

**ESTUDIOS DE PROGRESO**  
Fundación Alternativss

# **Cambios en las relaciones de trabajo y derecho a la huelga**

**Xavier Solà Monells y Daniel Martínez Fons**

### Xavier Solà Monells

Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona y profesor ayudante doctor del Departamento de Derecho Público y Ciencias Histórico-Jurídicas de dicha universidad. Ha participado en varios proyectos de investigación financiados por entidades públicas y privadas (Ministerio de Educación y Ciencia, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Consell de Treball Econòmic i Social de Catalunya, UGT de Catalunya, Comissió Obrera Nacional de Catalunya, Fundació CIREM, Fundació Caixa de Sabadell, Centre de Recerca Econòmica i Social de Catalunya, etc.), y también ha publicado varios estudios en libros y revistas especializadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social sobre temas muy diversos, particularmente en materia de negociación colectiva, derecho de huelga, representación de los trabajadores en la empresa, mecanismos de reorganización productiva y teletrabajo.

### Daniel Martínez Fons

Doctor en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona) y profesor ayudante doctor del Departamento de Derecho. Es autor de diversas monografías y estudios publicados en revistas especializadas, entre los que destacan *El poder de control del empresario en la relación laboral* (2001), *La vigilancia de la salud en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales* (2002) y *Libre Competencia y Derecho del Trabajo* (2006). Ha participado en numerosos proyectos de investigación financiados por entidades públicas y privadas. Es árbitro del Tribunal Laboral de Catalunya.

Ninguna parte ni la totalidad de este documento puede ser reproducida, grabada o transmitida en forma alguna ni por cualquier procedimiento, ya sea electrónico, mecánico, reprográfico, magnético o cualquier otro, sin autorización previa y por escrito de la Fundación Alternativas

© Fundación Alternativas

© Xavier Solà Monells y Daniel Martínez Fons

ISBN: 978-84-96653-46-7

Depósito Legal: M-16357-2007

# Índice

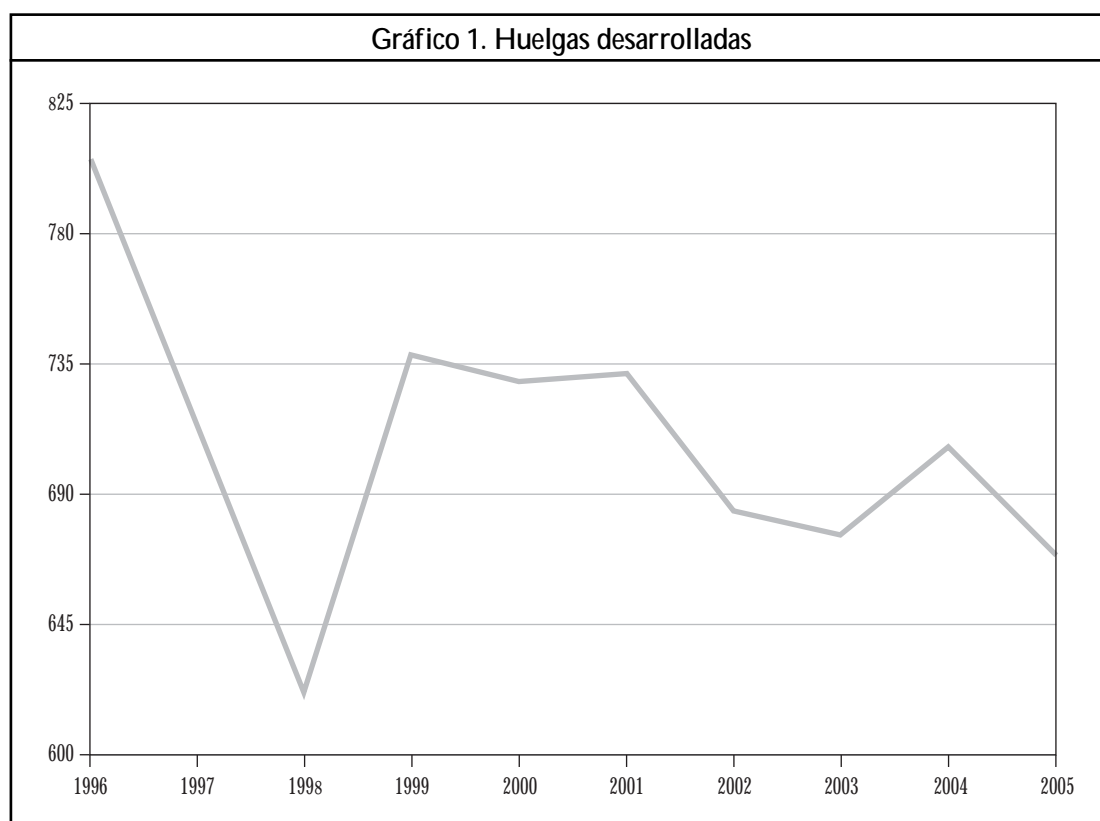
<b>1</b>	<b>Las transformaciones económicas, los nuevos rostros de la acción colectiva y el régimen legal del derecho de huelga</b>	<b>5</b>
<b>2</b>	<b>La garantía de efectiva repercusión de la huelga sobre el proceso productivo</b>	<b>10</b>
2.1	Planteamiento	10
2.2	El recurso a trabajo no retribuido	11
2.3	La movilización de trabajadores no huelguistas	12
2.4	El recurso a otras empresas	16
2.5	La utilización de medios técnicos	17
2.6	La actuación de los clientes de la empresa afectada por la huelga	19
2.7	El tratamiento de la cuestión en el Derecho comparado	21
2.8	La necesidad de reformular la prohibición de esquirolaje para garantizar la efectiva repercusión de la huelga sobre el proceso productivo	23
<b>3</b>	<b>Los servicios de seguridad y mantenimiento</b>	<b>25</b>
3.1	Planteamiento	25
3.2	Significado y alcance	26
3.3	Establecimiento y designación de los trabajadores afectados	28
3.4	El tratamiento de la cuestión en el Derecho comparado	29
3.5	La necesidad de replantear el actual sistema de establecimiento de los servicios de seguridad y mantenimiento y de designación de los trabajadores que deben cubrirlos	30
<b>4</b>	<b>La huelga en los servicios esenciales</b>	<b>34</b>
4.1	La noción de esencialidad del servicio	34
4.2	La determinación de los servicios mínimos en las actividades declaradas esenciales para la comunidad	41
4.3	La necesaria revisión de la regulación de los servicios mínimos. Algunas reflexiones a modo de propuesta	49

### Siglas y acrónimos

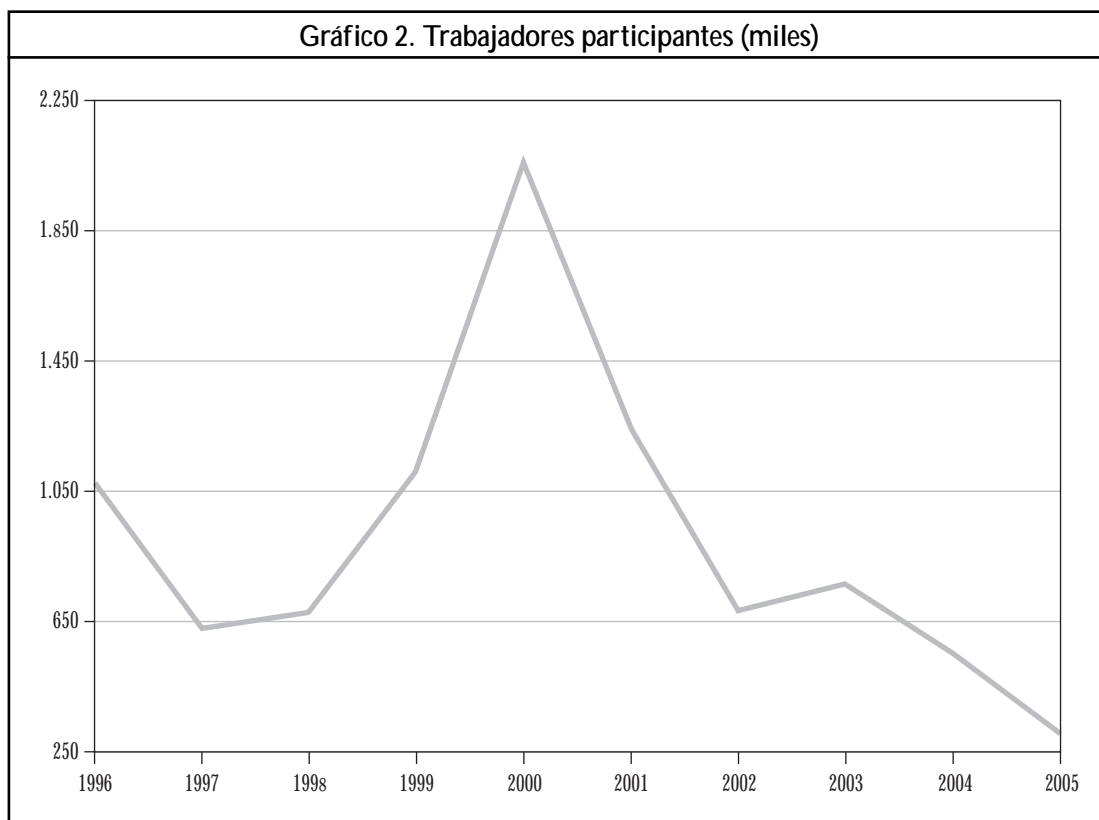
AN	Audiencia Nacional
AS	Aranzadi Social
ASEC	Acuerdo Marco sobre Solución Extrajudicial de Conflictos
CC OO	Comisiones Obreras
CE	Constitución Española
ETT	Empresas de trabajo temporal
LETT	Ley por la que se regulan las empresas de trabajo temporal
LODR	Ley Orgánica reguladora del Derecho de Reunión y Manifestación
PLOH	Proyecto de Ley Orgánica de Huelga y de Medidas de Conflicto Colectivo
RD	Real Decreto
RDLRT	Real Decreto Ley sobre Relaciones de Trabajo
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TRLET	Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
TRLISOS	Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social
UGT	Unión General de Trabajadores

## Las transformaciones económicas, los nuevos rostros de la acción colectiva y el régimen legal del derecho de huelga

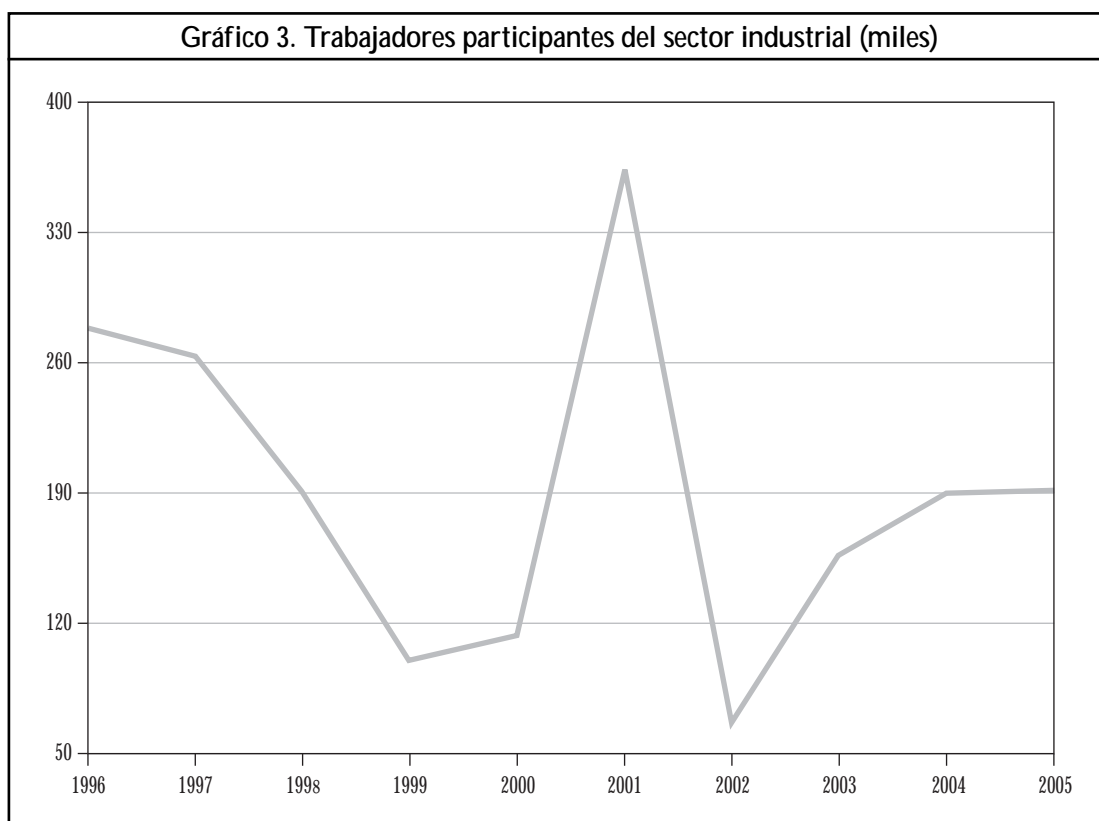
En los últimos lustros ha cambiado significativamente tanto la dimensión cuantitativa de la huelga como el carácter de los conflictos de trabajo. Por lo que se refiere a los aspectos cuantitativos, basta señalar que, obviando las circunstancias específicas de los años 1999-2000, puede constatarse una tendencia a la reducción del número de huelgas, así como de su extensión temporal. Reducción que se mantiene a pesar de los procesos de reestructuración empresarial en la industria que han provocado el aumento de la conflictividad del sector. Con



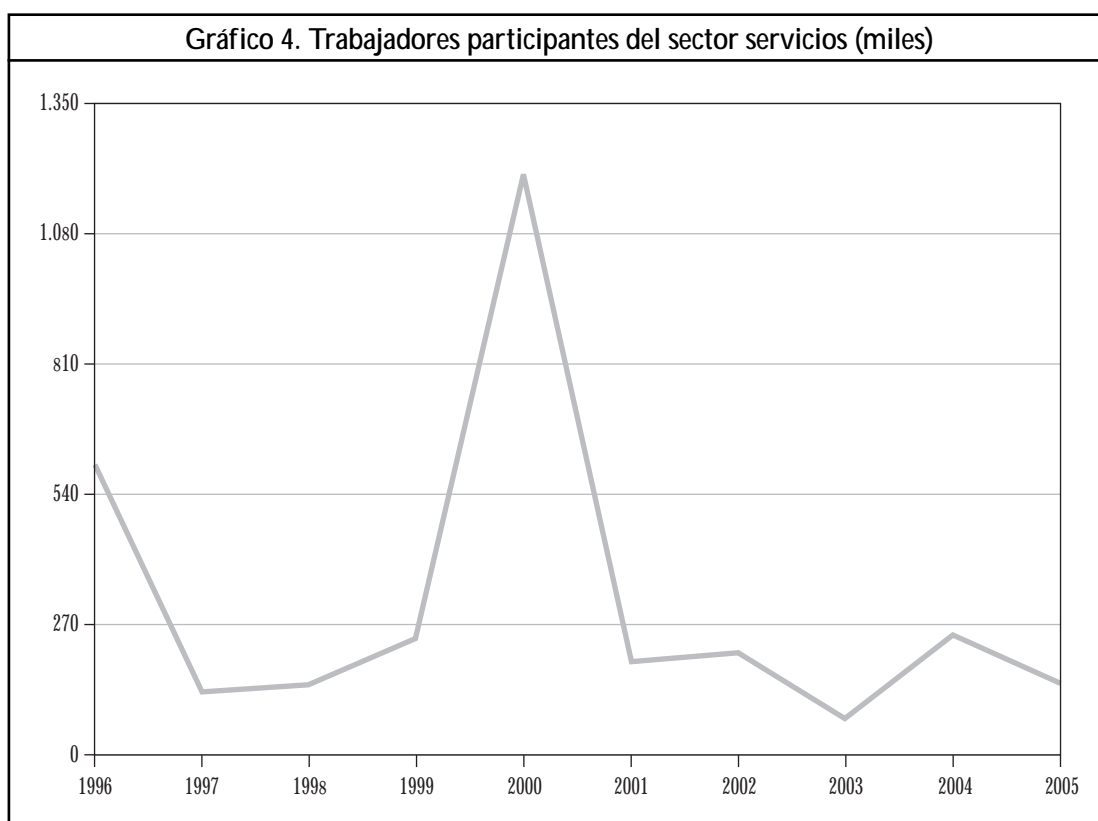
Fuente: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales



Fuente: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales



Fuente: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales



Fuente: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales

todo, únicamente en las actividades vinculadas al sector público, y en especial en los servicios públicos, la tendencia a la reducción de la conflictividad en forma de huelga es menor.

No cabe duda de que la evolución de la conflictividad en los últimos años se justifica, en buena parte, por el anormalmente prologado ciclo expansivo que vive la economía española desde mediados de los noventa. No obstante, la tendencia a la baja de la duración media de las huelgas y de su número de participantes no puede explicarse solamente en términos de coyuntura económica. Seguramente una explicación completa del cuadro debe buscarse también en la función de la huelga como medida de presión en el nuevo marco productivo.

Efectivamente, la transformación definitiva del modelo industrialista a la sociedad posfordista de servicios e información afecta, sin lugar a dudas, a la acción colectiva de los trabajadores y, en particular, a la fisiología del conflicto colectivo. Son distintos los factores que influyen en las formas y efectos de los conflictos de trabajo. En nuestra opinión, los más destacados son los siguientes:

- a) La extensión de las tecnologías de la información y comunicación en los sistemas productivos, que permiten la continuidad de la actividad productiva a pesar de la cesación de la prestación laboral de los trabajadores. El ejemplo paradigmático lo encontramos en los medios de comunicación y en las prestaciones a distancia a través de las tecnologías de la comunicación. Así, el desarrollo de la nueva economía genera empresas cuya prestación solamente se ofrece a través de Internet y en las que la exteriorización del conflic-

to puede resultar más determinante que la propia medida de conflicto adoptada. De esta forma, no resulta extraño que la cesación de la actividad laboral pueda acompañarse de otras medidas, como la exposición de las razones y contexto del conflicto en la página web de la empresa.

- b) La estandarización de las formas de organización de la producción (descentralización productiva) y del trabajo (*just in time*), acompañada de la facilidad de comunicación y transporte que facilitan las interconexiones nacionales e internacionales, permiten fácilmente el desplazamiento de la producción durante los conflictos laborales. En este sentido, la mundialización de la economía, la emergencia de las empresas multinacionales y su capacidad de transferir la producción de un lugar a otro inciden directamente en la capacidad de presión de la acción colectiva.
- c) Las nuevas actividades vinculadas a la distribución o a la prestación de servicios que se organizan en multitud de pequeños centros de trabajo o la extensión del teletrabajo, además de fragmentar la colectividad de trabajo, ponen a prueba el carácter colectivo del ejercicio del derecho de huelga.
- d) Asimismo, emergen nuevas formas de acción colectiva que pueden ser tanto o más efectivas que los medios tradicionales. En el modelo postindustrial la actividad del trabajador y el producto de esa actividad aparecen como inextricables. Ello conduce a que la percepción externa del producto de la empresa, y también del cliente del servicio, pasen a integrarse en la esfera de las relaciones de trabajo<sup>1</sup>. Se establece, por así decirlo, un vínculo directo entre el trabajador y el producto que permite incorporar entre los valores del producto las condiciones en que se ha producido. En estos casos los trabajadores, en ocasiones secundados por movimientos sociales que se organizan fuera del ámbito de la relación de trabajo asalariado, transfieren el conflicto a la sociedad, apelando a los consumidores como forma de presión directa sobre la empresa.

Por otra parte, en el sector de servicios, y en especial en los relacionados con prestaciones esenciales para la ciudadanía, la medida del éxito de la huelga se determina en función de los efectos que provoca sobre el usuario-consumidor, más que en la presión en términos tradicionales sobre el empleador. Así, tal y como se ha indicado en alguna ocasión, “el conflicto pasa a ser socialmente destructor”, puesto que ya no necesita de las masivas adhesiones de trabajadores de antaño<sup>2</sup>. En ocasiones su solo anuncio es suficiente para producir la parálisis del servicio.

En este sentido, no puede obviarse que los trabajadores en el ejercicio de las medidas de presión apelan, a través de la publicidad del conflicto, al convencimiento y se alejan de las formas de imposición por la fuerza propias de otros momentos históricos. Así, no resulta extraño que el ejercicio del derecho de huelga se acompañe de otras formas de protesta destinadas a publicitar el conflicto. Son habituales las acciones de los trabajadores destinadas a entrar en

1 Supiot, A. (2005), Informe de síntesis en Marzal, A. (dir.) (2005), La huelga hoy en el derecho comparado. Barcelona, JMBosch, 181.

2 Valdés-Dal Ré, F. (1998), Sobre la fundamentación de las limitaciones del derecho de huelga en los servicios esenciales de la comunidad. *Relaciones Laborales, II*.



las agendas de los medios de comunicación a través de actuaciones más o menos “espectaculares” (manifestaciones, cortes de carretera, llamadas a los consumidores a mostrar su solidaridad con los trabajadores). Junto con ello, en los últimos tiempos se extiende también el uso de las nuevas tecnologías (la creación de páginas web destinadas a manifestar las razones y el contexto del conflicto, la distribución de correos electrónicos) como medio para acceder al público y dar a conocer la política social de la empresa.

No es previsible que las nuevas formas de acción colectiva terminen por suplantar el ejercicio del derecho de huelga, como inicialmente podría pensarse. Todo lo contrario, si bien las nuevas formas de exteriorización del conflicto laboral, en sus diversas manifestaciones, tenderán a revelarse como usuales, es probable que terminen por completar las medidas clásicas de exteriorización del conflicto.

Es evidente que los factores antedichos sitúan el ejercicio del derecho de huelga ante una realidad sustancialmente distinta de la que lo vio nacer como la medida de presión más efectiva. Además, en nuestro ordenamiento jurídico, la regulación preconstitucional del derecho de huelga, propia de un modelo de producción fabril que poco tiene que ver con los métodos y sistemas de producción, junto con ciertas intervenciones jurisprudenciales, han terminado devaluando el ejercicio de la huelga, vaciándola casi por completo de contenido y haciéndola invisible. Asimismo, dada la ausencia de desarrollo posconstitucional del derecho de huelga, ha sido la jurisprudencia la que ha terminado por establecer la medida del ejercicio “socialmente aceptable” de la huelga. Ello resulta especialmente grave, puesto que, como se verá en las páginas que siguen, el conflicto entre derecho de huelga y derechos de los usuarios acostumbra a resolverse a través de una interpretación formalista del derecho de huelga, que, sin restringirlo formalmente, termina limitando su eficacia como medida de presión.

La búsqueda de la solución a esos problemas renovados, cuando no nuevos, debe tomar en consideración los elementos fundamentales del marco de referencia de la huelga. En concreto, es preciso analizar los cambios operados en los sujetos presentes en el ejercicio de la huelga (los terceros usuarios, la organización de los sistemas...) y los sistemas de intervención de los sujetos, en los que predomina la proyección exterior de la medida de conflicto como elemento esencial de su efecto (Marzal [dir.], 2005:21).

En las páginas que siguen expondremos las principales tensiones a las que se ve sometida la legislación sobre huelga, así como algunas reflexiones prospectivas acerca de una eventual regulación del derecho fundamental de huelga. Así, pues, nos detendremos en el análisis de la garantía de la efectiva repercusión de la acción colectiva sobre el proceso productivo, los servicios de seguridad y mantenimiento durante la huelga y, por último, los problemas de la huelga en los servicios públicos destinados a satisfacer intereses esenciales de la ciudadanía.

# La garantía de efectiva repercusión de la huelga sobre el proceso productivo

## 2.1 Planteamiento

El artículo 6.5 del Real Decreto Ley 17/1977 sobre Relaciones de Trabajo (RDLRT) señala que “en tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuvieran vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo en caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado 7 de este artículo”. Resulta claro que la regla establecida en este precepto, que habitualmente se conoce como “prohibición de esquirolaje” y tiene su corolario sancionador en el artículo 8.10 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (TRLISOS)<sup>3</sup>, implica la imposibilidad de cubrir los puestos que dejan vacantes los huelguistas con otros trabajadores contratados con posterioridad a la recepción del preaviso, excepto que se incumplan los servicios de seguridad y mantenimiento o los servicios mínimos<sup>4</sup>. También es evidente que tal prohibición obedece a una finalidad concreta: impedir que el empresario pueda liberarse de la presión ejercida por la huelga y mantener una situación productiva igual o cercana a la ordinaria mediante la referida sustitución. Así, pues, lo que se persigue en última instancia es garantizar la efectiva repercusión de la huelga sobre el proceso productivo de la empresa<sup>5</sup>.

3 Dicho precepto, reproduciendo con escasas variaciones la redacción del artículo 6.5 del RDLRT, califica como infracción muy grave “los actos del empresario lesivos del derecho de los trabajadores consistentes en la sustitución de los trabajadores en huelga por otros no vinculados al centro de trabajo al tiempo de su ejercicio, salvo en los casos justificados por el ordenamiento jurídico”.

4 Aunque el artículo 6.7 del RDLRT sólo contempla la primera excepción, la doctrina y la jurisprudencia han incorporado la segunda, cuya falta de previsión expresa se explica porque los servicios mínimos tampoco disponen de una regulación directa en dicha norma más allá de la regla contenida en su artículo 10.2º, que cuando la huelga se declara en “empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad” permite a la autoridad gubernativa la adopción de las “medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios”.

5 Así lo han destacado multitud de autores. Véase, por todos, Baylos Grau, A. (2005), Continuidad de la producción o del servicio y facultades empresariales, en Baylos Grau, A. (2005), Estudios sobre la huelga, coordinado por ese mismo autor. Bomarzo, Albacete, 89.

Los términos en que se halla redactado el artículo 6.5 del RDLRT, la multitud de formas que en la actualidad existen para reducir e incluso neutralizar la presión generada por el ejercicio del derecho de huelga y la escasa sensibilidad de algunos de nuestros órganos judiciales, han hecho que en la práctica la consecución de aquella finalidad no pase de ser un simple desiderátum. En los apartados que siguen analizaremos las principales “vías de agua” de ese precepto, para poder delimitar el alcance del problema y formular, una vez visto el tratamiento que la cuestión merece en el Derecho comparado, una propuesta de reforma que resulte más satisfactoria.

## 2.2 El recurso a trabajo no retribuido

Una de las primeras dudas que plantea la prohibición establecida en el artículo 6.5 del RDLRT es si impide o no la cobertura de los puestos de trabajo que los huelguistas dejan vacantes a través de personas que no reciben ningún tipo de contraprestación. El problema fue analizado y resuelto hace ya algún tiempo por el Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de septiembre de 1997 (RJ 1997/6387), un pronunciamiento polémico que conviene analizar con mínimo detenimiento.

En esta sentencia se resuelve la impugnación contra una sanción administrativa impuesta por la comisión de la infracción prevista en el artículo 8.10 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, que coincide exactamente con el actual artículo 8.10 del TRLISOS. El supuesto de hecho puede resumirse de la forma que sigue: durante una jornada de huelga a nivel estatal en todo el sector de gasolineras, en un establecimiento que no figuraba entre los obligados a realizar servicios mínimos prestan servicios en sustitución de los trabajadores huelguistas dos personas: uno de los socios de la sociedad anónima titular del establecimiento y el hijo de otro socio. El inspector de trabajo actuante consideró que tal actuación constituía una sustitución prohibida y así lo reflejó en la oportuna acta de infracción, que derivó en la imposición de una sanción de 500.100 pesetas.

El Tribunal Supremo anula la sanción tras una detallada argumentación que empieza destacando que la regla establecida en el artículo 6.5 del RDLRT “no quiere decir que cualquier tipo de actividad laboral desempeñada por persona ajena a la plantilla signifique incurrir en la prohibición aludida”, para posteriormente afirmar que el empresario “puede asumir por sí mismo la tarea propia de la empresa que regenta”, dado que el artículo 6.4 del RDLRT garantiza la libertad de trabajo a los trabajadores. Se añade, además, que la prestación de servicios desarrollada por las personas que ocuparon los puestos de trabajo de los huelguistas encaja en el artículo 1.2.d) del TRLET, que se refiere a “los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad”, y que, por tanto, al no ser una prestación laboral en sentido estricto no se vulnera aquella prohibición, que sólo impide la sustitución mediante “trabajadores”.

A nuestro entender, el criterio que acabamos de exponer resulta del todo criticable, dado que se construye a partir de una interpretación estrictamente literal del artículo 6.5 del RDLRT sin tomar en consideración su “espíritu y finalidad”, tal como exige el artículo 3.1 del Código Civil. Es obvio que tal interpretación abre una puerta muy peligrosa, dado que

admite con carácter general las sustituciones realizadas mediante trabajo no retribuido, sin establecer ningún límite ni condición. Podría pensarse que la repercusión práctica de este criterio será limitada, dado que normalmente al empresario no le resultará fácil encontrar personas dispuestas a realizar el trabajo de los huelguistas sin obtener ningún tipo de contraprestación, particularmente cuando la prestación deba mantenerse durante un período de tiempo significativo. Pero lo cierto es que pueden existir múltiples circunstancias que motiven a realizar la sustitución (vinculación familiar, amistad, pago de favores, expectativa de empleo futuro, etc.) y, además, la neutralización de la presión ejercida por la huelga puede conseguirse en ocasiones con la ayuda de unas pocas personas. Sería el caso, por ejemplo, de las empresas de muy pequeña dimensión y puestos de trabajo poco cualificados, como la del supuesto analizado en la sentencia que acabamos de comentar, donde conseguir la colaboración de una o dos personas puede ser suficiente para mantener el proceso productivo en una situación muy similar a la normal u ordinaria.

### 2.3 La movilización de trabajadores no huelguistas

El artículo 6.5 del RDLRT, al que nos hemos referido repetidamente, no prohíbe de forma expresa la cobertura de los puestos de trabajo de los huelguistas mediante los trabajadores que no han ejercitado su derecho de huelga. Es más, la interpretación *contrario sensu* de dicho precepto podría llevar a pensar que tal cobertura se admite de forma implícita y, consecuentemente, es del todo lícita, dado que lo único que se prohíbe es la sustitución en tanto dure la huelga mediante “trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma”. Afortunadamente, esta cuestión, que generó desde un primer momento una importante conflictividad jurisdiccional, fue abordada y resuelta por el Tribunal Constitucional hace ya algún tiempo, a nuestro entender de forma satisfactoria, en la conocida STC 123/1992, de 28 de septiembre, que por su importancia merece ser comentada con detenimiento.

El caso tratado por dicha sentencia es extremo e indicativo de las situaciones que pueden llegar a generarse en contextos de conflicto: los trabajadores fijos discontinuos que realizan labores de producción en una determinada empresa convocan una huelga en la que toma parte la totalidad del colectivo. El personal fijo de plantilla, que realiza tareas de dirección y administrativas, no se adhiere a la huelga y voluntariamente, a instancia de la dirección empresarial, sustituye a los trabajadores huelguistas ocupando transitoriamente los puestos de producción.

El Tribunal Constitucional inicia su argumentación recordando que, como ya señaló en la STC 41/1984, de 21 de marzo, “la huelga es un instrumento para hacer presión (...) y que la búsqueda de su eficacia de cara a tal finalidad constituye un elemento imprescindible del ejercicio del derecho de huelga”. Así, aunque admite que la interpretación *contrario sensu* del artículo 6.5 del RDLRT y el principio general que fuerza a interpretar restrictivamente las prohibiciones podrían llevar a admitir la movilidad funcional interna con intención sustitutiva, considera que tal conclusión debe descartarse porque la preeminencia del derecho de huelga produce, durante su ejercicio, el “efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial”, como sucede con “la

potestad directiva del empresario”, que no puede utilizarse “para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo”, dado que de lo contrario resultaría afectado un contenido esencial de aquel derecho fundamental.

El salto cualitativo que existe entre esta sentencia y la STS de 18 de septiembre de 1997 (RJ 1997/6387), que analizamos en el párrafo anterior, es evidente: el Tribunal Constitucional prescinde de la literalidad de la norma y toma como punto de partida su finalidad para declarar ilícita una actuación que, sin estar expresamente prohibida, permite al empresario superar la dificultad generada por el paro huelguista y mantener la actividad productiva, neutralizando toda la presión ejercida por aquél. Nos hallamos sin duda ante un pronunciamiento clave, que constituye un paso adelante muy importante, pero que, desgraciadamente, no resuelve todas las situaciones que pueden plantearse en la práctica.

En efecto, si se repasa la última parte de la argumentación del Tribunal Constitucional anteriormente transcrita, se observará que la restricción de los poderes directivos del empresario se limita a los supuestos donde se utilicen para “desactivar” la presión generada por la huelga. Cabe deducir, por tanto, que no existe impedimento para ejercitarlos con finalidades distintas, como por ejemplo dar ocupación a los trabajadores no huelguistas o garantizar la prestación de los servicios de seguridad y mantenimiento, posibilidad esta última que encuentra cobertura expresa en el inciso final del artículo 6.5 del RDLRT. La delimitación de ambos tipos de ejercicio no resulta nada fácil y requiere un análisis detenido de las circunstancias de cada caso concreto. No obstante, lo que sí queda claro, teniendo presente el supuesto de hecho de la sentencia analizada, es que el consentimiento de los trabajadores movilizados o, dicho en otras palabras, el hecho de que el cambio funcional lo ordene unilateralmente el empresario o sea fruto del mutuo acuerdo entre éste y el trabajador afectado, resulta irrelevante. Lo único determinante es el resultado que produce la movilización o, más exactamente, la neutralización de la presión ejercida por los huelguistas.

Con posterioridad a la STC 123/1992, de 28 de septiembre, la sustitución interna ha seguido generando una notable conflictividad jurisdiccional, como evidencian las numerosas sentencias que sobre esta cuestión aparecen en las bases de datos; unas sentencias que también ponen de manifiesto la complejidad que plantea la aplicación del criterio establecido por la jurisprudencia constitucional, así como la peculiar forma en que ha sido interpretado y aplicado por algunos órganos de la jurisdicción ordinaria.

La mayoría de los pronunciamientos judiciales que hemos localizado evidencian una correcta comprensión y aplicación del criterio establecido por el Tribunal Constitucional en relación con la sustitución interna. Buena muestra de ello es la STS de 8 de mayo de 1995 (RJ 1995/3752), donde se analiza una huelga convocada en la empresa Renfe, consistente en paros parciales de dos horas por turno durante un total de cinco días no consecutivos. La dirección empresarial procedió a movilizar a los trabajadores no huelguistas para cubrir los puestos de trabajo que dejaron vacantes los huelguistas, una actuación que el Tribunal Supremo califica como ilícita, argumentando que “no se trata de compatibilizar el derecho al trabajo de unos trabajadores con el ejercicio del derecho de huelga de otros, ni de cubrir servicios esenciales dispuestos, sino de la vulneración de un derecho constitucional”. En la misma línea se inscriben la STSJ de Catalunya de 10 de mayo de 1999 (AS 1999/6062), la

STSJ de Catalunya de 10 de mayo de 1999 (AS 1999/1471), la STSJ de Baleares de 8 de abril de 1999 (AS 1999/1525) y la STSJ de 4 de mayo de 1999 (AS 1999/2687).

En diversas ocasiones, la toma en consideración de la doctrina establecida en la STC 123/1992, de 28 de septiembre, lleva a legitimar la actuación empresarial, al entender que el ejercicio por parte del empresario de sus poderes directivos tiene como única intención suministrar ocupación efectiva a los trabajadores no huelguistas. Un buen ejemplo lo encontramos en la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 6 de octubre de 2004 (AS 2004/213). Se trata de un caso donde el empresario modifica el régimen de turnos, unificando los tres que existían y formando uno solo con los trabajadores no huelguistas. En la sentencia se afirma que “tal conducta no puede calificarse como abusiva o lesiva del derecho de huelga, toda vez que los trabajadores reorganizados en un solo turno continúan realizando trabajos de su propia categoría y mantienen su puesto de trabajo, siendo del todo punto razonable que el empresario opte por la reorganización en un turno para hacer operativo el trabajo de los no huelguistas, que de mantenerse dispersos en turnos incompletos carecería de toda efectividad”. En la misma línea se inscribe la STSJ de Catalunya de 13 de marzo de 2003 (JUR 2003/129683)<sup>6</sup>.

Junto a este tipo de pronunciamientos respetuosos con la jurisprudencia constitucional encontramos otros que resultan muy criticables, dado que muestran una injustificada tolerancia a medidas reorganizativas empresariales directamente encaminadas a neutralizar la presión ejercitada por los huelguistas.

Un ejemplo paradigmático lo encontramos en la STSJ de Madrid de 27 de abril de 2004 (AS 2004/2422). En ella se analiza un conocido y polémico conflicto: el que se planteó en el diario ABC durante la huelga general de 20 de junio de 2002. Los hechos probados de dicha sentencia señalan que en los talleres del periódico y en sus diversas secciones de preimpresión, almacén de papel, rotativas de cierre y distribución hicieron huelga todos los trabajadores excepto los jefes de sección de todos los turnos, que acompañados de otros directivos, jefes de recursos humanos, producción y sistemas, informática, logística... consiguieron sacar una edición de 29.800 ejemplares que generó unos ingresos de 18.000 euros por ventas y 3.000 euros en concepto de publicidad (el día anterior y posterior la tirada fue de 250.000 ejemplares y los ingresos de 250.000 y 300.000 euros, respectivamente). La edición fue distribuida en tiendas VIPS y en distintas cadenas de televisión. Estas últimas destacaron, en sus espacios informativos, que el diario ABC había salido a la calle en edición reducida, mostrando en algunos casos un ejemplar físico del periódico.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid revoca la sentencia de instancia, que apreciaba la existencia de una lesión al derecho de huelga, y declara lícita la actuación empresarial, argumentando que “no es la empresa, sino los jefes de sección quienes deciden, en reunión mantenida antes de la huelga general, que intentarán sacar una edición reducida del periódico”

<sup>6</sup> En ella se analiza la huelga convocada en una empresa de mensajería durante la cual la empresa ordena a los trabajadores no huelguistas que procedan a la clasificación por calles de los sobres pendientes, tanto si eran de la zona que habitualmente tenían asignada como si no. En opinión del juzgador, la citada orden no vulnera el derecho de huelga, porque es razonable, tiene como finalidad dar ocupación a los no huelguistas y, además, “una vez finalizada dicha tarea, en la que invirtieron dos horas y media, la empresa por motivos de seguridad indicó a los trabajadores que abandonaran el centro de trabajo”, y por ello no se llevó a cabo el reparto de la correspondencia clasificada, como se hacía habitualmente.

y que “en ningún momento la empresa ha adoptado decisión alguna relativa a la movilidad funcional de sus mandos que la haga acreedora a conducta vulneradora alguna, no dándose las condiciones de imputación de responsabilidad por ejercicio abusivo del *ius variando*”.

A nuestro entender, la solución adoptada resulta absolutamente criticable, y ello por varios motivos. En primer lugar, porque la STC 123/1992, de 28 de septiembre, deja muy claro que es indiferente que la reorganización derive de una orden empresarial o de una actuación voluntaria de los no huelguistas. Es cierto que no se pudo acreditar que la actuación de los no huelguistas tuviese origen en una petición expresa empresarial, pero resulta obvio que, exista o no esa petición, la decisión de suplir a los huelguistas para sacar una tirada reducida repercute sobre el derecho de huelga. En segundo lugar, porque es evidente que lo que persiguen (y de hecho consiguen) los cambios de puesto de trabajo es dar una imagen de mínima normalidad e, indirectamente, de fracaso de la huelga. La forma como se distribuye la tirada reducida que se consigue sacar así lo evidencia, dado que se lleva a los medios de comunicación para conseguir un efecto mediático. En resumidas cuentas: la intención de neutralizar la presión ejercida por la huelga es incuestionable y por ello resulta sorprendente, al tiempo que preocupante, la solución adoptada por la sentencia que comentamos<sup>7</sup>.

Desgraciadamente, este tipo de pronunciamientos no son infrecuentes en la práctica, aunque en la mayoría de casos la desatención de la jurisprudencia constitucional aparezca más disimulada. Sirva como ejemplo la STSJ de Andalucía (Málaga) de 27 de noviembre de 1998 (AS 1998/4738). En ella se trata un supuesto de huelga de 24 horas convocada en los seis restaurantes y cafeterías que una determinada empresa tiene en el aeropuerto de Málaga. El empresario decide reubicar a los trabajadores no huelguistas en uno de los establecimientos, decisión que la sentencia considera lícita porque “al haber trabajadores que no participaron en la huelga, es perfectamente legítimo que la empresa haga uso de los servicios de los mismos para mantener el proceso productivo en la medida de lo posible”. Aparentemente nos hallamos ante una sustitución que sólo pretende dar ocupación a los trabajadores no huelguistas, pero una valoración más detenida pone en duda esta inicial conclusión.

En los hechos probados de la sentencia se pone de manifiesto que el establecimiento que se mantiene en funcionamiento es atendido ordinariamente por seis o siete personas en cada uno de los tres turnos existentes. Teniendo en cuenta que sólo comparecen a prestar servicios seis trabajadores, resulta obvio que contaron con la ayuda de otras personas para mantenerlo abierto durante todo el día. ¿Quiénes fueron estas personas? El hecho probado III soluciona el enigma cuando declara que “atendieron además el establecimiento varios mandos intermedios con categoría de director y subdirector de operaciones”. Aunque no se cuantifica su número, cabe pensar que no fue anecdótico, dado que para mantener abierto el establecimiento en situación de normalidad durante los tres turnos se requerirían, de acuerdo con los datos anteriormente expuestos, entre dieciocho y veintiún trabajadores. En estas circunstancias la movilización de los mandos intermedios parece difícilmente compatible con la jurisprudencia constitucional en materia de sustitución interna.

<sup>7</sup> Coincidimos en este punto con Baylos Grau, A. (2005:99 y 101). Dicho autor afirma que el razonamiento que califica la argumentación del Tribunal Superior de Justicia de Madrid es “predemocrático y anticonstitucional”, añadiendo que “este tipo de decisiones judiciales, ostentamente ignorantes de la interpretación constitucional del derecho de huelga, desaniman directamente a los operadores jurídicos respetuosos del ordenamiento laboral vigente”.

## 2.4 El recurso a otras empresas

Otra cuestión que resulta obligado analizar, por la enorme importancia que reviste en la actualidad, es la posibilidad de que el empresario afectado por una huelga acuda a otra u otras empresas para cubrir las tareas que dejan de realizar los trabajadores huelguistas. El alto nivel de descentralización que ahora mismo presentan las organizaciones productivas y la existencia de un amplio abanico de empresas contratistas y subcontratistas en prácticamente todas las actividades convierten a esta vía en un mecanismo ágil y eficiente para solucionar los problemas que la inactividad huelguística genera a la parte empresarial.

De todas las variantes que admite la medida apuntada en el párrafo anterior existe una que no genera ningún tipo de duda y que puede resolverse sin dificultades. Nos referimos a la cobertura de los puestos de trabajo que los huelguistas han dejado vacantes mediante trabajadores cedidos por una empresa de trabajo temporal (ETT). El artículo 8.a) de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las ETT (LETT), prohíbe de forma clara y contundente la celebración de contratos de puesta a disposición “para sustituir a trabajadores en huelga en la empresa usuaria”.

Mayores problemas plantean las restantes variantes, dado que, aun tratándose de actuaciones que en muchos casos pueden neutralizar o, como mínimo, reducir la presión ejercida por los huelguistas, son difícilmente atacables a partir del artículo 6.5 del RDLRT, que como ya hemos puesto de manifiesto se limita a prohibir la sustitución mediante “trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma”, dejando entrever que tales trabajadores deben estar contractualmente ligados con el empresario afectado por la huelga. ¿Quiere ello decir que dicho sujeto puede acudir libremente a otra u otras empresas y encargarles la cobertura de las actividades que no realizan los huelguistas?

La cuestión ha sido ya analizada por nuestros tribunales en más de una ocasión, aunque existe un pronunciamiento particularmente relevante. Nos referimos a la STSJ de Baleares de 12 de diciembre de 1996 (AS 1996/4062), que por su importancia merece un comentario detenido.

Dicha sentencia analiza una huelga convocada por el Sindicato Español de Pilotos de Líneas Aéreas (SEPLA) en Futura-Compañía Hispano-Irlandesa de Aviación (FUA), para diversos días de los meses de marzo y abril del año 1996. Ante la imposibilidad de atender los servicios programados con el personal no huelguista, la empresa contrata a otra compañía aérea para cubrir los compromisos de vuelos chárter previamente adquiridos con operadores mayoristas, una actuación que el sindicato convocante considera lesiva del derecho fundamental de huelga y que motiva la interposición de una demanda estimada íntegramente por el juzgado de instancia.

El TSJ de Baleares confirma la sentencia de instancia basándose en la doctrina establecida en la STC 123/1992, de 28 de septiembre, y en otros pronunciamientos de órganos judiciales inferiores. Se argumenta así que “la paralización de la actividad productiva se convierte en un instrumento de presión respecto de la empresa, para equilibrar en situaciones límite las fuerzas en oposición cuya desigualdad real es notoria”, y que “a la empresa le está vetado adoptar una actitud que directa o indirectamente neutralice o incluso aminore los efectos materialmente perjudiciales que la legítima paralización del trabajo repercute”, concluyendo que “en



el caso de autos cierto es que la empresa, preavisada de la huelga, pudo y debió advertir a las agencias de viajes o turoperadores del problema que se podía plantear y facilitarles la resolución de los contratos e incluso ponerles en contacto con otras empresas aéreas que pudieran realizar los vuelos, llegando a los oportunos acuerdos, pero parece excesivo que se limitara a una simple sustitución del avión y tripulación, utilizando otras empresas, para realizar los servicios programados”. La importancia de la sentencia radica no sólo en la claridad con que se establece la prohibición de externalizaciones sustitutivas, sino también en la delimitación del margen de actuación que tiene la empresa afectada por la huelga. En opinión del TSJ de Baleares, no existe problema para que ésta advierta a los clientes de la situación que se avecina, ni tampoco para que les facilite el contacto con un prestador de servicios alternativo, pero resulta inadmisibles que la actividad se ejecute bajo su control con medios ajenos<sup>8</sup>.

La cuestión que nos ocupa resulta también polémica a nivel doctrinal, donde no existe consenso. Algunos autores consideran que el empresario, en ejercicio de la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la CE, está perfectamente facultado para acudir a otras empresas<sup>9</sup>. Otros, por el contrario, excluyen tal posibilidad, entendiendo que se trata de una forma de alcanzar por una vía distinta el resultado prohibido por el artículo 6.5 del RDLRT y que aun sin entrar en la literalidad del precepto atenta claramente contra la finalidad por él perseguida<sup>10</sup>.

A nuestro entender, las externalizaciones adoptadas para compensar la inactividad de los trabajadores huelguistas son claramente contrarias a la jurisprudencia constitucional, dado que pueden desactivar la presión ejercitada por esos sujetos y, por ello, deben considerarse ilícitas. Tal calificación puede sustentarse también en la interpretación lógica y sistemática de nuestro ordenamiento jurídico, dado que no tendría sentido prohibir la sustitución a través de contrataciones directas (artículo 6.5 del RDLRT) y mediante trabajadores cedidos por ETT [artículo 8.a) de la LETT] y, al mismo tiempo, permitir la sustitución por una vía que actualmente puede resultar mucho más fácil y rápida, cual es la externalización de la actividad hacia otra empresa. Tampoco cabe olvidar que el artículo 6.5 del RDLRT no exige de forma expresa que los “trabajadores” que sustituyen a los huelguistas sean directamente contratados por la empresa afectada, por lo cual la posición que defendemos puede sustentarse incluso a partir de una interpretación literal de dicho precepto.

## 2.5 La utilización de medios técnicos

Otra cuestión enormemente controvertida, que sin duda debemos abordar, es la posibilidad de que el empresario afectado por una huelga utilice los medios técnicos que tiene a

8 El punto de equilibrio que ofrece este razonamiento ha sido positivamente valorado por Sempere Navarro, A.V. (1996), Externalización de actividades productivas durante la huelga: comentario a la STSJ de Baleares de 12 de diciembre de 1996. *Aranzadi Social*, Tomo IV, 2863-4. En su opinión el criterio es “sustancialmente acertado, pues admite que la compañía aérea tenía derecho a adoptar ciertas decisiones que mitigasen su responsabilidad hacia terceros”, sin forzar a la empresa a quedarse de brazos cruzados.

9 Es el caso de Molero Manglano, C. (1996), *Derecho Sindical*. Madrid, Dykinson, 699.

10 Véase, por ejemplo, Sala Franco, T., y Albiol Montesinos, I. (1994), *Derecho Sindical*. Valencia, Tirant lo blanch, 476, y Hurtado Ortega, R. (1994), La suspensión del contrato de trabajo por el ejercicio del derecho de huelga, dentro de la obra colectiva *La suspensión del contrato de trabajo*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 319.

su alcance para mitigar los efectos derivados de la inactividad huelguística. Al igual que sucede en otros supuestos, resulta difícil impedir este tipo de actuaciones basándose en la prohibición establecida en el artículo 6.5 del RDLRT debido a los estrechos términos en que se halla redactada, pero también es obvio que esa utilización choca frontalmente con la finalidad perseguida por dicho precepto.

La cuestión fue analizada y resuelta hace ya algunos años por el Tribunal Supremo en su conocida y polémica sentencia de 4 de julio de 2000 (RJ 2000/6289), que establece el criterio a seguir en esta materia. En dicha sentencia se analiza la huelga convocada por la representación unitaria de la empresa Catalunya Radio SRG, SA, para los días 24, 25 y 26 de enero de 1999, de dos horas diarias de duración. Durante la huelga se emite una programación musical, excepto el día 24 de enero, que se transmitió un partido de fútbol por parte del único locutor que habitualmente realizaba esta tarea, que no era un trabajador por cuenta ajena, y sin intervención alguna del personal de plantilla. Los hechos declarados probados ponen de manifiesto que la empresa disponía de medios técnicos que le permitieron programar en su sistema informático con antelación a la huelga la música a emitir durante la misma, lo que hizo posible mantener la emisión sin intervención de persona alguna al realizarse de manera totalmente automatizada. El comité de empresa considera que tal actuación vulnera el derecho de huelga e interpone la oportuna demanda, que es desestimada por el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya mediante sentencia de 22 de noviembre de 1999, recurrida en casación por el demandante.

El Tribunal Supremo inicia su argumentación recordando que, según estableció la STC 11/1981, de 8 de abril, “el derecho de huelga aparece configurado como una presión legal al empresario que debe soportar las consecuencias naturales de su ejercicio por parte de los trabajadores que se abstienen de trabajar”, aunque inmediatamente precisa que “no se impone el deber o la obligación de colaboración con los huelguistas en el logro de sus propósitos”, para añadir a continuación que “no hay precepto alguno que prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone la empresa para atenuar las consecuencias de la huelga”. Sobre la base de todo ello razona que “si, a pesar de haberse efectuado, con los paros de los trabajadores que participaron en ella, las emisiones no fueron interrumpidas, sin que los huelguistas fueran sustituidos por otros trabajadores, ni extraños a la empresa, ni de su propia plantilla, el derecho fundamental no se ha vulnerado”, y acaba recordando que el derecho de huelga “garantiza el que los huelguistas puedan realizar los paros sin ser sancionados por ello, pero no asegura su éxito, ni en el logro de los objetivos pretendidos, ni en el de conseguir el cese total de la actividad empresarial”.

La posición del Tribunal Supremo en relación con la cuestión apuntada es, pues, absolutamente clara: el empresario afectado por una huelga puede utilizar todos los medios técnicos que tenga a su alcance para “atenuar” sus consecuencias. No se precisa si dicha atenuación queda sometida a algún límite, pero lo cierto es que tampoco se indica ninguno de forma expresa, de lo cual cabe deducir que la intensidad de la intervención sólo depende de las posibilidades de los medios técnicos.

El criterio que acabamos de exponer tiene origen en la STS de 27 de septiembre de 1999 (RJ 1999/7304) y fue posteriormente reiterado en la STS de 15 de abril de 2005 (RJ 2005/4513), por lo que actualmente puede considerarse jurisprudencia consolidada. También ha tenido

traslado a los órganos judiciales inferiores, como ponen de manifiesto la STSJ del País Vasco de 24 de mayo de 2005 (AS 2005/1986), la STSJ de Extremadura de 15 de julio de 2004 (AS 2004/1862) y la STSJ de Catalunya de 9 de enero de 2003 (AS 2003/445).

La doctrina se ha mostrado muy crítica con el criterio jurisprudencial que venimos analizando, al entender que “se mueve en un concepto preconstitucional del derecho de huelga, el correspondiente al modelo de libertad de huelga, en donde, en efecto, el ejercicio de ésta garantiza que el trabajador no será sancionado por el mismo, pero apenas nada más” (Baylos Grau, 2005:103). Diversos autores han puesto de manifiesto la enorme trascendencia que tiene admitir la utilización de los medios técnicos para atenuar los efectos de la huelga, particularmente en sectores de alto nivel de tecnificación donde de forma temporal el proceso productivo puede llegar a funcionar, prescindiendo prácticamente del factor humano, como sería el caso de las empresas de telefonía, radio, televisión y del sector bancario<sup>11</sup>.

Compartimos plenamente estas críticas, a las que poco cabe añadir, más allá de poner de manifiesto la difícil compatibilidad entre la posición mantenida por el Tribunal Supremo y la jurisprudencia constitucional sobre el derecho de huelga. Es cierto que tal derecho no garantiza el éxito de las reivindicaciones formuladas por los huelguistas ni tampoco la paralización de la actividad productiva, pero igual de cierto es que, tal como señaló la STC 123/1992, de 28 de septiembre, el empresario no puede utilizar sus poderes para “desactivar la presión producida por el paro en el trabajo”.

## 2.6 La actuación de los clientes de la empresa afectada por la huelga

Una cuestión particularmente delicada es determinar qué actuaciones pueden llevar a cabo los sujetos usuarios o destinatarios del bien o servicio que la empresa afectada por la huelga ofrece al mercado y, más concretamente, si pueden buscar un prestador sustitutivo en tanto dure la huelga. En una primera aproximación la cuestión no parece plantear demasiados problemas: tales sujetos son ajenos al conflicto y, por tanto, resulta del todo legítimo que intenten satisfacer sus intereses acudiendo a otra empresa. Entendemos, no obstante, que la reflexión no puede detenerse en este punto y debe tomar en consideración la estrecha relación que en ocasiones se establece entre los procesos productivos de las empresas, sobre todo en supuestos de descentralización productiva. Para poder valorar la cuestión en su justa dimensión, resulta oportuno analizar la importante STS de 11 de mayo de 2001 (RJ 2001/5205), donde se resuelve un supuesto que encaja en la hipótesis que ahora tratamos.

Se trata concretamente de una huelga convocada en la empresa Alta Tecnología Sanitaria, SA (OSATEX), una sociedad pública dedicada a la gestión, administración y explotación de servicios de radiodiagnóstico y tratamiento sanitarios que conllevan la aplicación de alta tec-

11 Así lo ponen de manifiesto Moralo Gallego, S. (2003), El ejercicio del derecho de huelga y el impacto de las nuevas tecnologías y la descentralización productiva, en Falguera Baró, M.A. (2003), Derecho colectivo. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 218, y Baylos Grau, A., y Valdés De La Vega, B. (2004), El efecto de las nuevas tecnologías en las relaciones colectivas de trabajo, en Alarcón Caracuel, M.R. (coord.) (2004), Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo. Albacete, Bomarzo, 153-4.

nología. La práctica totalidad de la actividad desarrollada por esta empresa corresponde a la ejecución de conciertos celebrados con Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, cuya normativa reguladora contempla y permite la externalización de servicios para que sean cubiertos con medios ajenos a los vinculados a la sanidad pública. A principios del año 2000, el sindicato ELA-STV (Euzko Langileen Alkartasuna-Solidaridad de Trabajadores Vascos) convoca una huelga en aquella empresa y la autoridad gubernativa competente dicta una orden de servicios mínimos, al entender que el servicio prestado tiene la condición de esencial. Durante los días de huelga, OSATEX realiza las actuaciones exigidas por esa orden y devuelve a Osakidetza las órdenes de tratamiento que no puede atender porque superan los servicios mínimos. Osakidetza remite esos casos a otras empresas concertadas para que realicen las pruebas radiodiagnósticas que en cada caso correspondan. El sindicato convocante considera ilícita tal actuación y plantea una demanda alegando vulneración del derecho fundamental de huelga, cuya desestimación en primera instancia motiva la formulación del recurso de casación que resuelve la sentencia objeto de análisis.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación y declara la licitud de la actuación empresarial basándose en dos argumentos: primero, que el derecho de huelga “no tiene por finalidad esencial perjudicar o hacer mal a la empresa”, dado que aun “acarreado perjuicios a la empresa (...) este mal no es la finalidad y el objeto de ella, sino obtener condiciones que mejoren los intereses profesionales de los trabajadores”; y segundo, que “los sujetos directamente concernidos por el derecho de huelga son los trabajadores y la empresa a la que aquéllos se hallan vinculados por el contrato de trabajo, pero los clientes o público en general, que goza o se sirve de las prestaciones realizadas por la empresa, están completamente desvinculados del derecho de huelga, y por ello tienen absoluta libertad para buscar los servicios o prestaciones que la empresa en huelga les suministraba en otras empresas y por los medios que tengan por conveniente”. El criterio es claro y a la vez contundente, dado que no incorpora ningún tipo de matiz que permita relativizarlo.

Este criterio, apuntado ya en algún pronunciamiento anterior del Tribunal Supremo<sup>12</sup> y asumido en diversas sentencias de órganos judiciales inferiores<sup>13</sup>, ha sido en general bien acogido por una parte de la doctrina, que ha destacado la inexistencia de “un deber de colaboración ‘pasivo’ de los clientes o usuarios de la empresa en la huelga, al objeto de favorecer los efectos perjudiciales que conlleva para la empresa”, y también que el hecho de

12 Concretamente la STS de 27 de septiembre de 1999 (RJ 1999/7304), donde se afirma que cuando se realiza una huelga en una empresa que presta un servicio público “el usuario de la misma tiene plena libertad para utilizar los servicios coincidentes de otra empresa que concurra con la que no puede prestarle el servicio”, dado que “otra interpretación jurídica del alcance del derecho de huelga supondría que la situación de conflicto no estuviera dirigida únicamente contra la propia empresa, sino también contra los usuarios de los servicios de la misma, y es claro que tal alcance es absolutamente desproporcionado”.

13 Sirva como ejemplo la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 22 de enero de 2004 (RJ 2000/2005), que en un supuesto de huelga convocada en la empresa Orquesta de Sevilla, SA, consideró lícito que la entidad que había contratado dicha empresa para que participase en una representación de la ópera Otelo en el Teatro de la Maestranza de Sevilla contratase a un pianista para sustituirla y poder llevar a cabo la representación prevista. En la fundamentación jurídica de la sentencia se destaca que no nos hallamos ante una sustitución prohibida, sino ante un supuesto donde “el empresario principal decide variar sus medios y desarrollarla con otros medios propios, lo que debe entenderse que no deja sin contenido el derecho de huelga, siendo así que la convocada se llevó a efecto y solamente se pudo representar la ópera con acompañamiento de un pianista, sin contar con la orquesta, sin eliminar ni reducir los efectos de la huelga en relación con los demandantes de la empresa”, concluyendo que “el pianista, en definitiva, no era esquirol externo ni interno de la orquesta empleadora de los actores”.

que el artículo 6.5 del RDLRT “deba interpretarse según su finalidad (...) no significa en ningún caso que terceros al margen del conflicto laboral deban aquietarse y no puedan libremente decidir sus comportamientos para no perjudicar a terceros”<sup>14</sup>. Coincidimos con este sector doctrinal, aunque sólo en parte.

A nuestro entender resulta indiscutible que el destinatario del bien o servicio que la empresa afectada por la huelga ofrece al mercado está perfectamente legitimado para buscar otra empresa que la sustituya y satisfacer así sus intereses. Ahora bien, no puede dejar de valorarse la actitud que la empresa afectada mantenga en este contexto ni tampoco la estrecha relación que en determinados casos existe entre dicha empresa y sus clientes. Así, por ejemplo, parece difícil admitir que la empresa afectada pueda facilitar y fomentar el acceso de sus clientes a otra empresa que temporalmente ocupe su lugar asumiendo una parte del precio que fije esta última, dado que tal actuación choca frontalmente con la jurisprudencia constitucional que excluye las actuaciones tendentes a neutralizar la presión ejercida por la huelga.

Un pronunciamiento interesante, y a nuestro entender acertado, donde se ponen de manifiesto los problemas que puede plantear el criterio establecido en la STS de 11 de mayo de 2001 (RJ 2001/5205) si no se matiza mínimamente, es la STSJ de Navarra de 28 de abril de 1995 (AS 1995/1351). En ella se analiza un supuesto de huelga convocada por la representación unitaria en el centro de trabajo de una empresa perteneciente al sector de industrias químicas integrada en un grupo multinacional. Iniciada la huelga, la dirección de la empresa ordena que se desvíen determinados pedidos de clientes a otras empresas del grupo situadas en Francia, para poderlos atender adecuadamente. Los convocantes consideran que tal actuación lesiona el derecho de huelga e interponen la oportuna demanda, que resulta estimada en primera instancia y confirmada posteriormente por el TSJ de Navarra, que argumenta que el comportamiento empresarial “constituye una modalidad de utilización en clave antisindical de los poderes empresariales, imponiendo, a través de aquél, obstáculos al libre ejercicio del derecho de huelga, vaciando de contenido el mismo, con lo que la huelga no tuvo la finalidad pretendida por los trabajadores convocantes”.

## 2.7 El tratamiento de la cuestión en el Derecho comparado

El tratamiento que en los países de nuestro entorno se dispensa a la sustitución de los trabajadores huelguistas es muy diverso y existen ordenamientos jurídicos donde se aprecia una enorme tolerancia hacia esta actuación y otros que la sujetan a severas restricciones. Nos limitaremos a presentar tres ejemplos para que el lector obtenga una visión general de las regulaciones más típicas y la forma como se articulan.

En el ordenamiento jurídico italiano no existe ninguna regla expresa a nivel normativo que prohíba la sustitución de los trabajadores huelguistas, que en este contexto se denomina

<sup>14</sup> Tales afirmaciones corresponden a De Val Tena, A.L., La prohibición legal de sustituir a los trabajadores huelguistas: sobre un posible comportamiento empresarial contrario al derecho de huelga. Comentario a la STS de 11 de mayo de 2001, *Aranzadi Social*, nº 14, 2001, p. 6.

*crumiraggio*<sup>15</sup>. La normativa reguladora del derecho de huelga no se pronuncia al respecto y ha sido la jurisprudencia la que ha establecido los criterios a seguir. Diversos pronunciamientos de la Corte Suprema di Cassazione, de entre los cuales destaca la sentencia número 12.822 de 29 de noviembre de 1991, han dejado clara la licitud del *crumiraggio interno*, es decir, la posibilidad de sustituir a los huelguistas con otros trabajadores de la empresa que no hayan ejercitado su derecho de huelga, argumentando que es del todo legítimo que el empleador intente evitar o limitar los perjuicios que le genere la huelga utilizando sus poderes organizativos, siempre que lo haga respetando las reglas generales sobre el particular, contenidas en el artículo 13 del Statuto dei lavoratori. Bastante más polémico resulta el *crumiraggio esterno*, esto es, la sustitución con personal que no pertenece a la plantilla de la empresa, sobre el cual los tribunales no mantienen una posición clara: en algunos casos ha sido admitido fundamentándola en el derecho del empleador a defenderse de las negativas consecuencias que le genera el ejercicio del derecho de huelga por parte de sus trabajadores, y en otros se ha calificado como ilícito al entender que lesiona ese derecho.

En Francia el Code de Travail, en sus artículos L 122-3 y L 124-3, prohíbe la utilización de trabajadores temporales y del contrato de duración determinada para sustituir a los trabajadores huelguistas. Tal prohibición se ha interpretado de forma literal y restrictiva por parte de la jurisprudencia, que admite sin problemas la sustitución mediante trabajadores contratados con carácter indefinido (véase la sentencia de la Cour de Cassation Sociale de 24 de julio de 1952), mediante la movilización interna de los no huelguistas (véase como ejemplo la Sentencia de la Cour de Cassation Sociale de 17 de junio de 2003), mediante la externalización de la actividad empresarial a otras empresas e incluso a través de la cesión de trabajadores por empresas de trabajo temporal, siempre que ésta respete los límites generales que el artículo 125-3 del Code de Travail establece sobre el particular (véase la sentencia de la Cour de Cassation Sociale de 15 de febrero de 1979)<sup>16</sup>. Otras medidas que la mayoría de la doctrina considera lícitas son la realización de horas extraordinarias por parte de los no huelguistas durante el transcurso de la huelga o la transferencia de actividades a otros centros de trabajo de la empresa o a otras empresas del grupo<sup>17</sup>. En resumidas cuentas, el ordenamiento jurídico francés otorga al empresario un amplio margen de maniobra para que intente eliminar, en la medida que le resulte posible, los perjuicios derivados de la huelga, aunque la puesta en práctica de algunas de esas medidas puede resultar un tanto compleja<sup>18</sup>.

Bastante distinta es la regulación efectuada por el ordenamiento jurídico portugués, dado que el artículo 596 del Código do Trabalho, aprobado mediante la Ley número 99/2003, de 27 de agosto, prohíbe de forma clara y tajante la sustitución de los huelguistas mediante otros trabajadores contratados por el empresario afectado con posterioridad al preaviso y, a partir

15 Así lo pone de manifiesto Galantino, L. (1996), *Diritto sindacale*. Turín, Giappichelli Editore, 220.

16 Para un análisis detenido de los criterios elaborados por la Cour de Cassation Sociale sobre esta materia, consúltese Teysié, B. (2006), *Droit du travail. Relations collectives*. París, Litec, 515-6.

17 Véase, sobre el particular, Ray, J.E. (2005), Informe francés, en Marzal, A. (dir.) (2005:256-7).

18 Así lo pone de manifiesto Ray, J.E., en Marzal, A. (dir.) (2005:256). Dicho autor señala que normalmente al empleador le resulta complicado realizar sustituciones internas a través de los no huelguistas, dado que tales trabajadores acostumbran a estar poco motivados y no quieren entrar en conflicto con los huelguistas, siendo habitual que el número de bajas por enfermedad se dispare durante los períodos de huelga. También apunta que “en la práctica la transferencia de la producción o la subcontrata chocan con numerosas dificultades técnicas (capacidad de producción, transferencia del *know how*, calidad de los productos) y tácticas (posibilidad de extensión de lo planteado, legitimidad contestable)”.

del año 2003, también a través de la contratación de empresas externas<sup>19</sup>, excepto en los casos donde se incumplan los servicios de seguridad y mantenimiento o los servicios mínimos<sup>20</sup>.

## 2.8 La necesidad de reformular la prohibición de esquirolaje para garantizar la efectiva repercusión de la huelga sobre el proceso productivo

Aunque el derecho de huelga, que en nuestro ordenamiento jurídico tiene carácter de derecho fundamental al quedar encuadrado en el artículo 28.1 de la CE, no garantiza el éxito de las reivindicaciones planteadas por los huelguistas, ni tampoco sólo la paralización de la actividad productiva, sí asegura la efectiva repercusión de la inactividad huelguística sobre el proceso productivo. El alcance de tal repercusión dependerá de múltiples factores, entre los que se incluye el número de trabajadores que se adhieran a la huelga, pero en ningún caso puede resultar limitado por la actuación empresarial. Dicho en otras palabras, y recuperando la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional: es ilícita cualquier actuación empresarial que pretenda desactivar la presión ejercida por los huelguistas. Tal presión es del todo legítima y consustancial al derecho de huelga, lo cual implica que el empresario queda obligado a soportarla.

Profundizando en lo que se acaba de señalar, cabe añadir que los medios que utilice el empresario para eliminar o reducir la presión ejercida por los huelguistas es una cuestión secundaria. El hecho de que se acuda a la contratación directa de trabajadores, se movilice a los no huelguistas, se subcontrate otra empresa, se acuda a una ETT o se empleen medios técnicos es irrelevante, dado que lo único que importa es si tales actuaciones persiguen o no aquel objetivo. Justamente por ello no tiene sentido centrar la prohibición sobre los medios, como hace actualmente el artículo 6.5 del RDLRT, porque, además, por muy extensa y detallada que sea la norma, existe el riesgo de no cubrir todas las posibles conductas lesivas del derecho de huelga.

En resumidas cuentas, la prohibición de esquirolaje está desfasada y no responde a las necesidades del momento presente, porque no garantiza la efectiva repercusión de la huelga sobre el proceso productivo. Se impide la sustitución de los huelguistas mediante la contratación directa y la cesión de trabajadores de ETT, pero no se hace lo propio con otras medidas que en la actualidad pueden resultar más sencillas y eficientes, como el recurso

19 El recurso a empresas externas no se hallaba expresamente prohibido en el artículo 6 de la Ley 65/1977, de 26 de agosto, reguladora del derecho de huelga, y fue introducido con motivo de la incorporación de las reglas contenidas en dicha norma al Código de Trabalho, con un evidente deseo de adaptar la prohibición de sustitución a las nuevas realidades productivas.

20 La redacción del precepto citado no deja lugar a dudas, dado que en su primer apartado establece que “o empregador não pode, durante a greve, substituir os grevistas por pessoas que à data do aviso prévio referido no número anterior não trabalhavam no respectivo estabelecimento ou serviço, nem pode, desde aquela data, admitir novos trabalhadores para aquele efeito”, y en el segundo añade que “a concreta tarefa desempenhada pelo trabalhador em greve não pode, durante esse período, ser realizada por empresa especialmente contratada para o efeito, salvo no caso de não estarem garantidos a satisfação das necessidades sociais impreteríveis ou os serviços necessários à segurança e manutenção do equipamento e instalações”. La doctrina ha ampliado todavía más la restricción al entender que también queda prohibida la sustitución interna mediante la movilización de los trabajadores no huelguistas. Así lo afirma Monteiro Fernandes, A. (2006), *Direito do trabalho*. Coimbra, Edições Almedina, 939.

al trabajo no retribuido, la movilización de los no huelguistas y, sobre todo, la utilización de medios técnicos y la externalización de la actividad hacia otras empresas. Resulta, por tanto, obligado reformular esa prohibición y dotarla de un enfoque finalista, que responda a las necesidades presentes y también a los retos que nos depara el futuro.

Una posible reformulación del artículo 6.5 del RDLRT sería:

“El empresario afectado por una huelga no puede desarrollar ningún tipo de actuación que tenga por finalidad reducir o eliminar la presión ejercida por los trabajadores huelguistas, quedando garantizada y preservada la repercusión que la inactividad de tales trabajadores genere sobre el proceso productivo. A tal efecto se consideran actuaciones ilícitas la sustitución de los huelguistas mediante contratación directa de trabajadores, mediante trabajadores de ETT, mediante trabajo no retribuido, a través de movilización interna de los trabajadores no huelguistas, utilizando medios técnicos y contratando con otras empresas la actividad por ellos desarrollada, así como cualquier otra medida que persiga aquella finalidad.”



## Los servicios de seguridad y mantenimiento

### 3.1 Planteamiento

El artículo 6.7 del RDLRT señala que “el comité de huelga habrá de garantizar durante la misma la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuese precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa”, añadiendo a continuación que “corresponde al empresario la designación de los trabajadores que deban efectuar dichos servicios”. Se establecen así los denominados “servicios de seguridad y mantenimiento”<sup>21</sup>, cuya constitucionalidad fue admitida desde un primer momento por la STC 11/1981, de 8 de abril, argumentando que “la huelga es un derecho de hacer presión sobre el empresario, colocándose los trabajadores fuera del contrato de trabajo, pero no es, ni debe ser en momento alguno, una vía para producir daños o deterioros en los bienes de capital”.

Al igual que los servicios mínimos, los servicios de seguridad y mantenimiento constituyen un límite al derecho de huelga por cuanto suponen que uno o varios trabajadores no podrán ejercitar este derecho y deberán continuar prestando servicios. Resulta, por tanto, obligado delimitar el significado y alcance del concepto “servicios de seguridad y mantenimiento”, así como el procedimiento para establecerlos y designar a los trabajadores que deben cubrirlos, para poder valorar si su actual configuración resulta equilibrada y respeta el derecho reconocido en el artículo 28.1 de la CE.

---

21 Aunque ésta es la denominación técnicamente más correcta para identificar los servicios previstos en el artículo 6.7 del RDLRT, en la práctica no es infrecuente utilizar la expresión “servicios mínimos” para referirse no sólo a los que se articulan, con fundamento en el artículo 10 del RDLRT, en las empresas que prestan servicios esenciales para la comunidad, sino también a los que ahora nos ocupan. Creemos que esta forma de proceder puede generar confusiones y que, por tanto, debe evitarse. Así lo entiende actualmente la mayoría de la doctrina y el propio Tribunal Constitucional, que en su reciente STC 80/2005, de 4 de abril, aboga por utilizar de forma exclusiva la expresión “servicios de seguridad y mantenimiento”.

### 3.2 Significado y alcance

Como ya hemos apuntado en el epígrafe precedente, la finalidad esencial de los servicios de seguridad y mantenimiento es la protección de aquellos bienes personales y/o materiales, particularmente los del empresario, que la huelga puede poner en peligro. Así lo puso de manifiesto la STC 11/1981, de 8 de abril, y lo han reiterado posteriormente diversos pronunciamientos, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo. De entre todos ellos destaca, particularmente, la reciente STC de 80/2005, de 4 de abril, que tomaremos como referencia para concretar el significado y alcance de la figura que analizamos.

Dicha sentencia trata la problemática generada por una huelga convocada en la empresa Luna de Equipos Industriales, SA, dedicada a la fabricación de grúas móviles y carretillas elevadoras, que dispone de dos centros de trabajo en la provincia de Huesca, uno ubicado en la misma capital y otro situado en Almudévar, donde prestan servicios 188 y 105 trabajadores, respectivamente. El mes de mayo de 2002 los sindicatos Comisiones Obreras (CC OO) y Unión General de Trabajadores (UGT) convocan una huelga general para el día 20 de junio, a la cual se adhieren los comités de empresa de los dos centros de trabajo antes referidos. El 13 de junio la dirección de la empresa presenta a los órganos de representación unitaria una propuesta de servicios de seguridad y mantenimiento que implica la prestación de servicios de dieciséis personas en el centro de trabajo de Huesca y de diez en el de Almudévar. Los comités de empresa rechazan esta propuesta porque consideran que es excesiva y manifiestan que sólo deben prestar servicios los tres trabajadores que realizan funciones de vigilancia durante los fines de semana.

Ante la imposibilidad de alcanzar un acuerdo, el día 17 de junio la dirección de la empresa fija de forma unilateral los servicios de seguridad y mantenimiento modificando a la baja su propuesta inicial. Finalmente designa a nueve trabajadores en el centro de Huesca (para cubrir los puestos de “telefonista-recepcionista”, “sistema informático”, “almacén-vigilancia”, “vigilante” y “mantenimiento”) y ocho en el de Almudévar (para cubrir los puestos de “telefonista-recepcionista”, “asistencia técnica”, “almacén-vigilancia”, “vigilante”, “mantenimiento”, “mantenimiento eléctrico” y “mantenimiento pintura”). En las comunicaciones enviadas a la representación unitaria, la dirección de la empresa expone detalladamente las razones que en su opinión requieren el mantenimiento de cada uno de los servicios seleccionados y argumenta que pretende “garantizar el soporte mínimo para aquellos trabajadores que quieran ejercer su derecho al trabajo y garantizar los servicios mínimos para la seguridad de las personas y de las cosas (...) y cualquier atención que fuera necesaria para garantizar la reanudación de la actividad tras la huelga”, añadiendo que los servicios fijados son “los imprescindibles para mantener el centro abierto y en orden”.

La representación de los trabajadores tampoco acepta la decisión final de la empresa en relación con los servicios de seguridad y mantenimiento porque continúa considerándolos excesivos, y por ello los sindicatos CC OO y UGT la impugnan mediante demanda de tutela de derechos fundamentales, argumentando que lesiona el derecho de huelga. La demanda es desestimada por una sentencia del Juzgado de lo Social de Huesca de 25 de octubre de 2002, en cuya fundamentación jurídica se argumenta que “la postura sindical supone ignorar mali-

ciosamente el derecho al trabajo de otros trabajadores que no secundaron la huelga, tan constitucional como el suyo a secundarla”. Dicha sentencia es confirmada posteriormente en suplicación por otra del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 22 de enero de 2003, donde se afirma que la determinación de los servicios de seguridad y mantenimiento “no puede estar orientada al aseguramiento de una normalidad productiva mínima, pero no es menos cierto que ese concepto indeterminado no puede estar exento tampoco de una previsión mínima que permita el libre ejercicio del derecho al trabajo de quienes no participan en la huelga”. Ante la imposibilidad de presentar recurso de casación para la unificación de doctrina, debido a la falta de otra sentencia recaída en asunto sustancialmente idéntico que contenga doctrina contradictoria, los sindicatos CC OO y UGT formulan recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional estima la demanda de amparo y anula las dos sentencias anteriormente referidas al considerar que los servicios de seguridad y mantenimiento establecidos por la empresa lesionan el derecho fundamental de huelga reconocido en el artículo 28.1 de la CE. Partiendo de los criterios establecidos en la STC 11/1981, de 8 de abril, el Tribunal Constitucional repasa, en el fundamento jurídico 4º, las circunstancias del supuesto enjuiciado y constata que la dirección de la empresa se extralimita en la determinación de los servicios de seguridad y mantenimiento, dado que incluye puestos que “no tenían como cometido garantizar la seguridad de la empresa para posibilitar la reanudación de su actividad cuando acabase la huelga, tal y como prevé la ley, sino que lo que perseguían era no alterar, en la medida de lo posible el funcionamiento normal de la demandada, haciendo posible el contacto con los clientes, la recepción de los pedidos y suministros o el acceso normal a todas las instalaciones”, como evidencia el hecho de que los trabajadores seleccionados no hicieran otra cosa que realizar las labores que habitualmente prestaban en su puesto de trabajo. En opinión del Tribunal Constitucional, tal extralimitación lesiona uno de los contenidos esenciales del derecho de huelga, cual es producir una perturbación mayor o menor de la actividad productiva mediante la cesación del trabajo, dado que “la demandada, al determinar los servicios de seguridad y mantenimiento del artículo 6.7 del RDLRT, lo que persiguió fue eliminar al máximo tal alteración en su normal desenvolvimiento, consiguiendo que los puestos que consideraba imprescindibles para ello estuviesen ocupados por trabajadores, que siguieron realizando las funciones típicas de los mismos”.

La argumentación se completa en el fundamento jurídico 5º, donde se repasa y corrige la fundamentación jurídica de las dos sentencias impugnadas. Como ya señalamos, ambos pronunciamientos consideran que el derecho de huelga queda limitado no sólo por la necesidad de proporcionar los servicios necesarios para garantizar la seguridad de las personas y bienes, posibilitando la reanudación de la actividad empresarial, sino también por la necesidad de garantizar el ejercicio del derecho al trabajo de aquellos que decidan no secundarla. El Tribunal Constitucional considera que “tal interpretación lesiona el derecho fundamental invocado, porque supedita el ejercicio del derecho de huelga (artículo 28.1 CE), reconocido como fundamental por nuestra Constitución, a otros derechos que, aun constitucionalmente tutelados, como son el derecho al trabajo (artículo 35.1 CE) y la libertad de empresa (artículo 38.1 CE), no tienen aquel rango ni consiguientemente su protección”, añadiendo que “con tal modo de argumentar se produce una ampliación del límite legal del derecho de huelga, que se expande en términos no previstos por el legislador al servicio de fines no

atendidos por éste, y que entran además en colisión directa con el propio contenido del derecho de huelga”.

La importancia de la sentencia que venimos comentando radica, como ya se apuntó, en la delimitación que efectúa del significado y alcance de los servicios de seguridad y mantenimiento; delimitación que puede resumirse en cuatro grandes reglas. Primera: sólo pueden considerarse servicios de seguridad y mantenimiento los necesarios para proteger los bienes y personas posibilitando la reanudación de la actividad una vez terminada la huelga. Segunda: el establecimiento de servicios de seguridad y mantenimiento no puede determinar una situación de funcionamiento normal de la empresa, ni tampoco de funcionamiento reducido, similar al ofrecido por los servicios mínimos. Tercera: el derecho al trabajo de los no huelguistas no justifica la cobertura, con fundamento en los servicios de seguridad y mantenimiento, de los puestos de trabajo necesarios para garantizar su ocupación efectiva. Cuarta y última: la determinación de unos servicios de seguridad y mantenimiento excesivos puede lesionar el derecho de huelga, porque reduce la presión que se ejerce sobre la parte empresarial al neutralizar la perturbación que lleva implícita la cesación del trabajo.

### 3.3 Establecimiento y designación de los trabajadores afectados

La redacción originaria del artículo 6.7 del RDLRT establecía que “corresponde al empresario la designación de los trabajadores que deban efectuar dichos servicios”. Desde un primer momento la STC 11/1981, de 8 de abril, señaló ya, en su fundamento jurídico 20, que tal previsión era inconstitucional, precisando que “la adopción de las medidas de seguridad no compete de forma exclusiva al empresario, sino que en ellas participa el comité de huelga, que es quien las garantiza, con la inevitable secuela de que la huelga en que el comité no preste esta participación podrá ser considerada como ilícita por abusiva”. Se dejaba claro, pues, que el empresario no puede proceder unilateralmente a fijar los servicios de seguridad y mantenimiento y a designar los trabajadores que deben prestarlos, dado que estos últimos tienen derecho a “participar” en tales decisiones mediante sus representantes, que en este caso son los miembros del comité de huelga. El contenido y alcance de tal participación, que en ese momento no se concretaron, han sido perfilados posteriormente por el Tribunal Supremo en diversos pronunciamientos.

De entre todos ellos destaca la STS de 29 de noviembre de 1993 (RJ 1993/9084), que establece una serie de criterios, posteriormente confirmados por otras sentencias, como la STS de 28 de mayo de 2003 (RJ 2003/4210), que pueden resumirse en dos grandes reglas: primera, el derecho de participación de los trabajadores en materia de servicios de seguridad y mantenimiento fuerza a la parte empresarial a abrir una negociación con el comité de huelga para consensuar su fijación y la designación del personal encargado de prestarlos; segunda, cuando no se alcance un acuerdo habiéndose intentado la negociación, el empresario queda facultado para adoptar esas decisiones de forma unilateral, sin que tal actuación resulte lesiva del derecho de huelga siempre que esté bien fundamentada, sea racional y restrinja lo menos posible ese derecho. Así, pues, para que la decisión unilateral sea lícita será imprescindible que se den las circunstancias que justifican el establecimiento de servicios de seguridad y mantenimiento, que los trabajadores designados estén cuali-

ficados para realizar las tareas que deben llevar a cabo, que se escoja preferentemente a trabajadores no huelguistas cuando se conozca con antelación tal condición, etc<sup>22</sup>.

### 3.4 El tratamiento de la cuestión en el Derecho comparado

Aunque son varios los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno que en sus normativas sobre medidas de conflicto colectivo contemplan figuras similares a los servicios de seguridad y mantenimiento, nos centraremos en dos, el portugués y el alemán, que a nuestro entender resultan particularmente interesantes a los efectos del presente estudio, debido a su nivel de concreción, su corrección técnica y también por la proximidad o similitud con la regulación española del derecho de huelga<sup>23</sup>.

En el Derecho portugués se utiliza una denominación muy parecida a la empleada por nuestro ordenamiento: *serviços necessários à segurança e manutenção do equipamento e instalações*. La doctrina lusa ha destacado que la finalidad de tales servicios es la protección del patrimonio empresarial y su capacidad productiva, y también que su fundamento radica en el propio derecho de huelga, que no tiene por finalidad la destrucción de la fuente generadora del empleo (Monteiro Fernandes, 2006:922). El artículo 598.3 del Código do Trabalho, aprobado mediante la Ley 99/2003, de 27 de agosto, obliga a las asociaciones sindicales y a los trabajadores a prestar los servicios de seguridad y mantenimiento durante la huelga, y el artículo 599 de la misma norma precisa el procedimiento a través del cual se fijan y la forma como se designan los trabajadores que deben cubrirlos. La primera posibilidad es que se establezcan a través de la negociación colectiva, ya sea a través de una regulación previa en el convenio colectivo aplicable, ya sea a través de un acuerdo de

22 Las dos sentencias citadas en texto ofrecen buenos ejemplos de decisiones unilaterales lícitas. En la STS de 29 de noviembre de 1993 (RJ 1993/9084) se analiza la problemática generada por una huelga desarrollada en la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid en la que la dirección empresarial nombra a los trabajadores necesarios para atender el servicio de ordenador central tras ocho infructuosas reuniones con el comité de huelga, en las cuales dicho órgano de representación mantiene una postura invariable, a pesar de que la parte empresarial rebaja en diversas ocasiones sus pretensiones iniciales. Tras analizar detenidamente las circunstancias del caso, el Tribunal Supremo concluye que “la empresa no designó unilateralmente sin contar con el comité de huelga los empleados para atender los servicios, sino que negoció con el mismo, acomodando progresivamente sus pretensiones a las exigencias del comité y sólo cuando la huelga era inminente y no podía acudir al amparo judicial, tomó la decisión de designar los 18 empleados”, añadiendo posteriormente que se trata de una “designación no arbitraria, ajustada a lo imprescindible, si se admite que el servicio de ordenadores centrales entra dentro de la seguridad de las personas y de las cosas (...) es claro que dentro de la seguridad de las cosas se comprenden no sólo los bienes de la empresa, sino también de los terceros, encomendados a la custodia de la misma, y por ello, aceptado que los servicios de cajero automático precisan del personal especializado para evitar que en caso de avería o pérdida de la tarjeta permita el servicio automático y, por tanto, el ordenador la disposición de fondos por persona no autorizada, es conclusión obligada entender que este servicio está ordenado a la seguridad de las cosas y no a la producción como propugnan los recursos”. Bastante similar es el caso resuelto por la STS de 28 de mayo de 2003 (RJ 2003/4210), que en un supuesto de huelga desarrollada en la empresa Renfe considera lícita la determinación unilateral de los servicios de seguridad y mantenimiento, así como la designación de los trabajadores que debían cubrirlos, argumentando que “la empresa no actuó unilateralmente y con la intención de desconocer el derecho de participación del comité de huelga en la designación de los servicios, sino que se vio obligada a actuar así, tras intentar repetidamente negociar su implantación con el comité, que mantuvo en todo momento una actitud negativa, rotunda e inamovible”.

23 A pesar de ello, y como ya hemos apuntado, existen otros ordenamientos jurídicos que contemplan figuras similares a los servicios de seguridad y mantenimiento. Es el caso del Derecho griego, donde la Ley 1264/1982, de 7 de enero, reguladora del derecho de huelga, obliga a los sindicatos convocantes de la huelga a designar los trabajadores que deben encargarse de llevar a cabo los servicios de seguridad necesarios para proteger el patrimonio empresarial durante la huelga [véase sobre el particular Aliprantis, N. (2005), Informe griego, en Marzal, A. (2005:44-5)].

empresa *ad hoc*. Cuando no exista tal regulación y tampoco se alcance un acuerdo en los tres días posteriores al preaviso, la administración laboral procede a fijar los servicios que deben efectuarse<sup>24</sup>, excepto cuando la huelga se haya convocado en la administración o sea de una empresa del sector público, en cuyo caso la decisión corresponde a un colegio arbitral integrado por tres árbitros, elegidos conforme a las reglas previstas en el artículo 570 del Código do Trabalho. La designación de los trabajadores que deben cubrir los servicios corresponde a los convocantes de la huelga y debe haberse hecho efectiva 48 horas antes del inicio de la huelga, quedando facultado el empresario para efectuar la designación cuando aquéllos incumplan su obligación<sup>25</sup>.

En el Derecho alemán también existe una figura similar a nuestros servicios de seguridad y mantenimiento, que en ese contexto se denominan simplemente “servicios de mantenimiento” y tienen como finalidad “tratar de evitar que se produzca un daño excesivo a terceros y un perjuicio a los puestos de trabajo debido a la destrucción o deterioro de instalaciones de producción”<sup>26</sup>. El régimen jurídico de tales servicios ha sido delimitado, en su práctica totalidad, por la jurisprudencia, que ha señalado la necesidad de garantizarlos para que la huelga sea lícita. También ha establecido que los servicios de mantenimiento pueden fijarse de común acuerdo entre el sindicato o sindicatos convocantes y el empresario, considerándose nulas por lesivas del derecho de huelga las decisiones unilaterales de este último. Dicho acuerdo puede concretar, además de los servicios que deben mantenerse, los trabajadores que han de cubrirlos, quedando la designación en manos del sindicato o sindicatos convocantes cuando tal cuestión no se precise. Los grandes sindicatos alemanes incluyen la garantía de los servicios de mantenimiento en sus directrices internas en materia de conflictos colectivos, otorgándole a esta cuestión gran importancia, y éste es sin duda uno de los motivos que explican que en la práctica esta cuestión no haya resultado demasiado conflictiva (Daübler, 1994:253).

### 3.5 La necesidad de replantear el actual sistema de establecimiento de los servicios de seguridad y mantenimiento y de designación de los trabajadores que deben cubrirlos

Los servicios de seguridad y mantenimiento son, a nuestro entender, una figura necesaria y absolutamente justificada aunque limiten el derecho de huelga. Resulta indiscutible que en determinadas empresas la inactividad huelguística puede poner en peligro bienes personales y/o materiales, causando un perjuicio muy superior al derivado de la simple interrupción de la prestación de servicios por parte de los huelguistas; un perjuicio que la parte laboral no puede perseguir de forma legítima y que la parte empresarial no está

24 Así se extrae del artículo 599.3 del Código do Trabalho, donde se establece que “na falta de um acordo até ao termo do 3.º dia posterior ao aviso prévio de greve, a definição dos serviços e dos meios referidos no número anterior é estabelecida, sem prejuízo do disposto no n.º 4, por despacho conjunto, devidamente fundamentado, do ministro responsável pela área laboral e do ministro responsável pelo sector de actividade”.

25 Así lo establece el artículo 599.6 del Código do Trabalho, señalando que “os representantes dos trabalhadores a que se refere o artigo 593.º devem designar os trabalhadores que ficam adstritos à prestação dos serviços referidos no artigo anterior, até quarenta e oito horas antes do início do período de greve, e, se não o fizerem, deve o empregador proceder a essa designação”.

26 Así lo expresa Daübler, W. (1994), Derecho del trabajo. Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 252.

obligada a asumir. Piénsese, por ejemplo, en las empresas del sector bancario o en las que utilizan materias primas que requieren de unas determinadas atenciones para que no se estropeen.

Cuestión distinta son las reglas actualmente previstas para fijar tales servicios y designar a los trabajadores que deben cubrirlos. La solución ideada por la jurisprudencia constitucional y la ordinaria no resulta nada satisfactoria, porque la gestión conjunta que se pretende imponer constituye en la práctica una excepción más que una regla general. Es obvio que cualquier convocatoria de huelga genera una situación de tensión que dificulta la negociación. Si a ello añadimos el escaso tiempo que existe para alcanzar un consenso (diez o cinco días, en función de si la empresa realiza o no un servicio público)<sup>27</sup> y, sobre todo, la posibilidad de que una de las partes negociadoras resuelva la cuestión de forma unilateral en caso de que no se alcance un acuerdo, es fácil imaginar por qué en la mayoría de ocasiones es el empresario quien acaba tomando la decisión en solitario. Es cierto que tal decisión no es libre y que debe respetar las reglas establecidas por la jurisprudencia. Pero igual de cierto es que se trata de una decisión vinculante que los trabajadores designados deberán cumplir salvo en casos excepcionales<sup>28</sup>, y que el eventual control judicial de la actuación empresarial, que puede instar cualquier sujeto interesado (trabajadores designados, convocantes, comité de huelga, etc.) se hará efectivo en un momento muy posterior, cuando la huelga ya se haya llevado a cabo. En resumidas cuentas, se trata de un sistema que no garantiza la participación de los trabajadores en las decisiones relativas a los servicios de seguridad y mantenimiento y que, además, facilita que el empresario adopte al respecto actuaciones desviadas o excesivas.

Resulta, por tanto, obligado proceder a un replanteamiento del actual sistema y un buen punto de partida puede ser el fallido Proyecto de Ley Orgánica de Huelga y de Medidas de Conflicto Colectivo (en adelante PLOH), cuyo artículo 10, manteniendo con escasas variaciones la definición de servicios de seguridad y mantenimiento prevista en el RDLRT, articulaba un sistema de establecimiento y designación de trabajadores bastante innovador estructurado sobre una triple vía: en primer lugar, en el apartado 1 de ese artículo, se establecía la obligación de que la parte empresarial y la representación de los trabajadores acordasen durante el periodo de preaviso las “medidas exigidas para garantizar la prestación” de aquellos servicios; en segundo lugar, se señalaba que en caso de desacuerdo “cualquiera de las partes podrá someter su discrepancia ante la autoridad laboral, quien resolverá en un plazo máximo de 48 horas, previo informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social”; en tercer y último lugar, se apuntaba que “los convenios colectivos y acuerdos y pactos de los funcionarios podrán regular, con carácter general, la prestación de los servicios a que se refiere el apartado 1 de este artículo”<sup>29</sup>.

27 Ésta es la antelación con que, según los artículos 3.2 y 4 del RDLRT, debe notificarse la convocatoria de huelga al empresario o empresarios afectados y a la autoridad laboral.

28 Conviene recordar que el incumplimiento de las órdenes empresariales que se consideren ilícitas, conocida ordinariamente como *ius resistentiae*, constituye en nuestro ordenamiento jurídico una posibilidad excepcional, reservada a supuestos donde se producen vulneraciones flagrantes del ordenamiento jurídico que conviertan a la actuación empresarial en manifiesta o claramente irregular.

29 Para un análisis detenido de esta regulación y de las diversas propuestas formuladas al respecto por los sindicatos y patronales más representativas, consúltase Pedrajas Moreno, A. (1993), Huelga y servicios de mantenimiento, en AA VV (1993), Ley de huelga. Madrid, Instituto de Estudios Sindicales, 73 y ss.

A pesar del tiempo transcurrido, el sistema adoptado por el PLOH continúa resultando útil<sup>30</sup> y, con algunos pequeños retoques, la mayoría inspirados en el ordenamiento jurídico portugués, puede convertirse en una propuesta equilibrada que priorice y potencie las decisiones consensuadas en materia de servicios de seguridad y mantenimiento. Los elementos centrales de nuestra propuesta pueden resumirse en dos puntos. De una parte, debería establecer una obligación de negociar, similar a la prevista en el artículo 89.1 del TRLET, tanto para el empresario como para el comité de huelga en relación con el establecimiento de los servicios de seguridad y mantenimiento, y también con la designación de los trabajadores que deben ejecutarlos, precisando que su cumplimiento quedaría sometido a las reglas y criterios que en su caso se hubiesen establecido previamente a través de acuerdo marco, convenio colectivo o cualquier otro instrumento colectivo. Una posible redacción de esta primera regla sería:

“Desde el momento en que el empresario reciba el preaviso, dicho sujeto y el comité de huelga quedarán obligados a negociar conforme al principio de buena fe para la consecución de un acuerdo sobre los servicios de seguridad y mantenimiento, que deberá especificar como mínimo la necesidad o no de establecerlos y, en su caso, los criterios para designar a los trabajadores que deberán ejecutarlos, respetando siempre las reglas que sobre el particular se hayan establecido previamente a través de la negociación colectiva.”

Por otra parte, resulta imprescindible establecer una segunda regla que permita solventar los supuestos de discrepancia, que sin duda resultarán frecuentes en la práctica, teniendo bien presente el corto espacio de tiempo que ordinariamente existe entre el preaviso de huelga y su inicio; una regla que debería tener una estructura compleja e integrar tres piezas.

La primera debería priorizar las soluciones establecidas a través de la negociación colectiva, por un doble motivo: primero, porque son fruto del consenso, aunque en algunos casos sea a un nivel distinto; segundo, porque pueden ofrecer soluciones adaptadas a las características de la empresa o el sector afectado. Tampoco cabe olvidar que en la actualidad existe una experiencia significativa en esta materia, dado que algunos convenios colectivos incluyen cláusulas al respecto<sup>31</sup>, y que tanto el Acuerdo Marco sobre Solución Extrajudicial de Conflictos de ámbito estatal actualmente vigente (ASEC III) como la mayoría de sus homólogos autonómicos prevén la aplicación de los mecanismos en ellos previstos a las controversias surgidas en relación con los servicios de seguridad y mantenimiento<sup>32</sup>.

30 No sólo porque el esquema general nos parezca acertado, sino también porque en relación con buena parte de sus elementos existía consenso entre los sindicatos y patronales más representativas de ámbito estatal; así lo pone de manifiesto Pedrajas Moreno, A. (1993:83-5).

31 Sirvan como ejemplo el artículo 43 del Convenio colectivo del sector de comercio de metal de Cantabria (Boletín Oficial de Cantabria de 22 de agosto de 2006), el artículo 68 del Convenio colectivo del sector de fabricación, venta y distribución de pan de Cantabria (Boletín Oficial de Cantabria de 9 de agosto de 2006), el artículo 46 del Convenio colectivo para el sector de hostelería de la provincia de Badajoz (Diario Oficial de Extremadura de 6 de julio de 2006) y el artículo 33 del Convenio colectivo del sector de transportes de mercancías por carretera de Huesca (Boletín Oficial de Huesca de 21 de abril de 2006). La práctica totalidad de estas cláusulas se limita a declarar aplicables los mecanismos de solución extrajudicial de conflictos previstos en acuerdos marco de ámbito estatal o autonómico cuando surjan conflictos en la determinación de los servicios de seguridad y mantenimiento.

32 El artículo 4.1.c) del ASEC III, reiterando lo establecido en el ASEC I y el ASEC II, incluye entre los conflictos susceptibles de someterse a los procedimientos de solución de conflictos en él previstos aquéllos que “se susciten sobre la determinación de los servicios de seguridad y mantenimiento en caso de huelga”. La mayoría de acuerdos de ámbito autonómico han incluido reglas parecidas. Sirva como ejemplo el artículo 6.1.c) del IV Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos de la Comunidad Valenciana (Diario Oficial de la Generalitat Valenciana de 26 de julio de 2005), que incorpora una declaración idéntica a la que se acaba de transcribir.



La segunda debería concretar qué sucede en defecto de solución negociada, hipótesis en la que, a nuestro entender, lo mejor es fijar un arbitraje obligatorio que debería asumir, por regla general, la administración laboral, básicamente por tres motivos: tiene un mínimo conocimiento del conflicto<sup>33</sup>, dispone de los recursos técnicos necesarios y garantiza una decisión imparcial. En los casos donde no exista tal garantía de imparcialidad porque la huelga se haya convocado en la Administración pública o en empresas controladas por ésta, debería adjudicarse el arbitraje a otro sujeto y una posible solución sería aplicar el sistema previsto en el artículo 76 del TRLET para las reclamaciones planteadas en materia de elecciones sindicales.

La tercera y última tendría por finalidad dejar claro el tiempo que tienen los negociadores para alcanzar un acuerdo y el momento a partir del cual entra en juego el arbitraje. Resulta imprescindible fijar un plazo máximo para consensuar los servicios de seguridad y mantenimiento; un plazo que debería ser de dos días a contar desde la recepción del preaviso, que, conviene recordarlo, debe efectuarse con dos días de antelación como mínimo al inicio de la huelga, o de cinco días si la huelga afecta a una empresa que presta servicios públicos, puesto que en tal caso la antelación mínima es de diez días, conforme establecen los artículos 3.3 y 4 del RDLRT.

Una posible redacción de esta segunda regla sería:

“Cuando no se alcance ningún acuerdo durante los dos días posteriores a la recepción del preaviso, o durante los cinco días posteriores en el caso de empresas prestadoras de servicios públicos, la fijación de los servicios de seguridad y mantenimiento y la designación de los trabajadores obligados a cubrirlos se harán efectivas a través de la forma que se haya establecido en la negociación colectiva. En su defecto, la decisión corresponderá a la autoridad laboral competente mediante resolución motivada, que deberá ser comunicada al empresario y al comité de huelga con una antelación mínima de 24 horas al inicio de la misma. Cuando la huelga afecte a la administración pública o a empresas controladas por ésta, la decisión corresponderá a un árbitro imparcial designado conforme al procedimiento previsto en el artículo 76 del TRLET.”

<sup>33</sup> No cabe olvidar que el artículo 3.3 del RDLRT obliga a comunicar la huelga no sólo al empresario, sino también a la autoridad laboral, y que, conforme a ese mismo precepto, el escrito de preaviso debe especificar “los objetivos de ésta, gestiones realizadas para resolver las diferencias, fecha de inicio y composición del comité de huelga”.

## La huelga en los servicios esenciales

### 4.1 La noción de esencialidad del servicio

Seguramente uno de los aspectos más problemáticos del ejercicio del derecho de huelga es el relativo al “mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad” (artículo 28.2 CE) durante la huelga. Tal y como se desprende del precepto constitucional, en la huelga de los servicios considerados esenciales es preciso asegurar que el ejercicio del derecho de huelga no despojará a los ciudadanos de las prestaciones esenciales destinadas a asegurar el goce de derechos constitucionales. La huelga no puede imponer el sacrificio de los intereses de los destinatarios de los servicios esenciales. Así, pues, los servicios esenciales constituyen, tal y como ha señalado reiteradamente la doctrina científica, un límite externo al ejercicio del derecho fundamental de huelga.

Según se ha venido configurando por nuestra Corte Constitucional, la noción de servicios esenciales tiene que ver con la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción se dirige la prestación, conectándose con los derechos fundamentales y libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos. Ello significa que, *a priori*, no existe ningún tipo de actividad productiva que, en sí misma, pueda ser considerada esencial. Sólo serán esenciales aquellos servicios en los que la garantía de los bienes o intereses constitucionalmente tutelados exija el mantenimiento de su continuidad, y siempre en la medida y con la intensidad imprescindible para asegurar su satisfacción. Así, pues, será preciso tomar en consideración las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar la naturaleza y extensión de los servicios que deben continuar prestando durante la huelga (entre otras muchas, SSTC 26/1981, 17 de julio; 148/1993, de 29 de abril). En definitiva, la frontera del ejercicio del derecho de huelga no se traza desde los elementos que caracterizan el medio de autotutela reconocido constitucionalmente, sino a partir de las necesidades de respeto de las garantías constitucionales que pueden entrar en conflicto con el derecho de huelga.

La amplia e indeterminada noción de esencialidad del servicio propicia que los órganos jurisdiccionales tengan atribuido un papel determinante en la gestión y articulación de los

conflictos colectivos. En este sentido, hace ya más de quince años que el Tribunal Constitucional señalaba sin ambages que la ausencia de desarrollo adecuado del mandato constitucional del artículo 28.2 CE “origina una conflictividad innecesaria en relación con la fijación de los servicios esenciales y una puesta en peligro tanto de la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales, como del ejercicio legítimo del derecho de huelga, lo que exige el establecimiento de procedimientos adecuados para asegurar la necesaria ponderación de los bienes constitucionales en juego” (STC 123/1990).

Al amparo de la amplia caracterización de los servicios esenciales, la jurisprudencia ha afirmado la esencialidad de servicios tales como los relativos a la salud, emergencia telefónica, seguridad privada, centrales nucleares, ayuntamientos, transportes (autopistas, servicios aeroportuarios, marítimos, aéreos, ferrocarriles), sanidad, enseñanza, administración de justicia, servicios de averías telefónicas, producción, almacenamiento y transporte de productos petrolíferos, abastecimientos de aguas, servicios forestales de prevención de incendios, instituciones públicas (Consejo General del Poder Judicial, el Banco de España, el Boletín Oficial del Estado), estiba y desestiba de buques, entre otros. Son los ejemplos citados suficientes para poner de manifiesto el uso expansivo de la cláusula de esencialidad en los términos en que ha sido definida por el Tribunal Constitucional.

Como ya apuntaba el Tribunal Constitucional, la ausencia inexcusable del desarrollo postconstitucional del derecho de huelga en los servicios esenciales ha terminado, por un lado, laminando el ejercicio del derecho de huelga, y, por otro, aumentando la conflictividad vinculada al cumplimiento de la obligación de mantener los servicios esenciales de la comunidad en la huelga. Efectivamente, basta con un sumario examen de las normas reglamentarias que se han venido aprobando para garantizar el funcionamiento de los servicios esenciales, así como de la jurisprudencia ordinaria, para advertir fácilmente cómo, a través del mecanismo de la declaración de esencialidad de un servicio, la autoridad gubernativa competente ha impuesto *de facto* límites más amplios de los que se inferirían de una recta interpretación de la doctrina constitucional a propósito del artículo 28.2 CE. Esta tendencia se ha evidenciado con especial intensidad en los últimos años en relación con las huelgas en los medios de comunicación y en las actividades vinculadas con las nuevas tecnologías de la comunicación. En dichos supuestos la declaración de esencialidad de la totalidad de los servicios representa tanto como sacrificar toda proyección exterior de la huelga y, por consiguiente, limitar sustancialmente la eficacia del medio de conflicto colectivo empleado.

Avanzando la conclusión, podemos afirmar que la declaración de esencialidad de las actividades productivas se produce, en numerosas ocasiones, por mera relación o conexión general del servicio afectado por la huelga con un derecho fundamental o bien constitucionalmente protegido. A los efectos de ilustrar esta afirmación, resulta oportuno un brevísimo repaso a la jurisprudencia y doctrina judicial en materia de servicios esenciales de comunicación y telefonía. Sin duda la cuestión es paradigmática, y de creciente importancia, puesto que la vida en sociedad requiere, cada vez más, de un mínimo nivel de circulación de la información.

Para abordar esta cuestión son ilustrativas las SSTS (Sala 3ª) de 17 de enero de 2003 (RJ 2003/1717); de 17 de enero de 2003 (RJ 2003/3777) y 2 de abril de 2004 (RJ 2004/2029) en

relación con los servicios mínimos de las televisiones y radios privadas y públicas durante la huelga de junio de 2002. El RD 531/2002, de 14 de junio, del Ministerio de Ciencia y Tecnología, estableció las normas para garantizar el funcionamiento de los servicios mínimos esenciales en el ámbito de la gestión indirecta de los servicios públicos de radiodifusión sonora y de televisión privada, bajo competencia del Estado, en la huelga general de 20 de junio de 2002 con carácter tan extenso que en la práctica eliminaba la efectividad del ejercicio de la huelga, pues dotaba a dichos servicios de una apariencia de normalidad<sup>34</sup>. Respecto de las radios y televisiones públicas, el RD 572/2002, de 14 de junio, al igual que el antedicho RD para las televisiones privadas, aseguraba unos amplios servicios mínimos que limitaban cualquier proyección de la situación de huelga en la radio y televisión pública<sup>35</sup>.

Indicó el Tribunal Supremo en la Sentencia de 17 de enero de 2003 (RJ 2003/1717) sobre el RD 531/2002 que “la utilización de una programación previamente grabada dentro de los horarios habituales de difusión, como medida alternativa a la programación en directo el día previsto para la huelga, de una parte, garantiza el ejercicio del contenido constitucional de este derecho, al posibilitar la reducción de la plantilla y medios técnicos disponibles, y de otra, hace efectiva la garantía del mantenimiento de los servicios públicos de radiodifusión y televisión cuya destinataria es la comunidad, haciendo efectiva la armonización entre el respeto al interés general de ésta en el mantenimiento de los servicios esenciales y el derecho fundamental de huelga”.

Respecto de la huelga en la radio y televisión pública, las sentencias de 17 de enero de 2003 (RJ 2003/3777) y 2 de abril de 2004 (RJ 2004/2029) señalan que “los servicios del ente público RTVE y de las sociedades estatales RNE, SA, y TVE, SA, tienen carácter esencial, siendo prevalente la garantía de su mantenimiento, como resulta de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981 y, por ello, se considera necesario subrayar que la utilización de una programación previamente grabada, dentro de los horarios habituales de difusión, posibilita la reducción de la plantilla y medios técnicos disponibles y, por otra parte, hace

34 De conformidad con el artículo 3, se consideraban servicios esenciales: a) la emisión, dentro de los horarios habituales de difusión, de una programación previamente grabada; b) la producción y emisión de la normal programación informativa; y c) la programación y difusión de los comunicados y declaraciones oficiales de interés general a que se refieren el art. 16 de la Ley 10/1988, de Televisión Privada, y el apdo. 3 de la disp. adic. 6ª de la Ley 31/1987, de Ordenación de las Telecomunicaciones.

35 De conformidad con la referida norma, tenían la consideración de servicios mínimos durante la huelga: a) asegurar la continuidad de las emisiones radiofónicas y televisivas durante su horario habitual, de tal forma que se garantice la no interrupción de los servicios públicos esenciales de la radiodifusión sonora y la televisión, si bien mediante la única utilización de programas grabados, y sin la difusión, por consiguiente, de programación en directo, con la salvedad de los programas informativos a los que se alude a continuación; b) garantizar la producción y emisión de los programas informativos, que son considerados imprescindibles para el mantenimiento de los servicios públicos esenciales de información a la comunidad; c) posibilitar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 4/1980, que el Gobierno pueda hacer que se programen y difundan cuantas declaraciones o comunicaciones oficiales de interés público estime necesarias, con indicación de su origen. Por razones de urgencia, apreciadas por el propio Gobierno, estos comunicados y declaraciones tendrán efecto inmediato; d) asegurar, asimismo, la preparación de la producción de la programación informativa de la reunión del Consejo Europeo, que tendrá lugar en Sevilla los días 21 y 22 de junio de 2002, la cual no solamente forma parte del mantenimiento del imprescindible servicio público esencial de información a que se ha hecho referencia, sino que presenta la circunstancia adicional de que Radio Nacional de España, Sociedad Anónima, y Televisión Española, Sociedad Anónima, tienen comprometida la producción y suministro de la señal institucional para la Unión Europea de Radiotelevisión y para los medios de comunicación nacionales, de los demás Estados miembros de la Unión Europea y del resto del mundo.

efectiva la garantía de mantenimiento de los servicios públicos de radiodifusión y televisión cuya destinataria es la comunidad, obteniendo una armonización entre el respeto al interés general y el derecho fundamental de huelga. La exigencia de que se sustituyese la programación grabada por la carta de ajuste o por el silencio de la radiodifusión y el oscurecimiento de la televisión supondría el vaciamiento absoluto de los derechos al ejercicio de las actividades que constituyen servicios esenciales de la comunidad”<sup>36</sup>.

Corolario de lo antedicho es que se llega a considerar que el mantenimiento de la apariencia de normalidad en los servicios informáticos no conculca el ejercicio del derecho de huelga. En este mismo sentido, la STS de 9 de diciembre de 2003 (RJ 2003/9371) indica que “dentro del cumplimiento de los servicios mínimos establecidos, la empresa no conculca el derecho fundamental de huelga si pretende mantener en la medida de lo posible la normalidad del desarrollo de la actividad empresarial”<sup>37</sup>. Como se habrá advertido ya, no se realiza tanto una interpretación entre derecho de información y derecho de huelga como entre éste y el interés de la empresa en el mantenimiento de una programación “normalizada” durante la huelga<sup>38</sup>.

En definitiva, tal y como señala certeramente Baylos Grau, “la pérdida de función y eficacia del derecho de huelga, que requeriría, por tanto, una readaptación de las formas típicas de expresión de la huelga ante las peculiaridades del automatismo del servicio, es inmediatamente recuperado como principio interpretativo gracias a la doctrina y jurisprudencia que se afanan en justificar la no interrupción de la producción o del servicio como algo ontológico que debe ser preservado en todo momento, especialmente mediante la inmunización de esa continuidad frente a la acción de los trabajadores a través de la huelga” (Baylos Grau, A., y Valdés de la Vega, B., 2004:153).

No obstante, diversas resoluciones recientes del Tribunal Constitucional han venido a corregir la situación, situando la esencialidad de los servicios en sus justos términos. Así, las SSTC 183/2006, 184/2006, 191/2006 y 193/2006, todas ellas de fecha de 19 de junio de 2006, dictadas a propósito de los Reales Decretos de servicios mínimos en las radios y televisiones para la huelga general del año 2002, establecen claramente la diferencia entre el servicio esencial que puede satisfacer el servicio de televisión y el funcionamiento de la televisión durante la huelga. En primer lugar, entiende el Tribunal que la declaración de esencialidad del servicio de radiodifusión y televisión desde una norma general, como hacía la derogada Ley 4/1980, de 10 de enero, que regulaba la radio y televisión pública (y el actual art. 2 de la Ley 17/2006 sobre radio y televisión del Estado), no puede suplir, sin más y de principio, la calificación como servicio esencial desde el prisma normativo y constitucional del derecho de huelga. En este sentido, se señala que una calificación global de conjunto de los servicios a efectos de

36 En sentido similar, véase la sentencia de 22 de marzo de 2004 (RJ 2005/2133), sobre la procedencia de la declaración como servicio mínimo del funcionamiento normal de los sistemas de difusión terrestre de la señal de televisión.

37 Se imputa a la empresa demandada el que no hubiera establecido una diferencia en los contenidos de los informativos que emitió en los periodos de huelga y aquellos otros que emite normalmente, atribuyéndole, asimismo, la repetición de noticias, ya emitidas, en los espacios informativos correspondientes a los servicios mínimos. Dirá el Tribunal Supremo que “es de señalar que los contenidos audiovisuales y, más particularmente, los contenidos informativos de los telediarios, deben ser algo reservado a los servicios de dirección y de técnicos de la cadena de televisión, sin que, en modo alguno, pueda configurarse como una lesión del derecho fundamental de huelga el que, dentro de los servicios informativos, se introduzca un contenido u otro o que se reitere el que ya se emitió con anterioridad. Todo esto no desnaturaliza, en modo alguno, el derecho de huelga que corresponde a los trabajadores”.

38 Véase asimismo, en un sentido similar, la STS (3ª) de 8 de octubre de 2004 (RJ 6556/2004).

eventuales huelgas “vendría a colisionar con nuestra doctrina interpretativa del art. 28.2 CE, según la cual no existe ningún tipo de actividad productiva que, en sí misma, pueda ser considerada como servicio esencial”.

En segundo lugar, el Alto Tribunal rechaza que la totalidad de la programación y, por tanto, el funcionamiento habitual puede ser siempre y en todo caso, considerado como servicio esencial. Efectivamente, se indica expresamente que “no toda la programación de televisión tiene que ver con el derecho constitucional (a comunicar y recibir información), existiendo una gran porción de espacio de puro entretenimiento. Por ello, el resto de la plural actividad televisiva previamente grabada, desprovista de todo interés informativo, aun respaldada por un evidente interés legítimo tanto del comunicador como de los receptores, en nada concierne al derecho a comunicar y recibir libremente información ex art. 20.1.d) CE”. A ello se añade por parte del tribunal que la no interrupción del servicio de televisión priva de repercusión apreciable a la huelga mediante una apariencia de normalidad del servicio y debe considerarse una actuación contraria al derecho de huelga. Consecuencia lógica de este razonamiento no es otra que la de declarar que la emisión de una programación previamente grabada dentro de las horas habituales de difusión lesiona el derecho de huelga.

Ya ha quedado dicho que la cláusula abierta de esencialidad se ha traducido en la imposición administrativa de numerosas restricciones al ejercicio del derecho de huelga. De entre los factores que coadyuvan a la extensión de la noción de esencialidad merece destacarse, sin lugar a dudas, la eclosión y despliegue de nuevas tecnologías y la aparición de nuevas actividades y, por otro lado, la instrumentalización de las referidas nuevas tecnologías para el normal desarrollo de la actividad productiva<sup>39</sup>.

De este modo, también se ha extendido la nota de la esencialidad a las líneas de atención telefónica que son ofrecidas por diversas empresas y al servicio de averías telefónicas. Así, amparándose en el carácter de servicio universal que, de conformidad con la legislación aplicable, ha de atribuirse al servicio de información telefónica, y el carácter esencial del servicio telefónico, se justifica la esencialidad del servicio de atención telefónica y el de atención de averías<sup>40</sup>. Resulta cuando menos discutible que el carácter universal del servicio telefónico sea suficiente para justificar la catalogación de esencialidad del servicio. Ciertamente, el funcionamiento del servicio de telefonía, móvil o fija, constituye parte indisoluble para la prestación de otros servicios esenciales; sin embargo, debe cuestionarse su calificación de esencial siempre y en todo caso. Por otra parte, aun considerando que el servicio telefónico pueda calificarse de esencial, no significa que todos los servicios prestados por la empresa de telefonía sean esenciales. En definitiva, parece más bien que se confunde el servicio público con la esencialidad.

Así pudo constatararse con ocasión de la última huelga general convocada en el año 2002, en la que el RD 530/2002 impuso la continuidad de los servicios de telefonía móvil, dado que constituyen servicio universal de telecomunicaciones. No puede extrañar que también se

39 Merino Segovia, A. (2005), 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.) (2005), Estudios sobre la huelga. Albacete, Bo-marzo, 150.

40 Véanse también las sentencias de la AN de 17 de febrero de 2005 (RJCA 2005/851) y 6 de mayo de 2005 (RJCA 2005/902).

impusiera la continuidad de la red de telefonía móvil en óptimo estado de funcionamiento durante la huelga, incluyendo los servicios de incidencias y averías, ofreciéndose una apariencia de absoluta normalidad del servicio a pesar de la huelga. En sentido paralelo, el RD 530/2002, de 14 de junio, garantizaba el encaminamiento y la conexión entre los puntos de terminación de las redes fijas y las móviles y las redes públicas de telecomunicaciones, incluyendo el acceso a los servicios de transmisión de datos, en especial el acceso a Internet. Además, se añadía que para la Administración esta actividad debía mantenerse en su totalidad, sin interrupción del servicio. De nuevo, también en relación con el acceso a Internet, se alude a la naturaleza de universal que caracteriza a los servicios esenciales, dando a entender que dicho acceso satisface, siempre y en todo caso, derechos fundamentales de ejercicio inaplazable. Sin negar que parte de las prestaciones de acceso a Internet y a la telefonía móvil son imprescindibles para mantener las prestaciones esenciales, la declaración de esencialidad del conjunto del servicio de Internet y de telefonía móvil es, como se apuntaba anteriormente, una deliberada asimilación entre servicio público y servicio esencial.

En definitiva, los episodios expuestos en relación con los medios de comunicación y las nuevas tecnologías muestran cómo la calificación de esencialidad en manos de la autoridad gubernativa a través de la especificación de un concepto extremadamente abierto viene a constituir un límite al ejercicio de la huelga en toda clase de servicios públicos, sean o no esenciales. En otras palabras, la notable discrecionalidad que permite la noción de servicios esenciales facilita la intervención de la autoridad gubernativa destinada a facilitar el funcionamiento regular de toda clase de servicios públicos, sin diferenciar si cumplen con la finalidad de asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad.

Como se habrá advertido ya, el recurso a la judicialización de la declaración de esencialidad del servicio o prestación no resulta ser la vía más adecuada para la satisfacción de los interesados en el ejercicio del derecho fundamental de huelga. La declaración de vulneración del derecho fundamental se produce *a posteriori*, una vez ha concluido el conflicto, por lo que, desde el punto de vista de la efectividad de la tutela del derecho, resulta ineficaz. Asimismo, en cuanto derecho de titularidad individual, cualquier eventual reparación de su vulneración debe ser exigida individualmente por los trabajadores que consideren conculcado su derecho (STS de 22 de junio de 2005 [RJ 2006/22]).

Así las cosas, son dos modelos teóricos que pueden ser de utilidad para articular la regulación de la huelga en los servicios que cubren las necesidades básicas e imperativas de los ciudadanos. El primer modelo consiste en la enumeración legal, cerrada, de las actividades que deban entenderse esenciales para la colectividad. Ésta es, por ejemplo, la fórmula empleada en la legislación del Reino Unido, que de manera un tanto dispersa atribuye la condición de esencialidad en ciertos servicios como defensa, policía o correos. También en el ordenamiento italiano, la legislación de huelga contiene una relación de los servicios que deben garantizarse durante el conflicto colectivo. Así, en primer lugar se definen como servicios esenciales los que vayan dirigidos a satisfacer el contenido esencial de los derechos fundamentales. En concreto, el derecho a la vida, a la salud, a la libertad, a la seguridad, a la libre circulación, a la asistencia y previsión social, a la educación y a la libertad de comunicación. Junto con ello, en segundo lugar, se incluye en la Ley una lista explicativa de los servicios que tienen la naturaleza de servicios públicos: servicios médicos, salud pública, protección civil, distri-

bución de la energía, transporte aéreo, ferroviario, marítimo, sistema de educación, guarderías, correo y servicios audiovisuales.

No obstante, a pesar de la apariencia de seguridad jurídica que deriva de la calificación legal de esencialidad, no puede obviarse que este sistema presenta notables dificultades interpretativas. Efectivamente, no todas las actividades de los servicios esenciales son, en su conjunto, esenciales; por lo que resulta necesario, de nuevo, interpretar cuáles de las actividades instrumentales de un servicio esencial son imprescindibles y cuáles no están sujetas a tal restricción durante la huelga. Piénsese, por ejemplo, en los servicios de archivo o suministros de una institución sanitaria. Tales servicios podrán considerarse esenciales o no en función de las circunstancias concurrentes (por ejemplo, duración temporal de la huelga). Junto con ello, no puede obviarse que el establecimiento de una lista cerrada puede presentar dificultades de adaptación a los cambios que vayan produciéndose, tanto sociales como técnicos.

Es por ello por lo que entendemos que resulta más adecuado ofrecer un concepto legal de servicio esencial. Es ésta, además, la solución más habitual en los ordenamientos comparados. Ahora bien, dicho concepto debería circunscribir los servicios esenciales de la comunidad a los que se vinculan bien con el ejercicio inaplazable de los derechos fundamentales, bien con la garantía de su contenido esencial, excluyéndose cualquier otro servicio vinculado a bienes constitucionalmente protegidos. En nuestra opinión, esta noción objetiva y teleológica de las prestaciones esenciales debería constituir el elemento sobre el que construir la noción de esencialidad. Así, en primer lugar, deberían ser considerados esenciales solamente los servicios que permitan la satisfacción directa de un derecho fundamental. Y, en segundo lugar, solamente cabría justificar el mantenimiento de la actividad de aquellas prestaciones destinadas a garantizar el contenido esencial de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Esta interpretación más estricta de los servicios permitiría establecer el límite externo del derecho de huelga en las prestaciones ordenadas a satisfacer únicamente los intereses verdaderamente vitales de la comunidad, identificados con el contenido esencial del derecho fundamental. De este modo, quedarían excluidos de dicha noción tanto los servicios que no asegurasen la satisfacción de los intereses de carácter esencial como aquellos otros que, aun satisfaciendo dichos intereses, careciesen de la nota de indispensabilidad ahora apuntada. Se evitaría, en definitiva, la calificación de esencialidad desde el derecho garantizado en su conjunto, esto es, por mera conexión general con el derecho implicado.

La más reciente doctrina del Tribunal Constitucional parece apuntar una interpretación más estricta de las necesidades básicas imperativas que deban relacionarse con los servicios esenciales de la comunidad. Efectivamente, señala la ya citada STC 191/2006, a propósito de la garantía del derecho de información durante la huelga de los servicios mínimos, que no toda programación con interés informativo reviste de relevancia suficiente para justificar una restricción del derecho de huelga<sup>41</sup>. Sostiene el Tribunal que la emisión durante la huelga de programas pregrabados que presenten un contenido o interés informativo –por tanto, puede quedar concernido el derecho a comunicar y recibir información del artículo 20 CE– restrin-

41 En el mismo sentido, también las sentencias del Tribunal Constitucional 183/2006, 184/2006 y 193/2006.



ge de manera desproporcionada el ejercicio del derecho de huelga. Concretamente, razona el Alto Tribunal que en tales casos “se trataría de una información que obviamente puede ser emitida con posterioridad a la jornada de huelga, en esta ocasión de veinticuatro horas, sin menoscabo alguno del derecho a comunicar o recibir información, al estar desprovista ésta, por su propia condición de pregrabada, de la actualidad e inmediatez necesarias que pudieran justificar en principio la restricción del derecho de huelga”.

Resumiendo, es preciso ofrecer una noción legal de “servicio esencial” que se sujete a los estrechos límites de las prestaciones indispensables e inaplazables para satisfacer el contenido esencial de los derechos fundamentales. En nuestra opinión, ello exige, en primer lugar, la identificación normativa de los derechos fundamentales que deban asegurarse durante la huelga. Dado que el mantenimiento del servicio constituye un límite externo al ejercicio del derecho fundamental, el elenco de derechos fundamentales que deben asegurarse durante la huelga debe ser el estrictamente necesario para asegurar el goce de prestaciones indispensables para la vida en comunidad. Así, en nuestra opinión, es dable incluir en dicha categoría el derecho a la vida, a la salud, a la libertad y seguridad, el derecho a recibir y comunicar libremente información, a la libre circulación, la tutela judicial efectiva y, en fin, a la educación obligatoria. En segundo término, la noción legal de servicio esencial debería reservarse únicamente para designar las actividades indispensables que aseguren el contenido esencial de los referidos derechos fundamentales.

Este entendimiento estricto de los servicios esenciales exige también, en contrapartida, el reforzamiento de la tutela del interés de los usuarios de los servicios públicos, tales como la publicidad efectiva de los servicios mínimos. Sobre el particular volveremos más adelante.

#### **4.2 La determinación de los servicios mínimos en las actividades declaradas esenciales para la comunidad**

De uno u otro modo, los servicios esenciales que mantener requerirán de un mínimo grado, inferior al normal, de funcionamiento de la actividad durante la huelga. Tres son los puntos críticos que se presentan en la determinación de los servicios mínimos. En primer lugar, el procedimiento y autoridad competente para su establecimiento. En segundo lugar, los principios e intereses que deben ponderarse en la determinación del nivel de funcionamiento de los servicios. Y, por último, la identificación de los trabajadores que deberán atender el funcionamiento de los servicios esenciales y las eventuales consecuencias de su incumplimiento. Veamos cada uno de ellos a continuación.

##### **a) El procedimiento para determinar los servicios mínimos durante la huelga**

Empezando por el procedimiento de establecimiento de los servicios mínimos, debemos recordar que la potestad para dictar las medidas que garanticen el funcionamiento de los servicios esenciales está atribuida legalmente a la “autoridad gubernativa” (art. 10 RDLRT). Según la doctrina constitucional, debe entenderse que las medidas de aseguramiento del servicio durante la huelga corresponden a los órganos que ejercen directamente o por delegación las potestades de gobierno (STC 26/1981). Es lógico que en caso de conflicto colectivo

que ponga en riesgo derechos esenciales de los ciudadanos, sea la Administración la encargada de velar por el interés general de la colectividad. La Administración asume un papel neutral de garante de los derechos fundamentales en juego. La autoridad gubernativa tiene una naturaleza política y no meramente administrativa, pues así parece demandarlo esa ponderación de los intereses de la comunidad que resulta necesaria para la fijación de los servicios mínimos. Consiguientemente, el incumplimiento de esta exigencia no puede calificarse como mera irregularidad formal o como mero defecto de carácter administrativo, sino como lesión del derecho fundamental que así se ve restringido, pues sólo de aquella forma puede asegurarse que las limitaciones sean impuestas en atención a los intereses de la comunidad de una manera imparcial y de acuerdo con las características y necesidades del servicio afectado por la huelga (STS de 15 de junio de 2005 [RJ 2005/9370]).

Ahora bien, dudamos que el actual sistema de determinación de los servicios mínimos por parte de la autoridad gubernativa resulte el más adecuado, tanto desde el punto de vista del ejercicio del derecho fundamental de huelga como desde el de la tutela del interés general. Nos explicamos a continuación.

Como se habrá observado ya, la escueta referencia legal a la autoridad gubernativa en la norma preconstitucional obviaba toda referencia a la distribución competencial contenida entre las distintas administraciones territoriales. Así, pues, no es extraño que desde la primera doctrina del Tribunal Constitucional (STC 33/1981) sobre el Decreto Ley 17/1977, se haya venido extendiendo el carácter de autoridad gubernativa a los órganos de gobierno de las comunidades autónomas dotadas de potestades de gobierno (STC 33/1981). En este sentido, el establecimiento de los servicios mínimos es un acto de ejecución de la legislación del Estado que puede situarse dentro de las competencias de las comunidades autónomas (STC 86/1991).

En cuanto a la identificación de la autoridad gubernativa territorialmente competente, es reiterada ya la jurisprudencia que identifica a la autoridad gubernativa competente para el establecimiento de los servicios mínimos con la que ostenta la titularidad del servicio de que se trata. Efectivamente, el Tribunal Constitucional tiene declarado que la autoridad gubernativa encargada de establecer el nivel esencial de mantenimiento del servicio es la autoridad que tenga competencia sobre la materia. Así, en caso de conflicto entre títulos competenciales concurrentes, como puede ser la titularidad estatal del servicio y la titularidad autonómica en materia de ejecución de la legislación laboral, será competente la autoridad que tiene la responsabilidad política del servicio de que se trate (STC 233/1997). Tal opción interpretativa queda justificada en la medida en que se estima que la autoridad responsable política del servicio es la que mejor puede ponderar las necesidades de preservación del servicio en caso de huelga.

La doctrina de la titularidad del servicio como criterio de identificación de la autoridad competente ha significado, particularmente en el ámbito de las corporaciones locales, que recaiga sobre el mismo órgano la condición de autoridad gubernativa y titularidad del servicio. En este sentido, es clara la STS de 15 de junio de 2005 (RJ 2005/9370) cuando, a propósito de la fijación de los servicios mínimos en la huelga de transportes municipales, afirma que “esa naturaleza política debe ser medida con criterios sustantivos y no meramente formales. En el sentido de que habrá de ser reconocida en el ente público al que, en el ámbito territorial afectado por la huelga, le corresponda la gestión autónoma o independiente de los prin-

cipales intereses generales que entren en conflicto con dicha huelga; y tenga, como consecuencia de la competencia inherente a esa gestión, la responsabilidad de atender esos intereses y, por ello, de decidir si deben ser prioritarios al derecho de los huelguistas o si pueden ser sacrificados o limitados y, también, la responsabilidad de resolver cuál debe ser el alcance de esas limitaciones que sea necesario imponer. La autonomía municipal y la representatividad democrática para los componentes de los ayuntamientos, proclamadas en el artículo 140 de la CE, es un argumento inicial en favor de esa independencia que resulta decisiva para apreciar la función política que caracteriza o configura esa autoridad gubernativa”. En consonancia con ello, según jurisprudencia consolidada, cuando concurren el carácter de autoridad y la titularidad del servicio como sucede en los municipios, el competente es el alcalde, habiéndose declarado que no puede serlo, por ejemplo, el presidente de un organismo autónomo municipal o de una empresa pública local (SSTS 27 de octubre de 1993 [RJ 1993/7648] y de 1 de octubre de 2003 [RJ 2003/8224]).

Como se habrá advertido ya, dejando ahora de lado argumentos jurídico-formales más o menos sólidos, puede afirmarse que resulta más que dudoso que en los supuestos de servicios municipales la fijación de los servicios mínimos se adopte desde la mínima imparcialidad exigible. En numerosas ocasiones la corporación local será la contraparte del conflicto; en otros casos, en los que la explotación corresponda a una empresa privada, el interés en mantener un funcionamiento habitual de los servicios municipales hace muy difícil pensar en una verdadera imparcialidad; en otros casos, en los que los servicios son prestados por empresas u organismos municipales con personalidad propia, no resulta extraño que sea al propio alcalde a quien corresponda también la presidencia de la empresa u organismo municipal.

Junto con ello, resulta difícil establecer en cada caso concreto la autoridad gubernativa habilitada para dictar los servicios mínimos. Un repaso de las resoluciones judiciales permite advertir cómo se atribuye el carácter de autoridad gubernativa a distintas instancias para huelgas en el mismo sector. Así, por ejemplo, para los supuestos de huelgas convocadas en el sistema sanitario, los servicios mínimos son decretados por la consejería autonómica responsable de la materia, por la consejería de empleo o, incluso, por el consejo de gobierno de la autonomía.

La referida doctrina de la titularidad del servicio como criterio de identificación para la autoridad competente en el establecimiento de los servicios mínimos no siempre supone la atribución de competencias a autoridades de dudosa imparcialidad en el seno del conflicto. La autoridad gubernativa encargada de velar por el interés general cargará, también desde el punto de vista político, con las consecuencias principales que puedan derivarse de la huelga. La autoridad gubernativa, en cuanto parte directamente concernida por el conflicto, normalmente tiene un interés directo en asegurar que la huelga repercuta lo menos posible en el normal funcionamiento del servicio. Así, no es extraño que la autoridad gubernativa decida “curarse en salud”, estableciendo servicios mínimos que en numerosas ocasiones suponen restricciones injustificadas del derecho de huelga. En este sentido, es evidente que la imparcialidad de la autoridad gubernativa se va diluyendo conforme más próxima al conflicto es su responsabilidad política<sup>42</sup>.

42 Cabeza Pereiro, J. (1998), Sobre la autoridad gubernativa competente para dictar decretos de servicios mínimos. (A propósito de la STC 233/1997, de 18 de diciembre). *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 90, 676.

Asimismo, en el caso del establecimiento de unos servicios mínimos abusivos no cabe más que su impugnación jurisdiccional. Como se verá a continuación, la jurisprudencia es especialmente exigente con los requisitos de motivación y proporcionalidad en el establecimiento de los servicios mínimos. Sin embargo, no puede obviarse que la resolución judicial que resuelve la eventual impugnación de los servicios mínimos se produce siempre a *posteriori*, siendo difícilmente reparable el daño causado sobre el ejercicio del derecho fundamental.

Ciertamente cabría pensar en la eventual suspensión cautelar de los servicios mínimos establecidos por la autoridad gubernativa. Debe recordarse que la STC 148/1993 –a propósito de la solicitud de suspensión cautelar de decretos de servicios mínimos en relación con la huelga general de 1988– reconoció que del derecho a la tutela judicial efectiva deriva la potestad jurisdiccional de adoptar medidas cautelares. En concreto, de conformidad con la referida doctrina constitucional, para que proceda la tutela cautelar, es preciso que concurren dos requisitos: por un lado, el peligro cierto de daño para el derecho cuya protección se reclama y, por otro, la apariencia de ilegalidad en la actuación administrativa. Como se habrá observado ya, la apariencia de ilegalidad de los decretos de servicios mínimos será difícil de apreciar, salvo en los supuestos en los que no exista motivación o en los que se vulnere manifiestamente el principio de proporcionalidad, fijando servicios mínimos equivalentes al funcionamiento normal del servicio.

Por otra parte, tal y como ponen de manifiesto estudios recientes, el bagaje de las medidas cautelares resueltas por los tribunales con ocasión de la última huelga general es contradictorio, con argumentos y doctrina no coincidentes entre sí (Cabeza Pereiro, 1998:200).

Así, pues, no puede sorprender que ante el establecimiento de servicios mínimos que sean percibidos como abusivos por parte de los huelguistas se responda con el incumplimiento parcial de dichos servicios, con vistas a garantizar la capacidad de presión de la medida colectiva. En todos estos casos, la garantía de indemnidad de los trabajadores que han incumplido los servicios mínimos acostumbra a formar parte de los acuerdos de fin de conflicto. Tal y como se ha venido señalando, son evidentes las distorsiones provocadas por un establecimiento de los servicios mínimos a través de la autoridad gubernativa, que en ocasiones no siempre representa un tercero imparcial.

Una segunda cuestión estrechamente vinculada con lo dicho hasta aquí es la de la eventual participación de los huelguistas en la determinación de los servicios mínimos. Sobre la participación del comité de huelga en la determinación del nivel necesario para asegurar las prestaciones vitales de los servicios esenciales, la jurisprudencia y doctrina judicial han mantenido que la negociación con las partes en conflicto es algo bueno y deseable y que puede y debe realizarse en la medida de lo posible para lograr acuerdos y fijar las condiciones de la huelga que sin merma de los derechos de los trabajadores causen los mínimos perjuicios a la población en general. Tal audiencia en sí misma no es un requisito preceptivo y de obligado cumplimiento para la Administración a efectos de fijar los servicios mínimos (entre otras muchas, la STS 16 de enero de 1996 [RJ 1996/401]). En concreto, se sostiene que para la fijación de estos servicios no nos encontramos estrictamente en el ámbito de un procedimiento administrativo, con lo que no puede entenderse que se apliquen miméticamente los principios

establecidos para el mismo<sup>43</sup>. Indudablemente la solución alcanzada por la jurisprudencia se inspira precisamente en la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los efectos de la ausencia de negociación con los huelguistas en el trámite de establecimiento de los servicios mínimos. La STC 51/1986 señaló expresamente que, si bien la consulta previa con los convocantes de la huelga constituía una práctica recomendable, su ausencia no viciaba de inconstitucionalidad la decisión de la autoridad gubernativa. En este sentido, los tribunales han trasladado, de manera discutible, al plano de la legalidad ordinaria, la posición mantenida por el Tribunal Constitucional sobre los efectos de la ausencia de negociación en la esfera del artículo 28.2 CE. Y es que no puede obviarse que la fijación de los servicios mínimos tiene la condición de procedimiento administrativo y, en cuanto tal, debe escucharse a los interesados de conformidad con la Ley 30/1992, de Procedimiento Administrativo. Ciertamente, los plazos perentorios en el establecimiento de los servicios mínimos se compadecen mal con los previstos en la normativa de ordenación del procedimiento administrativo. Sin embargo, nada impide que deban aplicarse los principios que informan dicha legalidad y, en consecuencia, declarar ilegales los servicios mínimos adoptados sin las preceptivas consultas<sup>44</sup>.

Estrechamente relacionado con lo antedicho, se plantea también la eventual intervención de la empresa u organismo prestador del servicio en la determinación de los servicios mínimos por parte de la autoridad gubernativa. En concreto, se ha planteado la posibilidad de que la autoridad gubernativa haga suya la propuesta de servicios mínimos que pueda hacerle llegar la prestadora del servicio esencial. Según la jurisprudencia, no nos encontramos aquí ante la delegación por parte de la autoridad gubernativa de las competencias que le son propias, sino en la adopción de la decisión de servicios mínimos según criterio formulado por la empresa u organismo encargado del servicio esencial (STS de 30 de mayo de 2003 [RJ 2003/4389]). Así, pues, es plausible que la autoridad gubernativa haga suya la propuesta de una de las partes en conflicto, siempre, claro está, que la decisión se acompañe de la adecuada motivación<sup>45</sup>.

43 Ello sin perjuicio de que en concretos sectores de la actuación pueda haberse establecido la fijación de tales servicios previa audiencia de los representantes de los trabajadores (STSI Navarra de 11 de mayo de 2005 [JUR 2005/170183]).

44 Cabeza Pereiro, J. (2005), La imposición de servicios mínimos, en Baylos Grau (coord.) (2005:198).

45 Merece recordarse en este sentido la STC 27/1989, cuando señala que "Ciertamente, los servicios mínimos han de ser fijados por autoridad gubernativa, que ha de actuar imparcialmente y ha de atender a las circunstancias concretas de cada situación de huelga, al grado de afectación de los servicios esenciales, y a las ofertas de mantenimiento o preservación de los mismos (STC 26/1981), aunque la previa negociación, sin estar excluida, no es un requisito indispensable para la validez de la decisión administrativa desde el plano constitucional (STC 51/1986). Estas exigencias, como apunta el Ministerio Fiscal, no dejan de ser cumplidas por el mero hecho de que la autoridad gubernativa acepte o acoja las propuestas de la dirección del centro de trabajo afectado por la huelga, siempre que la fijación de los servicios mínimos provenga en última instancia de esa autoridad, se ajuste a los criterios de neutralidad e imparcialidad anteriormente enunciados, y responda, en definitiva, no a los intereses empresariales, sino a la necesidad de preservar servicios esenciales de la comunidad. Mientras se cumplan estos requisitos, el que se hayan seguido las propuestas del empleador puede justificar un examen más detenido y cauteloso de la decisión administrativa, pero no lleva en sí mismo la inconstitucionalidad de la medida. Ahora bien, distinto es que la fijación de los servicios mínimos provenga en realidad, no de la decisión o acto específico de la autoridad gubernativa competente, sino de la dirección de la empresa o de la entidad afectada por la huelga, ya que entonces faltarían, como es obvio, aquellos requisitos de neutralidad e imparcialidad. Y ello es lo que, sin duda, ha sucedido en este caso, según se desprende de los antecedentes que se acompañan a la demanda de amparo, de los que se deriva, en efecto, que la autoridad gubernativa se limitó en esta ocasión a estampillar las expresiones 'Visto bueno' y 'Conforme' en la relación de servicios, puestos de trabajo y número de empleados preparada por la dirección del centro de trabajo, nada impide, desde luego, que la puesta en práctica de los servicios mínimos, una vez concretados por la autoridad competente, sea confiada a los órganos de dirección y gestión de la entidad afectada o discurra por los cauces propios de la autonomía colectiva".

En este sentido, como se ha señalado más arriba, los requisitos constitucionalmente exigibles de neutralidad e imparcialidad han de presidir la determinación de los servicios mínimos; asegurándose, de este modo, que la decisión adoptada responde efectivamente a la necesidad de preservar los servicios esenciales para la comunidad y no a los eventuales intereses empresariales durante la huelga (SSTC 26/1981, 53/1986, 27/1989 y 8/1992). Si bien *a priori* los requisitos de proporcionalidad y motivación deberían ser suficientes para justificar la objetividad de la decisión de la autoridad gubernativa, lo cierto es que en tales casos los convocantes de la huelga pueden, legítimamente, dudar de la imparcialidad de la autoridad competente en el conflicto.

De nuevo, las desavenencias deberán sustanciarse en el proceso judicial, con las consecuencias que venimos señalando.

Resumiendo, la imposición de servicios mínimos se resuelve en términos poco satisfactorios, desde el punto de vista del equilibrio entre el derecho de huelga y el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad. Lo cierto es que, más allá de las cuestiones concretas de legalidad, resulta claro que el elemento determinante del ejercicio del derecho fundamental en términos socialmente aceptables exige, por un lado, una garantía de efectividad del derecho y, por otro, el aseguramiento de los servicios esenciales para la comunidad. Sobre ello volveremos en el tercer epígrafe de este apartado.

#### **b) Principios e intereses que deberán tomarse en cuenta en el establecimiento de los servicios mínimos en la huelga**

En lo relativo a los principios e intereses que deben ponderarse en la determinación de los servicios mínimos, ya quedó señalada más arriba la exigencia jurisprudencial de que toda restricción del derecho fundamental de huelga sea adecuadamente motivada y proporcional a la finalidad perseguida con su sacrificio.

Así, pues, la identificación del nivel de servicios que deban mantenerse durante la huelga exige que el acto que determine el mantenimiento de servicios esenciales para la comunidad deba motivarse, siendo preciso no sólo que exista una especial justificación, sino que ésta se exteriorice adecuadamente, con objeto de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a que se sacrificó; y de que, en su caso, puedan defenderse ante los órganos judiciales. Sobre la autoridad gubernativa recae el deber de explicar las razones que, a su juicio, legitiman, en una concreta situación de huelga, la decisión de mantener unos servicios esenciales para la comunidad, correspondiéndole probar que los actos de restricción del derecho fundamental tienen plena justificación, en cuya motivación han de incluirse los factores o criterios cuya ponderación ha conducido a determinar las prestaciones mínimas, sin que sean suficientes indicaciones genéricas aplicables a cualquier conflicto. Deben, además, explicitarse los criterios seguidos para fijar el nivel de tales servicios, de modo que por los tribunales, en su caso y en su momento, se pueda fiscalizar la adecuación de las medidas adoptadas (entre otras, STS 28 de septiembre de 2004 [RJ 2004/6248]).

La falta de motivación impide, precisamente, la justa valoración y el control material o de fondo de la medida (STC 27/1989), pues la decisión de la autoridad gubernativa ha de

ofrecer fundamento sobre la esencialidad del servicio, las características de la huelga convocada, los bienes que pueden quedar afectados o los trabajos que no pueden sufrir interrupción o cuya prestación debe mantenerse en alguna medida (STC 27/1989); sin que sea suficiente unas indicaciones genéricas, que puedan predicarse de cualquier conflicto, en cualquier actividad, y de las cuales no puedan derivarse criterios para enjuiciar la ordenación y proporcionalidad de la restricción que al ejercicio del derecho de huelga se impone (STC 51/1986).

Consiguientemente, debe rechazarse que la fijación de los servicios mínimos pueda realizarse en abstracto por una norma reglamentaria, no relacionada con una huelga concreta (STS 3 de junio de 1998 [RJ 1998/5519]). Asimismo, la decisión administrativa debe contener la expresión de los criterios objetivos en función de los cuales se procede a fijar estos servicios mínimos, puesto que se hace precisa la causalización o motivación de los servicios esenciales y de los servicios mínimos en cuanto que éstos implican límites al ejercicio de un derecho fundamental. La motivación debe referirse a los niveles conceptuales de servicios esenciales, de servicios mínimos y de efectivos personales precisos para el desempeño de estos últimos, ofreciendo una fundamentación razonada (STS de 6 de junio de 1998 [RJ 1998/5523])<sup>46</sup>.

Junto con ello se impone además el estricto respeto del principio de proporcionalidad. Resumidamente, en la contraposición de un derecho fundamental con otros derechos o bienes constitucionales, el principio de proporcionalidad es el criterio que deberá inspirar el sacrificio constitucionalmente admisible de uno y otros. De este modo, la jurisprudencia, siguiendo la doctrina constitucional, sostiene que la autoridad gubernativa ha de ponderar las circunstancias concurrentes en la huelga, así como las concretas necesidades del servicio y la naturaleza de los derechos o bienes constitucionalmente protegidos sobre los que aquélla repercute (STC 26/1981). En las huelgas que se produzcan en servicios esenciales de la comunidad debe existir “una razonable proporción” entre los sacrificios que se impongan a los huelguistas y los que padezcan los usuarios de los servicios considerados esenciales. Si es cierto que las medidas han de encaminarse a “garantizar mínimos indispensables” para el mantenimiento de los servicios (STC 33/1981), en tanto que dicho mantenimiento no puede significar en principio el funcionamiento normal del servicio (STC 51/1986), el interés de la comunidad debe ser perturbado por la huelga sólo hasta extremos razonables.

Entre los criterios habituales que suelen tomarse en consideración para determinar cuantitativamente los servicios mínimos se encuentran, por ejemplo, la duración de la huelga (STSJ Navarra de 11 de mayo de 2005 [JUR 2005/170183]), fechas en las que se produce –vacaciones en los aeropuertos o transportes (entre otras muchas, STS 17 de diciembre de 2004 [RJ 2005/58])–, la insularidad (STS 17 de diciembre de 2004 [RJ 2005/58]), extensión temporal (STSJ Canarias/Santa Cruz de Tenerife 20 de octubre de 2005 [JUR 2005/273031]), número de trabajadores que prestan los servicios afectados por la huelga que puede significar que la mayoría se vea obligado a prestar servicios (STSJ Canarias/Las Palmas, 22 de septiembre de 2004 [JUR 2005/927]), la existencia de otros prestadores del servicio (STSJ Comunidad Valen-

<sup>46</sup> Ello implica, por ejemplo, en la huelga en los transportes el estudio real de las necesidades –posibles afectados– y la oferta de otros prestadores del servicio para determinar la esencialidad de servicio mínimo durante la huelga (STS de 22 de junio de 2005 [RJ 9392/2005]).

ciana de 19 de octubre de 2005 [JUR 2006/107721]), si el servicio ha sido liberalizado o existe monopolio (SAN de 5 de julio de 2007 [RJCA 2006/30]).

No obstante, a pesar de los estrictos requisitos de motivación y proporcionalidad, no puede ocultarse que, tal y como se señaló más arriba, el control jurisdiccional se produce *ex post*, en un momento en que el ejercicio de huelga habrá perdido toda eficacia y virtualidad. En definitiva, las tensiones que genera el sistema de establecimiento de los servicios mínimos termina vehiculándose a través del recurso a los jueces en demanda de protección del derecho de huelga que, no sólo no garantiza la efectividad que inspira su ejercicio, sino que, además, en ocasiones, termina generando mayor inseguridad jurídica.

### c) La determinación de los trabajadores obligados a prestar servicios durante la huelga

Otro de los aspectos que acostumbran a generar una notable conflictividad, dada la ausencia de regulación expresa, es la determinación de los trabajadores que deban prestar los servicios mínimos durante la huelga.

De entrada debe precisarse que la remisión genérica a la empresa prestadora del servicio para que determine el porcentaje de trabajadores necesarios afectos a los servicios mínimos, sin mayores especificaciones, supone una vulneración del derecho fundamental de huelga. Tal modo de proceder representa tanto como delegar una facultad que sólo le corresponde a la autoridad gubernativa. En este sentido, puede decirse que cuando la Administración delega el ineludible deber que le incumbe genera inseguridad institucional (STSJ Galicia de 21 de diciembre de 2005 [RJCA 2006/226], entre otras muchas). Además, tal y como se apuntó más arriba, la vaguedad e imprecisión en el establecimiento de los servicios mínimos es incompatible con los contenidos constitucionales.

Hecha la salvedad anterior, el Tribunal Constitucional (STC 53/1986) admite que la selección de los trabajadores concretos pueda ser confiada a la dirección de la empresa u órgano encargado de la prestación del servicio en tanto que se estima que es una cuestión técnica. Así, pues, la dirección de la empresa puede elegir a los trabajadores encargados de los servicios mínimos. Es más, el propio TC señala, en línea de principio, que nada obliga al prestador de servicios a encomendar la realización de los servicios mínimos a los trabajadores que decidan no sumarse a la huelga. En palabras del Alto Tribunal (STC 123/1990): “la pertenencia a un sindicato convocante no es razón que pueda eximir a un trabajador de la designación y de la realización de unas tareas correspondientes a un servicio cuyo mantenimiento se considera esencial. No cabe negar que en determinadas circunstancias, en huelgas parciales o minoritarias de alguna duración el respeto al derecho de huelga puede llevar a dar preferencia para la realización de los servicios esenciales a los trabajadores que decidan libremente no sumarse a la huelga convocada. Sin embargo, esto no supone que pueda exigirse siempre y en todo caso a la empresa que excluya en principio de esos servicios a los trabajadores que deseen secundar la huelga. En la huelga que está en la base del presente caso, de muy breve duración, y en relación con una empresa de grandes dimensiones, resulta evidente que no existía ningún medio que permitiese a la dirección de la empresa conocer de antemano quiénes se iban a sumar o no a la huelga, para poder asignar preferentemente los servicios mínimos a los no huelguistas. Dado el ejercicio individualizado del derecho de huelga, la afiliación a un sindicato no es criterio útil para hacer una previsión cierta de qué trabajadores van a participar en



la huelga convocada, que puede ser secundada también por trabajadores afiliados a otros sindicatos o por no afiliados, y que, al margen de los problemas de disciplina sindical interna, podría no ser secundada por trabajadores afiliados al sindicato convocante. Ha de rechazarse, en consecuencia, que la inclusión de los recurrentes dentro de los trabajadores obligados a realizar servicios mínimos hubiera tratado de afectar, o incluso hubiera afectado al desarrollo de la huelga, de un modo tal que fuera razonable la exigencia de la exclusión de los mismos en la realización de los servicios”.

Es decir, la decisión empresarial podrá estimarse ilegal solamente cuando la elección de los trabajadores que han de cumplir los servicios mínimos responda a criterios arbitrarios o discriminatorios. En este sentido, puede decirse que una elección arbitraria de los trabajadores se produce cuando la decisión del empleador no se justifica por las necesidades del servicio; y una discriminatoria cuando los trabajadores designados lo sean por su actividad sindical, con el fin de impedir la publicidad y desarrollo de la huelga (STC 123/1990).

Contrasta la posición mantenida por la doctrina constitucional en este punto con la declaración de inconstitucionalidad de la redacción originaria del artículo 6.7 RDLRT, que establecía que “corresponde al empresario la designación de los trabajadores que deban efectuar dichos servicios”. Desde un primer momento la STC 11/1981, de 8 de abril, señaló ya, en su fundamento jurídico 20, que tal previsión era inconstitucional, precisando que “la adopción de las medidas de seguridad no compete de forma exclusiva al empresario, sino que en ellas participa el comité de huelga, que es quien las garantiza, con la inevitable secuela de que la huelga en que el comité no preste esta participación podrá ser considerada como ilícita por abusiva”.

A todo ello aún debe añadirse que las eventuales desavenencias en la selección de los trabajadores no forma parte del ámbito objetivo del III Acuerdo de Solución Extrajudicial de Conflictos, que, por el contrario, recoge entre los conflictos susceptibles de someterse a los procedimientos de solución extrajudicial los que se susciten sobre la determinación de los servicios de seguridad y mantenimiento.

### **4.3 La necesaria revisión de la regulación de los servicios mínimos. Algunas reflexiones a modo de propuesta**

En las páginas precedentes hemos reseñado las consecuencias que produce en nuestro ordenamiento la falta de desarrollo adecuado del mandato que al legislador impone el art. 28.2 CE, lo que origina una conflictividad innecesaria en relación con la fijación de los servicios esenciales, y una puesta en peligro tanto de la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales como del ejercicio legítimo del derecho de huelga. Ello exige el establecimiento de procedimientos adecuados para asegurar la necesaria ponderación de los bienes constitucionales en juego. En definitiva, conciliar el ejercicio del derecho de huelga con otros derechos fundamentales en ningún modo puede laminar la eficacia de la medida de conflicto colectivo.

Veamos ahora algunas propuestas que podrían considerarse en relación con el establecimiento de los servicios esenciales.

De entrada es preciso recordar que cualquier regulación de los servicios mínimos tiene por objeto garantizar, en las huelgas en servicios que atiendan necesidades vitales de la sociedad, la salvaguarda de los intereses generales. Es común en los ordenamientos comparados, tanto de tradición continental como en los anglosajones, que existan regulaciones destinadas a tutelar los intereses generales de los ciudadanos en las huelgas que afectan a servicios básicos para la comunidad; y en todos los casos, la salvaguarda de los intereses públicos corresponde, directa<sup>47</sup> o indirectamente, al poder público<sup>48</sup>, en cuanto garante de los intereses de los terceros afectados por el conflicto.

Una regulación que facilitase el efectivo ejercicio del derecho de huelga en los servicios esenciales debería promocionar la autorregulación del conflicto por parte de los interesados, siempre tomando en consideración los intereses vitales de los terceros afectados por el conflicto. Dicho más claramente, somos de la opinión que debe fomentarse la responsabilidad de los agentes sociales también en estos tipos de huelga. Creemos que una aproximación a la huelga en los servicios esenciales desde el prisma de la autorregulación redundaría en una significativa reducción de las tensiones, se limitaría la conflictividad, se conseguiría un efectivo ejercicio del derecho de huelga y, en fin, se favorecería la gestión socialmente aceptable del conflicto colectivo en estos tipos de huelga. Ahora bien, no puede desconocerse que confiar la evaluación de las necesidades sociales y su salvaguarda a las partes en conflicto puede también presentar algunas desviaciones no deseadas. Dicho claramente: los acuerdos colectivos de las partes tienden a constituir acuerdos contingentes de los intereses presentes que no siempre coincidirán con la salvaguarda del interés general a que se refiere el art. 28.2 CE.

Así, pues, creemos que resulta necesario diferenciar tres niveles distintos en el establecimiento de los servicios esenciales: en primer lugar, la determinación de la esencialidad del servicio; en segundo término, la identificación del nivel de servicio necesario que permita la adecuada satisfacción de los intereses de la comunidad, y, por último, la organización de los servicios esenciales (la determinación del número de trabajadores y su identificación).

La individualización de las necesidades sociales identificables con los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente corresponde al primer nivel en el establecimiento de los servicios mínimos. Dada la relevancia de la cuestión, no parece que pueda reconocerse la legitimidad para determinar la esencialidad del servicio a los sujetos privados en conflicto. La acomodación constitucional de los intereses en conflicto dependerá de las circunstancias específicas de cada caso, exigiendo su ponderación de conformidad con los principios de justificación y proporcionalidad, que competirá a la autoridad gubernativa.

Ahora bien, ya ha quedado reseñado en las páginas precedentes que la dificultad de objetivar la ponderación de intereses en una materia políticamente tan sensible representa, en

47 Por ejemplo prohibiendo determinadas huelgas, como sucede en el Derecho inglés, alemán o francés, en los que la ley prohíbe las huelgas en determinados servicios públicos.

48 Tal es el caso del ordenamiento jurídico italiano que atribuye a una autoridad administrativa autónoma –Comisión de Garantía– la regulación específica del conflicto. Esta Comisión de Garantía tiene atribuida, entre otras, competencias ejecutivas a favor del interés general de los ciudadanos –por ejemplo, prohibir una huelga en caso de coincidencia temporal con otras–, sancionadoras –a los trabajadores que incumplan los servicios mínimos–, o de arbitraje –resolviendo las desavenencias entre las partes–.

numerosas ocasiones, la interpretación extensiva de la noción de esencialidad. En este punto es claro que la garantía de la efectividad del derecho de huelga impone la articulación de vías de impugnación que eviten, razonablemente, el ejercicio de la facultad de determinación de los servicios esenciales con criterios estrictamente políticos.

En nuestra opinión puede ser de gran utilidad trasladar al terreno de tutela del derecho de huelga las previsiones normativas relativas al ejercicio de los derechos de reunión y manifestación (Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión y manifestación, LODR). El art. 11 de la LODR establece que, en caso de no ser aceptada por los organizadores o promotores de una manifestación la prohibición u otras modificaciones propuestas por la Administración, aquéllos podrán interponer recurso contencioso-administrativo ante la audiencia competente en el plazo de 48 horas. El tribunal tramitará el recurso de conformidad con lo establecido en el art. 7.6 Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. Se trata de un proceso sumario y en el que no cabe el recurso ulterior de carácter ordinario contra la decisión judicial. La finalidad de este proceso es obtener una resolución judicial que anule la resolución administrativa que prohíbe o modifica el ejercicio del derecho de reunión en lugares de tránsito público o de manifestación. Efectivamente, en el plazo improrrogable de cinco días, el tribunal convoca al abogado del Estado, al Ministerio Fiscal y a los promotores de la manifestación, a una audiencia en la que oye a los personados y resuelve, sin ulterior recurso, sobre la decisión gubernativa referente a la manifestación o reunión.

Tal y como ha reconocido la doctrina, el proceso del art. 7.6 de la Ley 62/1978 puede considerarse como eficiente, puesto que es capaz de conseguir el objetivo para el que se creó: que el órgano judicial pueda pronunciarse sobre si la resolución administrativa ha afectado o no al derecho fundamental de reunión o manifestación con anterioridad a la fecha propuesta de celebración de la reunión o manifestación<sup>49</sup>. Este proceso se ha considerado como el instrumento de protección más eficaz de nuestro ordenamiento y el único en el que se respetan escrupulosamente los plazos legalmente establecidos<sup>50</sup>.

Así, pues, aprovechando la experiencia sobre dichos procesos, creemos que resultaría factible contemplar legalmente un proceso especial de impugnación de la decisión de la autoridad gubernativa sobre declaración de servicios esenciales en términos análogos a los previstos en el art. 7.6 Ley 62/1978. En este caso, debería reconocerse a los convocantes de la huelga la legitimación para interponer el proceso de tutela del derecho de huelga a través de la vía señalada. De este modo, se obtendría una resolución judicial sobre la legalidad de la declaración de los servicios esenciales con anterioridad a la fecha de la convocatoria de la huelga, quedando a salvo, por tanto, la efectividad del derecho.

En segundo lugar, la identificación de los servicios esenciales debería corresponder al acuerdo de las partes en conflicto. En nuestra opinión, el procedimiento debería ser el que sigue: una vez convocada la huelga en uno de los servicios esenciales, con un plazo de antelación

49 Gavara de Cara, J.C. (1997), El sistema de organización del ejercicio del derecho de reunión y manifestación. Madrid, McGraw Hill, 96.

50 Medrano Irazola, S. (1992), El régimen procesal del derecho de reunión, en AA VV (1992), Los derechos fundamentales y las libertades públicas. Madrid, Ministerio de Justicia, vol. II, 1485.

suficiente (15 días), debería procederse a la negociación entre los huelguistas y el prestador del servicio esencial a los efectos de establecer el nivel adecuado de servicios mínimos en un breve plazo (5 días), así como los criterios para identificar a los trabajadores encargados de prestar dichos servicios.

No obstante, nada impediría que los principios generales para definir los servicios mínimos pudieran contenerse en otros instrumentos previos y complementarios. En concreto, debería incentivarse la definición del nivel adecuado de los servicios esenciales, bien en la negociación colectiva, bien, en su defecto, en los acuerdos entre empresario y representantes de los trabajadores. Incluir los criterios básicos para determinar el nivel adecuado de servicios esenciales sería de gran utilidad para facilitar el acuerdo de las partes en el momento ulterior del conflicto.

El acuerdo sobre el pacto de servicios mínimos alcanzado durante el período de preaviso debería justificarse tomando en consideración el conjunto de circunstancias concurrentes: el número de usuarios potencialmente afectados, la duración de la huelga, las fechas previstas, la concurrencia de huelgas en otros servicios alternativos, así como la posibilidad de satisfacer las necesidades a través de otros medios sustitutivos o paralelos a los afectados por la huelga. Extremos todos ellos que deberían quedar acreditados y justificados en el acuerdo de huelga.

No obstante lo antedicho, las razones ya expuestas anteriormente justifican que en la decisión de establecer el nivel adecuado de funcionamiento intervenga, de uno u otro modo, la Administración, garante del interés vital de los terceros afectados por el conflicto. En este punto, creemos que los principios que inspiraban el lejano PLOH pueden considerarse aún válidos. El citado proyecto amparaba también la autonomía de los agentes sociales en la gestión del ejercicio del derecho de huelga, reservando para la autoridad gubernativa el control público de dichos acuerdos. De esta manera, los artículos 18 y 19 del citado precepto indicaban que la autoridad gubernativa podía intervenir en la aprobación de acuerdos de autorregulación del ejercicio de huelga, incluyendo la posibilidad de sustituir los acuerdos por normas específicas en casos de estimarse insuficientes las medidas de garantía de los servicios esenciales. Asimismo, la autoridad gubernativa tenía atribuida la competencia de aprobar o rechazar los acuerdos *ad hoc* entre los agentes sociales sobre servicios mínimos, sustituyendo en este caso el acuerdo colectivo alcanzado por las medidas consideradas necesarias.

Tal y como indicábamos, el papel de la Administración validando o no el acuerdo sobre servicios mínimos entre las partes en conflicto se justifica por la presencia de intereses vitales de los ciudadanos, siendo dicha tutela el límite objetivo de todo acuerdo. No obstante, a diferencia del modelo incluido en el PLOH, creemos que la garantía efectiva de la neutralidad en la tutela del interés colectivo hace que deba residenciarse en la autoridad laboral territorialmente competente para autorizar los acuerdos colectivos sobre servicios mínimos.

Correspondería a la autoridad laboral resolver sobre la propuesta presentada en un breve intervalo de tiempo (en un plazo máximo de dos días después de la notificación). Una vez aprobada la propuesta, debería procederse a dar publicidad inmediata al contenido del acuerdo a

través de los medios públicos de difusión con el objeto de que los usuarios tuvieran conocimiento del funcionamiento mínimo durante la huelga.

Cabría pensar también en la posibilidad de que la autoridad laboral evaluase negativamente la propuesta que le presentasen los agentes sociales, por estimar, en razón de circunstancias objetivas suficientemente acreditadas, insatisfactorios los servicios pactados. También en este caso, resulta determinante para la efectividad del derecho fundamental que la impugnación de la decisión de la Administración no impida la efectividad del ejercicio del derecho de huelga. Así, pues, es razonable pensar que también podría trasladarse aquí la propuesta antes referida sobre la adaptación del proceso del art. 7.6 Ley 62/1978 al ejercicio del derecho de huelga. De este modo, en el plazo improrrogable de cinco días debería convocarse a los interesados para que expresasen su opinión sobre la decisión de la administración laboral. A la vista de las consideraciones de las partes personadas debería dictarse sentencia con fecha anterior a la de la convocatoria de la huelga.

Por último, en lo relativo a las eventuales discrepancias que pudieran surgir en la negación sobre la designación de los trabajadores encargados de los servicios mínimos, creemos que deberían encauzarse a través de los medios de solución extrajudicial de conflictos. En este sentido, bastaría con extender el ámbito de aplicación de los Acuerdos sobre Solución de Conflictos a las discrepancias surgidas en la negociación sobre los trabajadores encargados de los servicios mínimos.

## Trabajos publicados

- EP 1/1999 Cuadernos con alternativas 1. *Varios autores.*
- EP 2/1999 Cuadernos con alternativas 2. *Varios autores.*
- EP 3/1999 Bases para una reforma de la política. *Varios autores.*
- EP 4/2000 La educación a debate. *Victoria Camps.*
- EP 5/2000 Un pacto de Estado para la justicia. *Varios autores.*
- EP 6/2000 Sistema Nacional de Salud. *Javier Rey.*
- EP 7/2001 La Universidad Europea del Trabajo. *Varios autores.*
- EP 8/2001 La judicialización en la Unión Europea. Quién gana y quién pierde. *Antonio Estella.*
- EP 8 bis/2001 La liberalización de los servicios de interés económico general. Un modelo progresista dentro y para Europa. *Leonor Moral.*
- EP 9/2002 La armonización del impuesto sobre la renta de las personas físicas en el marco del debate federalista. Posibilidades y límites. *Violeta Ruiz.*
- EP 10/2002 La participación de los españoles en elecciones y protestas. *Belén Barreiro.*
- EP 11/2002 La Constitución europea y la Carta de Derechos fundamentales. *María Luisa Fernández.*
- EP 11 bis/2003 El proceso constituyente europeo en sentido estricto. Relanzar la integración desde la ciudadanía. *Rosa Velázquez.*
- EP 12/2003 Las nuevas formas de participación en los gobiernos locales. *Eloísa del Pino y César Colino.*
- EP 13/2003 El proceso de globalización. Análisis de las propuestas alternativas al Consenso de Washington. *Carlos Garcimán y Santiago Díaz de Sarralde.*
- EP 14/2004 El modelo social en la Constitución europea. *José Vida.*
- EP 15/2004 Los procesos migratorios. Alternativas al discurso dominante. *Arantxa Zaguirre.*
- EP 16/2005 La enseñanza de la religión católica en España. *Margarita Lema.*
- EP 17/2005 Ciudadanía y minorías sexuales. La regulación del matrimonio homosexual en España. *Kerman Calvo.*
- EP 18/2005 La financiación de las confesiones religiosas en España. *Alejandro Torres.*
- EP 19/2006 Propuestas para la reforma del sistema electoral español. *Rubén Ruiz.*
- EP 20/2006 Mujer y vivienda. Una aproximación al problema de la vivienda desde una perspectiva de género. *Jordi Bosch.*
- EP 21/2006 La restricción de derechos fundamentales en el marco de la lucha contra el terrorismo. *M.ª Ángeles Catalina Benavente.*
- EP 22/2006 Una propuesta para la enseñanza de la ciudad democrática en España. *Irene Martín Cortes.*
- EP 23/2006 Los símbolos y la memoria del Franquismo. *Jesús de Andrés Sanz.*