

## Última jurisprudencia sobre huelga en servicios esenciales: puntos críticos

**Erik Monreal Bringsvaerd (TU habilitado)**

*Universidad de Baleares*

**Actualidad Laboral, N.º 21, Quincena del 1 al 15 Dic. 2007, pág. 2536,  
Tomo 2, Editorial LA LEY**

LA LEY

6142/2007

El trabajo toma como referente la última jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de huelga en servicios esenciales de la comunidad y da cuenta del tratamiento que en la práctica vienen observando las operaciones de determinar en cada caso lo que hay que entender por un <servicio esencial de la comunidad> así como de establecer el consiguiente programa de servicios mínimos para cada huelga en concreto con respeto al art. 28.2 Constitución

### I.

#### CONSIDERACIONES GENERALES

1.— El objeto que centra estas páginas es la última jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de huelga en servicios esenciales, que tiene el valor añadido de que incorpora parte de la última jurisprudencia del Tribunal Constitucional, contenida en un grupo de cuatro sentencias referidas a la difusión televisiva como servicio esencial y a sus garantías de mantenimiento ex fijación de servicios mínimos <sup>(1)</sup>. La realidad sobre la que se asienta toda esta jurisprudencia está marcada por el carácter preconstitucional y provisional del texto normativo regulador del derecho de huelga en general —Real Decreto-Ley de Relaciones de Trabajo 17/1977 (RDLRT)— y cuando se proyecta sobre servicios esenciales en particular —artículo 10.2 RDLRT—, provisionalidad que no obstante aparecer inspirada en un modelo jurídico laboral que tiende a limitar el juego de los derechos que integran la libertad sindical <sup>(2)</sup>, viene perdurando ya durante casi treinta años. En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 11/1981 purgó la constitucionalidad del RDLRT y aportó las pautas interpretativas para enlazar el artículo 28.2 CE, que manda a la ley reguladora del derecho de huelga establecer «... las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad», con el artículo 10.2 RDLRT, que previene que «... cuando la huelga se declare en servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurren circunstancias de especial gravedad, la autoridad gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios». Reténgase, y es algo que acaba de ser reseñado por el Tribunal Constitucional, que tal adecuación interpretativa no oculta que con arreglo a la literalidad de ambos preceptos el artículo 10.2 RDLRT, que exige la concurrencia de circunstancias de especial gravedad para introducir las limitaciones al derecho de huelga inherentes a la determinación de los servicios esenciales y fijación de los servicios mínimos, es bastante más restrictivo que la norma constitucional en cuanto a la admisión de la limitación del derecho de huelga <sup>(3)</sup>.

2.— Todas las sentencias del Tribunal Supremo manejadas en este trabajo se corresponden con las que entre el 1 de enero de 2007 y hasta la fecha de cierre del mismo han aparecido en la base de datos utilizada. Este criterio va a permitir centrar el análisis en dos puntos cruciales, y en la práctica muy problemáticos, sobre los que se edifica el régimen jurídico de la huelga en servicios esenciales. El

primero concierne a la propia conceptualización de estos servicios como esenciales, y el segundo a los requisitos que condicionan la constitucionalidad de la restricción del derecho ante toda huelga de estas características. En conexión con estos puntos, tal y como previene el artículo 10.2 RDLRT, el órgano encargado de valorar la esencialidad del servicio o actividad sobre la que se proyecta la huelga y de actuar en su caso adoptando las medidas necesarias para dar cumplimiento al mandato constitucional de garantizar el mantenimiento de los servicios esenciales es la autoridad gubernativa, habiendo especificado el Tribunal Constitucional que en el deslinde de competencias entre la Administración central, las autonómicas y, en su caso, las locales la autoridad facultada es la que ostenta competencias políticas y no meramente de gestión sobre el servicio en huelga <sup>(4)</sup>. Esta tesis acaba de ser refrendada en otras tres sentencias del Tribunal Constitucional <sup>(5)</sup>.

3.— La garantía gubernativa del mantenimiento de los servicios esenciales se materializa a través de un instrumento normativo que constituye un acto de ejecución de la legislación laboral —el artículo 10.2 RDLRT—, entre otros motivos debido a la naturaleza de las relaciones sociales a las que afecta o al tipo de derecho fundamental que se ve limitado en su ejercicio <sup>(6)</sup>. El hábito usual consiste en promulgar un real decreto que reconoce con carácter general la naturaleza esencial del servicio y dibuja el procedimiento a seguir para la eventual fijación de los servicios mínimos <sup>(7)</sup>, y que resulta actualizado a través de orden gubernativa para cada supuesto de huelga en concreto <sup>(8)</sup>. Cabe subrayar que la orden gubernativa constituye con propiedad, en la terminología de la Ley 30/1992, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común (LRJAP), un acto administrativo. Como tal, queda estructurado mediante varios elementos <sup>(9)</sup>: 1.º) Supuesto de hecho —huelga en servicios esenciales— previsto en una norma atributiva de potestad —artículo 10.2 RDLRT—; 2.º) Finalidad —mantener los servicios esenciales—; 3.º) Adecuación de su contenido al fin de la potestad que se ejercita; y, 4.º) Motivación. En los apartados que siguen se va a comprobar que la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo pone de manifiesto que estos dos últimos requisitos cobran perfiles particulares en función de que la operación en juego sea determinar la esencialidad de un servicio o establecer los servicios mínimos. Con carácter previo, sin embargo, interesa incidir en dos ideas que surgen al hilo de los principios y presupuestos metodológicos que el intérprete debe tener muy en cuenta cuando pretende introducir restricciones en el ejercicio de un derecho fundamental, sintetizables con carácter general en exigencias como la reserva de ley o la regla sobre la interpretación restrictiva de los límites de los derechos fundamentales <sup>(10)</sup>.

En primer lugar, el requisito de la adecuación del acto administrativo que limita el ejercicio del derecho de huelga se desdobra en dos condiciones que son de naturaleza política <sup>(11)</sup>. Una es el *favor libertatis*, que impone elegir, si es posible, la medida garantizadora de los derechos o bienes implicados —los servicios esenciales de la comunidad— que a su vez menos restrinja la libertad individual <sup>(12)</sup> —el derecho de huelga—; otra es el principio de proporcionalidad, o exigencia de adecuación cuantitativa entre la finalidad del acto administrativo y las medidas dispuestas <sup>(13)</sup>. Según se recoge en la jurisprudencia constitucional, ambos constituyen auténticos requisitos de fondo de la orden gubernativa <sup>(14)</sup>. Y cabe adelantar que, tratándose de componer los derechos de los huelguistas con los de la comunidad afectada, tanto la elección de la medida menos restrictiva del derecho de huelga como, en su caso, la determinación de la intensidad del programa de servicios mínimos son operaciones técnicas que no pueden ser efectuadas si no es a la vista de las circunstancias concurrentes en cada huelga planteada.

En segundo lugar, la forma del acto administrativo es usualmente la escrita — artículo 55 LRJAP—, entre otros motivos porque ello resulta inexcusable cuando la ley exige la motivación del acto. De este extremo se ocupa el artículo 54 LRJAP, que preceptúa que deben aparecer motivados, entre otros actos administrativos, los que limitan derechos subjetivos o intereses legítimos <sup>(15)</sup>. Pues bien, la necesidad de motivar el acto gubernativo de garantía de los servicios esenciales, por la limitación que entraña del derecho de huelga y a efectos de posibilitar el posterior recurso por parte de quien considere vulnerado tal derecho, está refrendada en la jurisprudencia constitucional <sup>(16)</sup>. Además, esta misma jurisprudencia incide en que la falta de motivación vulnera directamente el artículo 28.2 CE y es susceptible, por tanto, de dar lugar a la interposición de un recurso de amparo <sup>(17)</sup>. Por otra parte, dado que «... la autoridad que realiza el acto debe estar en todo momento en condiciones de ofrecer la justificación» <sup>(18)</sup>, cabe afirmar que en la práctica opera una inversión de la carga de la prueba en cuanto a la acreditación de este extremo <sup>(19)</sup>, lo que juega o debe verse como contrapeso de la dificultad que en la práctica contencioso-administrativa supone impugnar un acto administrativo <sup>(20)</sup>.

## II.

### CONCEPTO DE SERVICIO ESENCIAL

4.— Conceptuar un servicio como esencial no es fácil porque la operación implica sacrificar el derecho de huelga, porque el concepto tiene una dimensión funcional que dificulta su definición apriorística y porque la diferencia entre el servicio esencial y las que vienen siendo las garantías para asegurar su mantenimiento, es decir, los servicios mínimos es muy sutil <sup>(21)</sup>. Al respecto, la STC 11/1981 hace ver que la exigencia constitucional de garantizar los servicios esenciales implica que el derecho de la comunidad a no verse privada de determinados bienes o servicios prevalece sobre el derecho fundamental de huelga de los trabajadores <sup>(22)</sup>. La posterior STC 26/1981 conecta el servicio esencial con los bienes e intereses que el mismo satisface y matiza que por tales hay que tener los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos, siendo importante remarcar que esta fórmula constitucional no atiende a la naturaleza — pública o privada— de la actividad para la calificación del servicio sino a su resultado <sup>(23)</sup>. De ahí, con la STC 51/1986, que *a priori* ninguna actividad productiva sea esencial sino sólo en la medida y con la intensidad que en la práctica satisface los derechos o bienes de los ciudadanos constitucionalmente protegidos. Por lo demás, la alusión de esta jurisprudencia a los bienes constitucionales está avalando la tutela indirecta de aquellos bienes constitucionales que formen parte del contenido de verdaderos derechos o libertades constitucionales cuyo mantenimiento en caso de huelga se estima esencial <sup>(24)</sup>.

5.— La jurisprudencia constitucional evidencia que nuestra Carta magna contiene diversos derechos y bienes aptos para limitar el derecho de huelga <sup>(25)</sup>. Sin embargo, es claro que no todos los cometidos o tareas que se prestan en el marco de un mismo ámbito económico productivo catalogado como esencial constituyen a su vez servicios esenciales. Incluso en el marco de una concreta prestación esencial, las particulares características de la huelga, por ejemplo su escasa duración, en su caso puestas en relación con las del ámbito sobre el que ésta se lleva a cabo, por ejemplo una cadena de televisión que emite gran número de informativos diarios, pueden hacer innecesaria la fijación de servicios mínimos <sup>(26)</sup>. Confirmando que resulta obligado distinguir entre un ámbito de actividad globalmente considerado como esencial y las concretas prestaciones, esenciales o

no, que lo integran, los cuatro pronunciamientos constitucionales de junio de 2006 afirman que «... *no toda programación de televisión tiene que ver con el referido derecho constitucional, existiendo una gran porción de espacio de puro entretenimiento*». Estos pronunciamientos también confirman que el principio de *favor libertatis* desempeña un importante papel a la hora de optar por la garantía de mantenimiento más apropiada, previéndose que «... *aun admitiendo que pueda resultar concernido el derecho a comunicar y recibir información en aquellos supuestos en los que la programación previamente grabada revista un contenido o un interés primordialmente informativo (...) se trataría en todo caso de una información que obviamente puede ser emitida con posterioridad a la jornada de huelga, en esta ocasión de veinticuatro horas*»<sup>(27)</sup>.

La distinción entre ámbitos de actividad globalmente esenciales y prestaciones esenciales obliga al operador jurídico a identificar en cada caso los intereses que pueden resultar malparados por el ejercicio de la huelga a efectos de prever el mantenimiento de las correspondientes prestaciones, primero, y la intensidad de dicho mantenimiento, después<sup>(28)</sup>. Debe quedar subrayado que este entendimiento resta virtualidad a la práctica consistente en dictar una norma reglamentaria que declara apriorísticamente la naturaleza esencial del ámbito de actividad y de las prestaciones vinculadas, proceder gubernativo que sin embargo continúa siendo un método plenamente asentado en el quehacer de las huelgas en los servicios esenciales<sup>(29)</sup>. Resulta necesario, en efecto, que la autoridad gubernativa explicita en su orden los motivos que le llevan a declarar la esencialidad de las concretas prestaciones o actividades que integran un servicio. Y ello con independencia de la necesidad de explicitar también los motivos que le llevan a optar por una determinada garantía de mantenimiento<sup>(30)</sup>. Dando fe de este extremo, si por un lado el artículo 2 RD 392/2006, sobre garantía del funcionamiento de los servicios esenciales en RTVE, TVE y RNE prevé que tiene la consideración de esencial en el caso de huelga «*la emisión, dentro de los horarios y canales habituales de difusión, de una programación grabada*», por otro lado las cuatro sentencias del Tribunal Constitucional de junio de 2006 han dicho que tal declaración de esencialidad «... *restringe de manera desproporcionada el derecho de huelga (...) al estar desprovista ésta, por su propia condición de pregrabada, de la actualidad e inmediatez necesarias que pudieran justificar la restricción del derecho...*».

6.— Iniciando el repaso de los más recientes pronunciamientos relativos a la conceptualización de un servicio o actividad como esencial, la sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 11 de mayo de 2007 (R.º núm. 1739/2004) versa sobre una huelga de un día durante dos horas en los centros sanitarios andaluces, lo que sitúa el supuesto ante una colisión entre el derecho fundamental de huelga y un bien cualificadamente esencial, como es la salud y la integridad física y psíquica de los ciudadanos<sup>(31)</sup> —artículo 15 CE—. Probablemente esta consideración estuvo en la base de que la Junta de Andalucía declarase la esencialidad de la totalidad de la actividad de los centros de transfusión sanguínea de la provincia de Córdoba y de todas las intervenciones quirúrgicas programadas. El Tribunal Supremo, sin embargo, manifiesta que estas declaraciones lesionan el derecho de huelga. Debe destacarse que lo que esta sentencia presenta como un problema de determinación de la esencialidad de estas actividades remite en puridad al juego del principio de *favor libertatis* a la hora de optar por una determinada garantía de mantenimiento de un servicio en caso de huelga. Por lo que respecta a las extracciones sanguíneas, el Tribunal manifiesta que tales «... *no puede[n] entenderse urgente[s] en su totalidad [y] la Administración no ha motivado la necesidad, por agotamiento del banco de sangre existente o por otras circunstancias, que hubiera justificado la fijación como esencial del servicio*». Como se ve, el Tribunal no niega radicalmente que toda extracción de sangre pueda hacer necesaria la fijación de un programa de

servicios mínimos, sino que advierte que en ese caso resultaba necesario, a la vista de las circunstancias concurrentes, justificar expresamente por qué se preveía el mantenimiento de las extracciones no urgentes. Y lo mismo sucede con las intervenciones quirúrgicas programadas, puesto que si bien las urgentes deben ser realizadas sin demora, aun en caso de huelga, no ocurre lo mismo con aquellas que no tengan tal carácter o que admitan su posposición para tiempo no coincidente con el de huelga. Por lo demás, merece asimismo ser retenido el hecho de que esta sentencia refleja una clara toma de posición del Tribunal Supremo con respecto a las limitaciones del derecho de huelga practicadas en ámbitos cualificadamente esenciales, como el sanitario. Así, ni siquiera esta esencialidad de primer grado justifica la inaplicación de los requisitos de los que la jurisprudencia constitucional hace depender la validez de la restricción del derecho de huelga.

7.— La jurisprudencia constitucional que exige que la autoridad gubernativa motive en su orden la naturaleza esencial de las concretas prestaciones cuyo mantenimiento dispone ante cada huelga en curso acaba de ser observada por la STS de 23 de abril de 2007 (R.º núm. 1860/2003). Anulando la orden gubernativa, el Tribunal Supremo ha establecido que el RD 1481/1988, que obliga a garantizar la publicación y distribución del *BOE* en caso de huelga, no constituye base jurídica suficiente para que la autoridad gubernativa pueda exigir inmotivadamente la prestación de servicios en diversas Secciones del Boletín Oficial del Estado. La jurisprudencia ordinaria más moderna evidencia, por consiguiente, que la declaración previa de esencialidad a través de la figura del real decreto no tiene más valor que el puramente ornamental o decorativo, y que la explicitación en la orden gubernativa de los motivos del mantenimiento de un servicio en caso de huelga, es decir, de su naturaleza esencial resulta imprescindible y condiciona la constitucionalidad de la propia orden.

8.— La STS de 12 de marzo de 2007 (R.º núm. 358/2003) es especialmente relevante porque da cuenta de cómo juega la jurisprudencia constitucional que establece que para reconocer la esencialidad de un servicio o actividad hay que estar al carácter de los bienes o intereses satisfechos, con la importancia añadida de que corrige la sentencia de instancia de la Audiencia Nacional. La huelga se planteó en una empresa durante 3 días alternos a razón de varias horas los dos primeros días y toda la jornada del tercero. La empresa pertenece al grupo TELEFÓNICA, y gestiona por cuenta de ésta la atención de llamadas al número 1003 —información sobre abonados— y al número 1004 —canalización de averías—. La Audiencia Nacional razonó en torno a la declaración de esencialidad del servicio público telefónico vía reglamentaria y en los bienes constitucionales que podrían resultar malparados con la paralización de dicho servicio, para acabar reconociendo la esencialidad de los servicios prestados a través de los números 1003 y 1004. El Tribunal Supremo ha desautorizado esta construcción sobre la base de varios argumentos: a) El objeto social de la empresa —telemarketing, marketing y mercadotecnia— no participa *a priori* del carácter de servicio esencial; b) El número 1004 no canaliza el servicio de averías porque tal se presta a través del número 1002, no gestionado por la empresa en cuestión; y, c) El número 1003 facilita información sobre abonados también presente en las guías telefónicas y en la prensa diaria. Estos razonamientos, en fin, ponen de relieve que los meros bienes constitucionales desconectados de lo que propiamente constituyen los derechos fundamentales y libertades públicas con un mínimo contenido prestacional, no pueden constituirse ex artículo 28.2 CE en objeto de tutela preferente en caso de huelga.

9.— La experiencia demuestra que un entorno especialmente apto para establecer asimilaciones indebidas entre ámbitos de actividad esenciales y prestaciones esenciales es el cubierto por las Administraciones públicas, donde viene jugando

con frecuencia la equivalencia entre servicios públicos/servicios esenciales<sup>(32)</sup>. Pues bien, la STS de 15 de enero de 2007 (rec. núm. 7145/2002) acaba de desautorizar este proceder, anulando una orden de la Junta de Galicia dictada para surtir efecto en esa región con ocasión de la huelga general del 20 de junio del pasado 2002. Entre otras consideraciones, el Tribunal afirma que «... a pesar de que la Orden en cuestión dispone de un extenso preámbulo, ni en él, ni en el expediente, ni después en el proceso se han explicado las específicas razones que llevaron a establecer para esa convocatoria de huelga unos servicios determinados y otros no». En mi opinión, este pronunciamiento constituye un punto de inflexión en una dinámica jurisprudencial muy permisiva con las limitaciones al derecho de huelga ex declaración de esencialidad en el ámbito de la Administración pública<sup>(33)</sup>. Esta sentencia, en efecto, reafirma la improcedencia de la asimilación servicio público/servicio esencial y la consiguiente necesidad de que la orden gubernativa motive expresamente la naturaleza esencial de las concretas actividades o prestaciones cuyo mantenimiento impone durante cada huelga en curso.

10.— El grupo de sentencias constitucionales de junio de 2006 aparece citado por el Tribunal Supremo cuando resuelve sobre la eventual naturaleza esencial de distintas prestaciones televisivas. La STS de 26 de marzo de 2007 (R.º núm. 1797/2003) ha declarado que ni la difusión de una programación previamente grabada ni la producción y emisión de la normal programación informativa son prestaciones esenciales, desautorizando así el criterio observado por todos los distintos textos reglamentarios que hasta hoy vienen llevando a cabo la declaración de esencialidad en el sector de la difusión televisiva. Por lo que respecta a la eventual esencialidad de la programación grabada, el Tribunal Supremo recoge en sus mismos términos lo razonado por el Tribunal Constitucional —transcrito más arriba—, mientras que por lo que concierne a la «normal programación informativa», afirma que «... la obvia pluralidad, heterogeneidad y diversidad de contenidos que puede revestir y de hecho reviste (...) no tiene por qué merecer, en razón de su distinto valor desde la perspectiva del derecho a comunicar y recibir libremente información veraz, un igual nivel de protección.». Esta misma *ratio decidendi* se contiene en otras dos sentencias posteriores del Tribunal Supremo<sup>(34)</sup>. Lo expuesto permite afirmar que el sector de la difusión televisiva está lo suficientemente trillado por nuestra jurisprudencia constitucional y ordinaria como para poner fin a prácticas gubernativas estereotipadas y desmesuradas que utilizando criterios como los de la repercusión social de la huelga o la continuidad de los servicios<sup>(35)</sup>, no buscan más que asegurar la normalidad de las emisiones durante la huelga<sup>(36)</sup>.

### III.

#### REQUISITOS DEL ACTO DE FIJACIÓN DE LOS SERVICIOS MÍNIMOS

11.— Lo arraigado de la práctica consistente en establecer servicios mínimos determina que hoy existan pautas jurisprudenciales cuyo conocimiento es oportuno para tener una idea exacta de tal mecánica normativa. Como paso previo, la distinción entre un servicio esencial y los servicios mínimos previstos para garantizar su mantenimiento en caso de huelga resulta imprescindible en aras de evitar algo que en la práctica sucede con frecuencia, como es el hecho de que el reconocimiento de la esencialidad de un determinado servicio acaba constitucionalizando cualquier restricción gubernativa del derecho de huelga<sup>(37)</sup>. Al respecto, la STC 53/1986 manifestó que la consideración de un servicio como esencial implica prestar «... los trabajos necesarios para la cobertura mínima de los derechos, bienes o libertades que el propio servicio satisface, pero sin alcanzar el nivel de rendimiento habitual». No siendo misión del Tribunal Constitucional el

proponer definiciones normativas, en mi opinión es lógico que deje en el aire una definición concreta de lo que debe entenderse por servicio mínimo <sup>(38)</sup>. A mi juicio, con todo, cabe interpretar que la «cobertura mínima» a la que alude el Tribunal está representada por la intensidad exigible en el funcionamiento del servicio o actividad para proteger los bienes y derechos constitucionales en juego.

12.— Los servicios mínimos juegan como límites del servicio esencial <sup>(39)</sup>, representando un punto de equilibrio entre el derecho de huelga y los derechos o bienes afectados por la misma <sup>(40)</sup>. Los servicios mínimos, esto es, constituyen un medio para alcanzar el fin coincidente con la satisfacción a los ciudadanos durante el tiempo de huelga de determinadas y muy cualificadas prestaciones. El servicio mínimo, en definitiva, se articula sobre el eje que supone la existencia de una prestación esencial —como la emisión de programación informativa— a su vez vinculada a un servicio globalmente esencial —como la difusión televisiva—. Y es una vez identificada la concreta prestación o prestaciones que deben ser mantenidas cuando ulteriormente habrá que delimitar la intensidad con la que hay que trabajar —fijando por ejemplo el número y duración de los informativos diarios a emitir durante la huelga— para que la garantía constitucional de mantenimiento del servicio no resulte ilusoria. En este sentido, se va a comprobar que la más moderna jurisprudencia ordinaria pone a las claras que la constitucionalidad de la restricción gubernativa del derecho de huelga ex fijación de servicios mínimos depende de que la restricción en sí y el acto administrativo a través del cual la misma se instrumenta cumplan con los requisitos de proporcionalidad y de motivación.

La fijación gubernativa del mínimo de actividad procede, con arreglo al *favor libertatis*, sólo cuando no es posible garantizar el servicio de otra forma que restrinja en menor medida el derecho de huelga —por ejemplo, modificando el horario de los informativos para que sean emitidos en tiempo no coincidente con la huelga—. Y si tal es el caso, el mínimo de trabajo exigido debe ser proporcional a los fines perseguidos <sup>(41)</sup>. Como se adelantó, este juicio de adecuación exige considerar las circunstancias de cada huelga. Así, la STC 26/1981 contempla la necesidad de valorar datos como la extensión territorial y personal de la huelga, su duración o las necesidades de cada caso <sup>(42)</sup>. Particular interés tiene la STC 43/1990, que toma como referente la fecha de la huelga. Sobre la base de que las huelgas en determinados sectores —como el aéreo— pueden tener una incidencia desproporcionada en la vida social cuando se lleven a cabo en fechas señaladas —por ejemplo en Semana Santa—, el Tribunal explica que para tales casos, y al objeto de ahorrar a la comunidad afectada perjuicios desproporcionados, caben servicios mínimos más elevados que los que podrían admitirse en otras circunstancias <sup>(43)</sup>. Esta sentencia también es importante porque trasluce que un elemento que debe integrar el juicio de proporcionalidad es la evaluación de la sustituibilidad del servicio en huelga <sup>(44)</sup>, elemento que juega al optar por una medida garantizadora del servicio y al establecer el nivel de servicios mínimos, si ésta ha sido la medida escogida. A tenor de la jurisprudencia constitucional, por consiguiente, para fijar los servicios mínimos hay que descender a la realidad del conflicto en curso, examinar sus características y ponerlas en relación con el momento en que se produce. Entre los datos de hecho a los que usualmente habrá que atender, destacan la naturaleza de los derechos de los ciudadanos en conflicto con el derecho de huelga —elemento crucial que en el caso de huelgas en el sector sanitario determina con frecuencia servicios mínimos coincidentes con el funcionamiento ordinario o al 100% de la actividad <sup>(45)</sup>—, los ámbitos objetivo y subjetivo de la misma, su duración y forma de ejecución, la fecha de la huelga y también la posible sustituibilidad y sus condiciones del servicio afectado.

El otro requisito del acto administrativo que garantiza el mantenimiento de los servicios esenciales es la motivación. Es precisamente en el momento de justificar el programa de servicios mínimos cuando dicho requisito cobra toda su virtualidad, dado que debe explicitar todas las circunstancias concurrentes en la huelga y el modo en que inciden en su desarrollo o en sus consecuencias. La jurisprudencia constitucional aclara, a este respecto, que hay que distinguir entre la motivación *ex ante* y una eventual motivación *ex post*, con ocasión de la eventual —y usual— impugnación judicial de la orden gubernativa, y que obviamente no puede suponer la convalidación de la misma de forma sobrevenida. Y si bien la motivación *ex ante* puede responder a criterios de claridad y concisión, lo cierto es que no basta con aducir «... *indicaciones genéricas, aplicables a cualquier conflicto y de las cuales no puedan derivarse criterios para enjuiciar la proporcionalidad de la restricción que al ejercicio del derecho de huelga se impone*»<sup>(46)</sup>. Por este motivo, la STC 27/1989 desautorizó la práctica gubernativa consistente en remitirse a efectos de motivación a los fundamentos manejados en ocasiones anteriores.

La orden de mínimos debe ser dictada por la autoridad gubernativa una vez ésta ha valorado la adecuación de los servicios mínimos, primero, y la proporcionalidad del concreto nivel previsto, después. La plasmación de estos criterios en la orden es lo que permite entender que la misma está bien motivada. Proporcionalidad de los servicios mínimos y motivación de la orden gubernativa son dos requisitos diferentes del acto de establecimiento de los servicios mínimos. Y aunque la práctica de nuestra jurisprudencia y doctrina judicial enseña que puede suceder que un programa de servicios mínimos perfectamente proporcionado acabe siendo judicialmente anulado por falta de motivación<sup>(47)</sup>, lo usual, como ahora mismo se va a comprobar, es que tanto las impugnaciones judiciales de las órdenes gubernativas como la *ratio decidendi* de los correspondientes pronunciamientos reflexionen conjuntamente en torno a los vicios de falta de proporcionalidad y ausencia de motivación del programa de servicios mínimos. Esta línea de razonamiento, por lo demás, no carece de lógica en tanto en cuanto lo normal es que la ausencia de motivación de una orden obedezca a que la autoridad gubernativa no ha considerado criterio real alguno para dictar un programa de servicios mínimos adecuado a las características y circunstancias de la huelga en curso.

13.— Dando inicio al repaso de la jurisprudencia seleccionada, de las nueve sentencias utilizadas en este apartado sólo una confirma la orden gubernativa, entendiendo que el programa de servicios mínimos dispuesto es proporcionado y que la orden aparece bien motivada. Se trata de la STS de 30 de abril de 2007 (R.º núm. 1696/2003), que convalida la medida gubernativa adoptada en una huelga de pilotos de IBERIA que se alternaba en días diversos durante los meses de junio, julio y agosto del año 2001. La importancia de este pronunciamiento radica en que proporciona pautas para comprender la mecánica del juicio de proporcionalidad y para distinguir una motivación genérica y estereotipada, insuficiente por ser válida para cualquier huelga, de una motivación específica que da cuenta expresa de la proporcionalidad del programa de servicios mínimos dispuesto para una determinada huelga.

En efecto, las alegaciones del SEPLA eran relativas a que la orden gubernativa no tuvo en cuenta la existencia de otras compañías españolas y extranjeras que operan en España y cubren la práctica totalidad de las líneas afectadas por esa huelga, argumentando asimismo que los servicios mínimos eran desproporcionados porque en la mayoría de los casos significaban el mantenimiento del cien por cien del servicio. Frente a estas alegaciones, la Audiencia Nacional en primera instancia y el Tribunal Supremo en casación señalan que la orden gubernativa adujo

consideraciones generales, trasladables a cualquier huelga de pilotos, pero además tuvo en cuenta las circunstancias específicas de la huelga convocada, lo que cabalmente permitía atisbar cómo se iban a traducir en esa huelga en concreto los efectos genéricos de toda huelga aérea. Ambos Tribunales subrayan que la huelga afectaba a toda IBERIA, que coincidía con el período de vacaciones, la dificultad de encontrar vuelos alternativos, el abandono de pasajeros en aeropuertos y hoteles y la necesidad de mantener el servicio de imaginaria y los vuelos de posicionamiento. Como datos más particulares, reconocen que la orden diferenciaba los días de huelga de junio, julio y agosto y que los servicios impuestos eran diferentes según se tratase de líneas de más o menos 500 kilómetros, del puente aéreo o de rutas internacionales. Y a la alegación de ausencia de proporcionalidad, en fin, oponen que un análisis detenido del programa de servicios mínimos revela que ni mucho menos implicaban el mantenimiento del cien por cien de los vuelos<sup>(48)</sup>.

El pronunciamiento jurisprudencial que se cita también es importante porque sitúa en sus propios términos el juego de lo que antes se ha presentado como inversión de la carga de probar que los servicios mínimos son proporcionados. Así, reza el Tribunal, «... *sentado que corresponde a la Administración motivar la restricción que para el ejercicio del derecho a la huelga suponen los servicios mínimos (...) para cuestionar los establecidos no basta con limitarse a decir [como hizo el SEPLA] que son desproporcionados. Será preciso ofrecer alguna razón, apoyada en hechos ciertos y jurídicamente fundada, que sostenga esa afirmación*». La cita del Tribunal Supremo no puede ser más clara, como también lo son las del Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal cuando se oponen a la pretensión del sindicato. Así, mientras que el primero manifiesta que la Audiencia Nacional valoró correctamente la prueba porque la orden ministerial lo permitía al contener todos los elementos al efecto precisos, apuntando que la valoración de la prueba en instancia no es revisable en casación, el segundo aduce que la alegación simple de falta de proporcionalidad en la fijación de los servicios mínimos «*es muy socorrida en esta clase de recursos*». No es dudoso, en consecuencia, que toda pretensión anulatoria de una orden de mínimos que se base en que el programa dispuesto no es proporcionado debe rebatir mínimamente los argumentos contenidos en la propia orden.

14.— Por contraposición al pronunciamiento jurisprudencial que se acaba de citar, los restantes tienen en común el hecho de que acogen la pretensión sindical de nulidad de la orden gubernativa porque estiman que concurren conjuntamente los vicios de falta de proporcionalidad y ausencia de motivación o únicamente este último vicio. Cronológicamente, la primera sentencia de esta serie es la de 19 de enero de 2007 (R.º 7468/2002), que anula una orden gubernativa que para el caso de una huelga que comprendía días alternos durante los meses de febrero y marzo en el sector del transporte discrecional de viajeros por carretera, declara que no se cumple con la exigencia de motivación porque únicamente dispone un programa de servicios mínimos que alcanza al 40 por ciento de los servicios, «... *sin referir y en consecuencia sin analizar ningún factor que justifique tal decisión, tal como el número de usuarios del servicio o (...) el número de trabajadores de ese sector; y tampoco las circunstancias concurrentes en los días en que se convocaba la huelga*». Con esta sentencia en la mano, está claro que el recurso al dato porcentual como único elemento de valoración de la proporcionalidad y justificación de los servicios mínimos queda absolutamente desautorizado.

15.— La STS de 19 de febrero de 2007 (R.º 8252/2002) incide en el dato de la sustituibilidad del servicio como elemento del juicio de proporcionalidad, poniéndolo en relación con la carga de motivación que pesa sobre la autoridad gubernativa. La huelga afectaba al personal de las unidades de una empresa privada dedicada a la vigilancia, prevención y extinción de incendios forestales en la Comunidad de Valencia, y estaba prevista para los cuatro días festivos iniciales de la Semana

Santa de 2002. La autoridad gubernativa dictó orden imponiendo el cien por cien de los servicios durante todos los días de huelga, aduciendo que todos los días eran festivos y además el órgano competente había dispuesto para esas fechas el máximo nivel de preemergencia con una antelación de quince días. El Tribunal Supremo repara en la alegación sindical relativa a que lo normal es emitir los partes de preemergencias con una antelación de cuarenta y ocho horas, no de quince días, y manifiesta que la autoridad gubernativa fue arbitraria al establecer el programa de servicios mínimos. Por encima de ello, lo que debe ser subrayado es que el Tribunal Supremo considera que el 100 por cien exigido de los servicios resultaba desproporcionado a la vista de las circunstancias que rodeaban ese caso, rechazando «... que la coincidencia de la huelga con la Semana Santa y la previsible mayor afluencia de personas al campo sean justificación suficiente porque hay otros colectivos dedicados a la extinción de incendios forestales». Este pronunciamiento permite afirmar que cuanto mayor sea el nivel de servicios mínimos exigido mayor y más precisa habrá de ser la justificación aportada por la autoridad gubernativa.

16.— La STS de 19 de febrero de 2007 (R.º 2739/2004) analiza una orden gubernativa dictada en el marco de una huelga en el transporte ferroviario, de un día de duración. Fomento justificó de la siguiente forma los servicios mínimos: a) La huelga afectaba a la totalidad de los viajeros en todo el territorio nacional; b) La huelga ocasionaba especiales trastornos a los usuarios sin medios alternativos de transporte; y, c) Resultaba necesario garantizar el transporte de productos perecederos y peligrosos. Tras estas consideraciones, la resolución gubernativa precisó los trenes que debían circular. Esta sentencia abunda en el sentido de la última línea jurisprudencial, señalando que lo aportado por la autoridad gubernativa no son más que consideraciones genéricas, aplicables a cualquier huelga, desechándolas. Y frente a la alegación del Abogado del Estado relativa a que en huelgas precedentes en este mismo ámbito programas de servicios mínimos similares resultaron convalidados, el Tribunal abunda en la necesidad de tener muy a la vista las circunstancias de cada huelga en particular. Así, los servicios mínimos convalidados con anterioridad se dictaron con ocasión de una huelga de dos días, no de uno solo; la huelga afectaba únicamente al servicio de viajeros, sin incluir el de mercancías; y además los servicios mínimos debían jugar en un día especialmente señalado, no siendo el caso en el supuesto que ahora se examina. El Tribunal Supremo, en fin, manifiesta que las razones ofrecidas por Fomento impiden saber «... por qué ha llegado a la conclusión de que por ejemplo en Valencia, en cercanías y en hora punta el porcentaje de trenes en servicio debe ser exactamente del 75% en todas las líneas, excepto en la C-5, y no del 85% o del 70%». Queda claro, en consecuencia, que la jurisprudencia y doctrina judicial existente sobre huelgas previas en ámbitos de actividad coincidentes sólo puede ser utilizada de forma aproximativa, sin que tenga valor determinante de cara a justificar servicios mínimos en huelgas posteriores en tanto en cuanto tal justificación sólo se admite por referencia al estudio del caso concreto.

17.— La STS de 26 de marzo de 2007 (R.º 1619/2003), que casa y anula la sentencia de instancia de la Audiencia Nacional, versa sobre un supuesto similar que viene dado por la impugnación sindical de nueve órdenes del Ministerio de Ciencia y Tecnología en nueve empresas del sector de la difusión. La Audiencia Nacional reconoció la validez de todas las órdenes reproduciendo la fundamentación dada por ese mismo Tribunal en otro recurso instado con ocasión de una huelga previa en el ámbito de una de las empresas implicadas en el supuesto que ahora se examina. En el supuesto tomado como base para la resolución del litigio en curso, la Audiencia Nacional entendió que la orden gubernativa estaba bien motivada y que el programa dispuesto de servicios mínimos resultaba proporcionado<sup>(49)</sup>. Así, el

hecho de que en una huelga previa en un ámbito de actividad sustancialmente coincidente se hubiera convalidado un determinado programa de servicios mínimos llevó a la autoridad gubernativa a trasladar *mutatis mutandi* a la huelga en curso el programa de servicios mínimos utilizado en la huelga previa, operación convalidada por la Audiencia Nacional reproduciendo, como se dice, los fundamentos de su sentencia previa. El Tribunal Supremo desautoriza radicalmente este proceder y vuelve sobre la necesidad de contextualizar la huelga y sus específicas circunstancias, proscribiendo que los servicios mínimos puedan justificarse «... con unas explicaciones genéricas e iguales en todos los casos, cuando se trata de empresas y grupos de empresas cuyo ámbito de actividad no es enteramente coincidente y cuyas características respectivas —tamaño de la empresa, número de trabajadores, estructura organizativa, ámbito de actuación principal, etc.— son también diferentes».

18.— Observando la misma tónica que esta serie de sentencias, la STS de 30 de abril de 2007 (R.º 1563/2003) anula una orden del Ministerio de Fomento que fijaba los servicios mínimos en una huelga en el transporte ferroviario desde las once de la mañana de un viernes hasta la misma hora del sábado. Tras las consabidas motivaciones genéricas y estereotipadas <sup>(50)</sup>, el Ministerio pasó directamente a establecer el programa de servicios mínimos. Los razonamientos que llevan a la anulación de esta orden tienen valor a efectos pedagógicos porque a la postre evidencian cómo hay que descender desde una motivación genérica hasta otra más específica y particularizada. En este sentido, el Tribunal manifiesta que aunque la huelga se desarrollaba en fin de semana, había que distinguir entre el viernes, con una mayor afluencia de viajeros y especialmente en trenes de cercanías, del sábado, que parece lógico que descienda la utilización del transporte y especialmente de los trenes de cercanías, «... lógica que no ha sido contraargumentada por la autoridad pública [dado que] los servicios mínimos de cercanías fueron fijados en la misma proporción del 75% en horas punta y 50% en el resto horario, tanto viernes como sábado». La autoridad gubernativa pudo, cosa que no hizo, justificar la cuantificación de los servicios mínimos, diferenciándolos en función de los dos días de huelga y relacionándolos con la existencia de transportes alternativos. Además, y admitiendo con ello que la fecha de la huelga puede ser un elemento trascendente a la hora de justificar programas de servicios mínimos elevados, el Tribunal señala que la autoridad gubernativa no invocó, ni tampoco acreditó en el marco del procedimiento judicial, que ese concreto fin de semana coincidiese con un puente u otra circunstancia especial que singularizase dicho fin de semana.

19.— En la STS de 30 de abril de 2007 (R.º 3549/2003) el Tribunal anula una orden del Ministerio de Fomento en cuanto que en el marco de la huelga general del 20 de junio de 2002, imponía en el ámbito del transporte aéreo unos servicios mínimos que alcanzaban al cien por cien de los servicios de suministro a los vuelos internacionales operados por líneas extranjeras. Esta sentencia es relevante porque hace ver que la motivación sobre la eventual naturaleza esencial de un servicio o actividad en ningún caso puede servir para justificar el programa gubernativo de servicios mínimos, sino que es precisa una específica motivación adicional. Así, el Tribunal manifiesta que «... no existe una justificación, no sobre la necesidad de su prestación derivada de haberse calificado como un servicio esencial, sino de que la prestación alcance al 100% del servicio. Por ello, salvo que en determinados aeropuertos dicho servicio sólo sea prestado por un solo empleado (...) tan radical medida no se justifica en la orden y vacía de contenido el ejercicio del derecho de huelga». Con ser cierto que en la práctica es mucho más fácil justificar la naturaleza esencial de un determinado servicio que justificar la intensidad de trabajo exigida para garantizar su mantenimiento, también lo es que no es raro que

nuestra jurisprudencia y doctrina judicial dé carta de naturaleza a esta forma incorrecta de justificación <sup>(51)</sup>. De ahí la importancia de esta última sentencia, que en efecto deja bien a las claras que toda orden gubernativa debe motivar expresamente y utilizando parámetros diferentes tanto la esencialidad del servicio como el programa de servicios mínimos exigido.

20.— La posterior STS de 11 de mayo de 2007 (R.º 3205/2003) incide sobre la problemática de los servicios mínimos en ámbitos cualificadamente esenciales, o esenciales de primer grado, como el sanitario. Posicionándose con otra sentencia de este mismo Tribunal y de la misma fecha —citada en el apartado dedicado a la determinación de la esencialidad de los servicios—, en esta ocasión el Tribunal razona a propósito de que una huelga de tres días alternos de los médicos de Atención especializada no puede saldarse con la fijación gubernativa de un programa de servicios mínimos genéricamente motivado. En efecto, aunque la autoridad gubernativa aluda a que «la fijación de los servicios mínimos se realiza tras una valoración objetiva de los resultados asistenciales de las jornadas de huelga pasadas», el Tribunal echa de menos en la orden «... *los datos que huelgas anteriores tuvieron sobre la suspensión de consultas e intervenciones*»; orden que no se refiere «... *más que de forma genérica a las listas de espera [sin] puntualizar qué incidencia tendría la huelga convocada en esas listas*». Es jurisprudencia actual y consolidada, en consecuencia, que la importancia del bien jurídico afectado por la huelga no puede justificar la inaplicación al caso concreto de las reglas que imponen dictar programas de servicios mínimos adecuados, proporcionados y también específicamente motivados.

21.— Otra STS de 11 de mayo de 2007 (R.º 3155/2003) también resulta ilustrativa en la medida en que evidencia que la falta de motivación del programa de servicios mínimos hace que «... *sea inviable emitir un juicio favorable a la validez de los servicios mínimos*». En esta ocasión la huelga era de tres días alternos y afectaba al personal docente de la enseñanza pública no universitaria. Y frente a la cita por parte de la autoridad gubernativa del real decreto que declaraba la naturaleza esencial de la enseñanza en caso de huelga y plasmaba otras consideraciones de carácter general, como la mediación del derecho consagrado en el artículo 27 CE, el Tribunal advierte que la orden «... *no explicita por qué una paralización de tan sólo tres días, no consecutivos, significaría una lesión irreparable o superior a la lesión que experimentarían los huelguistas*», sin que en relación con el cuidado del alumnado «... *tampoco se precise el número de personas que se dedicará a esa atención ni el criterio o circunstancias que deben ser tenidos en cuenta para hacer esa cuantificación*». El Tribunal Supremo insiste, así, en que la mera cita del real decreto eventualmente regulador de las medidas a adoptar en caso de huelga resulta insuficiente para convalidar tanto las declaraciones de esencialidad cuanto, con mayor razón, los programadas de servicios mínimos gubernativamente exigidos.

#### **IV.**

#### **VALORACIÓN CRÍTICA**

22.— El Tribunal Constitucional ha señalado repetidamente la necesidad de contar con una ley orgánica reguladora del derecho de huelga que sustituya al esquema normativo preconstitucional vigente <sup>(52)</sup>. De esta carencia también se han apercibido el Tribunal Supremo <sup>(53)</sup> y nuestra doctrina científica, que resalta la conveniencia de arbitrar un marco normativo que abra más y mayores márgenes de actuación a la autonomía colectiva tanto por lo que respecta a la determinación de los servicios esenciales como a la forma de establecer los programas de servicios

mínimos<sup>(54)</sup>. La ausencia de una normativa moderna que se ocupe del derecho de huelga cuando se proyecta sobre servicios esenciales de la comunidad ha venido y viene planteando gravísimos problemas, determinantes de que la inseguridad jurídica campe a sus anchas. Así, cabría aludir a la polémica abierta en torno a si los servicios esenciales constituyen una lista abierta o cerrada de servicios o prestaciones a favor de los ciudadanos; a la existencia de dos órdenes jurisdiccionales distintos para enjuiciar cuestiones de la misma naturaleza —el Contencioso-administrativo, encargado de juzgar las órdenes gubernativas, y el Social, encargado de juzgar los incumplimientos de los servicios mínimos por parte de los trabajadores designados por el empresario—; y a las consiguientes disfunciones que origina la tramitación no coetánea de ambos procedimientos.

Los problemas que han sido resaltados al hilo del análisis de la jurisprudencia actual también responden a la inexistencia de una normativa que detalle cómo determinar los servicios esenciales y fijar posteriormente el programa de servicios mínimos. Ciñendo, pues, la crítica a esta particular problemática, es sintomático que de las dieciséis sentencias manejadas sólo una confirme la validez de la orden. Las siete sentencias que versan sobre la determinación de los servicios esenciales anulan la respectiva orden, mientras que ocho de las nueve restantes que se pronuncian sobre el programa de servicios mínimos hacen lo mismo. Es claro, por tanto, que la autoridad gubernativa no es lo diligente que debiera ni al justificar, en caso de huelga, la esencialidad de servicios controvertidos ni mucho menos cuando explicita los criterios que le llevan a fijar sus programas de servicios mínimos. Donde sí se advierte un cambio de tendencia es en el Tribunal Supremo, quien desde un tiempo a esta parte viene mostrándose muy riguroso al enjuiciar las órdenes gubernativas. Ello no puede ser de otra forma, pues en juego está el disfrute de un derecho, el de huelga, dotado del más alto rango en la catalogación constitucional. Habiendo concluido, finalmente, que la experiencia pone de relieve que la autoridad gubernativa viene interviniendo este asunto con apreciables dosis de arbitrariedad, cabe, mientras no exista una normativa que sustituya a la actual, arbitrar mecanismos hábiles, como exigencia de responsabilidades en concepto de daños y perjuicios, para garantizar con mayor rigor el debido respeto al derecho de huelga cuando su ejercicio afecta a servicios esenciales de la comunidad.

**(1)** Las SSTC 183, 184, 191 y 193/2006, todas de 19 de junio, otorgan el amparo solicitado por CC.OO y por UGT a través de recursos respectivamente planteados frente a cuatro sentencias previas en las que el Tribunal Supremo convalidó los RR.DD. 527 y 531/2002 —SSTS 17 de enero de 2003, STS 7 de noviembre de 2003 y STS 2 de abril de 2004—, establecedores de las normas para fijar los servicios mínimos en el ámbito de los servicios públicos de radiodifusión sonora y de televisión. Ver texto

**(2)** Con L. E. *De La Villa Gil*, «Algunas reflexiones sobre la regulación legal de la huelga», en AA.VV., *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Madrid, 1983, pág. 95. Ver texto

**(3)** La STC 11/1981 declaró que la norma legal es en algún sentido más estricta que el precepto constitucional, pero añadió que ello no obsta para que el texto del artículo 10.2 RDLRT pueda reconducirse al del artículo 28.2 CE. Posteriormente, las SSTC 183, 184, 191 y 193/2006 han establecido que el artículo 10.2 RDLRT establece elementos de rigor no siempre atendidos y respetados por la autoridad gubernativa cuando limita ex fijación de servicios mínimos el ejercicio del derecho de huelga. Así, además de que las medidas limitativas del derecho deben ajustarse a unas circunstancias «... no sólo graves sino de especial gravedad...», cuando la norma preconstitucional que se cita se refiere a servicios de reconocida e inaplazable necesidad está evidenciando «... que de ser posible el aplazamiento de la prestación del servicio no se da ya el supuesto de la potestad de limitar el

*ejercicio del derecho de huelga...».Ver texto*

**(4)** *Vid., SSTC 33/1981: «... Cuando se trata de servicios que considerados conjuntamente se comprenden en el área de competencias autonómicas, como son los de transporte dentro del territorio de la Comunidad, sin perjuicio, claro es, de las competencias municipales y metropolitanas, el velar por su regular funcionamiento corresponde a la titularidad y a la responsabilidad de las autoridades autonómicas..», 27/1989, 122/1990 y 233/1997: «... la autoridad gubernativa con competencias en un determinado servicio es quien mejor puede apreciar si dicho servicio es o no esencial para la comunidad...».Ver texto*

**(5)** *Quien ha dicho que la atribución competencial mediante ley autonómica al Director gerente del correspondiente Servicio autonómico de salud vulnera el artículo 28.2 CE, pues la competencia corresponde a una autoridad gubernativa y no simplemente administrativa. En estas sentencias el Tribunal razona a propósito de que «... la necesidad de que las facultades controvertidas se atribuyan a órganos que podrían denominarse como políticos o de gobierno (...) plantea el problema, de solución no siempre fácil, de su diferenciación de los órganos propiamente administrativos [y que a efectos de identificar la autoridad competente] los rasgos de imparcialidad y, sobre todo, responsabilidad ante el conjunto de los ciudadanos han de concurrir en el órgano de que se trate, al margen de que se le atribuya o no una facultad que la Constitución reserva expresamente a los órganos de gobierno...»,vid., SSTC 296/2006, 310/2006 y 36/2007.Ver texto*

**(6)** *Vid., J. Cruz Villalón, «La intervención de la autoridad gubernativa (laboral) en la fijación de los servicios mínimos», RL, Tomo 1988-I, pág. 421.Ver texto*

**(7)** *El Tribunal Constitucional tiene dicho que este tipo de real decreto constituye un acto aplicativo del artículo 10.2 RDLRT que pese a su forma reglamentaria no supone ejercicio de potestad reglamentaria alguna, vid., STC 33/1981: «... La finalidad de este Real Decreto no fue —ni pudo serlo— integrar el ordenamiento jurídico definiendo por vía reglamentaria servicios esenciales y garantías precisas para el mantenimiento de esos servicios; su finalidad fue dentro del marco legal componer los derechos de los trabajadores y los intereses comunitarios (...) Se trata de un acto aplicativo del artículo 10.2 del Real decreto-Ley 17/1977, y no de ejercicio de potestades reglamentarias...».Ver texto*

**(8)** *Vid., A. Baylos Grau, Derecho de huelga y servicios esenciales, Madrid, 1988, pág. 181, aunque también hace constar que existen algunas Comunidades autónomas en las que se promulga un real decreto sobre servicios mínimos para cada supuesto de huelga en concreto.Ver texto*

**(9)** *Sobre los elementos del acto administrativo, vid., E. García de Enterría, Curso de Derecho Administrativo, I, 13.ª edic., Navarra, 2006, págs. 555-569; J. A. Santamaría Pastor, Principios de Derecho Administrativo general, II, 1.ª edic., Madrid, 2004, págs. 128-130.Ver texto*

**(10)** *Vid., J. B. Vivero Serrano, La huelga en los servicios esenciales, Valladolid, 2002, pág. 229. Sobre la vinculación del criterio que impone la elección de aquella medida que menos restrinja el derecho de huelga, vid., J. Gárate Castro, «Derecho de huelga y servicios esenciales» REDT, núm. 75 (1996), pág. 18.Ver texto*

**(11)** *Similarmente, J. A. Santamaría Pastor, Principios de Derecho Administrativo general..., cit., págs. 129-130.Ver texto*

**(12)** *Enfocando este requisito desde la perspectiva de la limitación del derecho de huelga, vid., F. Valdés Dal-Ré, «Servicios esenciales y servicios mínimos en la Función pública», RL, Tomo 1986-I, pág. 135; también, J. B. Vivero Serrano, La huelga..., cit., págs. 313 y 323, explica que este principio, o principio de indispensabilidad, obliga a considerar si en cada caso concreto existen otras técnicas para garantizar el mantenimiento de los servicios esenciales menos incisivas en el derecho de huelga, como por ejemplo la publicidad del conflicto.Ver texto*

**(13)** *Vid.*, centrando el razonamiento respecto de la proporcionalidad de la limitación del derecho de huelga, A. Baylos Grau, *Derecho de huelga...*, cit., pág. 198. Ver texto

**(14)** La STC 26/1981 previene, en este sentido, que la adecuación de los servicios mínimos «... es un juicio sobre su razonable ajuste a las circunstancias y sobre la observancia de la regla de la proporcionalidad de los sacrificios [respectivamente impuestos] a los huelguistas y a los usuarios del servicio, pues es claro que entre unos y otros debe existir siempre una razonable proporción...». En la misma línea, la STC 51/1986 apunta que «... el criterio restrictivo, favorable al ejercicio del derecho de huelga, ha de tener en cuenta que ésta ha de tener una capacidad de presión suficiente como para lograr sus objetivos frente a la empresa (...) pero no debe serle añadida la presión adicional del daño innecesario que sufre la propia comunidad...». Ver texto

**(15)** Esta exigencia es una concreción básica del principio de legalidad en general y de los principios de contradicción y de derecho de defensa en particular, con A. M. Moreno Molina, «La motivación y la notificación de los actos administrativos», *DA*, núm. 254/255 (1999), pág. 159. Ver texto

**(16)** La STC 26/1981 expuso el sentido de esta exigencia al establecer que «... cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución, el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización y el hecho o conjunto de hechos que los justifican deben explicitarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó...». En el mismo sentido, la STC 53/1986 previene que la motivación cumple «... el fin esencial de facilitar a los interesados (...) la posterior fiscalización, en su caso, de la legitimidad del acto mismo por los Tribunales de justicia...». Ver texto

**(17)** *Vid.*, STC 53/1986. Con mucha claridad, STC 27/1989: «... la motivación que se exige en estos supuestos (...) afecta al ejercicio mismo de un derecho fundamental y condiciona, por ello mismo, la constitucionalidad de la medida restrictiva o limitadora...». Ver texto

**(18)** *Vid.*, STC 26/1981. Ver texto

**(19)** *Vid.*, afirmando que «... los actos de restricción del derecho tienen plena justificación, no siendo de aplicación aquí las reglas generales sobre distribución de la carga de la prueba...», STC 43/1990. Ver texto

**(20)** *Vid.*, A. Huergo Lora, «La motivación de los actos administrativos y la aportación de nuevos motivos en el proceso contencioso-administrativo», en *RAP*, núm. 145 (1998), págs. 103-104. Glosando la STSJ Madrid 10/2/03, que anula una orden gubernativa por inmotivada y exige fundamentación expresa de los servicios esenciales a mantener incluso en un supuesto de huelga general, L. E. De la Villa Gil, «Servicios esenciales y servicios mínimos inmotivados en la huelga general del 20-J. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de febrero de 2003», *Base de datos Iustel, RGDTSS*, núm. 2 (2003). Ver texto

**(21)** *Vid.*, incidiendo en todos estos motivos, F. Pérez de los Cobos, «La definición de los servicios esenciales en el Proyecto de ley de huelga», en AA.VV., *Homenaje al profesor Juan García Abellán*, Murcia, 1994, pág. 295. Ver texto

**(22)** Tal y no otro es el sentido que hay que dar a la afirmación del Tribunal Constitucional relativa a que «... el derecho de los trabajadores de defender sus intereses mediante la utilización de un instrumento de presión en el proceso de producción de bienes o servicios cede cuando con ello se ocasiona o se puede ocasionar un mal más grave que el que experimentarían los propios huelguistas si su reivindicación o pretensión no tuviera éxito...». Esta impresión se corrobora de forma expresa más adelante, cuando el Tribunal Constitucional afirma que «... el derecho de la comunidad a estas prestaciones vitales es prioritario respecto del derecho de huelga». También, por ejemplo, STC 123/1990. En el mismo sentido, *vid.*, E. Borrajo Dacruz, «Garantía de servicios esenciales frente al derecho de

huelga», *AL*, Tomo 1990-III, pág. 1074; M. *Rodríguez-Piñero*, «Dualidad de jurisdicciones y cumplimiento de los servicios esenciales en caso de huelga», *RL*, Tomo 1990-II, pág. 33; M. *Alonso Olea*, «Sobre el caducado Proyecto de Ley de huelga», *REDT*, núm. 59 (1993), pág. 343. Ver texto

**(23)** Como hacen notar A. *Baylos Grau*, «Sobre el derecho de huelga en los servicios esenciales de la comunidad», *REDT*, Tomo 1980-I, págs. 262-263; y R. *Martínez Emperador*, «Huelga en servicios esenciales para la comunidad», en AA.VV., *Estudios sobre la huelga*, Madrid, 1992, pág. 86. Ver texto

**(24)** Con F. *Pérez de los Cobos*, «La definición de los servicios esenciales...», cit., pág. 298. Con similar sentido, B. *Valdés de la Vega*, «Los bienes constitucionalmente protegidos como límite al derecho de huelga», *REDT*, núm. 46 (1991), pág. 355. Ver texto

**(25)** La jurisprudencia constitucional ha tenido oportunidad de reconocer, expresa o implícitamente, la naturaleza esencial del transporte ferroviario —STC 26/1981—; del ferrocarril metropolitano y de otros transportes urbanos —STC 33/1981; con respecto al Metro de Madrid, STC 53/1986; y sobre servicios mínimos en empresa municipal de transportes, STC 123/1990—; del transporte aéreo —SSTC 51/1986 y 43/1990—; de la asistencia hospitalaria —STC 27/1989 y Auto T. Const. 304/1997—; de las residencias de ancianos —STC 122/1990—; del suministro de energía eléctrica —STC 8/1992—; del abastecimiento y saneamiento de aguas y de la recogida y tratamiento de residuos sólidos —así, la STC 148/1993 confirma la suspensión cautelar de determinadas actividades decretada en Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 13 de diciembre de 1988 y posteriormente revocada por Auto del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1990, aunque lo que interesa es que todos los Tribunales intervinientes coincidieron al apreciar la naturaleza esencial de la actividad de las empresas de gas, electricidad, abastecimiento y saneamiento de agua y recogida y tratamiento de residuos sólidos—; de la estiba y desestiba de buques en puertos de interés general —STC 233/1997—; de la enseñanza universitaria —ATC 49/2004—; y de la información radio televisiva —STC 183/2006—. La esencialidad de todas estas actividades se ha justificado en que en las huelgas convocadas han resultado implicados bienes y derechos constitucionales diversos, como por ejemplo el derecho a la vida, a la salud y a la asistencia sanitaria —arts. 15 y 43 CE—, el derecho a la libertad de circulación —art. 19 CE—, el derecho a la libertad de información —art. 20.1 d) CE— o el derecho a la educación —art. 27 CE—. Ver texto

**(26)** Estas dos consideraciones tienen apoyo en nuestra jurisprudencia constitucional. Así, el Tribunal Constitucional fue claro, por ejemplo, cuando en relación con una eventual naturaleza genéricamente esencial de la actividad de transporte ferroviario, dispuso que la duda «... respecto a si ha de considerarse como servicio esencial el transporte ferroviario en su totalidad o si lo esencial es sólo una parte o una cuota dentro de la total organización ferroviaria...». Debe resolverse declarando que «... no hay necesariamente un transporte ferroviario esencial [sino que] sólo en aquellos casos en que la satisfacción de los mencionados bienes e intereses [libertad de movimiento de las personas por el territorio nacional y distribución de mercancías necesarias para la ordenada y organizada vida comunitaria] exija el funcionamiento del ferrocarril podrá decirse que éste es esencial para aquel fin»; vid., STC 26/1981. Ver texto

**(27)** El principio de *favor libertatis* determina que aun estando en juego una auténtica prestación esencial, el acto administrativo que manda establecer servicios mínimos en lugar de, por ejemplo, acompañar la prestación de los servicios con el tiempo de huelga esté restringiendo indebidamente el derecho de huelga. Así, como explica A. *Baylos Grau*, «Nuevas determinaciones en materia de huelga y servicios esenciales», *RDS*, núm. 36 (2006), pág. 17, «posiblemente en la base de la advertencia hermenéutica del Tribunal Constitucional esté la experiencia en huelgas parciales en TVE y la posibilidad de que los espacios informativos cambien de

horario para no coincidir con el momento concreto de la huelga».Ver texto

**(28)** Según F. Valdés Dal-Ré, «Servicios esenciales y servicios mínimos...», cit., págs. 132-133.Ver texto

**(29)** Vid., E. Monreal Bringsvaerd, *Determinación de los servicios esenciales y fijación de los servicios mínimos en la jurisprudencia*, en prensa, Valencia, 2007.Ver texto

**(30)** Con J. Rivero Lamas, «La huelga en los servicios esenciales: complejidad del supuesto y opciones legislativas», *RFDUC*, núm. 17 (1993), pág. 210; I. García Perrote, *El Proyecto de ley orgánica de huelga de 1993: la huelga en los servicios esenciales de la comunidad como telón de fondo*, Santander, 1993, págs. 22-23; F.<sup>a</sup> Fernández Prol, *La huelga en los servicios esenciales de la comunidad. Algunas propuestas sobre un modelo de regulación*, Madrid, 2005, pág. 72.Ver texto

**(31)** Vid., dando cuenta de que esta consideración está asimismo avalada por la doctrina del CLS de la OIT, E. Monreal Bringsvaerd, *Determinación de los servicios esenciales...*, en prensa, Valencia, 2007.Ver texto

**(32)** Vid., A. Baylos Grau, «La regulación del derecho de huelga en España: panorámica general», *RLSS*, año II, núm. 23/24 (1996), pág. 1261.Ver texto

**(33)** Vid., dando cuenta de esta dinámica jurisprudencial, E. Monreal Bringsvaerd, *Determinación de los servicios esenciales...*, en prensa, Valencia, 2007.Ver texto

**(34)** Vid., SSTs 28/3/07 y 19/4/07 (recs. núm. 1314/03 y 1800/03).Ver texto

**(35)** Esta doctrina jurisprudencial siempre se acompañó de dos votos particulares disidentes que apostaban por la naturaleza no esencial de estas emisiones. Así, en el voto particular formulado a la STS 17 de enero de 2003, entre otras consideraciones, se expresaba lo siguiente: «¿Qué relación puede establecerse entre el ejercicio de los derechos fundamentales a comunicar y recibir información veraz y la consideración como mínimo, hasta el punto de justificar el sacrificio del derecho de huelga de los trabajadores concernidos, del derecho de los ciudadanos a consumir durante la jornada de huelga productos enlatados en la Radio y la Televisión?».Ver texto

**(36)** Siendo éste el objetivo perseguido por la autoridad gubernativa ante este tipo de huelga, hay quien ha considerado que con ello se introduce la necesidad de diferenciar entre una huelga eficaz —que logra paralizar la producción— y una huelga que sigue manteniendo su carácter de elemento de presión frente a la contraparte del contrato o frente al Gobierno y su política social desviada, vid., J. Escribano Gutiérrez, «Derecho de huelga y servicios esenciales de la comunidad en el ámbito de las telecomunicaciones», *TL*, núm. 87 (2006), pág. 205.Ver texto

**(37)** Según afirma L. E. De la Villa Gil, «Servicios mínimos en empresas prestatarias de servicios públicos», *REDT*, núm. 47 (1991), pág. 448.Ver texto

**(38)** M. Alonso Olea, «Sentencia 53/1986, de 24 de abril. Huelga en servicios esenciales III», en *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*, Tomo IV (1986), explica que esta sentencia deja la «penosa» impresión de que problemas de fondo como la determinación de qué son los servicios mínimos quedan sin resolver.Ver texto

**(39)** Vid., L. E. De la Villa Gil: «El ejercicio de la huelga en la Constitución española», en AA.VV., *¿De qué derecho de huelga hablamos?*, Madrid, 1993, pág. 86.Ver texto

**(40)** Con J. Gárate Castro, «Derecho de huelga y servicios esenciales», cit., pág. 20.Ver texto

**(41)** Con J. Cabeza Pereiro, «Argumentos sobre el derecho de huelga en los servicios esenciales», *RDS*, núm. 15 (2001), pág. 241.Ver texto

**(42)** Puesto que «... no es obviamente lo mismo una huelga de unas horas que una huelga indefinida; una huelga que afecte a algunas líneas y otra que se extienda a la totalidad de la red; una huelga de algunos miembros del personal y otra que sea general». Profundizando en esta línea, SSTC 53/1986 y 27/1989.Ver texto

**(43)** Valorando positivamente este pronunciamiento en tanto que «... supone una reacción frente a algunos excesos que se producen en huelgas en el sector terciario», *vid.*, M. Rodríguez-Piñero, «La huelga de transportes en periodos punta», *RL*, Tomo 1990-I, pág. 20. En contra, *vid.*, L. E. De la Villa Gil, «Servicios mínimos en empresas prestatarias...», *cit.*, págs. 445-446, manifestando que esta jurisprudencia constitucional acredita, entre otros, los siguientes puntos oscuros: 1.º) Los mínimos superiores garantizan los mínimos indispensables y algo más; y 2.º) Se da carta de naturaleza a una distinción entre circunstancias de especial gravedad y circunstancias de muy especial gravedad, algo que no tiene cobijo legal. Ver texto

**(44)** No otra cosa cabe inferir cuando el Tribunal justifica el programa de servicios mínimos en la «difícil sustituibilidad del transporte por vía aérea en estos supuestos», y en el hecho de que «IBERIA es concesionaria exclusiva de esos servicios». Ver texto

**(45)** *Vid.*, E. Monreal Bringsvaerd, *Determinación de los servicios esenciales...*, *cit.*, en prensa, Valencia, 2007. Ver texto

**(46)** *Vid.*, SSTC 53/1986, 122/1990 y 8/1992. Ver texto

**(47)** *Vid.*, E. Monreal Bringsvaerd, *Determinación de los servicios esenciales...*, *cit.*, en prensa, Valencia, 2007. Ver texto

**(48)** La sentencia examina la entidad de dichos servicios y aprecia que si por largo recorrido se entiende que los vuelos de 6 o más horas la orden fija uno de ida y otro de vuelta para el día 19 de junio, mientras que para los días de julio y agosto en que estén programados cinco vuelos diarios de ida y vuelta impone dos. Para los de menos de 6 horas de duración establece uno de ida y vuelta para el 19 de junio, salvo que fuera diario y en la misma ruta operase otra compañía. Y para los de los días de julio y agosto mantiene uno de ida y vuelta diario. Luego se fija en las rutas de 500 km o más, comprobando que los servicios llegan al 50%. En el puente aéreo Madrid/Barcelona comprueba que en agosto se sitúan en el 25%. En las rutas de menos de 500 km observa que el 19 de junio se mantiene un solo vuelo diario de ida y vuelta cuando no haya otra compañía que lo ofrezca, mientras que en julio y en agosto se asegura el 25% de los vuelos. Ver texto

**(49)** En el preámbulo de la orden se exponía la clase de huelga, su duración y su ámbito territorial, y se justificaba el carácter esencial de los servicios -garantía de acceso al servicio telefónico y de funcionamiento de la red que transmite la señal de televisión—. La Orden también exponía el cálculo de la plantilla precisa para asegurar el mantenimiento de esos servicios, incluyéndose asimismo el acta de la reunión mantenida entre los representantes de la Administración y el comité de huelga. Ver texto

**(50)** La huelga afecta a la totalidad de los viajeros del territorio nacional, ocasiona especiales trastornos a los usuarios sin medios alternativos del transporte —especialmente en trenes de cercanías, regionales, grandes líneas y AVE—, y tiene lugar durante un fin de semana. Ver texto

**(51)** *Vid.*, E. Monreal Bringsvaerd, *Determinación de los servicios esenciales...*, *cit.*. Ver texto

**(52)** *Vid.*, STC 123/1990: «... la falta de desarrollo adecuado del mandato que al legislador impone el 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...». Ver texto

**(53)** *Vid.*, STS 17 de diciembre de 1992. Ver texto

**(54)** *Vid.*, por todos, M.<sup>a</sup> E. Casas Baamonde, «Los procedimientos de fijación de los servicios esenciales. Y de las garantías de su mantenimiento en caso de huelga. Reflexiones sobre la regulación legal de la huelga a la luz del proceso de su reforma», en AA.VV., *Ley de huelga*, Madrid, 1993, pág. 230. Ver texto