

Comentarios

**HUELGA, SERVICIOS ESENCIALES, SERVICIOS DE SEGURIDAD Y
MANTENIMIENTO: LA NUEVA REGULACION**

por

Susana Torrente Gari

Profesora de Derecho de Trabajo y de Seguridad Social en la Universidad de Zaragoza

2.º Premio Revista Estudios Financieros 1992.

Modalidad: Trabajo y Seguridad Social

Sumario:

- I. Consideraciones previas: Referencia constitucional al derecho de huelga.
- II. Huelga y servicios esenciales.
 1. Concepto de servicio esencial.
 - 1.1. Las primeras propuestas.
 - 1.2. La solución jurisprudencial.
 2. Garantías de mantenimiento.
 3. El establecimiento de servicios mínimos.
 - 3.1. Requisitos formales.
 - 3.2. Naturaleza de los preceptos sobre servicios mínimos.
 - 3.3. La prestación de los servicios.
 - 3.4. Breve referencia a los funcionarios públicos.
- III. Huelga y servicios de seguridad y de mantenimiento.
 1. Servicios de mantenimiento.
 2. Servicios de seguridad.
 3. Distinción entre servicios esenciales y servicios de mantenimiento.
 4. Fundamentación.
 5. Los servicios de mantenimiento como límite al derecho de huelga.
 6. Procedimiento.
 7. La realización de la prestación.
 8. La «garantía» del comité de huelga.
- IV. La nueva regulación.
 1. Dos posturas encontradas: El problema político.
 2. El problema jurídico.
 3. El contenido concreto.
- V. Conclusiones.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS: REFERENCIA CONSTITUCIONAL AL DERECHO DE HUELGA (*)

Por todos es conocido que la referencia expresa al derecho de huelga en el texto constitucional está recogida en el artículo 28.2 que reconoce el «derecho de huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses», remitiendo a una ley la determinación de las garantías necesarias para que su ejercicio no atente «al mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad» (1). No es, sin embargo, la única mención que se encuentra a las medidas de conflicto de los asalariados, ya que al amparo del artículo 37.2 los trabajadores (y los empresarios) pueden adoptar medidas de conflicto colectivo, sin perjuicio de que la ley que regule su ejercicio incluya «las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales para la comunidad».

Es el artículo 28.2 el que perfila de forma solemne un derecho fundamental [un verdadero sistema constitucional de huelga-derecho (2)] con una enérgica protección privilegiada, al estar ubicado en la Sección primera del Capítulo II del Título primero de la CE, siendo un reconocimiento impuesto por otras cláusulas de la norma fundamental que contempla todas las implicaciones de un Estado social y democrático de Derecho, del papel institucional de los sindicatos, y de la libertad e igualdad individual y de grupo.

Sin embargo, se admite que no tiene carácter absoluto, ya que el «mantenimiento» de los servicios esenciales del artículo 28.2, o el «funcionamiento» (expresión mucho más amplia) en el artículo 37.2, es el expreso límite al ejercicio de toda medida conflictiva. No son, sin embargo, reconocimientos intercambiables pese a la semejanza de su dicción, y ello porque el propio TC propugna la separación de ambos preceptos de forma que el artículo 37.2 faculta otras medidas de conflicto distintas a la huelga y ésta, en el artículo 28, no va ligada necesariamente al conflicto colectivo (STC 11/81, de 8 de abril F. 22) (3).

Todo intento esclarecedor en el tratamiento del tema ha de enfrentarse a cuestiones de difícil solución: Cuando el texto constitucional ordena la existencia de las garantías precisas para el mantenimiento de los servicios esenciales ¿está estableciendo un límite real?, si nada dijera, ¿no existiría igualmente una restricción del derecho cuando el servicio fuese esencial?,

(*) Abreviaturas: CE: Constitución Española. AN: Audiencia Nacional. SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional. AT: Audiencia Territorial. SAT: Sentencia de la Audiencia Territorial. TC: Tribunal Constitucional. STC: Sentencia del Tribunal Constitucional. TS: Tribunal Supremo. STS: Sentencia del Tribunal Supremo. STCT: Sentencia del Tribunal Central de Trabajo. F: Fundamento jurídico o fundamento de Derecho.

(1) Sobre las distintas formulaciones del precepto en el debate constitucional véase Baylos Grau, A.: *Huelga y servicios esenciales*. Tecnos. Madrid, 1987. Nota 1 pág. 23.

(2) Palomeque López, M.C.: «La regulación del derecho de huelga: Cuatro modelos de política jurídica» *DL (ACARL)* n.º 27, 1987, pág. 12. STC 11/81, de 8 de abril F. 9.

(3) Palomeque López, C.: *Los derechos laborales en la Constitución Española*. CEC. Madrid, 1991, pág. 54.

la respuesta es sin duda afirmativa, ya que el propio TC admite el carácter limitado de los derechos fundamentales (auto de 9 de marzo de 1992) y las restricciones de su ejercicio derivadas de su conexión con otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. «No puede aceptarse la tesis de que los derechos reconocidos o consagrados por la Constitución sólo pueden quedar acotados en virtud de los límites de la propia Constitución o por la necesaria acomodación con el ejercicio de otros derechos reconocidos y declarados igualmente por la norma fundamental ... sino también (ha de justificarse la necesidad de preservar) otros bienes constitucionalmente protegidos» (STC 11/81 F. 7). Si se admite este ejercicio condicionado de todo derecho, aun sin ser el servicio esencial, comprendería la tendencia a no admitir el efecto multiplicador del derecho basado en el abuso del derecho (S. Juzgado de lo Social n.º 3 de Sevilla, 16 de octubre de 1990) (4).

Así pues, una de las limitaciones derivadas del ejercicio de un derecho en el conjunto de un ordenamiento sería la expresamente prevista en el texto constitucional (SSTC 51/86 y 53/86) ahora bien, si sólo se enfrenta a las restricciones constitucionalmente previstas ¿cómo justificar los límites derivados de los servicios de seguridad y mantenimiento sobre los que no se pronuncia el texto constitucional? Todas estas cuestiones se resuelven en uno u otro sentido con la ayuda de las decisiones judiciales y de la doctrina del Máximo Intérprete de la Constitución, instrumento jurídico imprescindible al abordar la tarea reguladora del legislador. Sin embargo, en nuestro ordenamiento su intención innovadora, aun antes de la actual voluntad normativa, ha estado acompañada de otra modificativa, dada la existencia de una ordenación detallada y expresa a la vista del Real Decreto-Ley de Relaciones de Trabajo (desde ahora DLRT) 17/77, de 4 de marzo, convalidado constitucionalmente por el TC en Sentencia 11/81, de 8 de abril.

Un problema específico impone cautela en el momento de abordar el asunto: La confusión con que se utiliza la terminología. Sin perjuicio de una posterior concreción adelantaremos una simple distinción:

- En primer lugar, servicios esenciales son aquellos cuyas prestaciones resultan vitales para los usuarios. La esencialidad de un servicio se valora, no se impone.
- En segundo lugar, calificado un servicio como esencial, las garantías de mantenimiento de parte de su actividad son los servicios mínimos (5) (art. 10.2 del DLRT, en relación con el art. 28.2 de la CE).

(4) *AL* 1991. Vol. I, págs. 117 y ss.

(5) Sobre esta denominación, De la Villa, L.E.: «Servicios mínimos en empresas prestatarias de servicios públicos» (comentario a la Sentencia del TC 43/90, de 15 de marzo). *REDT* n.º 47, 1990, pág. 447. No figura ni en la CE ni en el DLRT apareciendo la fórmula de «servicios mínimos estrictamente necesarios» en el RD 591/1981.

- En tercer lugar, y si bien algunos ordenamientos contemplan esta situación conjuntamente con la anterior (6), independientemente de la esencialidad del servicio, en toda huelga ha de garantizarse, cuando proceda, los servicios de seguridad de las personas y cosas, así como los de mantenimiento de locales, maquinaria, materias primas, etc. y actividades necesarias para la posterior reanudación de la actividad. Garantía que igualmente se convierte efectiva por medio de servicios mínimos (art. 6.7 del DLRT) pero que no suponen la realización de tareas productivas.
- Por último, al tratar de los servicios de seguridad y mantenimiento y como un enfoque de los mismos, acostumbra a abordarse la huelga con ocupación del lugar de trabajo en cuanto ingreso ilegal o negativa de abandono frente a una orden legítima del empresario (7). Sin embargo, en el tema propuesto existe un olvido consciente de esta problemática, ya que dada su importancia impondrá un enfoque específico no carente de interés, pero peligroso en cuanto que nos distraería de nuestra intención.

II. HUELGA Y SERVICIOS ESENCIALES

El establecimiento de límites al ejercicio del derecho de huelga no es una novedad en el panorama internacional. El Comité de Libertad Sindical se ha manifestado por la restricción, o incluso la prohibición, del derecho de huelga «en aquellas empresas que producen bienes considerados esenciales para la comunidad» (8) lo que nos obliga, consecuentemente, a admitir las restricciones derivadas de este límite como consustanciales al ejercicio del derecho.

La limitación del ejercicio del derecho por el interés de la comunidad a la prestación de los «servicios esenciales» provoca problemas interpretativos legales y jurisprudenciales. El mayor problema jurídico consiste en el señalamiento de límites a la discrecionalidad del Estado para su determinación, que entre nosotros, han venido dados por el establecimiento de garantías que impidan la actuación arbitraria de la autoridad gubernativa, y por la búsqueda de una definición al concepto basada en la naturaleza de la actividad prestada y no en la titularidad pública o privada del servicio; sin que los servicios atendidos por los funcionarios públicos estén dotados por una presunción favorable de esencialidad, ya que servicio público y servicio esencial no son nociones equivalentes o intercambiables (9).

(6) Baylos Grau, A.: *Huelga ... cit.*, pág. 188.

(7) Esta confusión trae su hilo en la doctrina del TC que liga la prescripción del artículo 6.7 del DLRT con el poder de policía del empresario, asegurador del orden dentro de la empresa, y vinculado a la huelga con ocupación (STC 11/81 F. 17).

(8) Diéguez Cuervo, G.: «El derecho de huelga en la doctrina del Comité de Libertad Sindical de la OIT». *RT* núms. 49-50, 1975, pág. 42.

(9) Valdés Dal-Re, F.: «Servicios esenciales y servicios mínimos en la función pública». *La Ley*, 1986, tomo II, pág. 127.

1. Concepto de servicio esencial.

1.1. Las primeras propuestas.

Pronto Martín Valverde (10) distinguió entre las posibles opciones en las que tendría que basarse el concepto. La definición podría venir dada por una cláusula general, o por una enumeración con efectos cualitativos o cuantitativos. Por la primera vía el concepto de servicios esenciales vendría a coincidir, en su acepción estricta, con lo que en nuestro ordenamiento son llamados «servicios de reconocida e inaplazable necesidad» (art. 10.2 DLRT 17/77, de 4 de marzo) (11). Tales servicios se caracterizarían por atender a necesidades muy importantes y porque su interrupción impide de manera inmediata, o a muy corto plazo, la satisfacción de dichas necesidades. Por la vía enumerativa este mismo concepto nos sitúa en la salud y seguridad personal de los ciudadanos (clínicas, servicios sanitarios, bomberos, jueces, etc.).

En una acepción amplia, los «servicios esenciales» podrían comprender, tanto por vía de cláusula general como numerativa, todos los establecimientos, centros de trabajo y actividades que satisfacen necesidades de la población conectadas con los derechos fundamentales de los ciudadanos, aunque muchas necesidades no tengan el carácter de inaplazables o interrumpibles, si bien es preciso establecer una gradación, pues no tienen la misma repercusión los que protegen la salud (12) y la vida, que los que facilitan la libre circulación (13).

1.2. La solución jurisprudencial.

Con la entrada en vigor de la CE se enfrentará la generosa dicción del artículo 28.2 con el artículo 10.2 del DLRT en el empeño del TC de convertir esta regulación al nuevo orden legal creado por aquélla.

El artículo 10.2 del DLRT establece que: «Cuando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurren circunstancias de especial gravedad, la autoridad gubernativa podrá

(10) Martín Valverde, A.: «El derecho de huelga en la Constitución de 1978». *RPS* n.º 121, 1979, págs. 230 y ss.

(11) Martín Valverde, A.: *El derecho ... cit.*, pág. 232.

(12) «Cuando se trata de un servicio público ... cual es la asistencia médica y hospitalaria su determinación debe hacerse con criterios restrictivos respecto al derecho de huelga, de suerte tal que prime la asistencia al ciudadano» (STS de 13 de febrero de 1989). «En materia de asistencia médica hospitalaria las garantías de los servicios esenciales para la comunidad no puede ni debe ser enjuiciada por el rasero rígido de un porcentaje irrebalsable» (STS de 9 de junio de 1989).

(13) Baylos Grau, A.: «Sobre el derecho de huelga en los servicios esenciales de la Comunidad (Comentario a la Sentencia de la AN de 6 de junio de 1980)» *REDT* n.º 2, 1980, pág. 261. En esta sentencia se opta por una concepción amplia de servicio esencial.

acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios. El Gobierno, asimismo, podrá adoptar a tales fines las medidas de intervención adecuadas». El artículo 10.2 es más estricto que el 28 de la CE pues no se refiere sólo a servicios esenciales, sino a servicios de reconocida e inaplazable necesidad cuando además concurren circunstancias de especial gravedad, fórmula esta que no es difícil de englobar en la primera (11/81 F.18). El TC no declara inconstitucional esta expresión, ni la entiende derogada, y a ella debería reconducirse la huelga en servicios esenciales, debiendo concurrir entonces circunstancias de especial gravedad (14).

Aparentemente, en la dicción del artículo 10.2 deben apreciarse dos cualidades: Que la empresa sea prestataria de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad, y además, concurren circunstancias de especial gravedad. No obstante, del examen de la jurisprudencia no se puede concluir esta solución. Respecto a la primera, el TC determina que el hecho de ser un servicio público no conlleva la intervención de la autoridad gubernativa (STC 26/81 F. 8), por lo que para que un servicio público sea esencial ha de ser también de reconocida e inaplazable necesidad. Respecto a la segunda, si bien en la generalidad de los casos no es condición imprescindible exigida por los Tribunales la concurrencia de aquellas circunstancias, cuando acaecen pueden determinar tanto que un servicio se considere entonces esencial, como que sean superiores las garantías de mantenimiento.

El concepto de servicio esencial es, como ha reconocido la jurisprudencia, en buena medida indeterminado, de suerte que la esencialidad del servicio está fundado sobre juicios valorativos, pudiendo recibir distintos contenidos según las variables históricas, sociales, económicas, etc. (15). De forma temprana se optó, en nuestro país, por una acepción amplia y en tal sentido se manifiesta la Sentencia de la AN de 6 de junio de 1980 (16): «Son esenciales para la comunidad aquellos (servicios) que posibilitan a sus miembros el ejercicio de los derechos y libertades básicas, entre los que se encuentran el de circular por el territorio nacional».

La opción así configurada comprende no sólo a los denominados clásicamente servicios «de reconocida e inaplazable necesidad», sino también la realización de otros tantos derechos fundamentales protegidos por el mismo rango que el derecho de huelga (17). Pero paralelamente a esta elección se opta también por una fundamentación jurídica, basada en la proporcionalidad y adecuación de los sacrificios impuestos (18) y en el enfrentamiento de derechos, ya

(14) De la Villa, L.E.: *Servicios mínimos ... cit.*, pág. 445.

(15) En ocasiones, sin embargo, se identifican con actividades específicas y el TC se refiere a huelgas en servicios esenciales (STC núms. 43/90 F. 5), De la Villa, L.E.: *Servicios mínimos ... cit.*, pág. 446.

(16) Texto en RT núms. 57 y 58. 1980, págs. 580 y ss.

(17) Baylos Grau, A.: *Sobre el derecho ... cit.*, págs. 255 y ss.

(18) Que no es exclusiva de nuestra jurisprudencia, sino de muchas experiencias comparadas. Serrano Carvajal, J.: «Manifestaciones recientes sobre el derecho de huelga en España». *DL (ACARL) n.º 22, 1987*, en la exposición del profesor Gino Giugni: «La regulación del derecho de huelga y los servicios esenciales en Europa» en el *Encuentro en la Universidad Menéndez Pelayo* de julio de 1987, pág. 98.

que el derecho de la comunidad a las prestaciones vitales «es prioritario respecto al derecho de huelga» (SSTC 11/81 F. 18, 43/90 F. 5 y 123/90 F. 5); y consecuentemente, actuando como límite, siempre habrá de respetar el contenido esencial del derecho. Esta colisión, y no el concepto mismo de servicio esencial es la que pretende resolver el conflicto entre el derecho de huelga y los restantes derechos fundamentales protegidos al mismo nivel, porque una cosa es determinar la esencialidad del servicio, para lo que el TC da unas pautas generales, y otra bien distinta fijar las garantías de mantenimiento, en la que a falta de pronunciamiento concreto, habrá que acudir al enfrentamiento de derechos.

Sobre esta base argumentaría la Sentencia 26/81, de 17 de julio del TC, si bien rechazando la calificación de amplia o estricta de la concepción de servicios esenciales, «de acuerdo con la primera idea, servicios esenciales son aquellas actividades industriales o mercantiles de las que derivan prestaciones vitales o necesarias para la vida de la comunidad». «De acuerdo con una segunda concepción, un servicio no es esencial tanto por la naturaleza de la actividad que se despliega como por el resultado que con dicha actividad se pretende. Más concretamente, por la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se endereza. Para que el servicio sea esencial deben ser esenciales los bienes o intereses satisfechos. Como bienes o intereses esenciales, hay que considerar los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos». «Esta línea interpretativa, que pone el acento en los bienes e intereses de la persona es la que debe ser tenida en cuenta, por ser la que mejor concuerda con los principios que inspira la Constitución» (19).

La opción concreta viene determinada por el fin que el servicio satisface, lo que impide establecer un servicio esencial de forma apriorística (transporte ferroviario esencial en STC 26/81 F. 10, y STC 51/86, de 24 de abril F. 2). Sólo en los casos en los que la satisfacción de los mencionados bienes e intereses exijan el funcionamiento del servicio, podrá decirse que éste es esencial, si bien hay servicios afectados de una esencialidad potencial (52/86 F. 2) (20).

El concepto así elaborado pretende perfilar el límite, no en la actividad, sino en el ejercicio de los derechos fundamentales, libertades públicas, y bienes constitucionalmente protegidos, afectados por el resultado de aquélla, protegiendo, entonces, derechos y bienes de rango equiparable. Son tres los enfrentamientos, ante los que el pleno ejercicio del derecho de huelga deberá ceder:

(19) Fundamento jurídico 10.

(20) No ha sido ésta la tendencia del TS que en ocasiones ha fundamentado la esencialidad en orden a «necesidades generales», «bienestar general», «incidencia en la Economía Nacional». Baylos Grau, A.: *Huelga ... cit.*, pág. 100.

- a) Cuando la interrupción de la actividad impida la realización de un derecho fundamental de los ciudadanos.
- b) Cuando se trate de una libertad pública.
- c) Cuando sea un bien constitucionalmente protegido.

Los dos primeros son los así denominados en la Sección primera del Capítulo II del Título primero de la CE. Mayor problema plantea el que el derecho de huelga deba ceder ante los bienes constitucionalmente protegidos. En principio el bien ante el que debería ceder sería aquel que tenga idéntica protección constitucional (21) ya que en caso contrario se amplía peligrosamente el concepto de servicio esencial, comprendiendo por ejemplo la protección del medio ambiente (22). Se impone sólo atender a los bienes con reconocimiento constitucional específico.

La ampliación del concepto es constatable principalmente en el conflicto del Museo del Prado en Madrid en el que se considera la primera pinacoteca nacional como servicio esencial, teniendo la cultura (art. 44 CE) virtualidad suficiente para limitar el derecho de huelga.

La Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid, de 7 de abril de 1988 (23) aborda la interpretación de servicio esencial y concluye que «el acceso a la cultura y a la conservación del patrimonio histórico, cultural y artístico y de los bienes que lo integran reconocidos en los artículos 44 y 46 de la CE ... ha de considerarse un bien constitucionalmente protegido, aunque no se trate de un derecho fundamental». El TS en Sentencia 15 de febrero de 1989 añade que tal servicio cultural tiene un «efecto expansivo» afectando a campos de «tanta trascendencia social como el turismo».

Dos consideraciones se infieren de este pronunciamiento. La primera relacionada con la confusión terminológica que trasciende del plano conceptual a la peligrosa efectividad. La segunda referida al concepto mismo de servicio esencial.

Así, habría que plantearse el origen de la prestación de los servicios mínimos. Sin duda guarda relación con la desaparición del cuadro «Concierto Rústico» de Van Ostade. Este hecho lleva a la Dirección del Museo y al comité a convocar una Asamblea General para solicitar la desconvocatoria de la huelga; que, sin embargo, deciden mantenerla. Ante esta situación la Dirección hace una propuesta de servicios mínimos que son implantados por la Delegación del Gobierno.

(21) Baylos Grau, A. *idem*. pág. 99. Sin embargo, téngase en cuenta que con idéntica protección sólo se encuentran derechos difícilmente reconducibles a bienes.

(22) Valdés Dal-Re, F.: *Servicios ... cit.*, pág. 132.

(23) Valdés de la Vega, B.: «Los bienes constitucionalmente protegidos como límite al derecho de huelga». *REDT* n.º 46. 1991, págs. 351 y ss.

En esta ocasión la puesta en práctica de los servicios mínimos deriva de la necesidad de unas prestaciones que eviten la desprotección de los cuadros, algo que, como se verá, compete a unas medidas de seguridad, cuya intensidad e implantación debía haberse negociado con el comité. Sin embargo, tras la desaparición del cuadro se decide mantener parte de la actividad, garantía impuesta por la valoración de la esencialidad del servicio.

La esencialidad ha dejado de ir referida al fin del servicio para predicarse de los bienes, ya que sin duda el cuadro desaparecido, y la mayor parte, por no decir todos, de los que se pueden contemplar en el Museo del Prado, son «esenciales», y su desaparición «abrumadora». Pero en la colisión de derechos o bienes con el derecho de huelga, para el establecimiento de garantías, la esencialidad deriva de los bienes o intereses satisfechos, no de los que posee en este caso el Museo, y en nuestro fuero interno, podemos afirmar que una huelga en el Museo del Prado nos imponga un sacrificio desproporcionado, o nos cause por ella misma graves perjuicios, y ello aunque la desaparición de un cuadro, que luego fue encontrado en las dependencias del Museo, nos resulte muy grave.

En esta ocasión el perjuicio deriva de la lesión producida a nuestro Patrimonio Cultural provocada por la desaparición de un cuadro, no por la realización de la huelga. Que la primera traiga su causa en la segunda, es razón para determinar unos servicios mínimos de seguridad y el mantenimiento, no así de parte de la actividad, que es la garantía de un servicio esencial. Que, además, el contenido de ambas prestaciones pueda ser el mismo, no pasa de la mera accidentalidad, ya que lo esencialmente distinto es el fin que se pretende y el procedimiento de determinación de unas y otras.

No obstante, la Audiencia Territorial y el TS no van a caer en este error manifiesto y argumentarán sobre la base del bien constitucionalmente protegido, concluyendo que un bien que no tiene referencia directa al nivel del derecho de huelga y cuya única vía de acceso no es el Museo del Prado, limita el derecho de huelga. Se llega así, no a admitir el ejercicio limitado de un derecho fundamental que no puede ser puesto en duda, sino a desgastar el derecho mismo, en cuanto que la esencialidad va a ser fácilmente predicable cualquiera que sea el conflicto y la prestación de servicios mínimos va a ir siempre unida al simple ejercicio de la huelga, pues son impensables las actividades que de una forma u otra no afecten a bienes que de algún modo encuentren referencia constitucional en el juego de su propia amplitud.

Sin duda no son ya únicamente prioritarias las prestaciones vitales frente al derecho de huelga, sino todas. Pero todavía hay un efecto más grave; y es fundamentar la esencialidad sobre el efecto expansivo en distintos sectores que conlleva que en el caso de que colisione con el derecho de huelga el beneficio empresarial, daño que hasta el momento era «soportable», limite el derecho de huelga.

En estos dos pronunciamientos el derecho a «dañar», implícito al concepto mismo de huelga, se transforma en un derecho a «molestar», y los sacrificios y perjuicios de los usuarios en simples «perturbaciones», término que acompañado del calificativo «graves» ya ha comenzado a ser de uso frecuente (SAN 31 de marzo de 1990 F. 2).

2. Garantías de mantenimiento.

«La consideración de un servicio como esencial no significa la supresión del derecho de huelga de los trabajadores ocupados en tal servicio, sino la previsión de las garantías precisas para su mantenimiento» (SSTC 53/86 F.3 y 27/89, de 3 de febrero F. 1). La finalidad de un sistema de garantías es el remedio para la colisión de derechos de rango equiparable sin olvidar la afectación al derecho de huelga, que como tal debe estar sujeta a la restricción menos gravosa.

Es el término «mantenimiento» el que manifiesta la restricción constitucionalmente admisible (24). En todo caso el interés de la comunidad debe ser perturbado por la huelga sólo hasta extremos razonables, ya que la expresión mantenimiento dista de equivaler al desarrollo regular del servicio (S 51/86 F. 5) o al nivel de rendimiento habitual. «El criterio restrictivo, favorable al ejercicio del derecho de huelga, ha de tener en cuenta que ésta ha de mantener una capacidad de presión suficiente como para lograr su objetivo frente a la empresa ... pero no debe serle añadida la presión adicional del daño innecesario que sufre la propia comunidad» (SS 51/86 F. 5 y 53/86 F. 3).

Valdés Dal-Re (25) propone una brillante interpretación global del artículo 28. Mantener servicios esenciales significa dar una cobertura adecuada. Que el nivel de cobertura adecuada se consiga conservando el funcionamiento normal de la prestación o por el contrario, reclame una reducción mayor o menor, serán cuestiones a determinar en función del juicio de adecuación de la garantía adoptada al objetivo de salvaguardar los derechos fundamentales, y entre ellos el propio derecho de huelga. La determinación de cuál sea el nivel de cobertura adecuada depende de muchas variables y la ponderación de las mismas debe entenderse en la medida que el mantenimiento de los servicios esenciales expresa la conformidad o disconformidad de la medida adoptada a la exigencia constitucional. En síntesis estas variables son: Circunstancias

(24) Si bien en ocasiones (STS 11 de julio de 1980) se admite que los términos funcionamiento y mantenimiento son equivalentes como lo prueba «la indiferencia con que el legislador utiliza ambos vocablos en el propio texto constitucional» (arts. 28.2 y 37.2), e incluso el concepto de «mantenimiento de un servicio», que equivale a su puesta a punto, implica o comprende su funcionamiento de ciertos elementos materiales o técnicos del mismo para que pueda prestar el servicio tan pronto termine la situación de huelga (STS 24 de septiembre de 1980) véase Albiol Montesino, I. y Sala Franco, T. «El mantenimiento de los servicios mínimos y de los servicios esenciales de la Comunidad como límite al derecho de huelga». *AL*, 1987, I pág. 1.301.

(25) Valdés Dal-Re, F.: *Servicios ... cit.*, pág. 136.

particulares de la huelga así como de los intereses de la comunidad afectados. Los factores del primer grupo consisten básicamente en la duración de la huelga, extensión territorial, personal (S 26/81 F. 10), e incluso el momento elegido (S 43/90). Los del segundo grupo parten de la idea de que las prestaciones esenciales, si bien coinciden en atender a intereses esenciales, pueden repercutir de forma diferente en la vida de la colectividad. De allí el criterio de proporcionalidad de sacrificios entre titulares del derecho de huelga y de los usuarios de las prestaciones, y dentro de aquél, ha de ponderarse la sustituibilidad de los mismos sin invocar la comodidad, rapidez o eficiencia que podrían vaciar el contenido del derecho.

Sin duda es una interpretación acorde con la CE en la que encuentra acogida las posibles, que no necesarias, circunstancias de especial gravedad exigidas en el artículo 10.2 Una única objeción hay que señalar no a su formulación, sino a su aplicación, y es: La eliminación y no la limitación del derecho de huelga, como sucede en la STC 43/90, de 15 de marzo, con motivo de una huelga de Iberia en Semana Santa (26). En este supuesto la posible apreciación de las circunstancias particulares de la huelga y de los intereses de la Comunidad llevan a imponer unas garantías de mantenimiento superiores a lo constitucionalmente admisible en otras fechas. Para ello se ponen en igual plano las reivindicaciones laborales de los trabajadores y los perjuicios de los usuarios por las fechas elegidas para la consecución de las primeras por medio de la huelga.

De un lado, la doctrina del TC no exige, en general, el acaecimiento de circunstancias de especial gravedad para la restricción de un derecho fundamental que, sin embargo, deben ser valoradas por la exigencia del ejercicio ponderado de los derechos en conflicto. Si la esencialidad no puede valorarse apriorísticamente tampoco la lesión concreta de los derechos de los usuarios, sino que será ante un conflicto específico donde deba articularse el ejercicio pacífico de los derechos enfrentados y las medidas de garantía para su consecución. Pero, de otro lado, las garantías deben ser de «mantenimiento» para que el ejercicio del derecho de huelga no quede anulado, sin que ello suponga el «funcionamiento normal» que amenaza a la existencia del derecho mismo.

El enfrentamiento de derechos, corrector del establecimiento de garantías de mantenimiento, se produce no entre el derecho de huelga y los derechos de los usuarios, sino entre el ejercicio específico del derecho de huelga y el concreto bien o derecho lesionado; pero sólo en una satisfacción parcial del mismo, y en consecuencia, se impone un sacrificio a los que ejercitan el primero pero también a los usuarios, en cuanto que sólo verán satisfechas las prestaciones vitales, que no todas (SS 11/81 F. 18, 43/90 F. 5, 123/90 F. 5).

(26) Véase el comentario a esta sentencia por Rodríguez Piñero, M.: «La huelga de transportes en períodos punta». *La Ley*, 1990, II, págs. 16 y ss.; y De la Villa, L. E.: *Servicios mínimos ... cit.*, págs. 441 y ss. Véase asimismo la SAN de 7 de diciembre de 1989. *La Ley*, 1990, I, págs. 723 y ss.

Sólo en contadas ocasiones, la satisfacción de aquellas necesidades impedirá el normal funcionamiento propuesto por Valdés Dal-Re, o lo que es lo mismo, que ceda por completo el derecho de huelga, siendo exigibles entonces circunstancias de muy especial gravedad para justificar el atentado tan grave que se produce al ejercicio de un derecho fundamental.

En la sentencia objeto de examen, el mantenimiento de los servicios esenciales se establece en niveles superiores a los que serían constitucionalmente admisibles en otras fechas, ya que los sacrificios de los usuarios son cualitativa y cuantitativamente mayores (F. 6). Lo que hace que el TC considere oportuno establecer garantías igualmente superiores, ya que si bien la huelga puede realizarse en otras fechas, no así los desplazamientos, impedidos por motivos laborales. Si se decide a convocar una huelga en fechas «punta» han de ser conscientes los convocantes de que el ejercicio del derecho sufrirá una restricción mayor.

Llegado el concreto enfrentamiento de derechos, si mayores son los perjuicios de los usuarios, mayor será el sacrificio de los huelguistas. Sin embargo, en nuestra opinión, no se han elegido correctamente los términos que impone esa práctica. En la doctrina del TC cuando se impide o se obstaculiza gravemente el funcionamiento de los servicios esenciales, se ocasiona un mal más grave que el que los huelguistas experimentarían si su pretensión no tuviese éxito (S 11/81 F. 18), al no satisfacer las necesidades vitales de los usuarios. Pero en esta ocasión no parece que impedir ir de vacaciones en avión sea un mal más grave que el que los trabajadores no consigan sus reivindicaciones, siendo dudoso que concurran circunstancias de «simple gravedad» que permitan un mayor atentado al derecho de huelga, ni que se puedan considerar prestaciones vitales de los usuarios derivadas del derecho a la libre circulación. Por tanto sólo sería exigible el «mantenimiento» constitucionalmente exigible que garantizase las prestaciones vitales de la efectiva lesión al derecho fundamental y no uno superior, ya que no resultan aquéllas mayores porque la huelga sea en Semana Santa, salvo que en estas fechas Iberia establezca un mayor número de servicios, puesto que un término lógico para el establecimiento de servicios mínimos es la referencia al «normal funcionamiento» pero del momento de la huelga.

3. El establecimiento de servicios mínimos.

«No es inconstitucional el párrafo 2 del artículo 10 que atribuye a la autoridad gubernativa la potestad de dictar las medidas necesarias para determinar el mantenimiento de los servicios esenciales a la comunidad, en cuanto que el ejercicio de esta potestad está sometida a la jurisdicción de los Tribunales de Justicia y al recurso de amparo ante este Tribunal» (F. j 18/11/81).

La fijación de los servicios mínimos es una de las más flagrantes manifestaciones del intervencionismo estatal en el desarrollo de las relaciones laborales (27). Ello es así porque difícilmente se puede hallar un poder neutral que componga el conflicto de intereses.

Admitida la limitación del derecho cuando se trata de un servicio esencial lógico es que no exista una posición más encontrada que la de los usuarios, en la intención del logro del más alto nivel de prestación, y la de los huelguistas, que pretenden incrementar al máximo la efectividad de la medida de presión. Sin embargo, cuando el interés de los primeros coincide con el empresarial puede ser fruto del azar, ya que lo que éste pretende es eliminar los efectos de la huelga, maximizar la actividad económica y no tutelar los bienes y derechos constitucionalmente protegidos que seguro está dispuesto a sacrificar sin ceder en las reivindicaciones que motivaron la huelga (28).

Por ello de lo que se trata es de buscar la decisión en un tercero imparcial, distinto a las partes en conflicto, pero sin desatender a éstas, que pueden formular propuestas suficientes y eficaces (SSTC 51/86 F. 3, 53/86 F. 5) y no se pueden olvidar ni desoír (S 26/81 F. 15). Son dos los momentos importantes de participación de las partes enfrentadas. Primero, en fase previa a la fijación de los servicios mínimos, cuando se plantean propuestas alternativas en las que la autoridad gubernativa, en ocasiones, funciona como una especie de arbitraje, al elegir entre una de las dos, si bien con carencias manifiestas, al no existir compromiso de aceptación de la decisión por las partes. Después, en la puesta en práctica de los servicios determinados. Sin embargo, es la autoridad gubernativa la que debe decidir (29) y «la previa negociación no está excluida, e incluso puede ser deseable, pero no es un requisito indispensable para la validez de la decisión administrativa desde el plano constitucional» (S 51/86 F. 3 y STS, de 13 de febrero de 1989).

Así, fijados los servicios mínimos, a los sindicatos o al empresario le corresponde completar técnica y funcionalmente las normas de mantenimiento (30) (STC 53/86 F. 5). A juicio del TC es perfectamente admisible la delegación de la ejecución de los servicios mínimos determinados entendida como concreta designación de los trabajadores y no como designación de

(27) Cruz Villalón, J.: «La intervención de la autoridad gubernativa (laboral) en la fijación de los servicios mínimos». *La Ley*, 1988, I, págs. 408 y ss.

(28) Véase al respecto Cruz Villalón, J.: *La intervención ... cit.*, págs. 411 y 412.

(29) En contra de esta tesis la SAN de 6 de febrero de 1986, que reputaba necesario en un acto que va a representar una negociación para ciertos trabajadores de su derecho de huelga oírles sobre el problema a través del comité de huelga. Albiol y Sala: *El mantenimiento ... cit.*, pág. 1.307, véase el examen hecho por estos autores de distintos decretos de servicios mínimos.

(30) Algo que como se verá, no ocurre en el caso de servicios de seguridad y mantenimiento en donde el empresario no puede decidir unilateralmente, debiendo decidir con el comité de huelga el número de puestos a cubrir, la extensión e intensidad de los mismos, siendo que la labor que en este caso puede realizarse unilateralmente por el empresario es de puesta en práctica de una decisión ya tomada, si bien no por ello libre de abusos. Cruz Villalón, J.: *La intervención ... cit.*, págs. 415 y 416.

los puestos de trabajo, pudiendo realizarse la delegación, tanto en favor de la autonomía colectiva -bien por negociación colectiva, bien por disciplina sindical-, como a la dirección de la empresa, sin que sea la propia determinación de los servicios mínimos lo delegable en ningún momento a la dirección empresarial (S 27/89 F. 3).

El tercero imparcial es la autoridad gubernativa como garante de la efectividad de los bienes y derechos constitucionales (31). Pero no es genéricamente la Administración Pública, sino el Gobierno o aquellos órganos del Estado que ejercen, directamente o por delegación (32), las potestades de gobierno (STC 11/81 F. 18), y ello porque la responsabilidad por la obstaculización de los derechos cívicos, además de ser responsabilidad jurídica, es responsabilidad política (STC 28/81 F. 8 y 11) (33) (STC 26/81 F. 11) (34) (SSTC 51/86 F. 3 y 27/89 F. 2).

También sobre la decisión de la autoridad gubernativa en orden al establecimiento de servicios mínimos cabe plantearse su posible delegación. A la dirección empresarial o los convocantes de la huelga sólo es posible delegarles, como ya se ha visto, la ejecución de la decisión, entendida como complemento técnico o funcional, es decir, como puesta en práctica de los servicios establecidos. Pero ¿y la delegación de la autoridad gubernativa? Fuera del ámbito del Gobierno o sus ministros es admisible -siempre que el órgano delegado tenga autoridad gubernativa y que en ningún caso pueda predicarse de los órganos de gestión y administración del servicio o empresa en que se desarrolle la huelga- cuando no se halle a distancia remota del órgano delegante, y no sea objeto de sucesivas delegaciones que nos aproximarían cada vez más al órgano de control de la empresa (35).

(31) Véase las tres funciones posibles aportadas por Cruz Villalón: Como titular y responsable de determinado servicio público, en cuyo caso no es tercero imparcial, como autoridad policial poseyendo entonces interés propio y desarrollando una función no exclusiva de las huelgas de servicios esenciales, y como garante de valores y principios constitucionales. Págs. 417 y 418.

(32) Véase el problema de la delegación en SAN, Sala de lo Contencioso, de 6 de junio de 1980 y comentario de Baylos Grau, A.: «Sobre el derecho de huelga en los servicios esenciales de la Comunidad». *REDT* n.º 2, 1980. La competencia para imponer un servicio mínimo en un servicio esencial es del Gobierno, sin embargo, existe un «complemento técnico» sobre las normas de mantenimiento que ha de ser confiado al órgano de gestión.

(33) Sobre la competencia de la autoridad laboral al tratarse de la ejecución de la legislación laboral, por el tipo de derecho fundamental que se ve lesionado, etc. Cruz Villalón, J.: *La intervención ... cit.*, pág. 421, autor que además sostiene su mayor neutralidad en cuanto que puede sopesar mejor el equilibrio de intereses en conflicto, ya que ni tiene responsabilidades directas en materia policial, ni se encuentra implicada en la gestión del servicio público afectado.

(34) En esta sentencia se plantea si el Delegado del Gobierno en RENFE es autoridad gubernativa a efectos de imposición de servicios mínimos. La respuesta evidentemente es negativa ya que posee unas funciones propias y específicas. «Cuestión distinta es que, en un momento dado, el Gobierno pueda delegar en ese órgano facultades que no pertenecen necesariamente a su función» pero el R.D. 266/80 (que encomienda a la Delegación del Gobierno en RENFE la determinación del personal necesario para asegurar la prestación del servicio) no realiza una completa delegación de funciones, sino una habilitación para su ejecución (F. 11).

(35) Baylos Grau, A.: *Huelga ... cit.*, pág. 169.

El TC mantiene el criterio en el sentido de que la Administración que ostenta las competencias relativas al buen orden del sector está llamada a la participación en la decisión (STC 27/89, de 3 de febrero) ya que es la que mejor conoce sus características y funcionamiento, y por consiguiente la que mejor puede evaluar sus necesidades y determinar los trabajos que inexcusablemente han de realizarse para preservar los bienes. Esto puede justificar la intervención de autoridades gubernativas de nivel inferior al de las CC.AA., como las de carácter local, en cuanto que pueden asumir la responsabilidad política y jurídica de la prestación del servicio que tengan a su cargo y a la vez conocen mejor las necesidades y condiciones del mismo (36). Pero también admite que se trata de ejecución de legislación laboral y que por tanto compete a la autoridad laboral en una jurisprudencia confusa y ambigua.

La autoridad gubernativa en un conflicto «intracomunitario» es la autoridad autonómica (SSTC 33/81, de 5 de noviembre y 122/90, de 2 de julio F. 2, en concreto la Presidencia de la Comunidad de Madrid en referencia a unos centros asistenciales dependientes de la misma) (37). Su actuación consiste en un acto de aplicación del artículo 10.2 DLRT y no integra el ordenamiento cuya competencia exclusiva corresponde al Estado (S 33/81 F. 6). La opción entre la autoridad estatal y autonómica no tiene que ver, sin embargo, con la lesión al derecho de huelga. Si ambas instancias tienen la condición de autoridad gubernativa, siempre estará protegido el derecho de huelga; la elección final dependerá de la distribución de competencias. Así, el TC parece dar a entender que podría producirse una invasión susceptible de promover conflicto positivo de competencias ante el TC, pero que no lesionaría el derecho de huelga (STC 27/89) si bien no puede ser ésta la interpretación más correcta, en cuanto que un acto irregular por falta de competencia no parece que resulte válido desde la perspectiva del derecho de huelga (38).

3.1. Requisitos formales.

El TC ha establecido las razones de forma y fondo a que han de sujetarse la garantía de los trabajos indispensables:

(36) García Murcia, J.: «Huelga en servicios esenciales (Comentario a la Sentencia 27/89, de 28 de febrero)». *REDT* n.º 39. 1989, pág. 492.

(37) Los servicios mínimos fueron impuestos por el Presidente de la Comunidad Autónoma de Madrid y su impugnación por la central sindical fue rechazada por la Audiencia Territorial y el TS. El TC se refiere a la Sentencia 27/89, en la que se había impugnado los servicios mínimos fijados por el Delegado del Gobierno al entender que era competencia de la Comunidad Autónoma. Véase el examen de esta sentencia Rodríguez-Piñero, M.: «Órgano competente y motivación en la determinación de los servicios esenciales». *La Ley*, 1990, II, págs. 22 y ss. señalando que se persigue un alejamiento o neutralidad respecto al conflicto de la instancia pública para garantizar su imparcialidad, pág. 23.

(38) García Murcia, J.: *Huelga ... cit.*, pág. 491.

1. Ha de contar con una causalización o motivación que puede ser concisa pero clara y suficiente (STS 17 de mayo de 1989 F. 3) y distinta a la que debe acompañar a todo acto administrativo pues afecta al ejercicio de un derecho fundamental (S 27/89 F. 4). Este requisito destinado a la autoridad gubernativa se articula en el deber de motivar el acto y después aportar pruebas de la adecuación constitucional de la medida adoptada. La falta de motivación provoca su nulidad (STS 1 de febrero de 1991 F. 5). La fundamentación posibilita el juicio de proporcionalidad entre los intereses esenciales que pretende salvaguardar y los sacrificios impuestos al ejercicio del derecho de huelga, y por lo mismo, el control de legalidad sobre las medidas adoptadas por los órganos judiciales y en su caso por el TC a requerimiento de los trabajadores en huelga y sus organizaciones sindicales. El deber de motivación no se cumple con indicaciones genéricas aplicables a cualquier conflicto, sino mediante una formulación de circunstancias cuya ponderación determinó el nivel de cobertura (SS 53/86 F. 6 y 7, 26/81 F. 14 y 15, y 27/89 F. 4 y 5, 43/90 F. 7 y 8/92, de 16 de enero F. 3) (39).

La autoridad que realiza el acto debe estar en condiciones de justificarlo, proporcionando datos que evidencien los criterios que manejó en todo momento (S 51/86 F. 4), incluso en un momento posterior al del establecimiento de los servicios mínimos, y deben tenerse en cuenta nuevos elementos de hecho para ponderar la corrección de la medida, en concreto, el modo en que funcionan y su incidencia en el ejercicio del derecho de huelga, siendo que «la eventual justificación *ex post* no libera a la autoridad competente de su obligación de motivar el acto adecuadamente desde el momento en que éste se realiza» (STC 53/86 F. 6) al no remediar la situación de desconocimiento por los afectados de las razones de restricción de su derecho, imposibilitándoles para someter aquéllas a la fiscalización de los Tribunales [(SS 27/89 (40) y 122/90 (41)]. La omisión de las garantías consistentes en la precisa motivación, supone una vulneración del derecho reconocido en el artículo 28.2 CE (STC 53/86 F. 7).

(39) BOE 13 de febrero de 1992 «dicha disposición se limita, en efecto, a incluir una declaración apodíctica y genérica según la cual el servicio de energía eléctrica es esencial para los intereses generales, dando por supuesto que tan sucinta declaración basta para imponer restricciones al ejercicio del derecho de huelga». En esta ocasión, el TC constata la existencia de meras indicaciones genéricas, aplicables a cualquier conflicto, así como la ausencia de elementos determinantes para concluir el carácter esencial del servicio, sin poner por ello en duda la necesidad de que el suministro de energía eléctrica no quede interrumpido. La autoridad gubernativa -sigue diciendo- es la que tiene la potestad y el deber de determinar los servicios a conservar, y no puede abandonar esa tarea (salvo la mera ejecución o puesta en práctica) en manos de la entidad empleadora. Siendo estos motivos suficientes para estimar el recurso de amparo y siendo innecesario examinar los restantes motivos (F. 4).

(40) En esta sentencia, a diferencia de las anteriores, no se impugnan las resoluciones de aplicación de servicios mínimos, sino un acto de la Delegación de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Valencia, en el que se daba un visto bueno a los servicios mínimos proyectados y decididos por la dirección empresarial. Véase el comentario a la sentencia hecho por García Murcia, *J. opus cit.*, pág. 488.

(41) La demanda, basada en la falta de motivación, se dirige contra la sentencia del TS, y en lugar de discutir sobre la motivación del acuerdo del Presidente de la Comunidad de Madrid, se aborda la fundamentación de la STS, examinando el recurso ex artículo 44 LOTC, como si la violación del derecho fuese directamente imputable al órgano judicial, Rodríguez-Piñero: *Organo competente ... cit.*, pág. 23. Las SSTC 51/86 y 43/90 hacen mención precisamente a la impugnación de la orden en cuanto acto de poder público que conculca el derecho, y no a la sentencia de TS 16 de enero de 1985.

Una motivación indirecta, por remisión, no refleja un ejercicio recto de las potestades y responsabilidades de gobierno de la autoridad gubernativa, no siendo válida la referencia a la documentación de anteriores huelgas, ni a reuniones con los estamentos del servicio, sino se reflejaron en la decisión (S 27/89 F. 4).

No obstante, no cabe abordar la motivación con un planteamiento formalista de la misma, ya que podría convertirse en un formalismo enervante, convirtiendo las exigencias formales en fines en sí mismas en vez de garantías sustanciales del derecho de huelga.

El deber de motivación ha de ir referido:

- Cuáles son los derechos o bienes lesionados que justifican la restricción del ejercicio del derecho de huelga.
- A la vista del alcance e incidencia y duración de la huelga y de la ponderación de las circunstancias que le rodean, la justificación del nivel de servicios cuyo funcionamiento se imponga, explicitando los factores y criterios que lo determinan, e incluso las razones que imponen el aseguramiento de concretas tareas, todo ello de acuerdo con el criterio de la menor restricción posible del derecho de huelga (SSTC 26/81 F.10 y 53/86 F. 3) definiendo la medida del «sacrificio» entre los derechos afectados (42).

Estas exigencias son las que permiten llevar a cabo un control material o de fondo de la medida adoptada (S 8/92 F. 4) y se pueden relativizar según la naturaleza y complejidad de la huelga. Incluso, en casos especiales, la necesidad de mantenimiento puede ser obvia y de general conocimiento: SSTC 51/86 y 43/90, así como SAT de 7 de abril 88; «Los trabajadores eran plenamente conscientes de los motivos y ello salva una motivación insuficiente y genérica» (43). Sin embargo, no es unánime esta decisión, ya que si bien «no parece discutible la necesidad de que el suministro de energía eléctrica no quede interrumpido, pero dicha necesidad no exime al poder público del deber de señalar los concretos derechos y bienes en juego, ni le exonera de explicar en qué medida una huelga concreta los pone en peligro, así como de razonar que su preservación ha de hacerse precisamente en el nivel y proporciones decididas» (STC 8/92 F. 3).

2. Apreciación de variables para la determinación del nivel de cobertura.

3. Comunicación a los trabajadores para asegurar el recto uso del derecho y eliminar la inseguridad de aquellos que deseen ejercitarlo, que deben conocer en la medida en que está recortado (STC 51/86, 24 de abril F. 3).

(42) Baylos Grau, A.: «Huelga en servicios esenciales: Motivación de la imposición del servicio mínimo y audiencia a los huelguistas. (Comentario a la Sentencia del TS, de 13 de febrero de 1989)». *REDT* n.º 39. 1989, pág. 502.

(43) Véase la crítica de esta insuficiente motivación en Valdés de la Vega, B.: *Los bienes ... cit.*, pág. 358.

Un problema importante en la fijación de los servicios mínimos es la concurrencia de dos jurisdicciones, la contencioso-administrativa, controlando el acto gubernativo de imposición de servicios mínimos, y la jurisdicción laboral, que en la Sentencia 123/90, de 2 de julio (44), acude a examinar si es falta sancionable el incumplimiento de los servicios mínimos asignados a un trabajador concreto en el curso de una huelga.

La dualidad de jurisdicciones supone la posibilidad de dos procesos. Se dicta sentencia primero en lo laboral, sobre el incumplimiento de los servicios esenciales, contando con la presunción de legitimidad de la disposición gubernativa. Luego, la jurisdicción contencioso-administrativa declara la validez o anula la decisión. La especialidad del caso estriba en que se suspende el juicio en lo laboral a la espera de conocer la decisión de lo contencioso-administrativo (45).

El TC manifiesta que la falta de desarrollo normativo del 28.2 CE provoca una innecesaria conflictividad. Condena manifiestamente la situación actual, pues si bien el control judicial es garantía tanto del aseguramiento de los servicios esenciales como del ejercicio del derecho de huelga, no lo es con carácter previo, mostrándose ineficaz sobre la huelga ya realizada o sus consecuencias, sin modificar ni sustituir la decisión gubernativa anulada, desconociendo entonces el derecho de los usuarios (STC 123/90 F. 4).

La jurisdicción social estimó, en su momento, que las decisiones sobre servicios mínimos no pueden dejar de cumplirse por la empresa o trabajadores bajo pretexto de encontrarlas ilegales, sino que deben cumplirse sin perjuicio de su posterior impugnación por la presunción de legalidad y ejecutividad de los actos administrativos, y por el interés general constitucionalmente tutelado (46). Ello lleva al órgano judicial a estimar no vinculante para él la anulación de la decisión gubernativa por el Tribunal Contencioso-Administrativo, ya que la conducta incumplidora era inicialmente ilegítima (47).

El TC va a dar primacía a la realización de los servicios esenciales, ya que si bien llevada a las últimas consecuencias la opinión del Juzgado de lo Social supondría una falta de efecto práctico de la resolución judicial posterior anulatoria de la orden gubernativa, también afirma que la postura contraria podría llevar a una paralización del funcionamiento del servicio, creando una inseguridad permanente sobre la efectividad del cumplimiento de tales servicios. Niega entonces la conexión automática entre anulación de los servicios y anulación de las sanciones.

(44) Véase el estudio de esta sentencia por Rodríguez-Piñero, M.: «Dualidad de jurisdicciones y cumplimiento de los servicios esenciales». *La Ley*, 1990 II, *cit.*, págs. 28 y ss.

(45) Rodríguez-Piñero, M.: *Dualidad de jurisdicciones ... cit.* pág. 30. Borrajo Dacruz, E.: «Garantía de servicios esenciales frente al derecho de huelga». *AL*, 1990, III, págs. 2.105 y ss.

(46) Las órdenes de servicios mínimos que se consideren abusivas pueden ser recurridas, solicitando la suspensión de ejecución del acto. Pero el sindicato no queda autorizado para desconocerlos unilateralmente y establecer mínimos inferiores, Gil Gil, J. L.: «Ilegalidad e incumplimiento de los servicios mínimos en la huelga (comentario a la Sentencia 141/89, del Juzgado de lo Social n.º 5 de Madrid)» *REDT* n.º 39. 1989, pág. 514.

(47) Consistía en un incumplimiento a una orden empresarial en base a la orden gubernativa, orden que no fue impugnada pero que se cuestiona en el procedimiento laboral, Rodríguez-Piñero, M.: *Dualidad ... cit.*, pág. 32.

El voto discrepante del Presidente estima que la cobertura de legitimidad que la decisión gubernativa presta a la decisión empresarial desaparece al anular la disposición, disociándose en caso contrario el derecho de huelga del actor colectivo y el derecho de huelga que ejercita el trabajador individualmente considerado.

El TC estima que el Juez de lo Social competente para revisar las sanciones impuestas por los incumplimientos lo es también para juzgar de esos incumplimientos en relación con la orden dada a los trabajadores, y sobre las circunstancias en que se producen; le corresponde así directamente el ponderar los derechos y bienes constitucionalmente en juego valorando la conducta de los recurrentes, sus circunstancias, la incidencia del incumplimiento sobre el servicio, teniendo en cuenta la garantía de mantenimiento de los servicios esenciales y ponderando si el ejercicio del derecho de huelga podía haber justificado razonablemente la negativa a cumplir los servicios mínimos. Se hace eco, así, de la jurisprudencia que alega como causa de justificación de una desobediencia la ilegalidad de la orden empresarial, ponderando el juez la apariencia o no de legalidad, permitiendo un cierto grado de *ius resistencie* en caso de órdenes manifiestamente ilegales, teniendo en cuenta la salvaguarda de los bienes y derechos constitucionalmente protegidos (48).

3.2. *Naturaleza de los preceptos sobre servicios mínimos.*

El procedimiento normal (49) consiste en que el Gobierno publica un Real Decreto que declara esencial el sector o actividad y se condiciona cualquier huelga al mantenimiento de unos servicios mínimos. La norma tiene vigencia indefinida, afecta a todos los trabajadores del sector, y éstos se encuentran en situación de latente restricción del derecho de huelga.

La actualización ante una huelga concreta se efectúa por Orden Ministerial o Resolución del Delegado del Gobierno. Es de esta actualización de la que se deberían predicar todos los requisitos exigidos para la designación gubernativa de servicios mínimos. La remisión a una posterior concreción a la determinación unilateral del empresario no cumple la constitucionalmente exigible imparcialidad, ya que la empresa sólo puede completar técnicamente las disposiciones sobre mantenimiento de los servicios esenciales, o su puesta en práctica (S. 8/92 F. 4).

Es evidente que los Reales Decretos no son disposiciones de carácter general en cuanto que no afectan a todo el territorio nacional y se refieren a un número concreto de administrados, no tienen vocación de permanencia en el tiempo (50).

(48) Rodríguez-Piñero, M., *idem.* pág. 34.

(49) Baylos Grau, A.: *Huelga ... cit.*, págs. 173 y ss.

(50) Albiol y Sala: *El mantenimiento ... cit.*, pág. 1.311.

Pese a su carácter de Real Decreto no es ejercicio de potestad reglamentaria, sino un acto administrativo de ejecución. La STC de 5 de noviembre de 1982 señala concretamente que estamos ante un acto aplicativo del artículo 10.2 del DLRT y no en ejercicio de potestad reglamentaria.

Sin embargo, cabe distinguir entre las instrucciones concretas emanadas de la correspondiente autoridad administrativa en cada huelga específica, y las previsiones que con carácter general se contienen para eventuales huelgas en el RD oportuno. Para Albiol y Sala (51) las primeras se agotarán con la huelga concreta que las motivó, y los segundos mantendrán su vigencia cara al futuro, dado que su contenido no contempla una huelga concreta sino que se refiere a la consideración como esenciales de determinados servicios y la concreción del sujeto habilitado para intervenir. Como tales, no establecen un término final de su vigencia, sino que señalan el momento de su entrada en vigor -al día siguiente o el mismo día de su publicación en el BOE-, pero no señalan límite temporal a la misma.

De este modo los concretos Reales Decretos sobre servicios esenciales serían desarrollo reglamentario del artículo 10.2 del DLRT, que en base a la distribución de competencias del 149.7 de la CE corresponde al Gobierno de la Nación, pero sin que quepa desconocer competencias a las CC.AA. en servicios que les hayan sido transferidos a efectos de dictar actos de ejecución de los Reales Decretos.

Sin embargo, en nuestra opinión, desde el momento en que es imposible determinar apriorísticamente la esencialidad de un servicio, es inadmisibles incluso la función de estos Reales Decretos, salvo que se limiten a establecer una esencialidad potencial, que en cualquier caso debería actualizarse, con la correspondiente motivación en el ejercicio concreto del derecho de huelga.

Todavía quedaría pendiente una cuestión; y es la posibilidad, ante una anulación de la intervención gubernativa, de acudir a un mecanismo resarcitorio de los daños causados en cuanto que la lesión ya se ha producido, por medio de la responsabilidad de los artículos 121 de la Ley Expropiación Forzosa, y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (52). Sin embargo, los requisitos exigidos (efectividad del daño, evaluabilidad económica, e individualización del mismo) son difícilmente demostrables con ocasión del ejercicio del derecho de huelga.

(51) Pág. 1.312.

(52) Baylos Grau, A.: *Huelga ... cit.*, págs. 184 y ss.

Por último señalar que la impugnación de la disposición gubernativa ante la jurisdicción contencioso-administrativa es por el procedimiento de la Ley 62/78, de 26 de diciembre, y en ocasiones, planteadas por la vía de recurso de amparo, las soluciones del TC tienen carácter mixto, toda vez que se interpone frente a la decisión administrativa y al mismo tiempo frente a resoluciones judiciales que estimaban la constitucionalidad de la misma (53).

Más importante desde el punto de vista procesal es la inversión de la carga de la prueba (S 26/81 F. 16). Así, una mimética aplicación de las reglas generales sobre distribución del *onus probandi* haría que fuese el demandante en amparo el que probase lo injustificado de la lesión; pero cuando se ha producido una limitación o un parcial sacrificio de derechos básicos que la Constitución reconoce a los ciudadanos, la autoridad que realiza el acto debe estar siempre en condiciones de ofrecer justificación.

3.3. La prestación de los servicios.

El TC reconoce que en determinadas circunstancias el respeto del derecho de huelga puede llevar a dar preferencia a la realización de los servicios esenciales a los trabajadores que decidan libremente no sumarse a la huelga convocada, ya que es importante respetar al máximo el ejercicio del derecho de huelga y, disponiendo de trabajadores que no se suman a la huelga, debe asignarse a ellos la realización de los servicios. Puede designar el número de huelguistas que considere necesario para la atención del servicio, en caso de que no se disponga de trabajadores no huelguistas suficientes (STCT 9 julio 1985), pero esto no supone que puedan elegirse siempre y en todo caso a éstos, y que excluya la empresa siempre en principio de esos servicios a los trabajadores que deseen secundar la huelga, sobre todo cuando no existe ningún medio para conocer de antemano quiénes van a sumarse o no a la huelga (STC 123/90 F. j. 3).

Tampoco rechaza expresamente el TC la tesis de que en la selección de las personas que han de realizar los servicios mínimos, si son huelguistas, se prefieran aquellos que no estuviesen especialmente vinculados a la dirección del conflicto, pero no se ha manifestado expresamente. Sin embargo, en la STC 123/90, de 2 de julio también se pronuncia sobre las sanciones impuestas a los trabajadores sin ánimo de discriminación sindical. El Juez de lo Social mantuvo que la dirección de la empresa había elegido de forma objetiva a los trabajadores que debían cumplir los servicios, en concreto aquellos que les correspondía por turno, al margen de la afiliación de los trabajadores, razonamiento aceptado por el TC al señalar: «La pertenencia a un sindicato, incluso al sindicato convocante, no es razón que pueda eximir a un trabajador de la

(53) García Murcia, J.: *Huelga ... cit.*, pág. 486.

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 ... a los trabajadores que decidan libremente no sumarse a la huelga; sin embargo, esto no supone ... que pueda exigirse ... en todo caso a la empresa que excluya ... de esos servicios a los trabajadores que deseen secundar la huelga» (STC 123/90 F. 3) (54).

Queda por señalar que ante un incumplimiento de los trabajadores podría declararse la huelga ilegal en atención al artículo 11 d) del DLRT: «La huelga es ilegal ... cuando se produzca contraviniendo lo dispuesto en el presente Real Decreto-Ley». Sin embargo, no cabe atraer otras responsabilidades como la del comité pues en nada ha intervenido (salvo trámite de audiencia), lo que obliga a que los únicos sujetos sancionables sean los trabajadores individuales.

3.4. Breve referencia a los funcionarios públicos.

El DLRT en la disposición adicional 4, dando redacción al artículo 222 del Código Penal, consideró reos de sedición: «A los funcionarios encargados de la prestación de servicios de reconocida e inaplazable necesidad, que suspendiendo su actividad, ocasionen trastornos a los mismos, o de cualquier forma alteren su regularidad».

Este precepto junto con el artículo 10.2 hacían difícil considerar constitucional el ejercicio del derecho de huelga de los funcionarios públicos. Sin embargo, el TC, que se mueve con ambigüedad (55), en la Sentencia 11/81, consideró que «el eventual derecho de huelga de los funcionarios públicos no está regulado y por tanto tampoco prohibido por el DLRT» (F. 13 y SSTC 90/84, de 5 de octubre y 99/87, de 11 de junio) (56).

Pero el derecho de huelga que la CE reconoce va unido al mantenimiento de las garantías precisas. Del precepto constitucional deriva la potestad del Gobierno de dictar, en el ámbito de la función pública, las medidas para mantener los servicios esenciales, entre ellas el establecimiento de unos servicios mínimos, como protección a los derechos y bienes constitucionalmente protegidos. «La decisión sobre la adopción de las garantías de funcionamiento de los servicios no puede ponerse en manos de ninguna de las partes implicadas, de modo que atribuir a la autoridad gubernativa la potestad para atribuir las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios mínimos ... es la manera más lógica de cumplir el precepto constitucional» (STC 11/81 F. 18). Para la fundamentación de la actuación gubernativa

(54) Véase Borrajo Dacruz, E.: *Garantía ... cit.*, pág. 2.105.

(55) Casas Bahamonde, M.E.: «Huelgas atípicas en el ordenamiento jurídico español». *REDT* n.º 24. 1985, pág. 513.

(56) Valdés Dal-Re, F.: *Servicios ... cit.*, pág. 139. Téngase en cuenta que con frecuencia los Decretos de servicios mínimos invocan el artículo 10.2 como fundamento a la medida (nota 50 de igual autor).

en los servicios esenciales por los funcionarios públicos no se precisa ni recurrir a la aplicación analógica del artículo 10.2 del DLRT (STS de 26 de abril de 1986) ni invocar ideas o principios de otras normas legales ya establecidas. Basta con aplicar la dicción literal del artículo 28.2 de la CE y hacerlo con la doctrina constitucional (57).

La esencial peculiaridad del ejercicio del derecho de huelga, salvo la prohibición a determinadas categorías de funcionarios, fue creada por obra del TS, y era la relativa a la improcedencia de descuento de haberes, doctrina convalidada por la STC de 3 de octubre de 1984, y que desapareció con la Ley 30/84, de 2 de agosto, que en su disposición adicional 12 advertía que el descuento de haberes en modo alguno tenía carácter de sanción (58).

Respecto a la dicción de la disposición adicional 4, baste señalar que el delito allí regulado consiste en atentar a la seguridad del Estado, perjudicar su autoridad, o perturbar su normal actividad, para lo cual es preciso un dolo específico (59).

Por último, conviene tener en cuenta que por primera vez los funcionarios aparecen expresamente como titulares del derecho de huelga en el proyecto de ley de huelga haciéndose una regulación amplia y no sólo referente a los servicios esenciales.

III. HUELGA Y SERVICIOS DE SEGURIDAD Y DE MANTENIMIENTO

Durante el transcurso de una huelga se ocasiona un perjuicio al empresario que está obligado a soportar en cuanto que el derecho mismo consiste en un derecho a «dañar» tutelado por el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, esta protección no ampara la realización de daños producidos a los bienes empresariales y ello no sólo en defensa de su interés, sino en el de los propios trabajadores en la pervivencia de la empresa.

Para todo ordenamiento resulta insoportable que el ejercicio de un derecho no esté de alguna manera limitado por su puesta en conexión con los demás derechos protegidos, y es ésta, en definitiva, la base sobre la que se fundamentará la existencia de unos servicios de seguridad y mantenimiento.

(57) Valdés Dal-Re, F., *idem*. pág. 140. Sin embargo, el TS acude a una aplicación analógica (STS 26 de abril de 1985), Baylos Grau, A.: *Huelga ... cit.*, pág. 69.

(58) Baylos Grau, A.: *Huelga ... cit.*, pág. 68.

(59) Arroyo Zapatero, L.: «Manual de Derecho Penal de Trabajo» *Praxis*. Barcelona, 1988, págs. 195 y ss.

El DLRT en el artículo 6.7 se refiere a los servicios necesarios para la seguridad de las personas y cosas, y 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.

El tema es de reconocida importancia cuando todavía resuenan los ecos del caso Aluminia-Aluminio (60).

El supuesto inicial, en un intento de sintetizar los hechos, parte de una carga reservada del buque *Casón* que había embarrancado en costas gallegas. Se transporta su carga al puerto del complejo empresarial Aluminia-Aluminio, para que allí fueran cargadas en otro buque: El *Galerno*. Los trabajadores, por medio de su comité, se oponen a efectuar esta carga y el posible tránsito por la sospecha de la peligrosidad de la misma. Llegan al acuerdo con la Dirección de la empresa de que cuando los camiones atravesasen las instalaciones éstas serían evacuadas por los trabajadores por motivos de seguridad. Una falsa maniobra de los camiones hace creer a los trabajadores que se dirigían no al lugar indicado, sino a otro, instando el comité de empresa al desalojo del mismo, provocando la no reincorporación de la plantilla tras el tránsito y descarga de los camiones. Tras la solicitud fallida de la Dirección del establecimiento de servicios mínimos (principalmente del departamento de electrolisis) en reunión con el comité, solicita la reincorporación de los trabajadores, que el comité condiciona al cumplimiento de ciertos requisitos. En ausencia de las necesarias atenciones se va produciendo el deterioro de las cubas. Los miembros del comité condicionan la vuelta al trabajo a las garantías de que el *Galerno* no volvería, no habría represalias, y se abonarían las horas no trabajadas en su totalidad. Los trabajadores desatienden las numerosas llamadas de prestación de servicios mínimos, produciéndose un daño en las instalaciones de la empresa que superaba los treinta y un mil millones de pesetas, perjudicando notablemente a la economía nacional. La empresa opta por despedir a 180 trabajadores de los 240 del departamento de electrolisis y a los miembros del comité. La MT n.º 1 de Lugo, en Sentencia de 9 de marzo de 1988, considera los despidos discriminatorios (sentencia recurrida ante el TS sin éxito ya que el 7 de febrero de 1989 acoge los fundamentos de la sentencia recurrida), y la SMT n.º 2 de Lugo, de 23 de marzo de 1988, estima conforme a derecho los despidos de los miembros del comité, debido al incumplimiento contractual grave y culpable.

Las centrales sindicales plantean conflicto colectivo solicitando que se reconociese representatividad a los miembros del comité de empresa despedidos, dado que contra la anterior sentencia se interpuso recurso de casación que estaba pendiente de resolución. La SMT n.º 2 de Lugo, el 11 de mayo de 1988, considera que la pérdida, aunque sea provisional, del carácter de trabajador, lleva consigo la pérdida o suspensión de las funciones representativas.

(60) MT n.º 1 de Lugo (S 9 de marzo de 1988) AL, 1988, SMT n.º 2 de Lugo de 23 de marzo y de 11 de mayo AL, 1988. STS 30 de enero y 7 de febrero 1989. AL, 1989. El relato va a ser muy breve y sin duda los motivos y la complejidad de los hechos son abordados de forma muy resumida. Véase Fernández López, M. F.: «Algunos problemas de las sentencias Aluminia-Aluminio». *Temas Laborales* n.º 13. 1987, y la narración de los hechos aquí recogida de González Biedma, E.: «Derecho de huelga y servicios de mantenimiento y seguridad en la empresa». *Estudios de Derecho Laboral*, Cívitas, Madrid, 1992, págs. 143 y ss.

El TS en Sentencia de 30 de enero de 1989 se pronuncia sobre los despedidos de los miembros del comité. Considera que no estando amparados por la posibilidad de suspender las actividades del artículo 19.5 ET ante riesgo inminente, ya que aunque en un principio pudo existir, cuando desapareció, no modificó la decisión del comité y en concreto en el F. 15 considera que los integrantes del comité «abusaron de sus facultades de mantener a ultranza la paralización del trabajo cuando habían desaparecido las causas que la motivaron, por sostener determinadas exigencias que ya no justificaban en absoluto aquella; y así dieron lugar a que se consumaran perjuicios de gran envergadura para el complejo empresarial». Conviene no olvidar la situación de pánico social que se creó debido al desalojo de poblaciones próximas a la zona donde encalló el buque.

La inobservancia de los servicios mínimos, en esta ocasión, tuvo graves perjuicios tanto para la empresa como para la economía nacional. Es por ello que la importancia de los servicios de seguridad y mantenimiento impone la difícil tarea del examen de su fundamento y afectación al derecho de huelga; y sin embargo, no está exenta de peligro, dada la multiplicidad de implicaciones que conlleva. Así, y aun siendo conscientes de que numerosos problemas quedarán sin abordar intentaremos buscar un apoyo jurídico a esta importante restricción al derecho de huelga.

1. Servicios de mantenimiento.

Son aquellos que se dirigen a evitar unos daños irreparables por la falta de actividad que conlleva la huelga, y que siendo limitación de un derecho fundamental no pueden ir más allá de la atención imprescindible para que el deterioro no se produzca (61).

Varios pueden ser los criterios para la delimitación de las actividades que pueden fundamentarlos. Para González Biedma (62) los criterios esenciales son los siguientes:

- Examinar si la actividad puede suspenderse durante la noche, festivos, etc.
- Estudiar la naturaleza de la actividad que impide que se detengan por completo: Las actividades de ciclo continuo y dentro de ellas, las que la instauración del ciclo obedece a exigencias inherentes al propio ciclo productivo, sería un criterio determinante para el establecimiento de estos servicios.

(61) González Biedma, E.: *Derecho de huelga ... cit.*, pág. 19.

(62) González Biedma, E.: «Los servicios de seguridad y mantenimiento en la empresa durante la huelga». *La Ley*, 1990, I, págs. 198 y 199.

- Hay actividades que pueden admitir una demora pero no un paro absoluto, como es la ganadería.
- Finalmente los bienes perecederos es una cuestión compleja en cuanto que su no atención puede suponer perjuicios graves, y en caso contrario, una actividad productiva.

Para Durán López (63) la pérdida de materias primas en la elaboración puede ser un efecto ineludible del derecho de huelga.

2. Servicios de seguridad.

Los servicios de seguridad van dirigidos a evitar robos, daños y agresiones en las personas y en las cosas y por parte de terceros y de los propios huelguistas. En las agresiones provenientes de terceros, habrá que considerar si la empresa en circunstancias normales tiene, por ejemplo, servicios nocturnos de seguridad, y si los mantiene o no cuando se suspende la prestación diaria, en cuyo caso con mayor motivo se cumplirán en la huelga. Si por el contrario, la empresa no guarda medida de seguridad alguna habrá que enjuiciar con mucha prevención la necesidad de seguridad que se plantee durante la actividad huelguística.

Sin duda el ejercicio del derecho de huelga puede conllevar múltiples transgresiones del orden jurídico, pero el orden vulnerado debe ser reestablecido por medio de los mecanismos ordinarios previstos al efecto de acuerdo con la pretensión del Comité de Libertad Sindical que recomienda a los Gobiernos que para hacer frente a los efectos resultantes de huelgas recurran a medidas de Derecho común más que a medidas extraordinarias (64). No se considera una medida no extraordinaria el que sean los trabajadores de la empresa los que deban velar por el cumplimiento del orden jurídico, en cuanto que esta facultad corresponde a las fuerzas de orden público, y aun la intervención de éstas es una medida de carácter extraordinario (65). Sin embargo, las anteriores afirmaciones no excluyen la posibilidad e incluso obligación de mantener pacíficamente las medidas de seguridad que son habituales e incluso incrementarlas; siempre que no se identifique con un control del orden público (66).

En cualquier caso, el ejercicio del derecho no ampara conductas delictivas sancionables penalmente que atrae la responsabilidad de sus autores (Auto del TC, de 9 de marzo de 1992).

(63) Durán López, F.: «La nueva regulación de la huelga y el cierre patronal» RPS n.º 115, 1977, págs. 66 y ss.

(64) Diéguez Cuervo, G.: *El derecho de huelga ... cit.*, pág. 44.

(65) *Idem.*

(66) González Biedma, E.: *Los servicios ... cit.*, pág. 301.

3. Distinción entre servicios esenciales y servicios de mantenimiento.

Los servicios de mantenimiento, como los servicios esenciales, constituyen una limitación al derecho de huelga, pero sin embargo es inadmisibles su identificación. Al margen de las distintas fuentes de implantación, existe una diferencia esencial desde el enfoque que pretendemos plantear: Así, en los servicios esenciales se considera el interés de la comunidad mientras que en los servicios de mantenimiento es el ciclo productivo el protagonista e indirectamente el interés del empresario (67).

Esta distinción evidente, pronto se torna en identificación desde el momento que son servicios esenciales aquellos cuyo resultado de la actividad afecta a los bienes constitucionalmente protegidos, individuales o colectivos, y como tal la economía nacional, afectada -como en el caso Aluminio-Aluminio- por el abandono de los servicios de mantenimiento.

Pero existe una importante distinción. Mientras que en los servicios de mantenimiento se trata de realizar labores distintas a la realización de la actividad productiva, en los servicios esenciales se pretende mantener parte de esa actividad, e independientemente de la misma, habrá servicios de mantenimiento o no.

4. Fundamentación.

Una de las teorías sobre las que se fundamenta la existencia de servicios de mantenimiento es la de la proporcionalidad de sacrificios.

La huelga lleva implícito un daño patrimonial que el empresario está obligado a soportar; para el trabajador el perjuicio consiste en la pérdida del salario. La teoría de la proporcionalidad de sacrificios construida en torno a la doctrina de los límites internos del Derecho (68) -para la que habría un comportamiento huelguístico «leal» y otro que desbordaría las fronteras del Derecho mismo- intenta restablecer el equilibrio en los sacrificios de ambas partes.

Al margen de que la doctrina haya criticado abundantemente este intento de apoyo jurídico (69), lo cierto es que desde nuestro punto de vista es errónea. Primero porque no se está enfrentando términos equivalentes -salario y daño empresarial-, ya que la pérdida salarial que sufre el trabajador no es una consecución directa de la huelga. Si así se admitiese,

(67) Baylos Grau: *Derecho de huelga y servicios esenciales ... cit.*, págs. 103 y ss.

(68) González Biedma, E.: *Los servicios ... cit.*, pág. 306.

(69) Valdés Dal-Re, F.: «Límites al derecho de huelga: Apuntes críticos». *CDT* n.º 3. 1977, pág. 34.

estaríamos en presencia de una actitud sancionadora ya olvidada. La falta de retribución proviene de la cesación de prestación laboral que conlleva todo ejercicio de ese derecho, de suerte que el empresario queda liberado de su obligación. La suspensión del contrato se caracteriza, además, por su voluntariedad, aun motivada por un comportamiento previo empresarial, mientras que nada más lejos que predicar la voluntariedad del perjuicio empresarial creado por la suspensión del contrato.

En segundo lugar, y conectada con la primera objeción, hay que señalar que es precisamente de esa imposición que se plantea al empresario de donde deriva el daño inherente al concepto de huelga, que no existiría de contemplarla como una «proporción de sacrificios» en la que cabe «un daño excesivo».

Más seguro es acudir a los límites «externos» derivados del propio ejercicio del derecho (70) y del equilibrio y la jerarquía entre los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, y dentro de ellos el derecho de propiedad y la integridad física.

No es unánimemente admitida la posibilidad del enfrentamiento del derecho de propiedad con el derecho de huelga y ello en base a argumentos esenciales que podrían resumirse en lo siguiente: (71)

1. La falta de identificación de los bienes de la empresa con la propiedad del empresario en las nuevas formas de organización del capital (72).

2. El carácter económico del daño que provoca la huelga que obliga a distinguir entre las nociones de daño emergente y lucro cesante y al identificar este último con el beneficio es el único perjuicio legítimo que la huelga puede causar, no así una lesión activa u omisiva en los bienes materiales, es decir, en su derecho de propiedad.

3. Apelar además al componente inmaterial del patrimonio empresarial (clientela, imagen ...), que puede quedar seriamente perjudicado por el ejercicio de la huelga, si bien no reside en él el derecho de propiedad en sentido estricto.

Sin embargo, aun admitiendo la fundamentación jurídica consistente en la posible colisión del derecho de huelga con el de propiedad, nunca va a ser el último el que resulte victorioso.

(70) González Biedma, E.: *Los servicios ... cit.*, pág. 308.

(71) *Idem.* 310.

(72) García-Perrote, I.: *La huelga con ocupación de lugar de trabajo*. Ed. Akal. Madrid, 1981, págs. 123 y ss. Señala cómo la empresa ya no puede concebirse únicamente desde la perspectiva del derecho de propiedad.

A nuestro juicio la conveniencia del enfrentamiento de derechos sólo es viable cuando se pone en tela de juicio la seguridad de las personas. Tratándose de dos derechos fundamentales se ha de lograr jurídicamente una pacífica convivencia e incluso extrajurídicamente, en palabras de González Biedma (73) «por criterios extranormativos relacionados con la escala de valores que subyace al propio sistema de relaciones laborales, al ordenamiento considerado en su conjunto, y a la propia conciencia social», concluyendo entonces la prevalencia de la integridad física de las personas sobre el derecho de huelga.

Sin embargo, es difícil admitir igual solución cuando los que se enfrentan son derechos de distinto rango constitucional. Todavía resta plantearse que sea el efectivo derecho de propiedad el lesionado y no lo sean otros bienes como el de la economía nacional o la productividad en general, no obstante directa o indirectamente siempre se produce una lesión al patrimonio empresarial cualquiera que sea la organización del mismo y como tal reconducible a un daño en la propiedad. El problema estriba en pretender fundamentar en este enfrentamiento el establecimiento de servicios de mantenimiento, toda vez que se quiere establecer un parangón entre derechos de conformación ideológica opuesta. El derecho de propiedad fue acogido constitucionalmente como manifestación del individualismo burgués en demanda de un Estado abstencionista. La huelga, derecho social, aparece históricamente como compensación al derecho de propiedad y vinculado a la proclamación de los constituyentes franceses del siglo XVIII del Derecho del Trabajo considerado como el patrimonio de quienes no tienen más que sus manos para trabajar (74), y así, en las construcciones constitucionales se va a respetar el derecho de propiedad reconociendo a cambio a los no propietarios el derecho de huelga, y en la compensación de poderes aparece el primero como autosuficiente, y el segundo, con una enérgica protección (75).

Va a resultar extremadamente difícil que, si históricamente los derechos nacen enfrentados, no se encuentren siempre argumentos suficientes como para no considerar que todo enfrentamiento jurídico resulte artificial.

En nuestra opinión la protección del derecho de huelga es la tutela a la producción de un daño, pero no se puede entender como un derecho de ejercicio privilegiado ya que está constreñido, en su ejercicio, al respeto de los bienes o intereses reconocidos en el ordenamiento, conformado no sólo por las normas positivas, sino por usos y principios generales, dentro de ellos existe la inderogabilidad de *neminem laedere*. No dudamos de la difícil aplicación de este principio al ejercicio del derecho de huelga, que precisamente se manifiesta por ser prácticamente, una derogación parcial del mismo, y siendo que a menudo se identifica con una

(73) González Biedma, E.: *Los servicios ... cit.*, pág. 313.

(74) Alarcón Caracuel, M.R.: «Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar». *RPS* n.º 121. 1979, pág. 15.

(75) Ojeda Avilés, A.: *Derecho sindical*. Tecnos. Madrid, 1989, pág. 370.

postura «omisiva» y no «activa» como la que exige el artículo 6.7 del DLRT. Pero una apreciación es necesaria, el daño tutelado por el ordenamiento es el que se provoca durante el ejercicio de una huelga, concluida la misma, no puede prolongarse la capacidad de dañar. El deterioro de las instalaciones, maquinaria y materias primas provocados durante el ejercicio del derecho por la ausencia de prestación de los servicios de mantenimiento, prolongaría en el tiempo los efectos de la huelga creando unos perjuicios que podrían atraer las responsabilidades de los huelguistas, y que sin duda pueden evitarse con el cumplimiento de los servicios articulados en el DLRT.

5. Los servicios de mantenimiento como límite al derecho de huelga.

Los trabajadores que deban prestar esos servicios no pueden ejercer su derecho de huelga y ello sin contar con el respaldo constitucional con el que cuenta sin embargo la prestación de servicios mínimos cuando el servicio es esencial.

Dos han sido las posibles respuestas (76), una referida al ejercicio «formal» del derecho aunque se vean obligados a prestar los servicios de mantenimiento para que la huelga pueda realizarse. Otra, el que la huelga ha de desarrollarse colectivamente, y cuando algunos trabajadores no pueden dejar de prestar el trabajo, es una limitación y no una privación del ejercicio del derecho que recae sobre el colectivo.

Sin duda ambas soluciones olvidan la peculiaridad de la titularidad individual del derecho aunque su ejercicio sea colectivo (77), lo que obliga a considerar que existe una privación del derecho a los asalariados individualmente considerados y que no está prevista constitucionalmente y en base a ello, buscar un apoyo jurídico.

El TC (F. 20 S 11/81) admite que puede existir una privación del derecho de huelga para algunos trabajadores si existen razones que lo justifiquen, aunque la Constitución no lo haya previsto de forma expresa.

Creemos que se impone una matización: En primer lugar, no consiste en una privación del derecho sino de su ejercicio, y en todo caso no es absoluta, que sería insoportable constitucionalmente, sino relativa y para un conflicto concreto y en un momento cierto, que no implica que en otro distinto sea ese mismo trabajador el obligado a prestar servicios de mantenimiento. En segundo lugar, su origen, si bien no se encuentra en el texto constitucional, sí que se halla en el todo que es un ordenamiento jurídico. Por último, es la atención al fin que persigue la

(76) González Biedma, E.: *Los servicios ... cit.*, pág. 316.

(77) Entre otros García Blasco, J.: *El derecho de huelga en España: Calificación y efectos jurídicos*. Bosch. Barcelona, 1983, pág. 27.

huelga la que justifica su propia existencia, ya que precisamente el respeto de su ejercicio y titularidad impone en ocasiones que la misión dentro del conflicto de algunos trabajadores sea la prestación de los servicios, para la consecución del logro superior al que se aspira.

El artículo 6.7 del DLRT dispone: «El comité de huelga habrá de garantizar durante la misma la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y las cosas, mantenimiento de los locales, maquinarias, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuese precisa para la posterior reanudación de las tareas de la empresa. Corresponde al empresario la designación de los trabajadores que deben efectuar dichos servicios».

La última precisión del artículo fue declarado inconstitucional, ya que si «las medidas de seguridad corresponden a la potestad del empresario, no tanto en atención a su condición de propietario de los bienes, cuanto en atención a su propia condición de empresario y, en virtud de ello, como consecuencia de las facultades de policía de las que está investido» la ejecución (vigilancia de instalaciones y material) «corresponde a los trabajadores y es éste uno de los sacrificios que el ejercicio responsable del derecho de huelga impone ... El apartado 7 del artículo 6 incide en la antinomia de exigir que el comité garantice los servicios y de imputar después al empresario la facultad de hacer la concreta designación de los trabajadores. Una posible contradicción no es, sin embargo, inconstitucional. Lo es en la medida que la designación hecha unilateralmente por el empresario priva a los designados de un derecho de carácter fundamental». «Es inconstitucional el apartado 7 del artículo 6 en cuanto atribuye de manera exclusiva al empresario la facultad de designar los trabajadores que durante la huelga deban velar por el mantenimiento de los locales, maquinaria e instalaciones» (STC 11/81 F. 20 y STC 66/83, de 21 de julio).

Son tres los intereses que este precepto pretende salvaguardar:

- Servicios de seguridad de las personas y de las cosas.
- Mantenimiento de locales, máquinas e instalaciones y materias primas.
- Cualquier atención que fuese precisa para la reanudación posterior de las tareas.

Es el artículo 6.7 el que pone en igual plano objetivos bien distintos (78) siendo compatible con el ejercicio del derecho la protección de los primeros y dudosamente admisible la de los restantes.

(78) Durán López, F.: *La nueva regulación ... cit.*, pág. 66. La pérdida de materias primas en elaboración o almacenadas o la producción de determinadas dificultades o entorpecimientos de cara a la reanudación de las normales actividades pueden ser efectos ineludibles de cualquier tipo de huelga, y daños legítimamente infligibles. García Blasco, J.: *El derecho de huelga ... cit.*, pág. 245.

Resulta innecesario argumentar la prioridad de la integridad física de las personas, tampoco puede admitirse el ocultar, bajo pretexto del ejercicio del derecho de huelga, comportamientos extraños a su ejercicio y alejados de la protección de nuestro ordenamiento, como es la lesión a los bienes de la empresa -servicios de seguridad de las cosas-. Pero ¿qué ocurre con la actividad económica de la empresa?

Parece que injustificadamente queda suficientemente protegida, al velar por los locales, maquinaria, materias primas, etc., incluso más allá de lo admisible en el ejercicio del derecho de huelga. Sin embargo, no creemos que sea ésta la pretensión del precepto, ya que se trata de un «mantenimiento» que en nada supone la realización de actividades productivas (79), o que sea prestada en el nivel normal de desarrollo de la prestación cuando el mantenimiento exige continuación de la actividad productiva (80). Y además, se demanda «cualquier otra atención» precisa para la reanudación posterior de las actividades, de la que es ejemplo el «mantenimiento» de locales, máquinas, etc., y que sin duda son exigibles a los huelguistas en cuanto que el daño provocado por la huelga no es reclamable, pero una vez finalizada, la imposibilidad de reanudar la actividad provoca un perjuicio ya no tutelado por el ordenamiento y que atraería la responsabilidad de los participantes en el desarrollo del conflicto.

En el examen del contenido se impone aislar, por un lado, los servicios de seguridad de las personas y las cosas, y por otro, los servicios de mantenimiento y otras atenciones similares para la posterior reanudación de la actividad. Dentro de los primeros, hay que distinguir las medidas ordinarias (81) que son las que existen habitualmente en la empresa cuando no hay huelga, y las extraordinarias que son las referidas a riesgos específicos derivados del ejercicio del derecho.

Respecto a las primeras, se exige su mantenimiento en el nivel mínimo que se considere imprescindible ya que los riesgos a los que se ve sometida la empresa no tiene por qué desaparecer durante el transcurso de una huelga, sin perjuicio de imponer además medidas extraordinarias.

Las segundas vienen limitadas por la propia restricción que impone el ejercicio del derecho de huelga y por su propia configuración, entendiéndose que si es el comité de huelga el que debe garantizarlas y los trabajadores prestarlas, no se trata de medidas de orden público que no son competencia ni de aquél ni de éstos, salvo prestaciones de vigilancia habituales, sino de labores que pueden desempeñar los asalariados.

(79) *Idem*, 247.

(80) González Biedma, E.: *Los servicios ... cit.*, pág. 321.

(81) *Idem*, 322.

En lo referente a los servicios de mantenimiento, la propia enumeración del artículo 6.7 es suficientemente amplia como para poner en peligro el ejercicio del derecho, debiendo ser actividades perfectamente diferenciables de la prestación laboral.

Sin embargo, la extensión del precepto puede hacer peligrar el ejercicio del derecho de huelga, como se deriva de la STCT de 10 de julio de 1984 (82), que contempla la huelga de una empresa de depuración de aguas residuales y entiende como servicios mínimos también los que se prestan a terceros, especialmente si éstos a su vez también se consideran esenciales para la comunidad. «Los suministros prestados, consistentes en aire y agua, necesarios en las empresas destinatarias, tanto para su proceso productivo, como para la conservación sin daño de las instalaciones y la reanudación normal de los procesos ... debe seguir el régimen del artículo 6.7 del DLRT por cuanto, sentado que cualquier huelga, dada la interacción de los circuitos económicos, repercute en empresas distintas a la afectada ... es preciso evitar respecto a ellos los mismos daños personales y materiales ... que para la empresa en que el paro laboral tiene lugar ... y donde existe la misma razón, debe adoptarse igual solución, según establece el artículo 4.1 del Código Civil (aplicación analógica)».

Esta decisión puede llegar a tener tres efectos perniciosos: De un lado desvirtúa el fin mismo de los servicios de mantenimiento, en cuanto que ya no se dirigen a preservar la seguridad y futura actividad de la empresa afectada por el conflicto, sino también de todo su circuito económico, que no estando en huelga, deberían prever los efectos de aquélla en la empresa de la que dependen. De otro, amenaza el ejercicio del derecho ya que no atiende a la interpretación estricta de los límites de un derecho fundamental. Por último, y a nuestro juicio, muestra cierta ambigüedad en el uso de los servicios esenciales y servicios de mantenimiento.

Así, tal vez se debería haber invocado el artículo 10 del DLRT en vez del, en este caso, desafortunado 6.7, ya que entonces es perfectamente legítimo mantener parte de la actividad «que no suponga la prestación total del suministro» siendo las empresas «usuarios» de prestaciones que podrían considerarse esenciales. Pero lo que resulta inadmisibles es que el artículo 6.7 incremente el nivel de funcionamiento de un servicio esencial, aumentando los servicios mínimos procedentes de servicios de mantenimiento, porque se incumplen, no los simples requisitos formales, sino el esencial de la motivación. El juicio valorativo sobre la esencialidad de un servicio no compromete la designación de los servicios de mantenimiento, sino que éstos vienen en todo caso determinados por los servicios mínimos impuestos como garantía en los servicios esenciales que en caso de su obligada prestación pueden incidir en los servicios de seguridad y de mantenimiento, ya que al realizar actividad productiva, aunque no sea el normal funcionamiento, pueden incrementarlos o reducirlos, como sería el caso del uso de las materias primas para el cumplimiento de las garantías de los servicios esenciales.

(82) Véase el comentario de esta sentencia hecho por Albiol Montesinos, I. y Sala Franco, T.: *El mantenimiento ... cit.*, págs. 1.233 y ss.

6. Procedimiento.

La designación unilateral del empresario ha sido declarada inconstitucional. El TC cae en cierta incongruencia en su razonamiento, en tanto que admite que la designación es inconstitucional porque se trata de una privación del derecho que no puede abandonarse en manos del empresario; y sin embargo, cuando la medida es adoptada por otro método [participación del comité de huelga (83)] el resultado ya no es inconstitucional (84). En concreto se trata de que la existencia de unos servicios de mantenimiento que excedan de lo necesario es inconstitucional, y existía una presunción *iuris et de iure* a que si la designación de los mismos la hacía el empresario siempre se llegaría a aquel efecto no deseado, pero lo cierto es que la privación del derecho de huelga de los trabajadores que deben prestar esos servicios viene determinada por los mismos y no por el sistema de designación.

Cuando se admite la privación del derecho derivada del establecimiento de servicios de mantenimiento es irrelevante el procedimiento de la misma (85). Sin embargo, se ha considerado no como una privación sino como una función dentro del fin que persigue la huelga, y en tal caso, es el comité de huelga el competente para la instauración de los servicios de mantenimiento, siendo no sólo la designación unilateral del empresario, sino incluso su participación una injerencia extraña e inadmisibles en el ejercicio colectivo del derecho, considerando además, que la salvaguardia de las instalaciones y locales, en experiencias comparadas, se logra por la vía de la autorregulación del sindicato, como consecuencia de su autodisciplina y responsabilidad (86). El problema se plantearía para justificar aquellos casos preferentes en los que los trabajadores designados son no huelguistas, si bien entonces la participación del comité tendería a asegurar el éxito de la huelga, y la no eliminación de los efectos de la misma por una designación intensa. Cosa distinta es que en la organización del conflicto se consulte al empresario sobre la suficiencia o insuficiencia de los servicios de mantenimiento.

Profundizando en el F. 20 de la STC 11/81, se llama a la participación, que no a la decisión, del comité de huelga, cuando no preste esta participación la huelga podrá ser considerada como ilícita por abusiva. Este derecho-carga incomprensible desde otro enfoque, es perfectamente admisible considerado como el fin que persigue el conflicto. Así, si los trabajadores asumen esta labor como cumplimiento de su misión dentro del logro mayor de la huelga, es lógico que se les garantice que va a ser el plan huelguístico el merecedor de su sacrificio.

(83) Tratándose de una huelga sectorial se plantea la cuestión de si debe existir un solo comité, o uno por centro de trabajo, en cualquier caso se debe negociar con el interlocutor que se halle, y en ausencia del mismo pueden designarse unilateralmente por el empresario sin perjuicio del control jurisdiccional. Alonso Olea, M.: «Sobre el aviso de huelga en huelga sectorial». *REDT* n.º 24, 1985, págs. 58 y ss. En contra Albiol y Sala: *Mantenimiento ... cit.*, pág. 1.244, en ausencia de representación unitaria la función la pueden ejercer los propios trabajadores, si bien puede ser muestra de la innecesidad de los servicios de mantenimiento.

(84) González Biedma, E.: *Los servicios ... cit.*, pág. 328.

(85) De esta opinión es González Biedma., *idem.* pág. 330.

(86) *El País*, 23 de febrero de 1992 (Relaciones Laborales).

Nada dice el TC sobre en qué consiste la participación, siendo generalmente aceptado que es tanto referida a los trabajadores que deben realizarlos, como de los servicios y puestos a cubrir (STCT, 5 de mayo de 1986).

Así se expresa el TC en el F. 20 de la Sentencia 11/81: «Las medidas de seguridad corresponden a la potestad del empresario, no tanto en atención a su condición de propietario de los bienes, cuanto en atención a su propia condición de empresario, y en virtud de ello, como consecuencia de las facultades de policía de que en el seno de la empresa esté investido».

«Si la vigilancia de instalaciones y material compete a los trabajadores, resta por decidir si la facultad de designación de los trabajadores concretos que deben efectuar tales servicios corresponde o no al empresario ... La adopción de medidas de seguridad no compete de manera exclusiva al empresario, sino que en ella participa el comité de huelga, que es quien las garantiza ...».

En una primera aproximación le correspondería al empresario, en exclusiva, el diseño de las medidas, y sólo ello, pero es inconstitucional la designación unilateral de los trabajadores concretos que han de desempeñar los servicios, ya que esta misión y el número de los mismos, habida cuenta de la gravedad que supone la privación de un derecho fundamental, sólo puede tener lugar si media la participación del comité de huelga.

Aunque no se deriva de la STC, doctrina y jurisprudencia admiten que la participación del comité de huelga es en ambos sentidos, tanto referida a la designación de los servicios, como de los trabajadores que deben realizarlos (87) y por la vía del mutuo acuerdo o de la negociación.

La falta de acuerdo entre el empresario y el comité no permite que una de las partes imponga a otra unilateralmente su criterio, sino que legitima a ambas a pedir la tutela jurisdiccional, y obliga a Magistratura a tramitar el proceso laboral con celeridad y urgencia (SSTCT 3 de junio de 1985, 5 de mayo de 1986, entre otras) pero existe un momento intermedio en el que una parte ha podido imponerse a la otra.

La jurisprudencia señala la licitud de la decisión empresarial en caso de actuación de mala fe del comité (88). La doctrina no es unánime. Alonso Olea (89) se manifiesta a favor de la designación empresarial cuando el comité adopte una actitud abusiva, reticente o inactiva.

(87) Si bien una destacada parte de la doctrina centra la participación en la designación de los trabajadores, y no en la de los servicios, Alonso Olea, M. y Casas Bahamonde, M.E.: *Derecho del Trabajo*. Universidad Complutense. Madrid, 1991.

(88) Albiol y Sala.: *El mantenimiento ... cit.*, pág. 1.238.

(89) Alonso Olea, M.: «La regulación actual del derecho de huelga» *REDT* n.º 7. 1981, pág. 291.

Matías Prim (90) sostiene que, dada la urgencia de la situación, se descarta la intervención jurisdiccional y la designación queda en manos del comité. García Blasco (91) propone una solución en la negociación colectiva previa entre las partes de esta materia como contenido del convenio colectivo que, llegado el momento de declaración de la huelga, impide situaciones dilatorias en lo que se refiere a servicios de mantenimiento y servicios de seguridad, siendo así la vía más adecuada, una correcta delimitación de los servicios, perfilando las particularidades de cada sector profesional y las especialidades concretas para poner en práctica las medidas necesarias durante el ejercicio del derecho de huelga.

Cruz Villalón (92) estima que hay que enjuiciar quién motivó el desacuerdo, pudiendo ser el resultado de una falta de cooperación del empresario o del comité. El incumplimiento empresarial no acostumbra a ser la pasividad, sino la designación unilateral, pudiendo entonces los trabajadores negarse a ejecutar las medidas sin que comporte obediencia injustificada (STCT 1 de septiembre de 1982). Si es el comité el que no colabora, es por medio de medidas de abstención, en cuyo caso, en ausencia de buena fe para negociar, recupera el empresario la facultad de designar unilateralmente los servicios pudiendo nombrar personal ajeno a la empresa para su ejecución. Mayor problema plantea los supuestos en los que entran en negociación con una auténtica disparidad de criterios caso en que el autor manifiesta su radical oposición a la judicialización de los conflictos colectivos que puede conducir a que las partes olviden los esfuerzos mínimos en el desarrollo de la negociación para llegar a un acuerdo, proponiendo la vía del arbitraje privado; la designación con común consentimiento de un árbitro que se encargue de fijar los servicios favoreciendo la mayor agilidad y la inmediatez de la solución. En todo caso a negativa de empresario o comité a la designación de un árbitro deja abierta la posibilidad de acudir a la vía judicial.

Baylos Grau (93), Albiol Montesinos y Sala Franco (94) se manifiestan a favor de la potestad del comité, ya que la facultad contraria ha sido declarada inconstitucional, y aun admitiendo que es incoherente atribuir al comité la tutela de los intereses empresariales. Desde luego esta opinión soluciona distintos problemas que en caso contrario serían conflictivos. Jurídicamente pierde importancia el *ius resistentiae*, respecto a incumplimientos de los trabajadores, ya que presupone la legitimidad de la designación. Psicológicamente, es más fácil la obediencia de la decisión del comité de los asalariados, que la empresarial, en cuanto que no ven amenazado su derecho.

(90) *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*. Madrid, 1983, págs. 116 y 117.

(91) *El derecho de huelga en España: Calificación y efectos jurídicos*. Bosch. Barcelona, 1983, págs. 249 a 252.

(92) Cruz Villalón, J.: «La ausencia de acuerdo en la designación de los servicios de seguridad y mantenimiento durante el desarrollo de la huelga». *REDT* n.º 23. 1985, págs. 438 y ss.

(93) *Huelga ... cit.*, pág. 189. Ya que es al comité al que se exigirá la garantía de prestación, y sólo cuando incumple manifiestamente esta obligación recae en el empresario.

(94) *El mantenimiento ... cit.*, pág. 1.240.

La jurisprudencia se inclina por una solución judicial, al menos en casos de simple desavenencia, advirtiendo que el órgano debe tramitar el proceso, como ya se ha dicho, con celeridad sin comprometerse sobre la cuestión fundamental de qué ocurrirá cuando la decisión no llegue a tiempo o sea recurrida.

Al respecto, la intervención judicial no llega a la composición de intereses en sentido estricto, sino que sencillamente aplica el Derecho (art. 6.7) supervisando los términos del desacuerdo de las partes y fijando la dimensión de los servicios que encuentre adecuada. El precepto determina cuál debe ser desde un punto de vista conceptual el alcance de los mencionados servicios, siendo problema de apreciación la concreción de la exigencia legal, tarea que en principio parece poco apropiada para un juez que debe servirse de cuantos dictámenes e informes técnicos periciales estime oportunos (95).

El motivo de acudir al juez sólo puede ser pedirle la designación de los servicios ante una situación indeterminada de conflicto, valorando la proposición de servicios hecha por el empresario y la impugnación y contraoferta a los mismos, realizados por el comité de huelga con expresión de las causas y motivos de desacuerdo, entrando el juez a dirimir dentro de la genérica dicción del artículo 6.7 y sirviéndose del informe pericial.

El procedimiento es el de conflictos colectivos ya que la sentencia que de él emana tiene efectos normativos, y la tramitación es urgente y sumaria, si bien el intento de acuerdo ante la autoridad laboral alarga innecesariamente el proceso.

Puede ser también por el procedimiento de tutela de libertad sindical siempre que se haya producido una lesión de estas características.

Si llegado el día del inicio de la huelga no se ha obtenido resolución judicial, el empresario podrá decidir las medidas a adoptar sin perjuicio de una posterior valoración judicial, pudiendo también los trabajadores negarse a cumplirlos.

7. La realización de la prestación.

El trabajador, en principio, es huelguista aunque realice estos servicios, por tanto las tareas han de ser mínimas incluso si sigue prestando labores que ya desempeñaba. Pero teniendo origen en el contrato siguen en vigor sobre él el convenio, usos, etc., y por tanto debe ser remunerada, dejando de estar en alta especial en la Seguridad Social, si bien la cuantía del salario a percibir vendrá delimitada por las funciones y por tanto pudiendo ser superior o inferior a la que percibe habitualmente.

(95) González Biedma, E.: *Los servicios ... cit.*, pág. 341.

Una cuestión importante es la designación concreta de los trabajadores. En principio, sería deseable que fuesen los trabajadores que habitualmente desempeñan las funciones de los servicios de mantenimiento, pero no siempre podrá ser así, y además, téngase en cuenta que son circunstancias excepcionales las que derivan de la realización de la huelga y que por tanto pueden no corresponderse con las funciones desempeñadas en ausencia de la misma.

¿Debe acudir a los trabajadores no huelguistas? «debe respetarse al máximo el ejercicio del derecho de huelga» (STCT 9 de julio de 1985) lo que sin duda si bien obvia el problema de la privación del derecho, también resulta más fácil para el empresario porque no tiene que entrar a negociar con el comité de huelga, y una huelga parcial le perjudica menos que una total con lo que puede preferir que los no huelguistas desarrollen las funciones que desempeñan habitualmente.

Sin embargo, la privación del derecho prima sobre el perjuicio empresarial por tanto debería preferirse a los no huelguistas siempre y cuando puedan desarrollar las tareas a las que van a ser asignados.

Sin duda el empresario puede hacer uso de los medios de reorganización que le permite el ordenamiento laboral modificando la prestación de los trabajadores no huelguistas. La movilidad funcional del artículo 39 ET puede ser utilizada en la huelga siempre que se respeten las exigencias de este precepto: Categoría profesional, remuneración, etc. Mayor problema plantea el uso del *ius viriandi* (96) entendida como facultad excepcional del empleador. En apariencia la situación creada por la huelga puede responder a las «necesidades urgentes de prevenir males inminentes o remediar accidentes sufridos»; sin embargo, una huelga legal es preavisada, lo que imposibilita la aplicación automática del precepto.

En cuanto a la designación de trabajadores externos, sólo es posible cuando se incumplan las obligaciones de servicios de mantenimiento y de seguridad (art. 6.5), por negativa individual de los trabajadores nombrados en una correcta determinación de los servicios, o por transgresión del comité de su obligación de garantía, incumplimiento manifestado también por la falta de colaboración en el acuerdo de designación (97). El empresario puede acudir a la contratación de nuevos trabajadores, salvo que se pretenda lesionar el derecho de huelga de los trabajadores, no sea un acto abusivo del empresario, y así lo admita el comité de huelga.

Conviene tener en cuenta, que la contratación de personal ajeno a la empresa es la medida menos pacífica, pues a menudo se considera una auténtica reacción empresarial (98). Aun cuando los contratos de trabajo sean temporales, y los trabajadores tengan el suyo en suspenso,

(96) González Biedma, E.: *Derecho de huelga ... cit.*, págs. 85 y ss.

(97) Cruz Villalón, J.: *La ausencia de acuerdo ... cit.*, pág. 440.

(98) Véase la posibilidad de sustitución de los trabajadores huelguistas entre otras STS 24 de octubre de 1989.

se crea una situación de incertidumbre para la reincorporación posterior al conflicto. Tampoco resulta fácil para el empresario, por el propio puesto de trabajo, el carácter provisional de la contratación y el enfrentamiento que se llegaría a producir con los huelguistas (99).

La naturaleza de las obligaciones que se cumplirán tienen origen en el contrato (así se estima en el caso Alumina-Aluminio derivado del deber de buena fe insito en el contrato y no ex art. 6.7 DLRT), tal que si el TC declara inconstitucional la designación unilateral no desdice la naturaleza de la misma que estaba clara cuando la designación correspondía al empresario. Y así, los servicios se prestan fundamentados en el contrato de trabajo que es el marco del *ius variandi* empresarial.

8. La «garantía» del comité de huelga.

El artículo 6.7 del DLRT responsabiliza al comité de la prestación de servicios pero no se especifican las consecuencias disciplinarias en relación con los miembros del comité, ni el contenido concreto de dicha garantía, ni los medios efectivos de control para su cumplimiento (100).

La obligación del comité consiste en participar y perseguir que los servicios sean suficientes, comprometiéndose a animar a su cumplimiento, y a informar sobre las consecuencias del incumplimiento, dado que si no colabora garantizando los servicios, la huelga puede ser declarada ilícita. Es unánime que la consecuencia es demasiado grave, pues de la conducta del comité se derivan unos efectos nocivos para todos los trabajadores y sus pretensiones profesionales. Sin embargo, la expresión concreta es «podrá» ser tenida ilícita. Sin duda se pretende, bajo tan grave amenaza, que las obligaciones del comité trasciendan la negociación y perduren después, influyendo en el cumplimiento de las garantías sobre los asalariados individualmente considerados.

Varios supuestos pueden distinguirse cuando se trata de la no prestación de los servicios: Que la actitud del comité responda a una incorrección en la designación, sea porque no interviene, o porque el empresario no acató la decisión judicial, en cuyo caso puede abstenerse de toda colaboración o garantía e incluso puede impedir su cumplimiento por medios no coactivos, dada la licitud de los piquetes informativos (101).

(99) Cruz Villalón, J., *idem*. 441.

(100) Durán López, F.: *La nueva regulación ... cit.*, pág. 65. González Biedma, E.: *Los servicios ... cit.*, pág. 353.

(101) González Biedma, E.: *Servicios ... cit.*, pág. 356.

Los trabajadores que se nieguen a prestar los servicios por una designación ilegal, teniendo en cuenta que existe una presunción de legitimidad de la orden empresarial, podrían ser despedidos, e impugnar aquélla. El despido basado en la negativa de los trabajadores a prestar los indicados servicios por razón de proceder su designación de la decisión unilateral del empresario, no encuentra fundamento en el artículo 54.2 ET, por no ser posible estimar la existencia de incumplimiento grave (STC 66/83, de 21 de julio F. 3 y 4), lo que supone, ante manifiesta ilegalidad, que pueden servirse del *ius resistentiae*.

Si fuesen regularmente designados, la huelga, como ya se ha dicho, puede ser declarada ilícita si el comité no presta una racional colaboración en el cumplimiento de los servicios. De todas formas, en ausencia de esa colaboración los servicios igual pueden prestarse, y en todo caso su pasividad no debe repercutir más que en sus miembros y no en todos los trabajadores.

Cosa distinta es que de su pasividad no se realicen los servicios, pudiendo el empresario despedir a los trabajadores que participen en ella activamente si se ha producido un boicot a la prestación de los servicios que justifica la conversión de la huelga en ilícita. El comité queda comprometido por el acuerdo realizado con el empresario para la designación de los servicios necesarios y de los trabajadores que deben cumplirlos, durante el desarrollo del conflicto su función de garantía consistirá en influir sobre los asalariados para su realización. Cuando éstos desatienden sus instrucciones, el incumplimiento sólo tendrá consecuencias en su relación individual. Si pese a la motivación del comité, existe un incumplimiento masivo, las consecuencias que los citados servicios pretenden evitar se actualizarán, en cuyo caso a pesar de la colaboración del comité, la huelga podría declararse ilícita, pero, y con los innegables problemas de prueba, los miembros del comité podrían quedar liberados de responsabilidades. No obstante, el supuesto más frecuente es que sea el propio comité el que provoque el incumplimiento masivo «con la inevitable secuela de que la huelga en que el comité no preste esta participación (garantía) podrá ser considerada ilícita por abusiva» (S 11/81 F. 20).

Respecto a las consecuencias de la no prestación para los trabajadores, a tenor del artículo 54 ET, es merecedora del despido, pudiendo el empresario contratar a personal externo, y exigir responsabilidad contractual a los miembros del comité y/o a los trabajadores.

IV. LA NUEVA REGULACION

El propio texto constitucional ordena una misión al legislador: Regular el ejercicio del derecho de huelga y en especial las garantías para el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad. La futura ley necesariamente habrá de ser orgánica y estatal ya que no dejan en este punto duda alguna los artículos 53 y 149.1. 1.º y 17.º de aquel cuerpo legal, y así lo ha manifestado la STC 33/81.

Entre nosotros ya existe una regulación del ejercicio del derecho de huelga. La convalidación constitucional del DLRT ha colmado durante mucho tiempo el vacío legal creado por la desobediencia del legislador, y así, la STC 11/81 en los F. 5 y 6 argumenta de la siguiente forma la extraña situación que se produce al venir dada la regulación del derecho por una norma anterior a su reconocimiento constitucional: «No es posible exigir la reserva de ley de manera retroactiva para anular disposiciones reguladoras respecto a las cuales no existía reserva en el derecho anterior ... que respetó el sistema de creación del derecho, si bien no por ello puede considerarse asimilado a una ley orgánica ni cumplir el papel de norma integradora de la CE ... El hecho de excluir la regulación de conflictos colectivos en el ET no significa asumir la legislación anterior, sino simplemente que no se consideró deseable el debate parlamentario al respecto».

1. Dos posturas encontradas: El problema político.

El debate sobre la regulación legislativa del derecho de huelga surge de la manifestada intención del Gobierno socialista de enviar, para 1987, a las Cortes Generales un proyecto de ley orgánica de huelga en desarrollo del artículo 28.2 CE. En el seno del Ministerio de Trabajo se constituye una comisión que pronto vería paralizados sus trabajos ante la oposición sindical frente a toda intervención legislativa (102).

Frente a la voluntad reguladora del Gobierno se va a encontrar el llamado, por Palomeque López (103), abstencionismo legislativo que arranca, por un lado, de la desconfianza en el poder legislativo provocada por el Régimen anterior y por los primeros años de transición política, imponiendo una identificación entre regulación e intervención limitadora y restrictiva, y que, por otro lado, hoy no se ha erradicado, sino que busca su fundamento en la desconfianza a la política social conservadora del partido socialista.

En los Encuentros en la Universidad Menéndez Pelayo de julio de 1987 (104) el Subsecretario de Trabajo, D. Segismundo Crespo, no encontraba justificación a esta postura, ya que las intervenciones legislativas han ayudado a la consolidación del movimiento sindical al asumir una función promocional, poniendo como ejemplo la LOLS y la Ley de Patrimonio Sindical. Pero hay que recordar que en su génesis fueron los sindicatos los que formaron su contenido trasladando el debate parlamentario a la negociación del Gobierno con los protagonistas sociales por medio de la Concertación Social, y que, en ocasiones, tampoco las organizaciones sindicales celebraron gozosas el contenido de estas leyes.

(102) Palomeque López, M. C.: *La regulación ... cit.*, pág. 18.

(103) *Idem.*, pág. 19. Que responde al lema de «la mejor ley de huelga es la inexistente». Durán López, F.: «Los derechos sindicales y la regulación de la huelga» *REDT* n.º 39, 1989.

(104) Serrano Carvajal, J.: *Manifestaciones ... cit.*, pág. 95.

El entorno socio-político no favorece la intersección de la voluntad del Gobierno con la de los sindicatos. El Partido Socialista cuenta no sólo con la falta de consenso con las fuerzas representativas del trabajo, sino que desde el franco apoyo de UGT hace diez años al momento presente, se ha producido una auténtica cronología de ruptura.

En XXXIII Congreso de UGT de junio de 1983, Nicolás Redondo expresaba su apoyo «fraterno» al Gobierno socialista, pero sólo un año después comienza el distanciamiento provocado por la política económica liberalizadora en cuyo empeño va a ocupar todas sus fuerzas el Gobierno. En mayo de 1985, la reforma de las pensiones inicia un nuevo momento de tensiones que hace que en el XXXIV Congreso del sindicato se promueva un distanciamiento del partido. De 1986 a 1988 culmina el auténtico enfrentamiento tras la defensa del Gobierno de Carlos Solchaga, que provoca la renuncia a los escaños como Diputados del PSOE de Redondo y Antón Saracibar. En diciembre UGT y CC.OO. organizan la huelga general más importante de la etapa democrática. Del 89 al 92 asistiremos a una manifiesta ruptura, en las que UGT renuncia a sus relaciones privilegiadas con el PSOE y una apertura de relaciones fluidas con todas las fuerzas políticas, y niega su apoyo al pacto de competitividad.

Los recientes acontecimientos manifiestan el absoluto «divorcio», en palabras de Nicolás Redondo (105), entre el Gobierno socialista y los trabajadores, siendo difícil que en esta situación, la actitud firme del Gobierno de regular por ley el derecho de huelga no encuentre las más decididas oposiciones.

En abril de 1991 Luis Martínez Noval anuncia la elaboración de una futura ley de huelga. Pero en este año los acontecimientos se precipitan. El rechazo al «pacto social» provoca un «otoño difícil» (106).

Los sindicatos fueron conscientes de la amenaza del poder político desde el momento en que el debate sobre la «competitividad española» se centra en los efectos perniciosos de las huelgas en sectores estratégicos y servicios esenciales. UGT propone empezar a trabajar para llegar a un acuerdo con los sindicatos más representativos para la autorregulación de la huelga, que actúe como contrapunto para cualquier intento de recortar el derecho de huelga por parte del Ejecutivo (107).

Pero el clima social «ardía». La huelga general en Asturias, y la amenaza de nuevos paros en distintos sectores va aislando al Gobierno en su política social.

(105) *El País*, 22 de marzo de 1992.

(106) *El País*, 7 de septiembre de 1991.

(107) *El País*, *idem*.

Los sindicatos (CC.OO., UGT, CSIF y ELA) llegan a firmar un proyecto de acuerdo con la Administración para la autorregulación de la huelga en parte importante de los servicios públicos (entre otros: Sanidad, Correos, Educación, etc.) que contenía la competencia para la declaración de la huelga y un plazo de preaviso de 10 días, siempre que la Administración derogase los Decretos de servicios mínimos (108).

CC.OO. de Cataluña elaboró una primera propuesta de Código de Huelga admitiendo la insuficiencia de la autorregulación sin pactos con las empresas en los que se reconociese sólo a los sindicatos que aceptasen fórmulas de autorregulación de las huelgas, manifestando su total oposición al proyecto de regulación del Gobierno. El compromiso comprendía la no convocatoria de huelgas simultáneas en un mismo servicio esencial, y el no acudir a las mismas en determinadas fechas del año siempre que los períodos de negociación no coincidiesen con estas fechas. Contenía una enumeración de servicios esenciales en relación con el derecho afectado: Derecho a la vida, a la salud, a la libertad personal, a la seguridad, a las comunicaciones, a la libre circulación, a la información, a la tutela judicial y a la educación (109).

Sin embargo, esta postura llega demasiado tarde. El Gobierno sigue manifestando su intención de dar nueva regulación al derecho y derogar el DLRT y si bien sería deseable contar con el apoyo sindical, está dispuesto a seguir adelante aunque se quede solo. La garantía de los servicios esenciales se convierte en el centro del debate político-laboral, por la oleada de huelgas que sufre el país en protesta por la crisis industrial, la coincidencia de paros en los transportes públicos de Madrid, y la huelga de los trabajadores de la limpieza, «enemistándose» los sindicatos con el público que desconfía del ejercicio «responsable» del derecho de huelga, y faltando el consenso necesario para proceder a la autorregulación al rechazar la CEOE el compromiso sindical de fijar servicios mínimos antes de acudir a la huelga (110).

En marzo de este año proponen la negociación de servicios mínimos con la representación empresarial, así como una solución por la vía del arbitraje en los casos de falta de acuerdo, en un intento de arrebatar el poder de la autoridad gubernativa sobre el establecimiento de los mismos. Asumen la función legal siempre que se limite a dar eficacia jurídica a las propuestas de autorregulación (111).

Pero el Gobierno ya no cuenta con las fuerzas sindicales en la política social. El Plan de Convergencia, impuesto por los compromisos de Maastricht, se traduce inmediatamente en un Real Decreto-Ley de Medidas Urgentes sobre Fomento de Empleo y Protección de Desempleo con un significativo recorte de las prestaciones que conlleva la amenaza de huelga general de UGT y CC.OO.

(108) *El País*, 11 de octubre de 1991.

(109) *El País*, 14 de octubre de 1991.

(110) *ABC*, 29 de febrero de 1992.

(111) *ABC*, 7 de marzo de 1992.

El 9 de marzo presentar una propuesta sindical denominada «Derecho de huelga y servicios esenciales. Propuesta Sindical» sobre regulación del derecho de huelga elaborada por un grupo de expertos encabezados por Luis Enrique de la Villa (112), y que aunque no se pronuncia sobre los servicios de seguridad y mantenimiento, respecto a los servicios esenciales destacan los siguientes puntos principales:

1. El Parlamento debe fijar los servicios esenciales, y se consideran como tales los destinados a garantizar el contenido esencial de los derechos constitucionales a: La vida, la salud, la seguridad, la libre circulación, la comunicación, la información, la tutela judicial efectiva y la información.

2. El ejercicio del derecho de huelga debe ser compatible con el mantenimiento de dichos servicios esenciales. A tal fin deben asegurarse un conjunto de prestaciones de un total de 15 actividades entre las que se incluyen: Sanidad, higiene pública, protección civil, administración de justicia, etc.

3. Conclusión de pactos sectoriales entre la Administración y los sindicatos representativos para fijar las prestaciones fundamentales y los servicios mínimos así como el período de vigencia y los procedimientos de solución de conflictos. Ante una determinada huelga la aplicación de los acuerdos estables se sujetará a un procedimiento en el que se incluye la propuesta de aplicación de los servicios con designación de los trabajadores, y la negociación con empresa o Administración. En caso de falta de acuerdo, una Comisión de Garantía dictará laudo arbitral vinculante, con carácter transitorio hasta que las partes lleguen a un acuerdo. Los acuerdos se publicarán en el BOE y en el Boletín de las Comunidades Autónomas.

4. Las Comisiones de Garantía se crearán: Una en el ámbito del Estado español, a propuesta por mayoría del Congreso de los Diputados y del Senado, una en cada Comunidad Autónoma por mayoría del órgano legislativo. Las Comisiones estarán compuestas por cinco miembros expertos en Derecho de reconocido prestigio, que serán designados por cuatro años.

5. Legitimados para impugnar los acuerdos estables están: El Ministerio Fiscal, los sindicatos no firmantes y las asociaciones empresariales directamente afectadas, el procedimiento será preferente y sumario y no tendrá efectos suspensivos.

6. Se fija un plazo de preaviso con 10 días de antelación, y desde este momento se inician las negociaciones para pactar los servicios mínimos. Se impone igualmente una obligación de información para los usuarios con antelación suficiente.

(112) ABC, 10 de marzo de 1992.

7. El juez de lo Social fijará las sanciones para el incumplimiento de servicios mínimos por sindicatos, Administración y empresario, en función de la gravedad de la actuación.

Sin embargo, el Gobierno no va acceder a las pretensiones al no existir unos compromisos previos de las organizaciones sindicales. Demanda para cualquier negociación «un clima sosegado» y en la prensa diaria asistimos a una auténtica guerra entre Gobierno y sindicatos. La política social se muestra manifiestamente conservadora, pero firme; los sindicatos no apuntan un momento de flexibilidad sino que radicalizan sus posiciones desatendiendo las voluntades del Gobierno a quien no parece importarles su opinión. De no cambiar las tensiones entre los interlocutores sociales y sus relaciones con el Gobierno, pronto tendremos una regulación posconstitucional.

2. El problema jurídico.

La futura ordenación cuenta con un enemigo que no depende de las variables políticas sino del concepto del derecho mismo, ya que siendo la huelga un derecho a perjudicar, cualquier regulación del mismo tenderá a limitar las posibilidades de ejercicio eficaz en cuanto que definirá las fronteras en que el daño puede moverse.

Nuestro ordenamiento ha superado esta objeción por la regulación del DLRT y la labor jurisprudencial que en ocasiones se ha comportado como auténtico legislador. Pero a menudo, aquellas posturas abstencionistas olvidan que no se trata de introducir una regulación como factor extraño al ejercicio del derecho, sino de cambiar la ya existente, que en tanto que anterior a la Constitución ha mostrado sus propias insuficiencias.

La pauta dominante de los sistemas de relaciones laborales comparados es la inexistencia de una regulación general de la huelga. El régimen jurídico del derecho y las condiciones de su ejercicio han venido establecidas generalmente por la jurisprudencia que era la que configuraba los límites, y esto mismo es lo que ha pasado entre nosotros, si bien no por carecer de una ordenación completa y detallada, sino que aceptada ésta, no era fácil instaurar el marco político y legislativo creado por la CE.

Sin embargo, la ausencia de una normativa general sobre la huelga no ha impedido, en las experiencias comparadas, la adopción de disposiciones legislativas concretas para la limitación del derecho en la salvaguardia de los servicios esenciales, incluso en sistemas como el francés, donde, en palabras de Adam y Savatier «de todos los países occidentales, es donde la huelga está menos definida y su ejercicio menos regulado» la huelga en la función pública, identificada con los servicios esenciales, está regulada por la Ley de 31 de julio de 1963 (113).

(113) Adam, G.: «Le pouvoir syndical», *Dunod*. 1983. Savatier, J.: «La distinction de la grève et de l'action sindical». *DS* n.º 1. 1984, pág. 53.

La complejidad y los cambios del conflicto han sido recientemente notables y sin duda facilitan un intento normativo. Tiende a disminuir en el sector privado en el cual los asalariados se encuentran en una situación precaria, y a convertirse en práctica habitual en el sector público en el que los trabajadores no ven amenazada su estabilidad laboral, generándose un elevado grado de incertidumbre y conflictividad por los habituales incumplimientos de los servicios mínimos y una situación de insatisfacción generalizada (114).

¿Cabe en nuestro país la autorregulación? En su manifestación más pura supone la aceptación de una condición técnica y de unos compromisos por parte de las organizaciones sindicales que todavía no existen entre nosotros. Pero tampoco el TC la valora positivamente, en cuanto que asistimos a la ausencia de un ejercicio responsable del derecho. Podría haber la autorregulación mixta, que mediante la intervención de los poderes públicos afronte la insuficiencia o falta de garantías, pero su configuración debe tener base legal (115). Esta última fórmula es la que hoy solicitan los partidos políticos en un intento de situar la ordenación entre la autorregulación propuesta por los sindicatos y la voluntad del Gobierno, y de hecho encuentra cierta acogida en el futuro texto legal.

No obstante, la cultura sindical está cambiando, y como se ha visto existen firmes propósitos de autorregulación del derecho, pero ni el legislador puede desconocer por más tiempo el mandato del artículo 28.8, ni los compromisos sindicales son merecedores de confianza, ya que si bien se ha producido un acercamiento entre ellos la única vía de autorregulación es la que compromete al poder empresarial, que no quiere negociar con la fuerza de trabajo. Sin duda, el cambio de compromisos sindicales ha respondido a la amenaza del Gobierno, carentes por tanto de toda espontaneidad, y mientras se debatían en formulaciones teóricas, los conflictos concretos acaecidos recientemente desvirtuaban el intento conciliador de las mismas.

3. El contenido concreto.

Dos eran los objetivos que proponía Rodríguez-Piñero (116) para regular el derecho de huelga en 1987: No separar excesivamente el régimen de la huelga de los servicios esenciales del tratamiento de las demás huelgas por el riesgo de instaurar un marco privilegiado. Y en segundo lugar, optar por un método concreto de ordenación, sea el sistema de lista, que si bien tiene la ventaja de su seguridad jurídica no permite valorar las distintas variables del conflicto concreto, sea el de definición genérica, que permite mayor elasticidad pero necesita un nivel de consenso del que carece nuestro país. ¿En qué medida se han logrado?

(114) Rodríguez-Piñero, M.: «En torno a la huelga de los servicios esenciales». *La Ley*, 1987. I, págs. 37 y ss.

(115) Durán López, F.: *Los derechos ... cit.*, pág. 384.

(116) *En torno ... cit.*, pág. 38.

La situación actual en nuestro entorno jurídico-político es semejante a la existente en el ya denominado «caso italiano», con la salvedad de nuestro DLRT (117). Las centrales sindicales manifestaron su rechazo a una legislación sobre huelgas y se propuso un Código, que no era el primero, de disciplina en la huelga de transportes que imponía concretos compromisos a las partes firmantes empresariales y sindicales. Se elabora un documento como Propuesta al Parlamento italiano sobre la regulación del derecho de huelga en los servicios esenciales que sorprende por las tradicionales posiciones conflictivas y abstencionistas de las centrales sindicales. Finalmente, como corolario a diversas reelaboraciones y sabiendo del carácter elemental del relato, el debate culmina con la Ley 146, de 12 de junio de 1990.

El debate español viene determinado por una práctica abusiva en el establecimiento de los servicios mínimos, y un problema político, que era situar fuera de la legalidad cualquier situación similar a la del 14 de diciembre y algunas de las más recientes manifestaciones conflictivas.

En el examen del texto (Borrador del Anteproyecto), que por sí mismo resulta demasiado ambicioso, largo y complejo, destacan los siguientes aspectos:

1. La declaración de ilegalidad de las huelgas que incumplan lo previsto para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad y de las que por la modalidad o circunstancias concurrentes, provoquen desorganización grave y general de la capacidad productiva de la empresa [art. 8 c) y d)]. La ilegalidad de la huelga en la propuesta sindical la deciden los Tribunales.

2. Se consideran servicios esenciales (art. 15) «aquellos cuyo mantenimiento resulte necesario para garantizar el ejercicio y disfrute por parte de los ciudadanos de los derechos y bienes constitucionalmente protegidos con independencia del régimen público o privado de su prestación». Y en todo caso los que resulten indispensables para garantizar el ejercicio y disfrute de los referidos derechos, bienes y libertades en las actividades relacionadas con:

- Sanidad e higiene pública.
- Defensa, seguridad y protección civil.
- Circulación de personas, ordenación del tráfico, transportes públicos y comunicaciones.

(117) Véase Ojeda Avilés, A.: «El Código de autorreglamentación de las huelgas en los transportes italianos y el debate sobre una Ley de Huelga». *La Ley*, 1987, II, págs. 1.186 y ss. Baylos Grau, A.: «Regulación de la huelga en los servicios esenciales (Una propuesta de los sindicatos italianos)» *La Ley*, 1988, I, págs. 1.286 y ss.

- Suministro y producción de energía eléctrica, agua, gas, y combustibles de uso doméstico y de locomoción.
- Producción, distribución y comercialización de productos alimenticios de primera necesidad.
- Transporte de pasajeros y materias y productos imprescindibles para el abastecimiento de la población de y hacia las islas.
- Educación, evaluación de conocimientos para superación de cursos, ciclos, niveles y grados reconocidos oficialmente.
- Desarrollo de los poderes y las Administraciones Públicas de las funciones constitucionalmente atribuidas a las mismas.

En parte en este precepto se acoge la doctrina del TC, al no identificar un servicio esencial con el servicio público, y siendo posible la introducción posterior de nuevos servicios esenciales creándose un sistema de lista «abierta» mientras que los sindicatos pretenden un modelo de lista «cerrada». No obstante, es difícil, si no imposible, que la enumeración de este artículo pueda ser ampliada, siendo exigible una mayor concreción que evite innecesarias repeticiones, ya que algunas de las actividades mencionadas son fácilmente comprensibles en la genérica dicción de: Transporte de personas, distribución de mercancías, etc.

Uno de los fines que debía proponerse la ley que era la elección de un concreto método ha sido conscientemente olvidado. La doctrina del TC que tantas veces ha manifestado la imposibilidad de una valoración apriorística de la esencialidad debía tener algún acomodo en el texto, y se opta por no renunciar a las cláusulas generales ni imposibilitar la prolongación en el tiempo de la regulación por más que cambien las variables políticas, económicas e incluso jurídicas. Así los derechos y bienes lesionados serán «los constitucionalmente protegidos» y en todo caso, de determinadas actividades, son servicios esenciales los que satisfacen el ejercicio y disfrute de esos derechos y bienes, considerando el fin de la actividad. Pero ¿qué bienes son los «protegidos»? ¿en qué medida uno de esos genéricos derechos puede resultar dañado? Hubiera sido un buen momento para evitar que los conflictos de los servicios esenciales fueran resueltos jurisprudencialmente.

3. Establecimiento de requisitos formales: Comunicación de la convocatoria con antelación mínima de 15 días y publicidad necesaria por parte de los convocantes, de la dirección empresarial o de la Administración en atención a los usuarios (art. 16). En el proyecto se ha tenido en cuenta la petición de la CEOE de que los preavisos de huelga incluyan una descripción de las negociaciones que los sindicatos y los trabajadores hayan realizado con anterioridad a la huelga.

4. Especial importancia de la negociación y conclusión de acuerdos. Primero, para la determinación de medidas que garanticen la seguridad de personas, cosas, mantenimiento de locales, maquinaria, instalaciones y materias primas, o la ulterior reanudación del trabajo, que en caso de desacuerdo es resuelto por la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo (art. 10). Después, para el establecimiento de servicios mínimos en caso de huelga en servicios esenciales y por dos vías principales. Una, (art. 17) la conclusión de acuerdos entre las organizaciones sindicales más representativas y las organizaciones empresariales o administraciones, previos a la convocatoria de cualquier huelga que contendrán medidas concretas sobre las garantías de prestación de servicios mínimos, y en su defecto procedimientos de autorregulación. Otra, ante la convocatoria de una huelga concreta que inicia un período de negociación en los 5 días siguientes a la comunicación de la misma (art. 19).

La participación empresarial no es admitida por los sindicatos que aspiran a la existencia de pactos «en frío» de carácter duradero pero suscritos entre los sindicatos y la Administración, sin presencia de las organizaciones empresariales, pues lo que está en juego es el derecho de huelga de los trabajadores y el de los usuarios a la obtención de un servicio público (118) y no intereses empresariales.

5. En última instancia decide la autoridad gubernativa tanto sobre la suficiencia de las garantías previstas en los Acuerdos y Procedimientos de autorregulación (art. 18), como respecto al acuerdo o desacuerdo sobre los servicios mínimos y trabajadores designados en un conflicto concreto, en cuyo caso es preciso resolución motivada respecto a los servicios necesarios con arreglo a criterios de adecuación y proporcionalidad y a los trabajadores ininterrumpibles como consecuencia de la esencialidad del servicio y las características de la huelga convocada. Entonces el empresario designará a los trabajadores concretos afectados comunicándose la decisión a ellos y a la autoridad. También puede proceder a imponer servicios de mantenimiento, previa audiencia de las partes en conflicto, y por resolución motivada, en los supuestos en que la huelga se realice al margen de las previsiones contenidas en la ley (art. 21).

La autoridad gubernativa actúa como tercero imparcial como ha mantenido el TC; sin embargo, en la intención de los sindicatos figura que sea una comisión de expertos nombrada por el Parlamento la que solucione la falta de acuerdo, y ello debido a lo que consideran frecuentes decisiones abusivas sobre servicios mínimos.

6. Finalmente se articulan responsabilidades, tanto por la convocatoria de una huelga sin atender a los requisitos legales o convencionales, como en el supuesto de incumplimiento de los servicios de mantenimiento, sin perjuicio de la sustitución de los trabajadores por el empresario o la utilización de otros medios por la autoridad gubernativa.

(118) *El País*, 10 de abril de 1992.

- Así, el ejercicio del derecho de huelga (art. 22) incumpliendo la regulación legal o pactada dará lugar a responsabilidad administrativa, civil y penal.
- Quienes convoquen una huelga en los servicios esenciales sin respetar la legalidad serán sancionados con multa de 100.000 a 500.000 pesetas, si la convocatoria proviene del comité de empresa, las sanciones se impondrán a todos y cada uno de sus componentes salvo que hayan salvado su oposición al acuerdo.
- Los sindicatos sancionados que no acrediten haber satisfecho el importe de las sanciones no podrán percibir las subvenciones estatales o autonómicas. Igual consecuencia puede derivarse de los incumplimientos reiterados y graves.
- La obstaculización, el incumplimiento de la prestación, y comportamientos similares, pueden ser sancionados por la autoridad gubernativa.
- Se contempla la posibilidad de despido en el caso de incumplimiento de los servicios.

En caso de graves perjuicios para la economía nacional, el Gobierno podrá imponer un arbitraje obligatorio, siendo el laudo de arbitraje de obligado cumplimiento y suspendiendo la huelga.

Sin duda los mayores problemas van a venir dados por el establecimiento de estas sanciones que deberían contar con la oposición frontal de los sindicatos. En este aspecto, la regulación es un «castigo» a los recientes comportamientos huelguísticos sindicales, pero todavía no se ha dicho la última palabra.

V. CONCLUSIONES

I. De la dicción del artículo 28.2 del texto constitucional se puede concluir varios efectos. Así, el legislador ha establecido unos límites expresos al derecho de huelga, pero que igual existirían del enfrentamiento del derecho con bienes y derechos de igual protección constitucional. Creemos que lo que el precepto constitucionaliza es no sólo el derecho de huelga de los trabajadores, sino el de aquellos que prestan su trabajo en los servicios esenciales, y ello pudiendo prohibirlo o arbitrar otras medidas de conflicto distintas a la huelga, de allí que las garantías sean de «mantenimiento». Contiene también un mandato al legislador ordinario: Regular el ejercicio del derecho siendo el contenido mínimo de la ordenación el mantenimiento de las garantías de los servicios esenciales para la comunidad.

II. El TC en sus pronunciamientos no define el concepto de servicio esencial perfilando simplemente los rasgos que configuran este concepto: La indeterminación y la imposibilidad de especificarlo apriorísticamente, así como la afectación del resultado de la actividad a derechos, libertades y bienes constitucionalmente protegidos. Cuando la lesión se produce en bienes, para imponer un límite al ejercicio del derecho de huelga, deben ser «constitucionalmente protegidos», siendo exigible un reconocimiento o efectividad de igual rango y derivada del texto constitucional. De no ser así, se «amenaza» la existencia del derecho mismo.

III. El concepto de servicio esencial va acompañado en la jurisprudencia del TC de la colisión de derechos. La teoría jurídica del enfrentamiento de derechos es frecuentemente utilizada al contemplar el ejercicio del derecho de huelga, y puede ser muy útil siempre que se parta de términos equivalentes; así, para valorar la esencialidad de un servicio pueden ponerse en el mismo nivel el derecho de huelga y el derecho lesionado en abstracto, pero en el momento del establecimiento de garantías, se torna en la única referencia posible no pudiendo acudir al concepto de servicio esencial. En este momento, los términos enfrentados han de ser el concreto ejercicio del derecho de huelga y el específico derecho perjudicado, imponiendo la convivencia ponderada y pacífica de los mismos, sacrificios de ambas partes: Los huelguistas verán limitado su derecho en la medida que deban satisfacer las necesidades vitales de los usuarios.

IV. Sería deseable que el término «mantenimiento» fuese interpretado como adecuada cobertura constitucional que en ocasiones impondría un funcionamiento normal. Sin embargo, puede anularse el ejercicio del derecho de huelga y por ello proponemos que la apreciación de circunstancias de especial gravedad pueden ser valoradas en el sentido de que en presencia de las mismas puede resultar que, no las prestaciones vitales, sino el derecho de los usuarios considerado en abstracto, sea prioritario sobre el derecho de huelga, en cuyo caso éste debe ceder por completo. Fuera de estos casos la lesión que se produce a un derecho fundamental nos obliga a proceder con extremada cautela.

V. El derecho de huelga no es ilimitado ni privilegiado, por lo que no puede ser instrumento para destruir o dañar los bienes de la empresa, y por ello se impone la observancia a servicios de seguridad y mantenimiento que en ningún caso pueden confundirse con las garantías de los servicios esenciales ni utilizarse para incrementarlas. Los primeros afectan al interés del empresario y no al general, los segundos imponen mantener parte de la actividad. Sin embargo, es fácil que concurran ambos tipos de prestaciones en una misma empresa en cuyo caso, sin comprometer la valoración de la esencialidad, los servicios de mantenimiento pueden ser inferiores en cuanto que innecesarios por la parcial prestación de la actividad que se produzca.

VI. El sometimiento del derecho de huelga a los límites establecidos por el ordenamiento actúa también en los usos, principios e incluso valores extrajurídicos, que hacen que la seguridad e integridad de las personas e incluso de las cosas se muestre prioritaria. No ocurre lo mismo con los servicios de mantenimiento que son de difícil fundamentación por el perjuicio implícito al concepto de huelga. Pero por un lado, desconvocada la huelga, no se pueden prolongar en el tiempo los efectos de la misma, y por otro, en aras al ejercicio de un derecho fundamental, no se pueden olvidar los límites del ordenamiento. Así, es mayor la agresión que se produce por ser el servicio esencial, que impone mantener parte de la actividad, que la que deriva de los servicios de mantenimiento que deben ser prestaciones diferenciadas de la actividad productiva y dentro del ejercicio responsable de un «plan huelguístico».

VII. La normativa del DLRT y su convalidación constitucional han mostrado sus propias insuficiencias y debe atenderse su regulación legalmente. La ley que regule el derecho debe respetar el contenido esencial (53 CE F. 7 STC 11/81) que está constituido por aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo ... y ... por el reconocimiento de la parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos (F. 8). Este contenido es la cesación del trabajo en cualquiera de sus manifestaciones o modalidades, si bien la facultad de elección dentro de los tipos o modalidades que la ley haya admitido (F. 10).

VIII. Hay que señalar que al abordar la tarea reguladora del derecho nos enfrentamos a un problema jurídico pero también político, y es el último el que debe crear las condiciones necesarias para proceder a la asunción por el Gobierno, empresarios y especialmente las organizaciones sindicales de una nueva ordenación que dé a la negociación colectiva el merecido protagonismo, para ello resulta imprescindible un concierto de voluntades que no se logrará ante el descontento general de sindicatos y patronal. Mientras existan los enfrentamientos a los que estamos asistiendo en estos días, ninguna ordenación puede eliminar la conflictividad de las huelgas de servicios esenciales, salvo que el Gobierno, en cuanto responsable político, imponga su voluntad jurídica «sancionadora», que si bien puede conducir a iguales efectos, serán el resultado de una regulación «formal» y sin conexión con el entramado social. El reforzamiento de la relación individual de los asalariados sobre el aspecto colectivo y el ataque frontal al poder sindical será la pauta que temple las relaciones laborales en los años venideros y de ella es muestra la puesta en peligro del patrimonio sindical en el intento regulador, aunque por el momento los sindicatos no parecen haber reparado en ello.

IX. Por último, decir que el texto que el Gobierno se propone sacar adelante no sólo tiene deficiencias consensuales, sino que es largo y extremadamente complejo. A menudo se manifiesta en el articulado la voluntad represora de la huelga, especialmente en transportes, lo que sin duda dificultará su puesta en práctica; dada la necesidad de una definitiva ordenación, hubiese sido preferible un texto consensuado y de fácil aplicación.