios como los de igualdad o solidaridad; (3) cómo responder a los mandatos del Estado Social que de forma paulatina han ido encontrando cabida, también, en el Derecho de la Unión, bien mediante una plasmación expresa en los Tratados bien mediante el desarrollo jurisprudencial; o, entre otros, (4) cómo dotar de calidad a los servicios que se prestan. (Cfr.: De la Sierra, S.: “El ámbito de aplicación de la Directiva y los servicios excluidos...”, op. cit. pág. 217).

éxito”, de forma que el derecho de la comunidad a determinadas “prestaciones vitales” es “prioritario” respecto del derecho de huelga (o del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo)²³. De aquí, pues, la importante labor del Tribunal Constitucional para tratar de determinar el concepto de servicios esenciales para la comunidad.

Si el art. 28.2 CE habla de “servicios esenciales de la comunidad”, el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (RDLRT), cuando regula el derecho de huelga, hace referencia, en su art. 10.2, a “empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad”. Pese a la clara diferencia entre la fórmula más amplia del RDLRT y la más escueta y restrictiva de la CE, el Tribunal Constitucional consideró que aquélla es una fórmula “que no es difícil englobar” en la del art. 28.2 CE, ya que “se reconduce sin demasiada dificultad al texto constitucional, en el sentido de que los servicios a mantener son los esenciales”²⁴. De tal forma que se podrán adoptar las medidas de garantía necesarias “cuando la huelga afecta a servicios de reconocida e inaplazable necesidad o a servicios esenciales para la comunidad, pero no, como es obvio, cuando se trata de servicios públicos que no reúnen las circunstancias anteriormente señaladas”²⁵.

Sin embargo, la inexistencia de una definición por el legislador de qué servicios son esenciales para la comunidad determinó una actuación jurisprudencial encaminada a delimitar el concepto de servicios esenciales, encabezada por el Tribunal Constitucional a partir de las importantes Sentencias de 8 de abril de 1981, núm. 11 y de 17 de julio de 1981, núm. 26. Un examen atento de las construcciones del Tribunal Constitucional permitirá determinar este concepto, con las oportunas matizaciones derivadas de la consideración de la doctrina del Comité de Libertad Sindical de la OIT.

Debe destacarse que el Tribunal Constitucional optó por establecer una “cláusula general de esencialidad”²⁶ de carácter abierto [lo que, en el marco del convalidado RDLRT, amplió considerablemente el campo de actuación de la autoridad político-gubernativa, que es la que, en el régimen jurídico actual de la huelga, tiene que ir precisando en cada momento qué servicios son esenciales].

²³ SSTC 11/1981, de 8 de abril (FJ 18); 5 de mayo de 1985; 15 marzo de 1990, entre otras.

²⁴ STC 11/8 de abril de 1981, f.j.18.

²⁵ STC 26/1981, de 17 de julio.

²⁶ Cfr. Baylos Grau, A.: “Procedimiento de fijación de los servicios esenciales”, en AAVV: “El nuevo régimen jurídico de la huelga y el cierre patronal”. Consejo General del Poder Judicial, 1993, pág. 88. Id.: “El derecho de huelga a los 25 años de aprobación del DLRT-77”. Consejo General del Poder Judicial, 2003, pág. 186.

Consecuencia de ello es que progresivamente, se ha ido produciendo una ampliación del concepto de servicios esenciales (con la consiguiente restricción en el ejercicio del derecho de huelga). De ahí que sea importante asimismo, en la delimitación del concepto de servicio esencial, examinar cual es la concreción político-administrativa que se viene realizando de este concepto.

El Tribunal Constitucional tuvo tempranamente la oportunidad de dejar sentado que de la interpretación del art. 28.2 CE se deriva que el derecho de la comunidad a las prestaciones vitales “es prioritario respecto del derecho de huelga” (SSTC11/1981, fj.18; 51/1986, fj.2). La norma constitucional adquiere así el sentido de una “norma de conflicto”, en la medida en que pretende resolver la colisión entre el ejercicio del derecho fundamental de huelga y otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos. Ese conflicto entre derechos e intereses legítimos de algún modo ha existido siempre acompañando al derecho de huelga, si bien en la actualidad se ha producido una exacerbación de los términos de expresión (y exteriorización) de ese conflicto hasta extremos generalizados antes desconocidos, relacionado con el fenómeno, ya conocido, de la “terciarización” del conflicto en el seno de las sociedades complejas y altamente desarrolladas y con la exigencia indiscutible de prestaciones como condición material para el uso y disfrute de derechos económicos, sociales y culturales garantizados por el “Estado de servicio público”, que en los últimos años viene produciendo una confusión²⁷, a veces deliberada, entre “servicio esencial” y “servicio público”. Esta confusión lleva, como se verá, a la tendencia de los órganos político-administrativos a declarar, a efectos del ejercicio del derecho de huelga, la esencialidad de todos los servicios públicos y de toda la actividad en la Administración, amparada en la cláusula abierta de esencialidad construida por el Tribunal Constitucional que ha permitido su extensión indiscriminada²⁸. Ello, pese a que el propio Tribunal Constitucional ya sostuvo, desde hace tiempo, que “no cabe identificar servicio público con servicio esencial, sin que la esencialidad pueda definirse por el cumplimiento de intereses generales; noción esta última que concurre en todo servicio público. La mera alegación del carácter público o utilidad general del servicio no basta para limitar el derecho de huelga” (STC 8/1992, de 16 de enero; también STC 53/1986, de 5 de mayo). De esta forma, para la esencialidad

²⁷ Sobre la diferenciación entre los conceptos, situados en planos distintos, de “servicio esencial” y de “servicio público”, véase por todos, Baylos Grau, “Derecho de huelga...”, op.cit., págs.88 a 101.

²⁸ Vid. Valdés De La Vega, B.: “Los bienes constitucionalmente protegidos como límite al derecho de huelga”, REDT, núm. 46, 1991, págs. 351 y sigs.; 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, pág. 160; Fernández Prol, F.: “La huelga en los servicios esenciales de la Comunidad”, op.cit., pág. 77.

de un servicio es indiferente la titularidad pública o privada del mismo, la forma de gestión de dicho servicio y la naturaleza de la relación existente entre el titular del servicio y sus trabajadores.

La noción de servicios esenciales de la Comunidad constituye -como el mismo TC ha reconocido- un concepto jurídicamente indeterminado, que plantea, por tanto, los problemas interpretativos típicos de este tipo de categorías jurídicas: de manera fundamental exige necesariamente ser aprehendido desde una jurisprudencia valorativa que precise en cada momento los márgenes adecuados de elasticidad. En esta labor es obvio que la intervención legislativa permite delimitar el espacio de apreciación, pero difícilmente podrá quedar encerrado este concepto en fórmulas legislativas intangibles, ya que, como se afirmó acertadamente, “los servicios esenciales de la comunidad se presentan, en suma, como un concepto susceptible de apropiarse de diversos contenidos en atención a los contextos histórico, social, económico y normativo, al desarrollo de las necesidades de la población y a los cambios culturales”²⁹.

La jurisprudencia, especialmente la constitucional, ha venido acogiendo una concepción amplia y flexible del concepto constitucional “servicios esenciales”. Según esta concepción, la “esencialidad” del servicio viene referida a su aptitud instrumental de ser condición material para el ejercicio y disfrute por parte de los ciudadanos de los derechos y bienes constitucionalmente protegidos (cfr. SSTC 26/1981, fj.10º; 64/1982, fj.5; 51/1986, fj.2).

En la STC 26/1981, de 17 de julio, donde se afrontó especialmente por el Tribunal Constitucional el concepto de servicio esencial, se indica que “un servicio no es esencial tanto por la naturaleza de la actividad que se despliega como por el resultado que con dicha actividad se pretende. Más concretamente, por la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se endereza. Para que el servicio sea esencial deben ser esenciales los bienes e intereses satisfechos”.

²⁹ Cfr. Valdes Dal-Re, F.: “Servicios esenciales y servicios mínimos en la función pública”, en RL, núm.9 (1986), pág. 14, con referencia a Corso, F.: “Conflitto e autotutela nei servizi pubblici essenziali”, en GDLRI, núm.10 (1981), pág.182. Vid. Martínez Emperador, R.: “Servicios esenciales y fijación de servicios mínimos según la jurisprudencia ordinaria y constitucional”, en Actualidad Laboral, núm.37 (1992), pág. 660; quien afirma, con razón, que “no cabe una definición del mismo que tenga valor absoluto y carácter atemporal, pues la evolución de la técnica y de la propia sociedad que incorpora al cuadro de sus necesidades los adelantos que aquella proporciona, lleva consigo que servicios que se instauran como consecuencia de tales adelantos vengán también a satisfacer necesidades de la comunidad, que pueden devenir esenciales. De ahí la dificultad de referir la nota de esencialidad a la actividad que despliega el servicio, dificultad que se allana si la referida nota se relaciona con la necesidad social que satisface, pues, de tal forma, se atribuye valor dinámico al concepto...”

Desde este punto de vista, no se podrá considerar a priori que una actividad productiva o un servicio público es en sí mismo esencial³⁰, sino que “sólo lo serán aquéllas que satisfacen derechos o bienes constitucionalmente protegidos, y en la medida y con la intensidad con que los satisfagan” (SSTC 51/1986, de 24 de abril; 43/1990, de 15 de marzo). En consecuencia, la esencialidad del servicio no atiende a la actividad realizada sino a los intereses que satisface. Así, serán servicios esenciales a los efectos del art.28.2 CE aquellos que satisfacen efectivamente intereses esenciales de la comunidad.

La cuestión quedará ahora remitida, en un segundo momento, a establecer lo que se haya de entender por intereses esenciales de la Comunidad. El Tribunal Constitucional ha mantenido una concepción amplia. Así, se estima que “como bienes e intereses esenciales hay que considerar los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos” (cfr. SSTC 26/1981, de 17 de julio, 33/1981, 51/1986, 53/1986, 21/1989, 43/1990, 122/1990, 123/1990 y 8/1992)³¹. Pero esta delimitación extensiva de los intereses esenciales (comprensiva de otros bienes constitucionalmente protegidos distintos a los derechos de la persona individualizados), debería ser sustituida por una fórmula más restringida circunscrita a determinados derechos y libertades constitucionalmente protegidos (que excluyera la fórmula referida a los “bienes constitucionalmente protegidos”), lo que permitiría evitar problemas de inseguridad jurídica y disminuiría el aumento del papel político-jurídico (o si se quiere, creativo) de los Tribunales de Justicia.

³⁰ Cfr. SSTC 33/1981, 51/1986, 53/1986, 27/1989, 43/1990, 123/1990 y 8/1992, entre otras.

³¹ Frente al concepto mucho más restrictivo mantenido por el Comité de Libertad Sindical de la OIT, para el cual son servicios esenciales aquellos “cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población” (Cfr. OIT, “Libertad sindical”, 2ª ed. rev., Ginebra, 1988, pág.214). El Comité de Libertad Sindical opta por un nivel mínimo en el arco de los derechos fundamentales de la persona que deberán ser respetados no obstante el legítimo ejercicio del derecho de huelga. No obstante, hay que hacer dos precisiones para interpretar con claridad el concepto de servicios esenciales que se mantiene en el ámbito de la OIT. En primer lugar, una precisión terminológica: el significado que se da en la OIT al concepto de servicios esenciales se refiere a aquellos servicios que pueden justificar restricciones importantes al derecho de huelga, incluida su prohibición. Entre servicios esenciales (donde se puede prohibir la huelga) y servicios no esenciales (donde no se puede prohibir), los órganos de control de la OIT utilizan un concepto intermedio que es el concepto de servicios “de importancia trascendental” (en terminología del Comité de Libertad Sindical) o de “utilidad pública” (en terminología de la Comisión de Expertos), en los cuales no se puede prohibir el derecho de huelga pero sí imponer un servicio mínimo de funcionamiento (vid. Vid. ODERO, A.: “El derecho de huelga en la función pública y en los servicios esenciales: Los principios de la OIT”, Relaciones Laborales 1999/I, págs. 175-176). La segunda precisión que debe señalarse es que la enumeración de aquellos servicios considerados esenciales por la OIT y la de aquellos que no son esenciales no es, en ningún caso, exhaustiva, ya que sus pronunciamientos dependen de las situaciones particulares o quejas que se examinen.

La cualidad de ser un concepto jurídico indeterminado admite para el Tribunal Constitucional distintas posibilidades de delimitación técnica, sea a través de una cláusula general, sea mediante una técnica enumerativa de los servicios esenciales. Ante la ausencia de desarrollo legislativo de las previsiones constitucionales el Alto Tribunal ha venido utilizando hasta el momento una cláusula general definitoria (STC11/1981, 17 julio 1981, 5 mayo 1986, 24 abril 1986) que ha llevado a una interpretación extensiva de los límites del derecho de huelga en servicios esenciales con base a la utilización del concepto de bienes constitucionalmente protegidos y estándares genéricos. Esta lectura interpretativa no parece plenamente acorde con la formulación constitucional del derecho de huelga como derecho subjetivo público que ha de ser conciliado con otros derechos fundamentales del mismo rango y que por esta vía puede llevar a difuminar el concepto de esencialidad, vinculada constitucionalmente a los derechos de igual rango imprescindibles para el vivir de la comunidad³². Por ello, el concepto de servicios esenciales, que impone precisos límites externos al derecho de huelga, deberá ser precisado por el legislador a fin de evitar la neutralización de éste frente a cualquier bien jurídico³³ y los Tribunales deberán hacer uso de la técnica interpretativa de “ponderación” en la resolución de los conflictos entre derechos constitucionales.

En definitiva, el concepto de servicios esenciales ha de ser concretado en términos objetivos, conectándolo, por un lado, con los derechos fundamentales de idéntico o análogo rango, y por otro, se deberá precisar la concreta eficacia limitadora del derecho de huelga mediante la técnica de la ponderación entre intereses y circunstancias concurrentes en cada caso³⁴.

De cualquier modo, en la jurisprudencia evolutiva del Tribunal Constitucional, este Alto Tribunal ha sido consciente de la imposibilidad de construir una definición dogmática del concepto de servicios esenciales “de carácter absoluto y por criterios puramente objetivos y, por ello, de la necesidad de una defini-

³² Vid. Valdés Dal-Re, F.: “Servicios esenciales y servicios mínimos en la función pública”, en Relaciones Laborales, núm.9, 1986, págs.12 a 15, con el mérito de haber puesto una primera llamada de atención crítica sobre los riesgos que entrañaba una utilización excesiva por parte del Tribunal Constitucional (y más incisivamente de la jurisdicción ordinaria) del concepto de bienes jurídicamente protegidos como cláusula general limitativa del ejercicio del derecho de huelga en servicios esenciales.

³³ Vid. Monereo Pérez, J.L.: “La huelga como derecho constitucional: la técnica específica de organización jurídico-constitucional de la huelga (II)”, Temas Laborales, núm.28, 1993, págs. 78-79.

³⁴ Vid., en este sentido, Baylos Grau, “Derecho de huelga y servicios esenciales”, cit., pág.101 a 109; Terradillos Ormaechea, E.: “Límites externos al ejercicio del derecho de huelga y las huelgas ‘ilícitas’”, en Baylos Grau (Coord.): “Estudios sobre la huelga”, Bomarzo, 2005, págs. 49-50.

ción más flexible que tenga en cuenta ‘para quién’ es esencial ese servicio y las circunstancias concurrentes en cada caso”³⁵. En relación a ello tempranamente elaborará, como se ha expuesto, un concepto funcional de servicios esenciales referible al resultado de la actividad desplegada en atención a la índole de los intereses a cuya satisfacción se dirige la prestación que el servicio realiza y la valoración de las circunstancias concurrentes (SSTC 26/1981, f.º 10; 51/1986, f.º 2º)³⁶. Para el Tribunal Constitucional lo relevante es la *naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se dirige*³⁷. Es, así, doctrina consolidada del Tribunal Constitucional la inclusión en la esfera de intereses esenciales protegidos frente al derecho de huelga ex art.28.2 CE no sólo los derechos fundamentales y libertades públicas, sino también *en general* los bienes constitucionalmente protegidos.

En consecuencia, como se ha dicho, “a priori” ninguna actividad productiva se puede considerar en sí misma de “naturaleza” esencial, siendo así esenciales tan sólo aquellas actividades que satisfacen ciertos derechos fundamentales del individuo socializado en comunidad, puesto que tales derechos fundamentales del individuo se contemplan en una dimensión colectiva en cuanto susceptibles de ser afectados en su “contenido esencial” por una huelga en las actividades que hacen posible materialmente su efectiva satisfacción o disfrute. Pero teniendo en cuenta que “los servicios esenciales no son dañados o puestos en peligro por cualquier situación de huelga, siendo necesario examinar en cada caso concreto las circunstancias concurrentes en la misma” (STC de 8/1992, de 16 de enero, que resume la evolución de la jurisprudencia constitucional en esta cuestión; antes en SSTC 26/1981; 51/1986, entre otras)³⁸.

En un intento de concreción de los intereses esenciales que han de ser protegidos ante la situación de huelga, se trataría básicamente de los derechos fundamentales y de las libertades públicas en atención a la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución, vinculando, pues, los servicios *a la*

³⁵ Cfr. Rodríguez-Piñero, M.: “Intervención”, en López Pina, A. (Dir.): “La garantía constitucional de los derechos fundamentales, Alemania, España, Francia e Italia”, Madrid, 1991, pág. 358. Id.: “En torno a la huelga en los servicios esenciales”, en Relaciones Laborales, 1987, T.I, pág.37.

³⁶ Vid. SSTCo.11/1981, 26/1981, 33/1981, 51/1986, 53/1986, 27/1989, 43/1990, 122/1990 y 123/1990, 8/1992, de 16 de enero.

³⁷ Cfr. STCo.8/1992, de 16 de enero, f.º 2º, evocando la doctrina sentada por el Alto Tribunal acerca del ejercicio del derecho de huelga en servicios esenciales de la comunidad (SSTC.11/1981, 26/1981, 33/1981, 51/1986, 53/1986, 27/1989, 43/1990, 122/1990 y 123/1990).

³⁸ En este sentido se pronuncian, en la jurisdicción ordinaria, entre otras, la STSJ de Galicia (contencioso-administrativo), de 17 de julio de 1996, y, más recientemente, STS (contencioso-administrativo) de 19 de abril de 2004.

satisfacción de los derechos fundamentales de la persona, frente a la expresión genérica e indeterminada de “bienes constitucionalmente protegidos”. De esta forma, adquiere una especial relevancia la protección de los derechos de la persona constitucionalmente tutelados, interesando solo la finalidad de los servicios indispensables para garantizar el goce de los derechos de la persona a la vida (art.15 CE), la integridad física y la protección de la salud (arts.15 y 43 CE), la libertad y la seguridad (art.17 CE), la libre circulación (art.19), la libertad de información, la comunicación (art.20.1 CE), la educación (art.27 CE) y la tutela judicial efectiva (art.24 CE). Se trata, pues, de lo que se podría considerar el núcleo verdadero y propio de los intereses absolutamente preeminentes respecto a los otros vinculados a la condición de los ciudadanos en cuanto trabajadores. De este modo el concepto de servicios esenciales se vincula a la satisfacción de los derechos fundamentales de la persona (la “dignidad humana” y el “libre desarrollo de la persona” -que garantiza el art.10.1 CE- constituyen la esencia jurídico-política de los derechos y libertades básicos y se especifican y modulan en cada derecho y libertad concretos). Es suficiente indicar que tales derechos fundamentales constituyen dos pilares básicos del sistema constitucional, en cuanto que “son fundamento del orden político y de la paz social” (art.10.1 CE).

2.3. La concreción de los servicios esenciales llevada a cabo por el Tribunal Constitucional y por la autoridad administrativa

Partiendo de la 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 Baylos³⁹, 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

³⁹ Cfr. Baylos Grau, A.: “Sindicalismo y Derecho Sindical”, op. Cit., pág. 77.

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 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. 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 Ministerial⁴⁰. 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 mínimos⁴¹.

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

⁴⁰ 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.

También, RD 531/2002, de 14 de junio, por el que se establecen las normas para garantizar el funcionamiento de los servicios mínimos esenciales en el ámbito de la gestión indirecta de los servicios públicos esenciales de radiodifusión sonora y televisión; y de conformidad con este Decreto las siguientes Órdenes Ministeriales: Orden CTE/1519/2002, de 18 de junio, sobre los servicios mínimos en Gestevisión Telecinco, S.A. y Atlas España, S.A.; Orden CTE/1520/2002, de 18 de junio, sobre servicios mínimos en Sogecable, S.A. y Compañía Independiente de Noticias de Televisión, S.A.; Orden CTE/1530/2002, de 18 de junio, sobre servicios mínimos en Antena 3 de Televisión, S.A.

⁴¹ Vid., por ejemplo, los Decretos de servicios mínimos dictados con motivo de huelgas convocadas en RTVE: RD 176/1991, de 15 de febrero; RD 534/1992, de 22 de mayo; RD 1169/1993, de 9 de julio; RD 2396/1996, de 22 de noviembre.

extensión injustificada de los ámbitos en los que pueden imponerse restricciones al ejercicio del derecho de huelga⁴².

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 julio⁴³), el transporte aéreo (STC 51/1986, de 24 de abril⁴⁴), el transporte metropolitano de Madrid (STC 53/1986, de 5 de mayo⁴⁵) 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”⁴⁶, 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:

⁴² 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.

⁴³ “... se traduce en la libertad de movimiento de las personas por el territorio nacional y en la distribución de las mercancías necesarias para la ordenada y organizada vida comunitaria. De esta manera no hay necesariamente un ‘transporte ferroviario esencial’. Sólo en aquellos casos en que la satisfacción de los mencionados bienes e intereses exija el funcionamiento del ferrocarril, podrá decirse que éste es esencial para aquel fin”, por lo que “será necesario examinar en cada caso la extensión territorial que la huelga alcanza, la extensión personal y la duración” (STC 26/1981, de 17 de julio).

⁴⁴ “... en principio, el transporte aéreo puede llegar a ser calificado como esencial, puesto que a su través los ciudadanos satisfacen derechos –libre circulación por el territorio nacional, por ejemplo- que han sido protegidos en nuestro ordenamiento al más alto nivel, en el propio texto constitucional” (STC 51/1986, de 24 de abril).

⁴⁵ “... utilizando como nota definitoria de los servicios esenciales la naturaleza constitucional de los intereses a los que aquéllos sirven, no hay reparo alguno en calificar el Metro de Madrid como un servicio esencial, pues, entre otros satisface la libre comunicación y circulación y el acceso al trabajo, a los lugares de residencia o a los centros en los que los ciudadanos obtienen la prestación de derechos fundamentales” (STC 53/1986, de 5 de mayo).

⁴⁶ Vid., al respecto, Vivero Serrano, J.B.: “La huelga en los servicios esenciales”, *op.cit.*, págs. 149 y sigs.

Sanidad: Dentro de la cual se integran evidentemente los 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, como es el caso de la recogida de basuras y la limpieza pública o los servicios funerarios, y el abastecimiento de productos de primera necesidad y suministro de agua potable. Es un área que no plantea ninguna duda en cuanto a su esencialidad; se incluye dentro de una concepción estricta de servicios esenciales como la que mantiene el Comité de Libertad Sindical de la OIT.

- Transportes: Generalmente no ofrece dudas la esencialidad de este sector por su conexión con el derecho fundamental a la libertad de circulación, cuando se trata de transporte de personas. En esta área se han considerado esenciales el transporte por carretera, el transporte ferroviario, el transporte suburbano, el transporte aéreo y el 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 turístico⁴⁷). 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...⁴⁸.

Generalmente se vienen declarando también esenciales las estructuras administrativas y las infraestructuras necesarias para garantizar el transporte⁴⁹, 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.

⁴⁷ Ejemplo de estas discrepancias son los diversos pronunciamientos jurisprudenciales al respecto. Así, la STSJ de Valencia de 29 de marzo de 2001 (As 3022) considera que un tren turístico no puede ser considerado esencial ya que su funcionamiento no atiende a intereses o bienes constitucionalmente protegidos. Por el contrario, la STSJ de Baleares (contencioso-administrativo) de 25 de enero de 2000 (A 472) declara que si es esencial el transporte discrecional de turistas desde los puertos y aeropuertos hasta los lugares de alojamiento y viceversa en las Islas Baleares.

⁴⁸ Como señala Vivero Serrano ("La huelga en los servicios esenciales", op.cit., pág. 155), "el transporte de la totalidad de mercancías no puede considerarse esencial, porque eso situaría al comercio y a la economía nacional entre los bienes capaces de limitar al derecho fundamental de huelga, capaces de integrar el concepto de esencialidad, con la consecuencia última de que todas las actividades económicas importantes serían esenciales por el sólo hecho de incidir en la economía nacional".

⁴⁹ Estos servicios entrarían dentro de lo que en Italia se califica como "servicios instrumentales a los servicios esenciales".

- Comunicaciones: En esta área se han considerado servicios esenciales las comunicaciones telefónicas, telégrafos, correos, acceso a internet⁵⁰ y los medios de comunicación e información audiovisuales (televisiones y radios, públicas y privadas⁵¹) y escritos⁵². Los derechos fundamentales a la libertad de comunicación y a la libertad de información son los tutelados a través de la imposición de servicios mínimos en estos sectores.

- 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 venta⁵³.

- Educación: En esta área se han considerado servicios esenciales las universidades, los centros docentes no universitarios, los centros de educación especial, las escuelas infantiles públicas, el 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”⁵⁴.

⁵⁰ Por ejemplo, RD 530/2002, de 14 de junio, por el que se garantiza la prestación del servicio esencial relativo al encaminamiento de las llamadas a servicios de emergencia y al encaminamiento y la conexión entre los puntos de terminación de las redes fijas y móviles y las redes públicas de telecomunicaciones en situaciones de huelga (que considera servicios esenciales “el apoyo técnico necesario para garantizar la seguridad de los sistemas informáticos y de los servicios de seguridad de las comunicaciones, correspondientes a servicios públicos que tengan la consideración de esenciales”).

⁵¹ Muchas disposiciones, en algunos casos muy significativas, se refieren a estos sectores. Así: RD 529/2002, de 14 de junio, por el que se garantiza la prestación del servicio esencial relativo a la red de soporte de los servicios de difusión de televisión en situaciones de huelga (en el Preámbulo de esta norma se señala que “en nuestro ordenamiento, los servicios de televisión pública estatal y televisión privada estatal tienen la consideración de servicio público esencial para la comunidad”) declarado válido por STS de 22 de marzo de 2004; RD 527/2002, de 14 de junio, por el que se establecen los servicios mínimos a garantizar en el ente público RTVE; RD 531/2002, de 14 de junio, por el que se establecen las normas para garantizar el funcionamiento de los servicios mínimos esenciales en el ámbito de la gestión indirecta de los servicios públicos esenciales de radiodifusión sonora y de televisión, bajo competencia del Estado (en relación con las televisiones privadas); RD 1288/2002, de 5 de diciembre, por el que se establecen las normas para garantizar el funcionamiento de los servicios mínimos esenciales del ente público RTVE y de las sociedades estatales RNE, S.A. y TVE, S.A.

⁵² Por ejemplo, sobre el Boletín Oficial del Estado, RD 1481/1988, de 9 de diciembre.

⁵³ Entre otros, Orden ECO/1483/2002, de 14 de junio, por la que se establecen los servicios mínimos en las empresas suministradoras de carburantes con destino a la navegación aérea

⁵⁴ 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

- Junto a estos, existen muchos otros ámbitos en los que se ha declarado la esencialidad, como en el sector de las finanzas 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, lo más significativo 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 2002⁵⁵, es a considerar que son esenciales todos los servicios que presta la Administración⁵⁶ (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 doctrina⁵⁷, una sustitución progresiva del concepto de servicios esenciales por el de servicios públicos. Ello ha ido acompañado, además, de la fijación 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 4/1980, de 10 de enero, que regula el Estatuto de RTVE, calificando la radiodifusión y la televisión como “servicios públicos esenciales”). 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 constitucio-

la prestación de los servicios esenciales en la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima (SASEMAR) en situaciones de huelga.

⁵⁵ Véase, detalladamente, Merino Segovia, A.: “El concepto de servicios esenciales y la publicación de las reglas limitativas...”, *op.cit.*, págs. 159 y sigs.

⁵⁶ 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 ajenos a la doctrina del Tribunal Constitucional, sin que los tribunales ordinarios hayan reaccionado con la contundencia necesaria”.

⁵⁷ Vid. Bayos Grau, A.: “Derecho de huelga en los servicios esenciales...”, *op.cit.*, págs. 202 y 203.

nalmente y el grado e intensidad de la huelga sobre los mismos (STCo. 8/1992, de 16 de enero).

Esta extensión, por supuesto, desborda el concepto establecido por la doctrina del Tribunal Constitucional (aunque éste haya configurado 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 de ellos, que en limitar el concepto de servicios esenciales, convalidando en muchos casos esta asimilación entre servicios esenciales y servicios públicos⁵⁸.

⁵⁸ Así, entre otras, STS de 19 de febrero de 1991; STSJ de Galicia de 3 de diciembre de 1997, que declaran el carácter esencial de todos los servicios públicos o de todos los servicios prestados por la Administración; en esta misma línea extensiva, la STS de 15 de febrero de 1989, que declara el servicio que presta el Museo del Prado como servicio esencial, entendiendo que éste proporciona el acceso a la cultura y que éste es un bien constitucionalmente protegido. También, la STS de 22 de marzo de 2004, que convalida el 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 (BOE de 15 de junio de 2002) (al resolver el recurso interpuesto contra el mismo), 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”.

3. LAS TÉCNICAS DE GARANTÍAS PARA ASEGURAR EL MANTENIMIENTO DE LOS SERVICIOS ESENCIALES PARA LA COMUNIDAD: LA REALIZACIÓN DE LA HUELGA EN SERVICIOS ESENCIALES

3.1. La técnica de los “servicios mínimos”

Las técnicas de garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad pueden consistir en una pluralidad de medidas de diverso grado y alcance: medidas de carácter instrumental, como es la exigencia de un preaviso ampliado; medidas complementarias, como la publicidad de la huelga y de sus consecuencias dirigida a los usuarios; medidas directas consistentes en la restricción del ejercicio del derecho de huelga, como el establecimiento de servicios mínimos; medidas subsidiarias, como el arbitraje obligatorio, cuando hayan fracasado otras medidas como la publicidad y los servicios mínimos, o también con este carácter subsidiario la sustitución de los trabajadores huelguistas. En cualquier caso, dentro de todas ellas la medida más típica en el ordenamiento español, y la que tradicionalmente ha ocupado un lugar central, es la fijación de servicios mínimos. La Jurisprudencia ha elaborado desde un primer momento su doctrina sobre el ejercicio del derecho de huelga en los servicios esenciales a través únicamente de la técnica de la fijación de servicios mínimos.

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

3.2. La fijación de los servicios mínimos por 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) (reconociendo de esta manera constitucionalidad del párrafo segundo del art. 10 RDLRT; SSTC 11/1981, de 8 de abril, f.º 2; 8/1992, de 16 de enero, f.º 2).

Esta técnica de garantía se formaliza jurídicamente a través de los Decretos de servicios mínimos y su práctica, como se sabe, ha supuesto una importante restricción del ejercicio del derecho de huelga en servicios esenciales para la comunidad, produciéndose, en muchas ocasiones, abusos en el ejercicio de la potestad pública. La fijación de estos servicios mínimos por la autoridad gubernativa constituye una actividad administrativa⁵⁹ 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, sin embargo, entrar en la delimitación del alcance y la interpretación del concepto de servicios esenciales. Esta función está atribuida por la Constitución a la ley y a los Tribunales de Justicia y, por tanto, en el momento actual, a falta de una ley en la que se determinen éstos, serán

⁵⁹ Vid., Vivero Serrano, J.B.: “La huelga en los servicios esenciales”, op.cit., pág. 224.

los Tribunales quiénes habrán de determinar qué servicios son esenciales para la comunidad. En la práctica, como se ha dicho, es la autoridad gubernativa la que viene declarando la esencialidad de un servicio, aunque dicha declaración esté, desde luego, sometida a la jurisdicción.

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 fijados 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 fijación 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).

Respecto a la autoridad gubernativa competente, hay que señalar que 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. 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 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 Supremo⁶⁰, “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

⁶⁰ 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).

en atención a los intereses de la comunidad, de una materia 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 interesante la STC 233/1997, de 18 de diciembre, 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)⁶¹. El Tribunal constitucional, haciendo un recorrido por sus anteriores pronunciamientos, 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 cuestión⁶². Sin embargo, 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 corresponde⁶³. Existen, en cualquier caso, numerosos

⁶¹ 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 por lo que en caso de huelga, en estas actividades debe garantizarse el mantenimiento de estos servicios para no menoscabar los intereses de la comunidad. Las partes en conflicto 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. El título que cita la Comunidad Autónoma Vasca para fijar los servicios esenciales son sus competencias ejecutivas en materia de legislación laboral y huelga (art. 149.7 CE); y el título que menciona el Estado es su competencia en materia de puertos de interés general, es decir, que la competencia del servicio corresponde al Estado.

⁶² 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).

⁶³ 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.

ejemplos de atribución de la competencia para establecer los servicios mínimos a autoridades dudosamente neutrales.

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. 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 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 (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.

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 mínimos⁶⁴. 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: “nada impediría que la puesta en práctica de los servicios mínimos, una vez concretados por la instancia pública competente, fuera confiada a la autonomía colectiva y, por tanto, actualizada por los cauces bien de la negociación, bien de la disciplina sindical. Pero no puede excluirse la

⁶⁴ Confusión que aparece, por ejemplo, en el RD 527/2002, de 14 de junio, por el que se establecen las normas para garantizar el funcionamiento de los servicios mínimos esenciales del Ente Público Radiotelevisión Española y de las sociedades estatales Radio Nacional de España, Sociedad Anónima y Televisión Española, Sociedad Anónima. Por el contrario, se distinguen estas fases correctamente en el RD 524/2002, de 14 de junio, por el que se garantiza la prestación de servicios esenciales en el ámbito de la seguridad privada en situaciones de huelga.

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 puede burlar las garantías establecidas por el Tribunal Constitucional respecto a la intervención en la huelga de la autoridad administrativa para la fijación 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 fijados, debe hacerse una interpretación restrictiva del contenido de esta ejecución de los servicios mínimos de manera que no pueda suponer una vía para incrementar la intensidad y la extensión de los mismos⁶⁵.

El ejercicio de la potestad gubernativa para el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad está sometido, como ha señalado el Tribunal Constitucional, a una serie de límites, como son: la necesidad de motivación del acto (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); la exigencia de proporcionalidad en la fijación de los servicios mínimos (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); el cumplimiento de ciertos requisitos que han de presidir la exteriorización del acto administrativo correspondiente (notificación y publicidad); 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, cuestión ésta a la que ya se ha hecho referencia con anterioridad.

⁶⁵ Vid. Vivero Serrano, J.B.: “La huelga en los servicios esenciales”, op.cit., pág. 235.

3.3. La 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 “finalidad 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, 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 fijados 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 fije los servicios mínimos establecerá la relación de puestos de trabajo afectados, pero en otros casos la disposición gubernativa no los determina, aunque debería incluir, para ser correcta, determinados parámetros que permitan deducir la intensidad y extensión de los servicios mínimos⁶⁶, 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.

⁶⁶ Vid. Vivero Serrano: “La huelga en los servicios esenciales”, op.cit., págs. 233-234.

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 dirección⁶⁷.

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 empresa⁶⁸.

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

⁶⁷ 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.

⁶⁸ 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.